

# Université de Genève / Université Paris II- Panthéon-Assas

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le 18 novembre 2021

## Les demandes reconventionnelles de l'Etat en arbitrage transnational



### **Ruggeri Abonnat Elise**

Membres du jury :

L. BOISSON DE CHAZOURNES (directrice de thèse), professeure à l'université de Genève

Y. NOUVEL (directeur de thèse), professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas

R. KOLB, professeur à l'université de Genève

F. LATTY, professeur à l'université Paris Nanterre, rapporteur

S. ROBERT-CUENDET, professeure à Le Mans université, rapporteur

C. SANTULLI, professeur à l'université Paris II Panthéon-Assas



*Avertissement*

Le Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## ***Remerciements***

J'exprime ma profonde gratitude à mes directeurs de thèse, les professeurs Laurence Boisson de Chazournes et Yves Nouvel pour la confiance qu'ils m'ont témoignée en acceptant de diriger mes travaux. Leur direction attentive, minutieuse et complémentaire, a été une ressource inestimable pour nourrir ma réflexion et mener à bien mes travaux. Je les remercie infiniment tous les deux de m'avoir associée à leurs équipes pédagogiques bénéficiant au sein de l'université de Genève puis à l'IHEI d'un environnement intellectuel stimulant.

Je tiens également à exprimer mes sincères remerciements à Benjamin Samson et Alexandre Hermet pour les précieux et nombreux échanges qui ont accompagnés et stimulés la rédaction de cette thèse ainsi que Léa Bécirspahic.

## **Résumé**

La demande reconventionnelle est une prétention du défendeur à l'instance qui revêt une finalité offensive et défensive. Reconnue en droit du contentieux international comme un droit dans le patrimoine du défendeur, elle est une demande incidente qui vise à contre-attaquer sur le plan substantiel le demandeur principal. Dans le contentieux transnational de l'investissement, l'appréciation de la compétence et de la recevabilité des demandes reconventionnelles par les tribunaux arbitraux est entravée par l'asymétrie des instruments de protection des investissements étrangers dont l'objet est principalement axé sur la protection des droits des investisseurs. Proposant une interprétation parfois restrictive des conditions d'admission des demandes reconventionnelles, certains tribunaux arbitraux amenuisent l'effectivité du droit de contre-attaquer, notamment lorsque le traité applicable au différend prévoit des obligations réciproques limitées. Toutefois, l'objet du différend d'investissement que l'arbitre est appelé à trancher n'est pas toujours limité à l'ensemble normatif prévu par l'instrument servant de base à la demande de l'investisseur et peut couvrir une pluralité de normes. La diversité du droit applicable au différend d'investissement et l'étendue de la compétence matérielle des tribunaux arbitraux devrait ainsi permettre qu'un Etat mette en cause la licéité du comportement de l'investisseur au regard de l'ordre juridique interne et international. La demande reconventionnelle des Etats pose alors la question de la capacité de l'investisseur internationalement protégé de voir sa responsabilité engagée pour la violation du droit de l'Etat hôte et parfois aussi du droit international. Les demandes reconventionnelles peuvent alors servir d'agent révélateur des attentes légitimes de l'Etat à l'égard de l'investisseur internationalement protégé.

*Descripteurs : demandes reconventionnelles-compétence -recevabilité-connexité-objet du différend- fondements juridiques- droit interne- droit international- diligence due – responsabilité- contribution au préjudice- réparation*

## **Abstract**

*Counterclaims are legal pretensions of the defendant with an offensive and a defensive character in relation to the claim of the other party. Recognized in international dispute settlement as a right of a defendant party, counterclaims are incidental claims aimed at pursuing substantial objectives rather than the mere dismissal of the main claim. In international investment arbitration, the establishment of jurisdiction over counterclaims is problematic because of the asymmetric nature of international investment agreements which are mainly dedicated to the protection of foreign investors' rights. Adopting a restrictive approach of admissibility, arbitral tribunals have curtailed the effectivity of the right to counterclaim specifically when the applicable treaty contains limited reciprocal obligations. However, the subject-matter of an investment dispute may extend beyond the normative framework of the treaty, involving a plurality of norms. Thus, the diversity of the applicable law and the extended scope of material jurisdiction should enable States to allege violations of various obligations stemming from the domestic or the international legal orders. As a consequence, counterclaims raise the question of the investor's capacity to be held responsible for breaches of domestic or international obligations, and can be deemed a vehicle to unveil the State's legitimate expectations towards internationally protected investors.*

*Keywords: Counterclaims– jurisdiction–admissibility–connection– subject matter of the dispute– legal basis of claims– domestic law–international law– due diligence– responsibility–contributory fault– damages–reparation*

## ***Principales abréviations***

ACDI : *Annuaire canadien de droit international*  
AFDI : *Annuaire français de droit international*  
AJIL : *American Journal of International Law*  
Ann. CDI : *Annuaire de la Commission du droit international*  
Ann. IDI : *Annuaire de l'Institut de droit international*  
ASA : *Association suisse de l'arbitrage*  
ATCA : *Alien Tort Claims Act*  
BIYL: *British YearBook of International Law*  
Bull. civ. : *Bulletin civil de la Cour de cassation*  
Cass. Civ : Cour de cassation, Chambre civile  
CCI : Cour internationale d'arbitrage de la Chambre du commerce international  
CE : Conseil d'Etat  
CEDEAO : Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest  
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme  
CIADH : Cour interaméricaine des droits de l'homme  
C.I.J : Cour internationale de Justice  
CIRDI : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements  
CNUCED : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement  
CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le développement commercial international  
CPJI : Cour permanente de Justice internationale  
CUP: *Cambridge University Press*  
CYIL: *Czech Yearbook of International Law*  
dir. : sous la direction de  
doc. : document  
ECOSOC : Conseil économique et social des Nations Unies  
éd.: édition  
EJIL: *European Journal of International Law*  
et al. : et alii  
Fla. J. Int'l L.: *Florida Journal of International Law*  
Fordham Int'l L.J.: *Fordham International Law Journal*  
Fordham L. Rev.: *Fordham Law Review*  
GATT: General Agreement on Tariffs and Trade  
Harv. Int'l L.J.: *Harvard International Law Journal*  
HKIAC : *Hong Kong International Arbitration Center*  
IBA: *International Bar Association*  
ibid.: ibidem  
ICLQ: *International and Comparative Law Quarterly*  
ICSID: *International Centre for Settlement of Investment Disputes*  
ICSID Review– FILJ *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*  
IDI : *Institut de droit international*  
ILA : *International Law Association*  
ILM: *International Legal Material*  
ILR: International Law Report  
JDI : *Journal du droit international (clunet)\_*  
JIDS: *Journal of International Dispute Settlement*  
JWI&T: *The Journal of World Investment & Trade*  
LCIA : *London Court of International Arbitration*  
LGDJ : Librairie Générale de droit et de jurisprudence

LPICT: *The law & Practice of International Courts and Tribunals*  
Minn. J. Int'l L: *Minnesota Journal of International Law*  
n°: Numéro  
OMC : Organisation mondiale du commerce  
OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques  
op. cit. : opus citatum  
OUP: *Oxford University Press*  
p./pp.: Page/pages.  
PUF : Presses universitaires de France  
RBDI : *Revue belge de droit international*  
RCADI : *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*  
Revue de l'arbitrage : *Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage*  
RFDA : *Revue française de droit administratif*  
RFDC : *Revue française de droit constitutionnel*  
RGDIP : *Revue générale de droit international public*  
RGTF : *Recueil général des traités de la France*  
RQDI : *Revue Québécoise de droit international*  
RSA : *Recueil des sentences arbitrales*  
RSDIE : *Revue suisse de droit international et de droit européen*  
RTNU : *Recueil des Traités des Nations Unies*  
RTSN : *Recueil des Traités de la Société des Nations*  
suiv.: suivant  
SADC: *Southern African Development Community*  
SCC: *(Arbitration Institute of) Stockholm Chamber of Commerce*  
SFDI : Société française pour le droit international  
SIAC : *Singapore International Arbitration Centre*  
t. : tome  
TAM : Tribunaux arbitraux mixtes  
TBI : Traité(s) bilatéral(aux) d'investissement  
TC : Tribunal des conflits  
TCE : Traité sur la Charte de l'énergie  
TDM : *Transnational Dispute Management*  
TIDM : Tribunal international du droit de la mer  
UNCITRAL: *United Nations Commission on International Trade Law*  
UNCTAD: *United National Conference On Trade And Development*  
UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé  
VJIL: *Virginia Journal of International Law*  
vol.: volume  
YCA: *Yearbook Commercial Arbitration*  
YIILP: *Yearbook on International Investment Law & Policy*

# SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
<b>PREMIÈRE PARTIE : L'ADMISSION DE LA PRÉTENTION RECONVENTIONNELLE DANS L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL.....</b>	<b>44</b>
TITRE 1 L'IDENTIFICATION DU CONSENTEMENT DES PARTIES À LA COMPÉTENCE RECONVENTIONNELLE DU TRIBUNAL.....	46
<b>Chapitre 1 La compétence reconventionnelle dans les arbitrages transnationaux contractuels comme prolongement du caractère synallagmatique du contrat.....</b>	<b>48</b>
Section 1 Le consentement des parties à l'arbitrage comme présomption de compétence sur l'ensemble des prétentions contractuelles .....	49
Section 2 Les enjeux de la compétence reconventionnelle en matière contractuelle.....	74
Conclusion du chapitre 1 .....	94
<b>Chapitre 2 La compétence reconventionnelle au défi de l'asymétrie des traités de protection des investissements.....</b>	<b>95</b>
Section 1 La compétence reconventionnelle est essentiellement un problème d'interprétation.....	98
Section 2 Le consentement implicite de l'investisseur à la compétence reconventionnelle par le prisme de l'offre interétatique.....	141
Conclusion du chapitre 2 .....	178
CONCLUSION DU TITRE 1.....	179
TITRE 2 LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION RECONVENTIONNELLE DANS LE PROCÈS TRANSNATIONAL PAR LE PRISME DE LA CONNEXITÉ .....	180
<b>Chapitre 3 La connexité factuelle, une dimension à la fois nécessaire et insuffisante..</b>	<b>183</b>
Section 1 <i>Dramatis personae</i> et le phénomène du démembrement des parties.....	184
Section 2 L'instrumentalisation de la notion d'investissement à des fins offensives..	235
Conclusion du chapitre 3 .....	267
<b>Chapitre 4 La dimension juridique de la connexité dans le procès transnational : « une pratique en voie de formation » .....</b>	<b>268</b>
Section 1 Opportunité et limites du mimétisme jurisprudentiel comme méthode d'appréciation de la connexité juridique.....	269
Section 2 L'appréciation de la connexité juridique fonction des buts poursuivis.....	328
Conclusion du Chapitre 4 .....	353
CONCLUSION DU TITRE 2.....	354
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	355
<b>SECONDE PARTIE : LA REALISATION DE LA PRETENTION RECONVENTIONNELLE .....</b>	<b>356</b>
TITRE 3 LES FONDEMENTS JURIDIQUES DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES .....	357
<b>Chapitre 5 L'applicabilité du droit interne à l'investisseur .....</b>	<b>358</b>
Section 1 Les fondements de l'applicabilité du droit interne à l'investisseur.....	359
Section 2 L'application contrariée du droit interne à l'investisseur.....	386
Conclusion du Chapitre 5 .....	425

<b>Chapitre 6 L’opposabilité du droit international à l’investisseur.....</b>	<b>426</b>
Section 1 L’autonomisation du rôle de l’acteur privé en matière de protection des droits de l’homme et de l’environnement.....	428
Section 2 L’action reconventionnelle comme agent révélateur des attentes légitimes de l’Etat.....	471
Conclusion du Chapitre 6 .....	524
CONCLUSION DU TITRE 3.....	525
TITRE 4 LES CONSÉQUENCES DE LA SUBJECTIVITÉ INTERNATIONALE DE L’INVESTISSEUR... ..	526
<b>Chapitre 7 Nature de la responsabilité de l’investisseur du fait des atteintes aux droits de l’homme et à l’environnement.....</b>	<b>527</b>
Section 1 La responsabilité internationale de l’investisseur.....	529
Section 2 L’internationalisation de la responsabilité contractuelle de l’investisseur..	562
<b>Chapitre 8 L’obligation de réparer le dommage causé à l’Etat .....</b>	<b>584</b>
Section 1 La faute de l’investisseur et l’ouverture du droit à réparation du dommage de l’Etat.....	585
Section 2 Principes encadrant la réparation du préjudice de l’Etat demandeur reconventionnel.....	620
Conclusion du Chapitre 8 .....	643
CONCLUSION DU TITRE 4.....	644
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	645
CONCLUSION GÉNÉRALE .....	646

## INTRODUCTION

---

1. L'internationaliste généraliste pourrait aborder le sujet des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage transnational<sup>1</sup> avec une certaine réserve. L'attrait doctrinal suscité par le droit international des investissements est tel, que les thèmes de recherche en la matière semblent être étirés à l'infini en forçant le trait de la spécialisation. En outre, par son intitulé même, le sujet laisse pressentir une étude principalement axée sur la jurisprudence, ce qui comporte le risque de confondre la teneur objective du droit avec l'énonciation jurisprudentielle de ce droit. Sans doute, le sujet est-il un de ceux où la ligne de partage entre la théorie et la pratique est la plus malaisée à opérer puisqu'en droit interne comme en droit international, la voie prétorienne est bien celle qui façonne « l'institution »<sup>2</sup> des demandes reconventionnelles et dont il est impossible de se départir.

2. « Pratique », le sujet l'est indéniablement puisque les demandes reconventionnelles présentent la particularité d'être un droit dont la réalisation dépend de l'existence d'un différend et de la création d'un tribunal arbitral. Il ne s'agit pas d'analyser la teneur d'une protection substantielle telle que le traitement juste et équitable ou le traitement national, mais l'effectivité d'un droit reconnu au défendeur d'une instance arbitrale internationale. « Pratique », le sujet l'est aussi car il s'appuie principalement sur des prononcés jurisprudentiels. En effet, les conditions d'admission<sup>3</sup>, les effets et les finalités des demandes reconventionnelles sont nécessairement associés à ce que l'arbitre leur prête ou leur refuse.

3. Pourtant, cette dimension pratique du sujet des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage transnational prend place dans un contexte critique à l'égard du règlement des différends entre Etats et investisseurs qui s'articule autour de la perception, sinon d'un déséquilibre, d'un besoin de le réformer<sup>4</sup>. Dans ce contexte, l'analyse de la pratique des

---

<sup>1</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/auf, 2001, p. 78 : « l'arbitrage entre un Etat et une personne privée étrangère, souvent un investisseur. »

<sup>2</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, Opinion dissidente du Juge C. Trindade, par. 18, p. 336 : « la principale préoccupation des juristes du passé quant à l'institution juridique des demandes reconventionnelles en procédure internationale, [est] sûrement ... la préoccupation sous-jacente et particulièrement louable d'assurer la réalisation de la justice au niveau international... »

<sup>3</sup> Le terme « admission » entendu comme l'« [a]ction d'accepter ce qui est prétendu par autrui. Admission d'une prétention, d'un moyen de preuve, d'une demande, etc. » (J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n°1 p. 43) est utilisé pour désigner l'opération par laquelle l'arbitre considère que les conditions sont réunies pour qu'il exerce son pouvoir juridictionnel sur les demandes reconventionnelles.

<sup>4</sup> CNUDCI, 50ème session, Groupe de travail III, « Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends: réformes du règlement des différends entre investisseurs et États », doc A.CN/9/917, 3-21 juillet 2017.

demandes reconventionnelles est opportune en ce qu'elle permet de vérifier si l'Etat est réduit à une position de « justiciable de second ordre »<sup>5</sup> et « disposerai[t] de moins de droits et de pouvoirs procéduraux que ceux reconnus aux personnes privées »<sup>6</sup>, lesquelles, bénéficiant de la créativité jurisprudentielle, ont pu multiplier les cas de saisine des tribunaux arbitraux sur le fondement d'instruments auxquels elles ne sont pas parties<sup>7</sup>.

4. Sous un angle théorique, l'étude des demandes reconventionnelles offre un prisme intéressant par lequel observer les questions de droit international général<sup>8</sup> que sont notamment la personnalité juridique de l'acteur privé, sa responsabilité et les conséquences juridiques y étant associées. Elle permet également d'aborder les questions propres au contentieux international relatives à la compétence, au pouvoir juridictionnel et à l'administration de la justice. Surtout, le sujet invite à changer de perspective en droit international de l'investissement, en s'interrogeant non seulement sur les obligations de l'investisseur mais aussi sur les droits de l'Etat. La violation par l'investisseur du droit national ou des principes de droit international, peut-elle produire d'autres effets juridiques que la déclaration d'incompétence d'un tribunal arbitral dès lors qu'un Etat se porte demandeur reconventionnel ? Réciproquement, L'Etat hôte de l'investissement ayant consenti à se soumettre à la justice arbitrale internationale, bénéficie-t-il, en dehors d'une reconnaissance conventionnelle, de droits à l'égard de l'investisseur pouvant être revendiqués à titre reconventionnel devant un tribunal arbitral ?

5. Ces questions substantielles se font l'écho des pistes d'amélioration procédurales envisagées par le Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après la « CNUDCI ») dont les travaux sont consacrés aux réformes du règlement des différends entre investisseurs et États. Recensant les préoccupations des Etats dont les plus critiques considèrent que le régime actuel « est préjudiciable aux budgets publics, à l'adoption de réglementations favorables à l'intérêt public, à la démocratie et à l'état de droit [et] ne contribue en rien à protéger les droits des personnes affectées par des investissements étrangers »<sup>9</sup>, le Groupe de Travail III a exploré des options de réformes

---

<sup>5</sup> H. Hellio, « L'Etat, un justiciable de second ordre? à propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *R.G.D.I.P.*, 2009, vol. 113, n°3, pp. 589-619.

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 589.

<sup>7</sup> *AAPL c. Sri Lanka*, Affaire CIRDI n°ARB/87/3, sentence, 27 juin 1990. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egypte*, Affaire CIRDI n° ARB/84/3, décision sur la compétence, 14 avril 1988. (ci-après « *SPP c. Egypte* »)

<sup>8</sup> L'expression « droit international général » est utilisée par opposition au droit international spécial, elle est utilisée par la chronique de l'*A.F.D.I.* « Arbitrage transnational et droit international général » introduite en 2008, vol. 54, n°1, pp. 467-512.

<sup>9</sup>CNUDCI, Groupe de travail III, Communication du gouvernement Sud-africain, doc. n° A/CN.9/WG.III/WP.176, 17 juillet 2019, par. 11.

procédurales susceptibles d'améliorer la procédure de règlement des différends entre Etats et investisseurs<sup>10</sup>. Parmi ces options, il a accepté d'examiner « le fait d'autoriser les demandes reconventionnelles par les États défendeurs »<sup>11</sup>. Certains considèrent que leur autorisation permettrait « de remédier au déséquilibre du mécanisme actuel »<sup>12</sup> en prenant en compte les droits et les intérêts des Etats. A ce jour, le Groupe de travail III a étudié la question sous un angle essentiellement prospectif envisageant de proposer des améliorations dans la rédaction des traités, en y intégrant des obligations pour les investisseurs ou en permettant expressément à l'Etat de soumettre des demandes reconventionnelles<sup>13</sup>. Pour séduisantes qu'elles soient, ces propositions ne sont pas en mesure de répondre au besoin de clarification accru de la question reconventionnelle concernant les traités ou les lois d'investissement actuellement en vigueur qui restent le plus souvent silencieux sur ce point. Surtout, en s'interrogeant sur la possibilité « d'autoriser » les Etats à formuler des demandes reconventionnelles, la CNUDCI laisse donc entendre que les Etats seraient, sinon tout à fait privés du droit d'en formuler, du moins sérieusement limités dans la possibilité de mettre en cause le comportement de l'investisseur en particulier lorsque celui-ci introduit une procédure arbitrale sur le fondement d'un traité.

**6.** Cette manière restrictive d'appréhender les demandes reconventionnelles dans le contentieux transnational de l'investissement rend l'analyse des instruments applicables aux procédures contentieuses internationales nécessaire. Aussi, il est opportun de revenir sur les conditions dans lesquelles le droit du contentieux international a accueilli les demandes reconventionnelles (I). La perspective historique nous enseigne que, loin de l'avoir exclu, les instruments applicables aux procédures d'arbitrage transnational ont contribué à élargir et assouplir l'exercice de ce droit (II). Cet assouplissement s'est consolidé notamment par la diversification des règlements d'arbitrage transnational applicables aux relations économiques entre Etats et personnes privées (III). Ayant constaté que ni la nature consensuelle ni la nature transnationale du règlement des différends ne constituent des obstacles dirimants au droit de présenter des demandes reconventionnelles, nous serons en mesure de présenter les enjeux que ce droit soulève dans l'arbitrage d'investissement (IV).

---

<sup>10</sup> CNUDCI, Groupe de travail III, « Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats », doc n° A.CN/9/WG.III/WP.149, 5 septembre 2018. Le Groupe de travail a classé ces préoccupations sous les labels suivants : constance, cohérence, prévisibilité et régularité des décisions arbitrales, arbitres et décideurs ; coûts et durée . Chaque catégorie étant « ventilées en fonction d'éléments connexes, pour simplifier la présentation ».

<sup>11</sup> *Ibid*, par. 70

<sup>12</sup> Communication du gouvernement sud-africain, doc n° A.CN/9/WG.III/WP.176, 17 juillet 2019, par. 64

<sup>13</sup> CNUDCI, Groupe de travail III, « Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats Procédures multiples et demandes reconventionnelles », note du Secrétariat, 22 janvier 2020, par. 45.

## ***I. La réception de la pratique des demandes reconventionnelles dans le contentieux international***

7. L'objet de l'analyse historique est de retracer les étapes de la réception des demandes reconventionnelles dans le contentieux international par le prisme des éléments qui caractérisent l'existence d'un principe général de droit. Relativement aisée à opérer, l'identification du droit d'action reconventionnelle s'est faite par analogie avec les ordres juridiques internes (A). Sa transposition dans le contentieux international a toutefois nécessité de l'accommoder à la nature consensuelle du règlement des différends. Elle a initialement été envisagée de manière restrictive, c'est-à-dire limitée aux situations dans lesquelles une partie soumettait un différend par voie de requête, à l'exclusion des différends soumis par compromis (B).

### ***A. L'identification de droit de présenter des demandes reconventionnelles par analogie avec le droit interne***

8. Bâti à partir de l'idée qu'il serait « contraire au sentiment de la justice qu'un demandeur prétende par sa demande obtenir du défendeur ce qui lui est dû et que, en même temps, il puisse se dérober à l'exécution des obligations connexes qu'il pourrait avoir envers le défendeur »<sup>14</sup>, la demande reconventionnelle est une « technique juridique »<sup>15</sup> reconnue par les ordres juridiques internes de droit privé<sup>16</sup>.

9. La demande reconventionnelle, ou la « reconvention »<sup>17</sup>, a été décrite comme « une demande incidente par laquelle une partie à une instance prétend obtenir, en sus du rejet de la demande introduite contre elle, la satisfaction par la partie adverse d'une prétention entretenant un lien de connexité avec l'objet de la demande de cette partie »<sup>18</sup>. A dire vrai, il n'existe pas de définition univoque de la demande reconventionnelle mais des éléments de caractérisation

---

<sup>14</sup>T. Bernàrdez, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *A.F.D.I.*, 2003, vol. 49, n°1, p. 228.

<sup>15</sup>H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice*, L'Harmattan, 2019, p. 24.

<sup>16</sup>C. Antonopoulos, *Counterclaims before the International Court of Justice*, T.M.C Asser, 2011, p. 10 ; *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, Opinion dissidente du Juge C. Trindade, par. 4, p. 332 : « D'un point de vue historique, l'institution juridique des demandes reconventionnelles en droit procédural international constitue un emprunt au droit procédural interne » Article 14 du code de procédure civile suisse (1 janvier 2011) : « Une demande reconventionnelle peut être formée au for de l'action principale lorsqu'elle est dans une relation de connexité avec la demande principale. Ce for subsiste même si la demande principale est liquidée, pour quelque raison que ce soit. » ; Article 64 du Code procédure civile français : « constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire. » ; en droit américain « *A claim for relief asserted against the opposing party after an original claim has been made* », *Black' Law Dictionary*, B. A. Garner (dir.), 8<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 376.

<sup>17</sup>A. Delahaye, *Des demandes reconventionnelles histoire –jurisprudence*, Université de Caen, 1898, p. xv ; A. Mérignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international, le rôle du droit dans le fonctionnement actuel de l'institution et dans ses destinées futures*, Paris, LLarose, 1895, p. 264.

<sup>18</sup>J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, note n° 1, p. 316.

communs aux ordres juridiques internes et international qui la reconnaissent, en vertu desquels « dans toute demande reconventionnelle, le défendeur vise à obtenir, au cours de la même instance que celle introduite par le demandeur, quelque chose de plus qu'un simple rejet de la réclamation du demandeur »<sup>19</sup>. Son apparition dans l'ordre juridique international s'est faite par « analogie »<sup>20</sup> avec les systèmes de procédure civile des droits internes<sup>21</sup> et à ce titre constitue un principe général de droit<sup>22</sup> « propre à l'organisation de la fonction judiciaire »<sup>23</sup>.

**10.** L'analogie faite avec les droits internes et le recours aux principes généraux de droit ne permet pas d'importer « en bloc, toutes faites et complètement équipées »<sup>24</sup>, les règles et institutions de droit privé. Ainsi, les conditions d'exercice et l'étendue de ce droit sont soumises à des variations en fonction des termes de l'instrument en cause.

**11.** En plus d'être prévu par le Règlement de la Cour internationale de Justice (ci-après « la C.I.J. »), le droit de formuler une demande reconventionnelle est présent dans la plupart des Règlements applicables aux procédures d'arbitrage international, que ceux-ci soient d'inspiration publiciste, c'est-à-dire applicables aux procédures arbitrales impliquant au moins un Etat<sup>25</sup>, ou d'inspiration privatiste, c'est-à-dire originellement applicables aux relations

---

<sup>19</sup> C.D.I., Commentaire sur le projet de convention sur la procédure arbitrale, doc n° A/CN.4.92, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. I, p. 72.

<sup>20</sup> C. Antonopoulos, *Counterclaims before the International Court of Justice*, *op. cit.*, note n° 16, p. 7.

<sup>21</sup> L'origine de l'article 40 du Règlement de la CPIJ se référant aux demandes reconventionnelles « était dans une grande mesure fondé[e] sur la procédure de la Cour suprême des États-Unis » *C.P.J.I., Série D*, n°2, 3<sup>ème</sup> addendum, *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour*, p. 107. F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *R.G.D.I.P.*, 1999, vol. 103, n°2, p. 332.

<sup>22</sup> D. Anzilotti, « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *J.D.I. (Clunet)*, 1930, vol.57, p. 867 : « Il existe un concept de demande reconventionnelle qui, en substance est commun à toutes les législations, même si les règles qui concrétisent cette notion diffèrent dans chacune de ces législations: d'un ensemble de règles distinctes en leurs formes, mais ayant un contenu commun, il est bien possible d'abstraire ce contenu en un concept lequel est ensuite concrétisé en règle propre d'un autre droit. »

<sup>23</sup> Y. Nouvel, « La recevabilité des demandes reconventionnelles devant la Cour internationale de Justice à la lumière de deux ordonnances récentes », *A.F.D.I.*, 1998, vol. 44, n°1, p. 327.

<sup>24</sup> *Statut international du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1950, Opinion individuelle Sir A. Mc Nair*, p. 148 : « Que doit faire une Cour internationale lorsqu'elle se trouve en présence d'une nouvelle institution juridique dont l'objet et la terminologie rappellent les règles et institutions du droit privé ? Dans quelle mesure est-il utile ou nécessaire d'examiner ce qui peut apparaître à première vue comme des analogies pertinentes avec les systèmes de droit interne et d'y chercher aide et inspiration ? Le droit international a emprunté et continue à emprunter à des systèmes de droit privé un grand nombre de ses règles et de ses institutions. L'article 38 (1) (c) du Statut de la Cour témoigne que cette méthode est toujours en usage et l'on observera que cet article autorise la Cour à appliquer .... les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Quand le droit international puise à cette source, ce n'est pas en important des institutions de droit privé, 'en bloc, toutes faites et complètement équipées' d'un ensemble de règles. Il serait difficile de concilier pareille méthode avec l'application 'des principes généraux de droit'. A mon avis, la juste conception de la mission des tribunaux internationaux, en cette occurrence, consiste à considérer, comme une indication de la ligne de conduite à suivre et des principes à appliquer, les caractéristiques et la terminologie qui rappellent les règles et institutions de droit privé, plutôt que d'importer directement ces règles et institutions ».

<sup>25</sup> *Infra*, dans cette introduction, par. 43 et suivant. Ces règlements sont aussi adoptés sur le fondement d'un traité (voir : l'article 19 (3) du Règlement de la Commission des Nations-Unies sur le commerce international de 1976,

commerciales internationales entre entités privées<sup>26</sup>. Désormais, ces deux catégories ne sont plus aussi hermétiques puisque les règlements applicables aux relations commerciales internationales peuvent s'appliquer aux différends d'investissement opposant un Etat à un investisseur étranger<sup>27</sup>.

**12.** Puisqu'il existe entre les textes certaines variations, il est prudent d'approcher la notion de demande reconventionnelle à travers les fonctions et les finalités qu'elle présente dans le contentieux international (interétatique ou transnational).

**13.** Premièrement, la demande reconventionnelle se distingue du moyen de défense au fond. Elle place la partie qui l'allègue dans une position défensive – elle entend faire échec aux prétentions du demandeur – et offensive puisqu'elle « demande à son tour quelque chose qui soit plus que le simple rejet de la demande »<sup>28</sup>. Agissant en « réaction à la prétention du demandeur »<sup>29</sup>, le défendeur cherche à obtenir une variété d'avantages tels que la reconnaissance d'un droit, d'une situation juridique, la condamnation de son adversaire ou un jugement déclaratoire<sup>30</sup>. Contrairement au moyen de défense au fond, il faut que la partie poursuivie présente une demande reconventionnelle « à la fois pour repousser les allégations de [la partie adverse] et pour obtenir la condamnation de cel[le]-ci »<sup>31</sup>.

**14.** Cela ne veut pas dire que les moyens de défense au fond et les demandes reconventionnelles ne sont pas apparentées. Il arrive qu'un argument présenté à titre défensif puisse par ailleurs servir d'argument reconventionnel. Cette possibilité se vérifie dans le contentieux transnational de l'investissement où l'Etat placé sur la défensive, pense rarement sa stratégie comme susceptible de lui apporter quelque chose de plus que le rejet de la demande principale. Certains arguments présentés par l'Etat comme moyen de défense pourraient, s'il le

---

article 21 (3) du même Règlement de 2010 ; article 19 du Règlement facultatif de la C.P.A pour les différends dont une partie seulement est un Etat de 1993 et 21 du Règlement d'arbitrage de 2012 ; article 19 du Règlement facultatif de la C.P.A pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement.)

<sup>26</sup> Sans préjudice du droit des Etats de se référer à ces règlements dans des accords conventionnels ou contractuels ou dans leur législation nationale. Article 2.1 (3) du *Règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage international de Londres* de 2020 (ci-après « LCIA ») ; article 5 du *Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International* de 2017 (ci-après « CCI ») ; article 10 (3) du *Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce international de Stockholm* de 2010 (ci-après « SCC ») ; article 18 du *Règlement d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* de 1999 (ci-après « OHADA »), article 5 (3) du *Règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage international de Hong Kong* de 2018 (ci-après « HKIAC ») ; article 4 du *Règlement d'arbitrage du Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international* de 2011.

<sup>27</sup> F. Latty, « Arbitrage transnational et droit international général », *A.F.D.I.*, 2008, vol. 54, n°1, p. 473.

<sup>28</sup> D. Anzilotti, « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *op. cit.*, note n° 22, p. 858.

<sup>29</sup> H. Gelas, *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, Thèse de doctorat, Université Paris II, 2004, p. 359.

<sup>30</sup> H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, note n°15, p. 117.

<sup>31</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, demande reconventionnelle, ordonnance, *C.I.J Recueil* 1998, p. 205, par. 38.

décidait, être utilisés à des fins offensives et constituer une action reconventionnelle<sup>32</sup>. Il en est ainsi par exemple des arguments liés aux allégations de violation du droit interne<sup>33</sup>. Mais lorsque l'Etat choisit de se placer sur un terrain plus offensif, la demande reconventionnelle devient une nouvelle demande dans l'instance, et contrairement au moyen de défense, elle exige du juge ou de l'arbitre de vérifier à nouveau sa compétence<sup>34</sup>.

**15.** Deuxièmement, la demande reconventionnelle appartient à la catégorie des demandes incidentes, qui sont « des conclusions autres que la demande... f[aisa]nt l'objet d'une décision de la juridiction sans préjudice du fond et qui deviennent sans objet si la procédure sur le fond prend fin »<sup>35</sup>. Toutefois, la nature incidente de la demande reconventionnelle n'exige pas automatiquement l'ouverture d'une procédure incidente qui requiert de solliciter les observations des parties afin de consacrer une ordonnance ou une décision séparée. L'analyse des demandes reconventionnelles ne suspend pas la conduite de l'instance au fond. Elle vient se « greffe[r] »<sup>36</sup> à l'instance. Par son aspect offensif, elle constitue une prétention nouvelle dans une instance en cours et à ce titre appartient à la catégorie des demandes incidentes.

**16.** La C.I.J a décrit avec clarté l'effet des fonctions défensives et offensives de ces demandes qui les singularise par rapport aux moyens de défense au fond, expliquant:

« [q]u'une demande reconventionnelle présente, au regard de la demande de la partie adverse, un double caractère; qu'elle en est indépendante dans la mesure où elle constitue une 'demande' distincte, c'est-à-dire un acte juridique autonome ayant pour objet de soumettre une prétention nouvelle au juge, et, qu'en même temps, elle s'y rattache, dans la mesure où, formulée à titre reconventionnel, elle riposte à la demande principale; que le propre d'une demande reconventionnelle est ainsi d'élargir l'objet initial du litige en poursuivant des avantages autres que le simple rejet de la prétention du demandeur à l'action – par exemple, la condamnation de celui-ci; et que, à ce titre, la demande reconventionnelle se distingue d'un moyen de défense au

---

<sup>32</sup> P. Lalive et L. Halonen, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *CYIL*, 2011, vol. 2, p. 154: « *Good counsel should see if there is something in the investor's behavior that is more than just a defense to a claim but can in fact form the basis of a counterclaim...States would probably have more faith in the process on investment treaty arbitration...* ».

<sup>33</sup> *Infra*, Chapitre 3, par. 616 et suivant.

<sup>34</sup> T. Bernàrdez, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n°14, p. 231.

<sup>35</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 454, voir aussi p. 343, par. 541 : « Les demandes reconventionnelles étant des incidents de la procédure, elles suivent (sans préjudice du fond) le rejet préliminaire des demandes principales. »

<sup>36</sup> R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Pedone, 2013, p. 679 ; *C.P.J.I, Série D*, n°2, 3<sup>ème</sup> addendum, *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour*, p. 111. (Déclaration de M. Fromageot au sujet de la demande reconventionnelle)

fond. »<sup>37</sup>

17. Enfin, la recevabilité<sup>38</sup> des demandes reconventionnelles est étroitement liée à la caractérisation du lien, factuel ou juridique, qu'elle entretient avec la demande principale. Elle nécessite d'établir un lien de connexité suffisamment étroit pour que la bonne administration de la justice, justifie qu'elle soit traitée dans une même instance<sup>39</sup>. L'appréciation de ce lien est une opération casuistique néanmoins encadrée par les termes des instruments de procédure applicables à l'administration de la justice. Ainsi, « plus ces conditions sont strictes et plus se réduit (jusqu'à disparaître) la possibilité de soulever des demandes reconventionnelles 'offensives'; au contraire, plus les conditions s'élargissent, et plus s'ouvre la voie à une utilisation plus flexible et polyvalente de ces demandes »<sup>40</sup>.

18. Relativement aisées à identifier, ces caractéristiques communes des demandes reconventionnelles en droit interne et en droit international ont néanmoins présenté certaines difficultés de transposition dans le contentieux international interétatique qui ne sont pas étrangères à celles aujourd'hui rencontrées dans le contentieux transnational de l'investissement. Leur analyse est pertinente pour contextualiser la manière dont les tribunaux d'investissement se sont saisis du contentieux reconventionnel.

### ***B. La transposition progressive du droit de formuler des demandes reconventionnelles dans le contentieux international***

19. Les controverses accompagnant la transposition de cette « institution particulière de la procédure »<sup>41</sup> ont été révélées par la pratique des États devant les juridictions internationales, étant entendu qu'il serait préférable de laisser à la jurisprudence le soin de fixer « au fur et à mesure les critères de cette matière spéciale »<sup>42</sup>. En effet, le Règlement de la Cour permanente

---

<sup>37</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 243, par. 27.*

<sup>38</sup> *Violations alléguées des droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des caraïbes, (Nicaragua c. Colombie), Ordonnance, demandes reconventionnelles, 17 novembre 2017, C.I.J Recueil 2017, p. 296, par. 20 : « la Cour a admis que le terme 'recevabilité' devait être compris comme couvrant à la fois la condition de compétence et celle de connexité directe [prévues à l'article 80 du Règlement sur les demandes reconventionnelles] ». La condition de connexité qui détermine la recevabilité des demandes reconventionnelles sera néanmoins distinguée de la condition de compétence dans le cadre de notre étude.*

<sup>39</sup> A. Delahaye, *Des demandes reconventionnelles histoire –jurisprudence, op. cit.*, note n°17, p. xv : « Le but vers lequel tend donc toute procédure– qui est le droit agi– est la rapidité et l'économie ; et comme cet idéal a été entrevu de tout temps parce qu'il répond à des besoins indiscutables, les efforts que l'on a fait pour l'atteindre se révèlent par des institutions juridiques : la reconvention. »

<sup>40</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op.cit.*, note n° 21, p. 333.

<sup>41</sup> D. Anzilotti, « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *op.cit.*, note n° 22, p. 867.

<sup>42</sup> *Ibid*, p. 871.

de Justice internationale (ci-après « la C.P.J.I. ») dans sa version de 1922, avait intégré en des termes bien plus succincts que son héritière les demandes reconventionnelles. Il précisait ainsi dans son article sur le contre-mémoire que celui-ci pouvait inclure « des conclusions sur les faits énoncés [et que] ces conclusions peuvent comprendre des demandes reconventionnelles pour autant que ces dernières rentrent dans la compétence de la Cour »<sup>43</sup>.

**20.** Le tout premier cas d'action reconventionnelle que la C.P.J.I. a eût à connaître s'est présenté en 1928 dans *l'Affaire relative à l'Usine de Chorzów*<sup>44</sup>. L'Allemagne avait introduit une instance par requête contre la Pologne pour la réparation du préjudice né de l'illicéité de la prise de possession par la Pologne d'une usine d'azote appartenant à une société allemande. Dans son contre-mémoire la Pologne avait adressé à la Cour une « demande subsidiaire »<sup>45</sup> afin de dire et juger que l'Allemagne devait livrer au Gouvernement polonais la totalité des actions la Société Anonyme allemande en cause. Il revenait notamment à la Cour de savoir si les modifications apportées par la Pologne à ses conclusions dépassaient « le cadre des conclusions allemandes »<sup>46</sup>. Dans sa réplique, l'Allemagne faisait remarquer que la Pologne n'invoquait aucune disposition sur la base de laquelle la Cour pouvait fonder sa compétence mais que, soucieuse de voir « vidée définitivement l'affaire de Chorzów »<sup>47</sup> le gouvernement allemand avait accepté la compétence de la Cour sur ce point et investi du même coup la Cour du pouvoir d'en connaître.

**21.** Prenant appui sur le consentement de l'Allemagne, la Cour a eu l'espace nécessaire pour affermir sa jurisprudence sur la question reconventionnelle. Constatant que la demande polonaise était bien « en rapport de connexité juridique avec la demande principale »<sup>48</sup>, la Cour a introduit une fois pour toute et sans qu'aucune disposition ne le prévoie, la notion pivot de connexité qui sera incorporée dans tous ses Règlements ultérieurs. Suivant le sillage de la pratique, la modification du Règlement de la C.P.J.I. de 1936 a codifié cette approche. Il consacre dorénavant aux demandes reconventionnelles un article séparé. Le nouvel article 63 du Règlement de 1936 permettait qu'une demande reconventionnelle soit présentée dans les conclusions d'un contre-mémoire pourvu que celle-ci « soit en connexité directe avec l'objet

---

<sup>43</sup> C.P.J.I., *Série D*, Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour, Règlement adopté le 14 mars 1922, pp. 20-22.

<sup>44</sup> *Affaire relative à l'usine de Chorzów n°13 (demande en indemnité) (fond.)*, *Série A*, n°17, 1928, p. 3.

<sup>45</sup> *Ibid*, p. 30.

<sup>46</sup> *Ibid*, p. 17.

<sup>47</sup> *Ibid*, p. 36.

<sup>48</sup> *Ibid*, p. 38.

de la requête origine »<sup>49</sup>.

**22.** Néanmoins, si la reconnaissance du droit d'action reconventionnelle est plus précise, elle s'est également révélée être plus « restrictive »<sup>50</sup> que sous l'empire du Règlement de 1922 puisqu'elle ne sera désormais reconnue que dans les cas où le différend porté à la connaissance de la Cour a été introduit par la voie d'une requête .

**23.** Réduite à sa plus simple acception, cette conception plus restrictive des demandes reconventionnelles peut être résumée comme suit : dès lors que les parties délimitent le champ des questions susceptibles de résolution judiciaire dans un compromis, elles restreignent le pouvoir juridictionnel de l'arbitre ou du juge de se prononcer sur des questions qui ne seraient pas explicitement couvertes par ce compromis. *A moins que les parties en prévoient explicitement la possibilité*, les demandes reconventionnelles seraient donc inadmissibles, lorsqu'elles saisissent la juridiction par la voie d'un compromis.

**24.** A l'occasion de l'adoption du Règlement de la C.P.J.I. de 1922, D. Anzilotti avait ainsi considéré qu' « en cas de compromis une demande reconventionnelle ne peut être présentée »<sup>51</sup>. Bénéficiant de la reconnaissance règlementaire par la C.P.J.I. en 1936, il a ultérieurement explicité son approche dans son article intitulé « Demande reconventionnelle en procédure internationale ». Dans cet article, il explique pourquoi le droit d'action reconventionnelle dans la procédure internationale n'était pas sans limite :

« il ne pouvait évidemment pas être question de demande reconventionnelle dans la procédure internationale, tant que la seule forme judiciaire de solution des litiges entre Etats a été l'arbitrage, au sens étroit du mot. Pour que naisse le problème de la possibilité de la demande reconventionnelle, il est nécessaire que les parties assument, non seulement matériellement, mais formellement, les rôles de demandeur et de défendeur »<sup>52</sup>.

**25.** En revanche, lorsqu'une seule des parties pouvait saisir la juridiction internationale par requête pour établir ses griefs selon ses propres convenances, « il était naturel que l'on accordât au défendeur, le moyen de demander dans la même instance ce qui lui est dû par le demandeur

---

<sup>49</sup> C.P.J.I., *Série D*, n°1, 3<sup>ème</sup> ad, *Actes et Documents relatifs à l'organisation de la Cour*, mars 1936 : « Lorsque l'instance a été introduite par requête, une demande reconventionnelle peut être présentée dans les conclusions du contre-mémoire, pourvu que cette demande soit en connexité directe avec l'objet de la requête et qu'elle rentre dans la compétence de la Cour. Toute demande qui n'est pas en connexité directe avec l'objet de la requête originaire, doit être présentée sous forme de requête séparée et peut rester l'objet d'une instance distincte ou être jointe par la Cour à l'instance primitive ».

<sup>50</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op.cit.*, note n° 21, p. 336.

<sup>51</sup> C.P.J.I., *Série D*, n°2, *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour*, préparation du Règlement de la Cour, 1922, pp. 139-138.

<sup>52</sup> D. Anzilotti, « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *op.cit.*, note n° 28, p. 857.

pour un motif connexe avec la controverse déjà pendante. »<sup>53</sup>

**26.** Le principe d'incompatibilité entre l'action reconventionnelle et la saisine par voie de compromis reposait sur les arguments suivants. Dans l'arbitrage « au sens étroit du mot »<sup>54</sup>, c'est-à-dire, l'arbitrage engagé par la voie d'un compromis, les parties seraient privées des qualités de demanderesse et de défenderesse, et, s'accordant sur l'objet et le périmètre d'un différend qui les oppose, « l'aspect conflictuel du procès f[er]ait défaut »<sup>55</sup>. En signant un compromis, les parties auraient matérialisé le nœud de leur litige si bien que celui-ci « peut d'ores et déjà être assimilé à la réunion d'une demande principale et d'une demande reconventionnelle »<sup>56</sup>.

**27.** Au contraire, en cas de saisine par requête, « la partie défenderesse se voit placée subitement, par l'initiative de son adversaire devant une situation et une menace dont elle n'a pas été appelée à peser et doser les valeurs »<sup>57</sup>. Le défendeur serait à son tour investi d'un droit de contre-attaquer. Alors, dans l'hypothèse où l'instance est introduite par voie de compromis « il n'y a pas de demande reconventionnelle mais des demandes réciproques »<sup>58</sup>.

**28.** Pourtant, l'exclusion de la demande reconventionnelle en cas de saisine par compromis n'était pas aussi évidente qu'Anzilotti pouvait le laisser entendre. D'abord, l'exclusion n'était pas prévue dans la version de 1922 du Règlement de la C.P.J.I., lequel ne limitait pas la pratique des demandes reconventionnelles aux affaires introduites par requête.

**29.** Deuxièmement, dans l'*Arbitrage concernant la mer de Behring (Phoque à fourrure)*<sup>59</sup> de 1893, le Tribunal a accueilli la demande du Royaume-Uni pour obtenir réparation des préjudices subis par la saisie des navires dans les eaux de Behring alors que ce point ne figurait

---

<sup>53</sup> *Ibid*, p. 870.

<sup>54</sup> *Ibid*, p. 857.

<sup>55</sup> H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice*, *op.cit.*, note n° 15, p. 145.

<sup>56</sup> H. Gelas, *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, *op.cit.*, note n° 29, p. 362.

<sup>57</sup> R. Genet, « Les demandes reconventionnelles et la procédure de la Cour permanente de Justice internationale », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1938, vol. 19, p. 151.

<sup>58</sup> *C.P.J.I, Série D*, n°2, 3<sup>ème</sup> addendum, Procès-verbaux des séances de révision du Règlement de la CPJI en 1934 conduisant à l'adoption du Règlement de 1936, p. 109. : « M. Urrutia ... signale qu'on n'a pas encore discuté la question de savoir si, dans une affaire introduite par voie de compromis, il peut se produire des demandes reconventionnelles, par exemple si, en fait, les deux parties sont en même temps demanderesse et défenderesse. En disant dans le Règlement - comme cela est maintenant proposé - que les demandes reconventionnelles ne peuvent être présentées que dans les affaires introduites par requête, on élimine ce cas. M. Anzilotti considère, que, dans cette hypothèse, il n'y a pas de demande reconventionnelle, mais des demandes réciproques. »

<sup>59</sup> *Sentence entre les États-Unis et le Royaume-Uni relative aux droits de juridiction des États-Unis dans les eaux de la mer de Behring et à la préservation des phoques à fourrure*, 15 août 1893, *R.S.A*, vol. XXVIII, pp. 263-276. (Le différend était relatif à la promulgation d'une loi américaine interdisant la pêche des phoques à fourrure. Le Royaume-Uni contestait l'applicabilité de la loi à ses navires de pêches qui étaient situés à l'extérieur des eaux territoriales américaines. Les arbitres disposaient d'un mandat pour émettre un règlement commun de régulation de la pêche des phoques à fourrure. Les parties avaient saisi le tribunal de six questions relatives notamment, à la juridiction exclusive dans la mer de Béring, à la titularité et l'étendue des droits exclusifs concernant la chasse au phoque et à l'existence d'un droit de protection ou de propriété des Etats Unis sur les phoques à fourrure.)

pas explicitement dans les articles VII et VIII du Traité d'arbitrage. Cette affaire a été présentée comme un exemple contredisant la position restrictive qui s'opposait à l'admission des reconventions, chaque fois qu'elles n'étaient pas explicitement prévues par le compromis<sup>60</sup>. Certes, cette demande n'était pas formellement qualifiée de reconventionnelle mais elle en avait les attributs puisque le Royaume-Uni demandait réparation des dommages et à ce titre, entrait dans les termes du compromis qui donnait liberté aux parties de soumettre « *[a]ny question of fact involved in said claims and ask for a finding thereon the question of the liability of either Government upon the facts found* »<sup>61</sup>.

**30.** Il est difficile de s'appuyer sur l'arbitrage international pour vérifier si la position adoptée par la Cour et développée par D. Anzilotti suivait une pratique établie dans le contentieux international. Bien que l'arbitrage international ait devancé historiquement le règlement judiciaire des différends interétatiques, son « apport [...] au développement du droit de la demande reconventionnelle en procédure internationale [est] demeur[é] très mince, pour ne pas dire inexistant »<sup>62</sup>. En effet, la *Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, adoptée à la Conférence de La Haye de 1899 et révisée en 1907 était restée silencieuse sur la question reconventionnelle<sup>63</sup>.

**31.** De même, l'analyse de la pratique reconventionnelle devant les commissions mixtes, ne permet pas de déterminer si la rareté de la pratique reconventionnelle était circonstancielle ou si elle reposait sur la conviction que le droit de l'Etat de contre-attaquer n'était tout simplement pas reconnu à moins d'être prévu par les parties dans leur accord. La raison en est que beaucoup des traités instituant ces commissions mixtes limitaient leur compétence aux dommages subis par les ressortissants d'un Etat partie, à l'occasion d'évènements belligérants ou insurrectionnels leur ayant causé préjudice<sup>64</sup>. Certains traités reconnaissaient d'emblée soit la

---

<sup>60</sup> Rapport par G. Scelle (Rapporteur spécial) *Arbitral procedure*, doc. A/CN.4/18, *Annu. C.D.I.*, 1950, vol. II, p. 137.

<sup>61</sup> *Sentence entre les États-Unis et le Royaume-Uni relative aux droits de juridiction des États-Unis dans les eaux de la mer de Behring et à la préservation des phoques à fourrure*, *op.cit.* note n° 59, p. 268 : « Article VIII of the Treaty related to damages, which had formed a subject of much difficulty and occasioned not a little delay in the negotiations. By this article it was provided that the high contracting parties 'having found themselves unable to agree upon a reference which shall include the question of the liability of each for the injuries alleged to have been sustained by the other, or by its citizens, in connection with the claims presented and urged by it, either may submit to the arbitrators any question of fact involved in said claims and ask for a finding thereon, the question of the liability of either Government upon the facts found to be the subject of further negotiations.»

<sup>62</sup> H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, note n° 15, p. 40.

<sup>63</sup> *Ibid*, p. 42.

<sup>64</sup> Protocole du 27 février 1903 (France/Venezuela), article I, *RSA*, vol. X, p. 3 : « All French claims against the Republic of Venezuela, which have not been settled by diplomatic agreement or by arbitration between the two Governments, shall be presented by the French foreign office or by the French legation at Caracas, to a mixed

responsabilité de l'Etat ayant causé préjudice aux ressortissants étrangers<sup>65</sup>, soit la « légitimité » des réclamations portées contre lui<sup>66</sup>. Sans formellement exclure la possibilité d'une demande reconventionnelle, certains traités neutralisaient considérablement ce droit en excluant certaines réclamations du champ de la compétence des arbitres<sup>67</sup>. Si dans une affaire, la Commission mixte Mexique/Vénézuéla a effectivement accueilli une demande reconventionnelle, elle l'a fait après avoir obtenu le consentement des Etats parties<sup>68</sup>.

**32.** De même, on chercherait en vain la confirmation dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes établis par l'article 304 Traité de Versailles<sup>69</sup> que les demandes

---

*commission* » ; Le traité entre la Grande-Bretagne et le Mexique limitait la compétence aux réclamations présentées par les ressortissants britanniques causés par des mouvements révolutionnaires au Mexique entre 1910 et 1920 (*Convention between His Majesty and the President of the United Mexican States for the Settlement of British Pecuniary Claims in Mexico arising from Loss or Damage from Revolutionary Acts between November 20, 1910, and May 31, 1920*, article III, RSA, vol.V, p. 8.) ; le traité de Washington entre les Etats-Unis et le Mexique établissant la General Claim Commission donnait compétence pour « all claims » portés par un ressortissant américain contre le Mexique ou un ressortissant mexicain contre les Etats-Unis (*General Claims Convention, 8 septembre 1923*, RSA, vol. IV, p. 11.)

<sup>65</sup> Protocole entre la Grande Bretagne et le Venezuela, 13 février 1903, RSA, vol. X, p. 359 article III: « *The British and Venezuelan Governments agree that the other British claims, including claims by British subjects other than those dealt with in Article VI hereof, and including those preferred by the Railway Companies, shall, unless otherwise satisfied, be referred to a Mixed Commission constituted in the manner defined in Article IV of this Protocol, and which shall examine the claims and decide upon the amount to be awarded in satisfaction of each claim. The Venezuelan Government admit their liability in cases where the claim is for injury to, or wrongful seizure of, property, and consequently the questions which the Mixed Commission will have to decide in such cases will only be (a.) Whether the injury took place, and whether the seizure was wrongful; and (b.) If so, what amount of compensation is due. In other cases the claims shall be referred to the Mixed Commission without reservation* ».

<sup>66</sup> Protocole du 13 février 1903 (Allemagne/Venezuela), RSA, vol. X, article I, p. 359: « *The Venezuelan Government recognize in principle the justice of the claims of German subjects presented by the Imperial German Government.* »

<sup>67</sup> *Ibid*: « *The Venezuelan men-of-war and merchant vessels captured by the German naval forces shall be returned to the Venezuelan Government in their actual condition. No claims for indemnity can be based on the capture and on the holding of these vessels, neither will an indemnity be granted for injury to or destruction of the same.* »

<sup>68</sup> Commission mixte des réclamations (Mexique/Venezuela) *Del Rio Case*, Opinion of Gaytân de Ayala, umpire, 1 juin 1903, RSA, vol. X, p.697.

<sup>69</sup> Traité de Versailles, 28 juin 1919, *JORF*, 11 janvier 1920, p. 458 et s., article 304 : « Un Tribunal arbitral mixte sera constitué entre chacune des puissances alliées ou associées d'une part et l'Allemagne d'autre part, dans un délai de trois mois à dater de la mise en vigueur du présent traité. ...Au cas où cet accord ne pourrait intervenir, le président du Tribunal et deux autres personnes susceptibles l'une et l'autre, en cas de besoin, de le remplacer, seront choisies par le Conseil de la Société des Nations ... Ces personnes appartiendront à des puissances qui sont restées neutres au cours de la guerre... La décision de la majorité des membres sera celle du Tribunal. b. Les tribunaux arbitraux mixtes créés par application du paragraphe a) jugeront les différends qui sont de leur compétence, aux termes des sections III [Dettes], IV [Biens, droits et intérêts], V [Contrats, prescriptions jugements] et VII [propriété industrielle]. En outre, tous les différends, quels qu'ils soient, relatifs aux contrats conclus, avant la mise en vigueur du présent traité, entre les ressortissants des puissances alliées et associées et les ressortissants allemands, seront régies par le Tribunal arbitral mixte, à l'exception toutefois des différends qui, par application des lois des puissances alliées, associées ou neutres, sont de la compétence des tribunaux nationaux de ces dernières puissances...Le ressortissant intéressé d'une puissance alliée ou associée pourra toutefois porter l'affaire devant le Tribunal arbitral mixte à moins que sa loi nationale ne s'y oppose...»). La nature internationale des tribunaux mixtes établis par le traité de Versailles a été reconnue en particulier lorsque ceux-ci étaient saisis de différend en vertu de l'article 296 et 297 du Traité, relatifs au recouvrement de dettes et créances d'avant-guerre entre ressortissants alliés et ressortissants allemands. Voir, R. Blühdorn, « Le Fonctionnement et La Jurisprudence

reconventionnelles seraient exclues à moins d'être explicitement prévues par les parties dans un compromis. En effet, certains règlements de procédure excluaient formellement les demandes reconventionnelles<sup>70</sup> alors que d'autres permettaient que dans sa réponse, une partie soumette des conclusions « qui peuvent être soit libératoires de tout ou partie des conclusions de la requête, soit reconventionnelles »<sup>71</sup>. Le fait que ces tribunaux soient formellement saisis par requête<sup>72</sup> ne doit pas faire oublier que le Traité les instituant, à l'instar des Commissions mixtes, avait été conclu *après* la naissance des différends et à ce titre, constitue une transaction qui partage certains points communs avec le compromis<sup>73</sup>. Or, ces tribunaux arbitraux mixtes devant lesquels « le droit d'accès direct des individus fut admis sans difficulté »<sup>74</sup> pour régler les différends transnationaux entre les ressortissants des puissances alliées contre l'Allemagne, ont eu à connaître, et se sont prononcés, sur des demandes reconventionnelles<sup>75</sup>.

**33.** Ainsi, il n'est guère surprenant de constater que l'exclusion des demandes reconventionnelles en cas de saisine par compromis n'a en réalité jamais fait l'unanimité en doctrine. D'un côté, pour l'*Institut du droit international* (ci-après « l'IDI »), à l'initiative d'un *Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale* en 1877, le droit de présenter

---

Des Tribunaux Arbitraux Mixtes Créés Par Les Traités de Paris », *RCADI*, vol. 41, 1932, pp. 144-145 : « Selon l'article 304-b, al. 2 [du Traité de versailles] les T. A. M. étaient aussi compétents pour décider des différends nés entre particuliers; ils n'étaient certainement pas, dans cette fonction, des tribunaux internationaux. Par contre, quand les T. A. M. avaient à décider si une dette ou créance tombait ou non sous le coup des dispositions de l'article 296, ils devaient bien être considérés comme tribunaux internationaux. Car il s'agissait alors de la question de savoir si l'Etat de l'office débiteur devait ou non porter sous sa garantie une certaine somme au crédit de l'Etat adverse [...] Du point de vue de leur fonctionnement et de leur jurisprudence, les T. A. M. peuvent et doivent être considérés pour les affaires visées par les articles 296 et 297 comme de vrais tribunaux internationaux. »

<sup>70</sup> Règlement de procédure du tribunal arbitral mixte germano-belge, article 29, *Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes institués par les traités de paix*, t.1, 1922, pp. 36-37 : « Demandes reconventionnelles ne sont pas admises. Toute demande du défendeur contre le demandeur doit être formée par une requête introductive d'instance. Un Tribunal pourra ordonner que les causes soient jointes ou qu'elles soient plaidées dans la même audience ».

<sup>71</sup> Règlement de procédure du tribunal arbitral mixte gréco-allemand, article 14 (e), p.47; Règlement de procédure du tribunal arbitral mixte franco-allemand, article 14 (e), in *Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes institués par les traités de paix*, t.1, 1922, respectivement p. 47 et pp. 63-64.

<sup>72</sup> *Ibid*, articles 2 des deux Règlements.

<sup>73</sup> Sur le caractère transactionnel des traités de paix qui se singularise par rapport aux compromis R. Le Bœuf observe que « [l]a transaction suppose également que soit apportée au différend une solution.... *Par cet aspect*, la transaction se distingue du compromis. [Dans le cas du compromis] le règlement des du différend résultera dans un tel cas de la décision de l'instance saisie et non de l'acte conventionnel lui-même. ». R. Le Bœuf, *Le Traité de paix Contribution à l'étude juridique du règlement des différends internationaux*, Pedone, 2018, p. 500. (italiques ajoutés)

<sup>74</sup> G. Guyomar, « L'arbitrage concernant les rapports entre Etats et particuliers », *A.F.D.I.*, 1959, vol. 5, p. 350.

<sup>75</sup> *Montrisher Guiramand c. Wasser Abwasserreinigung*, Tribunal mixte franco-allemand, 14 novembre 1922, *Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes institués par les traités de paix*, t. II, 1923, pp. 575-576 : « Subsidiairement...dire et juger que cette résiliation ne saurait être prononcée aux torts et griefs de la défenderesse mais devant au contraire être prononcée aux torts exclusifs de la demanderesse ..en conséquence condamner les demandeurs à payer la défenderesse des dommages et intérêts [du défendeur]... la résiliation ne saurait créer aucun droit à dommages et intérêts puisque la [défenderesse] par les prix prohibitifs qu'elle a réclamés l'a rendu en fait inexécutable » ; Tribunal mixte anglo-allemand division A, 6 juillet 1928, *Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes institués par les traités de paix*, 1928, pp. 281-282.

des demandes reconventionnelles était seulement soumis au consentement des parties<sup>76</sup>.

**34.** De l'autre, certains considéraient que l'admission des demandes reconventionnelles n'était pas conditionnée par la nature de l'acte de saisine de la juridiction. Comme A. Méringhac l'avait remarqué :

« Toute la question, suivant nous, consiste à rechercher si la demande reconventionnelle s'écarte assez de la demande principale, pour que le compromis paraisse devoir la soustraire à l'examen de l'arbitre. Par suite lorsque la reconvention s'appuie sur la cause même qui sert de base à la demande principale, est connexe à celle-ci, nous ne voyons aucune raison pour ne pas l'accepter. Le compromis, en effet, a déferé sans réserve le litige aux arbitres, et l'on doit considérer la demande reconventionnelle comme tacitement comprise dans le mandat arbitral qui embrasse la cause entière avec toutes ses suites. Le défendeur doit donc être admis à invoquer à sa décharge tout fait tirant son origine de la demande qui est dirigée contre lui. »<sup>77</sup>

**35.** De même, critiquant la position de *l'Institut*, G. Scelle, dans son rapport à la Commission du droit international (ci-après « la C.D.I. ») sur la *Procédure arbitrale* en 1950 considérait que « le principe de la recevabilité ne fai[sai]t pas de doute, mais, il conven[ai]t encore d'exiger un lien de connexité entre la demande reconventionnelle et le fond du litige »<sup>78</sup>. G. Scelle exprimait son désaccord avec l'approche suivie par *l'Institut* de la manière suivante:

« Pourtant, si la demande reconventionnelle présente évidemment le caractère de connexité, *ce dont le juge décidera*, il ne paraît ni opportun ni conforme à l'égalité des parties, de statuer sur la demande principale et non sur la demande reconventionnelle et le devoir du tribunal est de liquider le litige »<sup>79</sup>.

**36.** En conséquence, l'article 19 du projet de la C.D.I. de 1950 sur la *Procédure arbitrale* sortait du sillage creusé par la C.P.J.I., *l'Institut* et par D. Anzilotti en proposant une version plus souple d'après laquelle tout tribunal pouvait statuer sur une demande reconventionnelle indistinctement de la nature de l'acte de saisine. L'article 19 du *Projet sur la procédure arbitrale* se lisait comme suit : « Sauf accord *contraire* impliqué par l'engagement d'arbitrage ou stipulé par le compromis, le tribunal statue sur toutes les demandes accessoires qu'il estime

---

<sup>76</sup> Article 17 du *Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale*, Session de La Haye, *Annuaire de l'Institut*, t.1, 1877, p. 131 : « Les demandes reconventionnelles ne peuvent être portées devant le tribunal arbitral qu'en tant qu'elles lui sont déferées par le compromis, ou que les deux parties et le tribunal sont d'accord pour les admettre. »

<sup>77</sup> A. Méringhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international, le rôle du droit dans le fonctionnement actuel de l'institution et dans ses destinées futures*, Paris, LLarose, 1895, p. 264.

<sup>78</sup> G. Scelle, « La procédure arbitrale », doc n° A/CN.4/18, *Annu. C.D.I.*, 1950, vol. II, p. 137.

<sup>79</sup> *Ibid.* (Italiques ajoutés)

indivisibles de l'objet du litige et nécessaires à sa liquidation définitive »<sup>80</sup>.

**37.** Au lieu d'exiger un consentement exprès des parties sur l'action reconventionnelle, la Commission la considère recevable « sauf accord *contraire* des parties ». Chemin faisant, ce qu'il revenait aux parties de déterminer était peu à peu transféré aux mains de l'arbitre pour s'assurer de la bonne résolution du différend puisque c'était à lui qu'il revenait désormais d'apprécier la recevabilité des demandes qu'il estimait indivisibles avec l'objet du litige.

**38.** Les positions respectivement adoptées par la C.D.I. et A. Méringhac, et celle suivie par la C.P.J.I. et Anzilotti quoique distinctes ne sont pas irréconciliables. Elles dépendent en réalité de la compréhension que chacun pouvait avoir des notions de « requête » et de « compromis ». Le principe de l'exclusion des demandes reconventionnelles en cas de saisine par compromis adoptée par Anzilotti et par la C.P.J.I. en 1936 reposait sans doute sur une conception classique de la notion de compromis entendue comme un « accord écrit par lequel les parties à un différend né et actuel soumettent ce dernier au règlement arbitral ou judiciaire »<sup>81</sup>. D'après cette conception, le droit de soumettre une demande reconventionnelle serait anéanti puisque les parties auraient épuisé dans le compromis les questions susceptibles d'examen par le tribunal ou la juridiction désignée. En l'absence de demandeur et de défendeur, les demandes formulées par elles en cours d'instance ne seraient pas « principales » ou « reconventionnelles » mais « réciproques »<sup>82</sup>.

**39.** Toutefois, la distinction entre requête et compromis n'était pas toujours aussi nette. Il était en effet tout à fait envisageable que les parties signent un compromis « *D'avance*, soit pour toutes contestations, soit pour les contestations d'une certaine espèce à déterminer, qui pourraient s'élever entre les Etats contractants »<sup>83</sup>. D'après cette définition donnée par l'*Institut de droit international*, la notion de compromis engloberait donc celle de clause compromissoire. Dès lors, le principe de l'exclusion des demandes reconventionnelles en cas de saisine par compromis apparaît plus contestable.

**40.** La pratique a également montré que deux Etats pouvaient signer un compromis, *après la naissance de leur différend*, mais donner à l'une d'elle le droit d'engager la procédure par voie

---

<sup>80</sup> Rapport de la Commission à l'Assemblée Générale sur les travaux de sa dixième session, « Projet sur la procédure arbitrale », *Annu. C.D.I.*, 1958, vol. II, p. 88. (italiques ajoutés)

<sup>81</sup> J. Salmon, *Droit international public, op. cit.*, note n°1, p. 220

<sup>82</sup> Observation de D. Anzilotti à l'occasion des modifications portées au Règlement de la C.P.J.I. , *Série D*, 3<sup>ème</sup> ad, n°2, *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour*, 11 mars 1936, p. 109.

<sup>83</sup> Article premier du *Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale*, Session de La Haye, *Annuaire de l'Institut*, t.1, 1877, p. 127 : « Le compromis est conclu par traité international valable. Il peut l'être : a) *D'avance*, soit pour toutes contestations, soit pour les contestations d'une certaine espèce à déterminer, qui pourraient s'élever entre les Etats contractants, b) Pour une contestation ou plusieurs contestations déjà nées entre les Etats contractants ». (italiques dans l'original), voir aussi, *Infra*, le Règlement de la C.P.A de 1962.

de requête. Ainsi, par exemple dans l'affaire du *Droit d'asile*, la Colombie et le Pérou avait effectivement signé un compromis, mais face à l'impossibilité de « parvenir à un accord au sujet des termes dans lesquels [les parties] pourraient soumettre conjointement à la Cour le cas en discussion », ces deux Etats étaient convenus que la procédure « pourrait être engagée à la demande de n'importe laquelle des Parties sans que cela ne constitue un acte inamical »<sup>84</sup>. Dans cette affaire, que la Cour classe parmi celles où elle a été saisie par compromis<sup>85</sup>, le Pérou, notamment représenté par G. Scelle, avait pourtant bien formulé une demande reconventionnelle afin de contester la licéité de l'octroi de l'asile par les autorités colombiennes<sup>86</sup>.

**41.** Face à ces incertitudes terminologiques, la force de la distinction entre « requête » et « compromis » n'apparaît pas en pratique suffisamment solide pour exclure les demandes reconventionnelles. En effet, la pratique ultérieure confirme la possibilité qu'une partie présente une demande reconventionnelle dans les procédures introduites par la voie d'un compromis<sup>87</sup>. De ce point de vue, les positions adoptées par la C.D.I. et A. de Méringhac en ce qu'elles n'ajustent pas le droit de soumettre des demandes reconventionnelles au mode de saisine mais aux termes de l'instrument en cause semblent plus convaincantes.

**42.** Si jusqu'en 1978, la C.I.J. et sa devancière, ne permettaient pas qu'une demande reconventionnelle soit soulevée lorsque l'instance était introduite au moyen d'un compromis<sup>88</sup>,

---

<sup>84</sup> Accord du 31 août 1949 entre la Colombie et le Pérou, *segundo*. La traduction française de la Colombie parle « d'accord compromissaire », la traduction Péruvienne de « compromis ».

<sup>85</sup> Voir sur le site de la C.I.J. : <https://www.icj-C.I.J.org/fr/fondements-de-la-competence#2>

<sup>86</sup> La requête déposée en vertu du compromis était fondée sur la Convention relative au droit d'asile signée à La Havane le 20 février 1928 ainsi que sur l'Accord sur l'extradition signé à Caracas le 18 juillet 1911. Le Pérou demandait à la Cour, de dire et juger « à titre reconventionnel, aux termes de l'article 63 du Règlement de la Cour, et par un seul et même arrêt, que l'octroi de l'asile par l'ambassadeur de Colombie à Lima à Victor Haya de la Torre a été fait en violation de la Convention sur l'asile signée à La Havane en 1928. » (*Droit d'asile, Colombie c. Pérou, C.I.J. Recueil 1950*, p. 270)

<sup>87</sup> Affaire du *Navire Virginia G (Panama/Guinée-Bissau)*, ordonnance du 2 novembre 2012, *TIDM Recueil 2012*, p. 315, par. 39.

<sup>88</sup> Le règlement de la C.P.J.I. de 1936, article 63 se lisait comme suit : « 1. Lorsque l'instance a été introduite par requête, une demande reconventionnelle peut être présentée dans les conclusions du contre-mémoire, pourvu que cette demande soit en connexité directe avec l'objet de la requête et qu'elle rentre dans la compétence de la Cour. Toute demande qui n'est pas en connexité directe avec l'objet de la requête originaire, doit être présentée sous forme de requête séparée et peut rester l'objet d'une instance distincte ou être jointe par la Cour à l'instance primitive », C.P.J.I., *Statuts, Règlement et autres textes constitutionnels ou réglementaires, Actes et Documents relatifs à l'organisation de la Cour, Série D*, n°1, 3<sup>ème</sup> éd., mars 1936. En application de l'article 63, la C.P.J.I. a rappelé le principe d'exclusion des demandes reconventionnelles en cas de saisine par compromis et de silence des parties sur la question : *Chemin de fer Penevezys-Saldutiskis* (1939) C.P.J.I., *Série A/B n°76*, pp.7-9. (« qu'en cas de compromis, une demande reconventionnelle ne peut être présentée et qu'en cas de requête la présentation d'une demande de cet ordre peut être faite seulement lorsqu'elle rentre dans les limites dans lesquelles toutes les parties ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour. ».) ; *Prise d'eau de la Meuse* (1937) C.P.J.I., *Série A/B n°70*, p. 28. Le premier Règlement de la C.I.J. de 1946 a hérité des grands traits du dernier Règlement de la C.P.J.I.

le développement de l'arbitrage transnational a suivi l'approche de la C.D.I. en abandonnant la conception restrictive du droit de présenter des demandes reconventionnelles.

## ***II. L'abandon de la conception restrictive du droit de formuler des demandes reconventionnelles***

**43.** La position exprimée par G. Scelle à la C.D.I. est celle qui a été suivie par les instruments applicables à la résolution des différends transnationaux. Plusieurs instruments assouplissent depuis les conditions d'admissibilité des demandes reconventionnelles. Parmi les initiatives qui ont contribué à élargir les conditions d'admission des demandes reconventionnelles, celle portée par la Cour Permanente d'Arbitrage (ci-après « la C.P.A ») en 1962 retient l'attention (1). A celle-ci s'ajoute la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965 (ci-après « la Convention CIRDI » ou la « Convention de Washington ») (2). Alors qu'il fallait l'accord des parties dans le compromis pour accueillir les demandes reconventionnelles, le droit du défendeur de présenter une reconvention est acquis dans toute procédure contentieuse, *à moins que les parties n'en décident autrement.*

### ***A. Le Règlement d'arbitrage et de conciliation pour les conflits internationaux entre deux parties dont l'une seulement est un Etat de 1962***

**44.** Souhaitant sortir de l'ombre de la C.I.J, devenue institution maîtresse de la résolution des différends interétatiques, la C.P.A a cherché le moyen de raviver son attrait auprès des Etats. Dans ce contexte, dès 1962, le Bureau de la C.P.A a travaillé sur un texte de règlement applicable aux différends autres qu'interétatiques afin de « rajeunir ses méthodes et de se replacer dans le courant d'idée le plus moderne »<sup>89</sup>. Le *Règlement d'arbitrage et de conciliation pour les conflits internationaux entre deux parties dont l'une seulement est un Etat*<sup>90</sup> s'est alors distingué comme un moyen de (re)donner à la C.P.A l'efficacité et

---

de 1936 et limitait lui aussi l'action reconventionnelle aux cas de saisine par requête, il était rédigé comme suit : « Lorsque l'instance a été introduite par requête, une demande reconventionnelle peut-être présentée dans les conclusions du contre-mémoire pourvu que cette demande soit en connexité directe avec l'objet de la requête et qu'elle entre dans la compétence de la Cour 2. Si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la requête n'est pas apparent, la Cour, après examen, décide s'il y a lieu ou non de joindre cette demande à l'instance primitive. ». C.I.J, *Série D, Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour*, n°1 « Charte des Nations Unies, Statut, Règlement et autres textes constitutionnels », mai 1947, p. 75.

<sup>89</sup> G. Guyomar, « Le règlement de la Cour Permanente d'arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat », *A.F.D.I.*, 1962, vol.8, n°1, p. 380.

<sup>90</sup> C.P.A, « Règlement d'arbitrage et de conciliation pour les conflits internationaux entre deux parties dont l'une seulement est un Etat », *Die Friedens-Warte*, vol. 56, 1961/66, pp. 258-266.

l'activité qui lui manquaient tant et d'alléger « la procédure lourde et archaïque »<sup>91</sup> prévue par les *Conventions pour le Règlement pacifique des différends* de 1899 et 1907. Contrairement aux Commissions mixtes dans lesquelles il revenait aux parties de s'accorder sur la procédure à suivre pour la résolution de leur différend, le Bureau opta pour une forme « règlementaire »<sup>92</sup> de l'arbitrage permettant d'offrir aux parties un règlement préétabli. Pour la première fois à la C.P.A, cette technique règlementaire serait appliquée aux arbitrages dont une seule des parties est un Etat.

**45.** De ce point de vue, l'initiative de la C.P.A était donc remarquable et même encouragée par d'autres institutions arbitrales internationales. Ainsi, Chambre de Commerce internationale (ci-après « la CCI ») pensait que la C.P.A serait le « *forum conveniens* » du règlement des différends entre Etats et particuliers<sup>93</sup>.

**46.** Le *Règlement d'arbitrage et de conciliation pour les conflits internationaux entre deux parties dont l'une seulement est un Etat* a mis sur pied plusieurs avancées significatives en arbitrage transnational sans recevoir l'attention qu'il mérite. Parmi les innovations qui nous intéressent figurent la création d'un système de requête unilatérale et le droit du défendeur de soumettre une demande reconventionnelle<sup>94</sup>.

**47.** A rebours des procédures d'arbitrage « au sens étroit du mot »<sup>95</sup>, l'introduction d'un système de requête unilatérale dans le cadre d'une procédure arbitrale entre un Etat et une partie privée marque « une différence fondamentale avec le système prévu par les Conventions de La Haye »<sup>96</sup> qui rapproche la C.P.A d'un système de justice institutionnalisé à l'image de la C.I.J. En effet, aux termes de l'article 3 du Règlement, les parties qui se sont préalablement mises d'accord sur le principe de l'arbitrage pouvaient ultérieurement,

---

<sup>91</sup> G. Guyomar, « Le règlement de la Cour Permanente d'arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat », *op.cit.*, note n° 89, p. 382.

<sup>92</sup> Entendu ici comme une disposition incluse dans un Règlement d'arbitrage.

<sup>93</sup> *Résolutions adoptées par le XIVème Congrès de la Chambre de commerce internationale*, Vienne, 18-23 mai 1953, de Lecram, 1953 : « Les Gouvernements, les collectivités publiques, les organismes gouvernementaux ainsi que les sociétés placées sous contrôle d'Etat sont amenés à faire des actes de commerce avec des firmes ou des particuliers étrangers. Convaincue de l'intérêt qu'il y a à recourir à l'arbitrage pour le règlement des différends pouvant naître de ces actes de commerce, la Chambre de Commerce internationale émet le vœu que la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye veuille mettre à l'étude, l'adaptation de son organisation au règlement des différends entre Etats et particuliers. »

<sup>94</sup> L'article 6 du Règlement dispose : « Si l'accord prévu au dernier paragraphe de l'article 5 n'intervient pas, le Secrétaire général de la Cour... procède à la désignation des arbitres à condition que les parties lui aient expressément attribué cette tâche. » « Les parties peuvent également autoriser le Secrétaire général à procéder à cette désignation au cas où le Tribunal ne serait pas constitué dans un délai à fixer par les parties d'un commun accord ».

<sup>95</sup> D. Anzilotti, « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *op.cit.*, note n° 28, p. 857.

<sup>96</sup> G. Guyomar, « Le règlement de la Cour Permanente d'arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat », *op.cit.*, note n° 89, p. 382.

séparément ou conjointement, adresser une requête au Bureau de la C.P.A<sup>97</sup>. Ainsi, la requête n'est plus appréhendée comme un instrument de saisine unilatérale<sup>98</sup>, puisqu'elle peut « également être présentée par les deux parties conjointement ».

**48.** La deuxième innovation de ce Règlement fut la reconnaissance d'un droit pour le défendeur de formuler une demande reconventionnelle. Dans le dessein de mieux appréhender le différend dans son ensemble, le Règlement lui permettait d'« introduire une demande reconventionnelle contre le demandeur, pourvu que cette demande soit directement connexe à l'objet de la requête ». Dans la mesure où la requête pouvait être soumise conjointement par les parties, l'objet de la demande reconventionnelle n'était pas limité à l'objet d'une requête unilatéralement défini par un demandeur. Alors, lorsque cette demande entretenait un rapport de connexité avec cet objet, « le Tribunal désigné pour statuer sur la demande principale statue également sur la demande reconventionnelle »<sup>99</sup>. Ainsi que le préconisait G. Scelle quelques années plus tôt à la C.D.I., c'est à l'arbitre qu'il revenait d'apprécier le rapport de connexité même quand les termes de la requête ne lui en donnaient pas expressément le pouvoir. L'introduction des demandes reconventionnelles devant la C.P.A est décrite par G. Guyomar comme une avancée significative, faisant du *Règlement d'arbitrage et de conciliation pour les conflits internationaux entre deux parties dont l'une seulement est un Etat* « une procédure beaucoup moins primitive que la procédure arbitrale de type classique »<sup>100</sup>.

**49.** Mais comme si l'histoire se répétait, en voulant sortir de l'ombre de la C.I.J, la C.P.A se retrouva concurrencée par le CIRDI et « tomba dans un oubli aussi injuste que profond »<sup>101</sup>. D'ailleurs, malgré leurs évidentes ressemblances, aucune référence à ce *Règlement* inédit ne sera faite par les architectes de la Convention CIRDI<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> *Ibid*, L'article 3 du Règlement de 1962 se lit comme suit : « Si les deux parties se sont mises d'accord sur le règlement d'un différend par l'arbitrage conformément à l'article premier, chacune d'elles peut à ces fins adresser une requête au Bureau. La requête peut également être présentée par les deux parties conjointement. La requête en triple exemplaire comporte l'indication des parties, un exposé sommaire du différend, l'objet de la demande et le texte du compromis ou de la clause compromissoire et, le cas échéant la composition du tribunal... ».

<sup>98</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, note n° 1, p. 986. (Requête : « Acte de procédure par lequel *un Etat* introduit une instance devant un organe judiciaire international ») (les italiques sont ajoutés).

<sup>99</sup> Article 11 (1) et (2) du Règlement se lit comme suit : « Le défendeur peut introduire une demande reconventionnelle contre le demandeur, pourvu que cette demande soit directement connexe à l'objet de la requête. Le Tribunal désigné pour statuer sur la demande principale statue également sur la demande reconventionnelle. »

<sup>100</sup> G. Guyomar, « Le règlement de la Cour Permanente d'arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat », *op.cit.*, note n° 89, p. 385.

<sup>101</sup> *Ibid*, p. 377.

<sup>102</sup> Selon A. Broches aucune institution n'était habilitée à régler les différends transnationaux : « *The absence of adequate machinery for international conciliation and arbitration often frustrates attempts to agree on an*

## ***B. La consécration conventionnelle du droit de formuler des demandes reconventionnelles par la Convention CIRDI***

**50.** Il aurait été envisageable que, comme pour la Cour permanente et son héritière, la C.I.J., les Administrateurs de la Banque Mondiale se contentent d'un rang « règlementaire » pour l'action reconventionnelle ; ou même qu'à l'instar des Conventions de La Haye de 1907 aucune disposition ne soit prévue à cet effet. Les Administrateurs de la Banque Mondiale sont cependant allés une étape plus loin en lui consacrant une disposition conventionnelle.

**51.** L'article 46 de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, donne expressément aux parties le droit de présenter des demandes incidentes et reconventionnelles. Leur admission est encadrée par plusieurs conditions de compétence et de recevabilité<sup>103</sup>: « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles *se rapportant directement à l'objet du différend*, à condition que ces demandes soient *couvertes par le consentement des parties* et qu'elles *relèvent par ailleurs de la compétence du Centre* »<sup>104</sup>.

**52.** Ainsi qu'on le verra, le prestigieux statut conventionnel réservé à la contre-réclamation dans la Convention CIRDI contraste avec les réserves exprimées par les tribunaux sous son égide pour l'accueillir. Pourtant, à bien des égards, cet article poursuit le développement progressif de l'action reconventionnelle dans le sens d'un élargissement.

**53.** Pour plus de clarté, il semble opportun de restituer les différentes manières d'accueillir les demandes reconventionnelles dans le contentieux international jusqu'à l'adoption de la Convention CIRDI :

---

*appropriate mode of settlement of disputes. Tribunals set up by private organization such as the International Chamber of Commerce are frequently unacceptable to governments and the only public international arbitral tribunal, the Permanent Court of Arbitration, is not open to private claimants.* » ICSID, *ICSID History*, vol. II-1, doc n°1 *Note by A. Broches, General Counsel, transmitted to the Executive Directors : Settlement of Disputes between Government and Private Parties*, 28 août 1961, p. 2.

<sup>103</sup> *Violations alléguées des droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des caraïbes, (Nicaragua c. Colombie), Ordonnance, demandes reconventionnelles, 17 novembre 2017, C.I.J Recueil 2017, p. 296, par. 20* : « la Cour a admis que le terme 'recevabilité' devait être compris comme couvrant à la fois la condition de compétence et celle de connexité directe [prévues à l'article 80 du Règlement sur les demandes reconventionnelles] ». Dans le cadre de la présente étude, les questions relatives à la compétence et à la recevabilité des demandes reconventionnelles seront toutefois distinguées.

<sup>104</sup> *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 575, p. 189. (italiques ajoutés)

<p><b>C.I.J, Règlement 1946, article 63</b></p> <p>« Lorsque l’instance a été introduite par requête, une demande reconventionnelle peut-être présentée dans les conclusions du contre-mémoire pourvu que cette demande soit en connexité directe avec l’objet de la requête et qu’elle entre dans la compétence de la Cour . Si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l’objet de la requête n’est pas apparent, la Cour, après examen, décide s’il y a lieu ou non de joindre cette demande à l’instance primitive. »</p>	<p><b>CDI., Projet de 1950, article 19</b></p> <p>« Sauf accord contraire impliqué par l’engagement d’arbitrage ou stipulé par le compromis, le tribunal statue sur toutes les demandes accessoires qu’il estime indivisibles de l’objet du litige et nécessaires à sa liquidation définitive ».</p>	<p><b>C.P.A, Règlement de 1962, article 11</b></p> <p>« le défendeur peut introduire une demande reconventionnelle contre le demandeur, pourvu que cette demande soit directement connexe à l’objet de la requête ... Le Tribunal désigné pour statuer sur la demande principale statue également sur la demande reconventionnelle ».</p>	<p><b>Convention CIRDI, 1965, article 46</b></p> <p>« Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l’une d’elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l’objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu’elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre. »</p>
--	--	---	--

**54.** Cette « photographie » des textes applicables aux demandes reconventionnelles illustre les ressemblances existantes entre la Convention CIRDI avec l’approche préconisée par la CDI en 1950<sup>105</sup>. Contrairement au Règlement de la C.I.J et à celui de la C.P.A, l’objet des demandes reconventionnelles est arrimé à « l’objet du différend » et non pas à « l’objet de la requête ». De plus, à l’instar du Projet de Règlement de la CDI, sont abandonnés les termes de « défendeur » et de « demandeur », puisque le droit de formuler une demande reconventionnelle n’est plus cantonné aux cas de saisine par requête. L’article 46 de la Convention formule l’habilitation du Tribunal à se prononcer sur ces demandes en termes impératifs. Enfin, la compétence du Tribunal pour accueillir la demande reconventionnelle est réputée acquise « sauf accord contraire des parties ».

**55.** Quelques années plus tard, c’est au tour de la C.I.J d’ajuster son Règlement en 1978, consolidant avec d’autres le principe d’un assouplissement.

---

<sup>105</sup> Les procès-verbaux des négociations de la Convention CIRDI conduisant à l’adoption de l’article 46 ne se réfèrent pas explicitement aux travaux de la C.D.I. sur la procédure arbitrale. Toutefois, les architectes de la Convention s’en sont inspirés pour élaborer les dispositions relatives à l’annulation des sentences. Voir par exemple : *Orascom TMT Investments Sarl c. Algérie*, Affaire CIRDI n° ARB/12/35, décision sur l’annulation, 17 septembre 2020, par. 138 : « Il convient de rappeler que les rédacteurs de la Convention, lorsqu’ils ont proposé ce motif d’annulation, se sont inspirés de l’article 35(c) du Modèle de règles sur la procédure arbitrale, préparé par la Commission du droit international des Nations Unies ».

### ***III. La consolidation de l'assouplissement du droit de formuler des demandes reconventionnelles dans le contentieux international***

**56.** Suivant l'ordre chronologique de l'évolution du droit de formuler des demandes reconventionnelles, la fin des années soixante-dix marque une étape importante. D'une part, la C.I.J amende son règlement en 1978 et permet à la partie qui le souhaite de présenter une demande reconventionnelle sans limiter ce droit aux différends portés à la connaissance de la Cour par voie de requête (A). Sous l'influence de la CNUDCI, cette période voit également naître une diversification des règlements d'arbitrage applicables aux différends entre l'Etat et l'acteur privé qui vont progressivement étendre l'objet des demandes reconventionnelles (B). Comme des pierres de touche de l'évolution de la reconvention, ces deux phénomènes participent à la consolidation du principe de leur assouplissement, « permettant d'en prendre la mesure définitive et d'en tirer les conséquences juridiques »<sup>106</sup>.

#### ***A. Les modifications du Règlement de Cour internationale de Justice en 1978 et 2001***

**57.** Peu utilisée devant la CPIJ<sup>107</sup>, la pratique des demandes reconventionnelles a pris de l'ampleur dès la fin des années quatre-vingt-dix devant la C.I.J, laquelle a véritablement « établi les fondations de l'institution »<sup>108</sup>. Dans sa nouvelle version en 1978<sup>109</sup>, le règlement permet à la partie qui le souhaite de présenter une demande reconventionnelle sans arrimer ce droit aux différends portés à la connaissance de la Cour par voie de requête<sup>110</sup>. Avec cette nouvelle formule, il devient donc indifférent que la Cour ait été saisie d'un différend par voie de requête ou de compromis pour qu'une partie puisse contre-attaquer l'autre. En abandonnant l'exigence d'une requête en 1978, la Cour reconnaît la possibilité « que sur des questions ponctuelles les

---

<sup>106</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, note n° 1, p. 245. (Consolidation « un arrêt de l'évolution d'un élément de fait ou de droit permettant d'en prendre la mesure définitive et d'en tirer les conséquences juridiques »).

<sup>107</sup> H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice, op.cit.*, note n° 15, pp. 11, 81.

<sup>108</sup> *Ibid*, p. 12.

<sup>109</sup> L'*Affaire du droit d'asile* a probablement influencé cette évolution. Guidée par des considérations pratiques, la Cour a pris des distances avec la lettre du Règlement de 1946 lequel cantonnait encore l'action reconventionnelle aux cas de saisine par requête. Or, si la Cour a bien été saisie d'une requête par la Colombie c'est parce que les parties avaient par *voie d'accord* prévue cette possibilité. *Supra*, dans la présente introduction, par. 40.

<sup>110</sup> G. Guyomar, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de justice : adopté le 14 avril 1978 interprétation et pratique*, Pedone, 1983, pp. 518-519 : « 1. [u]ne demande reconventionnelle peut être présentée pourvu qu'elle soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse et qu'elle relève de la compétence de la Cour... Si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse n'est pas apparent, la Cour, après avoir entendu les parties, décide s'il y a lieu ou non de joindre cette demande à l'instance initiale. ».

parties puissent se trouver dans les positions respectives d'un demandeur et d'un défendeur »<sup>111</sup>. Le Règlement de 1978 laisse intact le troisième volet de l'article 80 en vertu duquel le pouvoir revient à la Cour de décider ou refuser la jonction des demandes reconventionnelles lorsque le rapport de connexité avec l'instance principale n'est pas apparent<sup>112</sup>.

**58.** Si de 1922 à 2001, « toutes les versions du Règlement [de la C.P.J.I. et de la C.I.J.] ont ainsi été couchées en termes d'une faculté dont est pourvu le défendeur ou plus largement l'auteur du contre-mémoire »<sup>113</sup>, la modification règlementaire de 2001 donne à la Cour le pouvoir « d'en connaître » et de souverainement apprécier les rapports indivisibles entre la demande principale et reconventionnelle<sup>114</sup>.

**59.** En attribuant à la Cour le pouvoir d'en connaître, l'article 80 du Règlement<sup>115</sup> place l'accent sur son propre contrôle de recevabilité et sur l'administration de la justice. Il lui revient d'apprécier les liens indivisibles entre la demande principale et la demande reconventionnelle et ainsi « d'établir le contenu objectif du procès »<sup>116</sup>. Le caractère objectif de la caractérisation du différend permet si nécessaire de se détacher des termes de la prétention principale. Alors, la Cour « ne sera pas liée par les termes du différend tels que fixés par le demandeur, surtout si des réclamations ou contre-réclamations d'autres Etats rentrent dans l'objet (*matter*) du procès. »<sup>117</sup>

**60.** Deuxièmement, dans sa nouvelle version de 2001, le Règlement modifie le deuxième paragraphe de l'article 80 qui lui permettait de décider de l'opportunité de *joindre* à l'instance

---

<sup>111</sup> T. Bernàrdez, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n° 34, p. 238.

<sup>112</sup> « En application du paragraphe 3, lorsque le rapport de connexité n'est pas apparent, la Cour devrait alors ouvrir une procédure incidente en offrant aux parties de se prononcer sur la recevabilité sans suspendre la procédure sur le fond ».

<sup>113</sup> Y. Nouvel, « La recevabilité des demandes reconventionnelles devant la Cour internationale de Justice à la lumière de deux ordonnances récentes », *op. cit.*, note n° 23, p. 327. (« Une demande reconventionnelle *peut être présentée...* »)

<sup>114</sup> T. Bernàrdez, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n° 34, p. 240 : « le fil conducteur des règles qui énoncent l'article 80 tel que modifié n'est plus la *présentation* de telles demandes mais leur *recevabilité* par la Cour lorsqu'elles sont présentées. »

<sup>115</sup> Règlement de la Cour, article 80, *C.I.J. Actes et documents*, n°6, 2007, pp. 140-142 : « La Cour ne peut connaître d'une demande reconventionnelle que si celle-ci relève de sa compétence et est en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse. 2. La demande reconventionnelle est présentée dans le contre-mémoire et figure parmi les conclusions contenues dans celui-ci. Le droit qu'a l'autre partie d'exprimer ses vues par écrit sur la demande reconventionnelle dans une pièce de procédure additionnelle est préservé, indépendamment de toute décision prise par la Cour, conformément au paragraphe 2 de l'article 45 du présent Règlement, quant au dépôt de nouvelles pièces de procédure. 3. En cas d'objection relative à l'application du paragraphe 1 ou à tout moment lorsque la Cour le considère nécessaire, la Cour prend sa décision à cet égard après avoir entendu les parties. »

<sup>116</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op.cit.*, note n° 21, p. 344.

<sup>117</sup> *Ibid.*

les demandes reconventionnelles « dont le rapport de connexité ne serait pas apparent ». Le Règlement de 2001, donne désormais à la Cour le pouvoir de décider si la demande reconventionnelle entre dans sa compétence et est en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse « après avoir entendu les parties »<sup>118</sup>. L'abandon de la référence à la *jonction* d'instance peut être interprété comme un assouplissement favorable à l'institution des demandes reconventionnelles. Sous l'empire des versions antérieures, l'avis des parties n'était sollicité que « lorsque la connexité n'était pas apparente », il le sera désormais si la Cour l'estime opportun. D'autre part, l'utilisation du terme « joindre » était « porteur d'équivoque »<sup>119</sup> puisque la jonction peut aussi impliquer l'ajout d'une partie qui n'était pas originellement partie à la procédure<sup>120</sup>. Or, la connexité requise pour la jonction d'instances n'est pas forcément la même que celle exigée en matière reconventionnelle, « [d]ans l'hypothèse de la jonction, il s'agit de requête ayant 'le même objet'. Dans l'hypothèse reconventionnelle, il peut au contraire avoir un élargissement de l'instance »<sup>121</sup>. En abandonnant ce paragraphe, la Cour élargit désormais le droit des parties de se prononcer sur toutes les conditions (compétence et connexité) permettant d'accueillir la demande reconventionnelle et sa « capacité d'agir *proprio motu* »<sup>122</sup>. Cette ultime modification du Règlement de la Cour en fait « un outil beaucoup plus pratique »<sup>123</sup>.

**61.** Ainsi, les différentes modifications portées aux Règlements de la Cour lues conjointement avec les avancées portées par la C.P.A et le CIRDI confirment l'abandon de la conception restrictive qui prévalait sous l'empire des précédents règlements. En outre, la diversification des rapports économiques transnationaux et la confiance témoignée envers la résolution arbitrale des différends s'est également accompagnée d'un mouvement de diversification des

---

<sup>118</sup> « 1. La Cour ne peut connaître d'une demande reconventionnelle que si celle-ci relève de sa compétence et est en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse. 2. La demande reconventionnelle est présentée dans le contre-mémoire et figure parmi les conclusions contenues dans celui-ci. Le droit qu'a l'autre partie d'exprimer ses vues par écrit sur la demande reconventionnelle dans une pièce de procédure additionnelle est préservé, indépendamment de toute décision prise par la Cour, conformément au paragraphe 2 de l'article 45 du présent Règlement, quant au dépôt de nouvelles pièces de procédure. 3. En cas d'objection relative à l'application du paragraphe 1 ou à tout moment lorsque la Cour le considère nécessaire, la Cour prend sa décision à cet égard après avoir entendu les parties. »

<sup>119</sup> T. Bernàrdez, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n° 34, p. 247.

<sup>120</sup> G. Kaufmann-Kholer, L. Boisson de Chazournes, V. Bonnin, M. M. Mbengue, « Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently », *ICSID Review FILJ*, 2006, vol. 21, n°1, p. 72: « *The joinder mechanism differs from the consolidation procedure...joinder implies some contractual connection between the existing parties and the party to be joined. Second, joinder implies that there are no concurrent proceedings* ».

<sup>121</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op.cit.*, note n° 21, p. 348.

<sup>122</sup> R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, note n°36, p. 682.

<sup>123</sup>T. Bernàrdez, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n° 34, p. 240.

règlements favorables à la pratique des demandes reconventionnelles.

### ***B. La diversification des règlements d'arbitrage applicables aux relations entre Etats et personnes privées***

**62.** A partir de la fin des années soixante-dix, diverses institutions internationales voient dans la diversification (et la multiplication) des rapports économiques entre Etats et parties privées, l'occasion de proposer de nouveaux règlements d'arbitrage plus attractifs. Dans ce contexte, sera notamment adopté le premier Règlement d'arbitrage CNUDCI (1) dont les travaux influenceront la modernisation des règlements de la C.P.A (2). Ces Règlements, avec d'autres<sup>124</sup> ont vocation à s'appliquer aux différends entre les entités souveraines et personnes privées et ont participé à assouplir les conditions de mise en œuvre du droit d'action reconventionnelle.

#### ***1. L'influence de la CNUDCI***

**63.** Convaincue que « la coopération entre les Etats en matière de commerce international peut beaucoup contribuer à favoriser les relations amicales et, par conséquent, le maintien de la paix et de la sécurité »<sup>125</sup>, la Résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966 de l'Assemblée générale créa la CNUDCI afin d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international.

**64.** Bien qu'avec la création de la CNUDCI l'Assemblée générale visait à développer le droit international privé, le Règlement applicable aux arbitrages du commerce international est un instrument qui s'est aussi appuyé sur des traités de droit international public et ne cache pas sa filiation avec eux. Ce sont notamment la Convention de Washington CIRDI et la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>126</sup> qui

---

<sup>124</sup> A ces exemples s'ajoute le Règlement d'arbitrage du mécanisme supplémentaire CIRDI dont l'article 47 permet les demandes reconventionnelles dans les termes suivants : « Sauf accord contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle à condition que cette demande accessoire soit couverte par la clause compromissoire entre les parties. (2) Une demande incidente ou additionnelle est présentée au plus tard dans la réponse et une demande reconventionnelle est présentée au plus tard dans le contre-mémoire, sauf si le Tribunal autorise la présentation de la demande à un stade ultérieur de la procédure, sur justification fournie par la partie présentant la demande accessoire et après avoir pris en considération toute objection de l'autre partie. » Contrairement à la Convention CIRDI qui intègre l'action reconventionnelle dans la section relative aux pouvoirs du Tribunal et lui commande de manière impérative de statuer, le Mécanisme supplémentaire présente l'action reconventionnelle comme un droit facultatif qu'une partie peut choisir d'exercer. Toutefois, l'exercice de ce droit peut être autorisé à un stade ultérieur de la procédure. En outre, comme la Convention CIRDI, le Règlement admet la demande reconventionnelle *sauf accord contraire des parties* sans toutefois mentionner l'exigence de connexité entre la demande principale et reconventionnelle. Il faut qu'une telle demande soit couverte par le consentement des parties.

<sup>125</sup> AGNU, Résolution 2205 (XXI), *Création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, 17 décembre 1966, préambule.

<sup>126</sup> Rapport du Secrétaire général : avant-projet de règlement d'arbitrage à utiliser à titre facultatif dans les arbitrages *ad hoc* portant sur le commerce international (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), doc. n° A/CN.9/97, 4 novembre 1974, p. 183.

ont été sources d'inspiration pour son Règlement d'arbitrage. Le Règlement CNUDCI de 1976 vise à s'appliquer à tous les litiges pouvant naître dans le cadre des relations commerciales internationales. Dès le début des négociations, il était entendu que le Règlement CNUDCI serait applicable aux différends nés d'opérations commerciales internationales impliquant des personnes publiques<sup>127</sup>.

**65.** Ainsi, dans la matière commerciale internationale, c'est par la voie de l'arbitrage *ad hoc* que les demandes reconventionnelles ont fait leur apparition. L'article 17 du Projet préliminaire du Règlement de la CNUDCI les permettait seulement lorsqu'elles étaient « fondées sur le même contrat »<sup>128</sup>. La délégation norvégienne avait souhaité substituer le mot « contrat » par le terme plus large de « transaction »<sup>129</sup>.

**66.** Optant pour un entre-deux qui n'a pas le mérite de la clarté, l'article 19 (3) du Règlement d'arbitrage dans sa version définitive adoptée par l'Assemblée Générale le 28 avril 1974, assouplit légèrement cette rédaction et donne au défendeur le droit de « former [sic] une demande reconventionnelle fondée sur le même contrat *ou invoquer un droit fondé sur le même contrat* comme moyen de compensation »<sup>130</sup>. La version française n'est toutefois pas fidèle aux termes de la version anglaise<sup>131</sup>. Une traduction plus correcte donnerait au défendeur la faculté de présenter une demande reconventionnelle « découlant du même contrat ou fondée sur une demande découlant du même contrat ». Malgré ces déconvenues, on relève un assouplissement des conditions de mise en œuvre de l'action reconventionnelle dans les Règlements ultérieurs de la CNUDCI.

**67.** Suivant les préconisations de deux praticiens sollicités par la CNUDCI, pour lesquels le Règlement de 1976 limitait injustement les demandes reconventionnelles à

---

<sup>127</sup> *Ibid*, article premier de l'avant-projet de Règlement, pp. 185-186. (« Il ressort clairement du paragraphe 2 [de l'avant-projet] qu'un gouvernement, une administration ou un organisme d'Etat peuvent être parties à une clause compromissoire ou à une convention d'arbitrage renvoyant au Règlement de la CNUDCI. L'article 11 de la Convention de Genève de 1961 reconnaît également aux personnes morales qualifiées par la loi qui leur est applicable de "personnes morales de droit public", la faculté de conclure valablement des clauses compromissoires ou des conventions d'arbitrage. »)

<sup>128</sup> *Ibid*, p. 195.

<sup>129</sup> *Rapport du Secrétaire général (additif) : propositions de modifications à l'avant-projet de règlement d'arbitrage à utiliser à titre facultatif dans les arbitrages ad hoc portant sur le commerce international* (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), doc n°A/CN.9/97/Add.2, p. 206.

<sup>130</sup> Rapport de la CNUDCI, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, 31<sup>ème</sup> session, supplément n°17 A/31/17, 12 avril – 7 mai 1976, p. 44 : « Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle *fondée sur le même contrat ou invoquer un droit fondé sur le même contrat* comme moyen de compensation. ») AGNU, Résolution 31/98, *Règlement d'arbitrage pour la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international*, 15 décembre 1976.

<sup>131</sup> Version anglaise de l'article 19 (3) « *the respondent may make a counter-claim arising out of the same contract or rely on a claim arising out of the same contract for the purpose of a set-off.* »

celles fondées sur le même contrat<sup>132</sup>, l'article 21 (3) amendé en 2010 et resté inchangé en 2013, abandonne l'exigence d'une identité des titres juridiques entre demande reconventionnelle et demande principale pour une formulation plus souple. Il dispose désormais que :

« Dans son mémoire en défense, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale, si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître »<sup>133</sup>.

**68.** Cette rédaction se rapproche de celle adoptée dans la Déclaration d'Alger sur le règlement du contentieux portant création du Tribunal irano-américain des réclamations, lequel, dérogeant au texte du Règlement de la CNUDCI de 1976 permettait les demandes reconventionnelles « *which arises out of the same contract, transaction or occurrence that constitutes the subject matter of that national's claim* »<sup>134</sup>.

**69.** Egalement inspirée des travaux de la CNUDCI, la C.P.A a ultérieurement diversifié ses règlements d'arbitrage et reconnu en des termes plus souples le droit de formuler des demandes reconventionnelles, participant ainsi à la consolidation de son assouplissement.

## 2. La diversité des Règlements de la C.P.A

**70.** Finissant sa période « de long sommeil »<sup>135</sup> la C.P.A a quant à elle, pris appui sur la multiplication des relations économiques entre Etats et personnes privées en diversifiant ses Règlements et en élargissant le champ des demandes reconventionnelles. Pour donner un aperçu de cet élargissement, il suffit de comparer le *Règlement facultatif de la C.P.A pour les différends dont une partie seulement est un Etat* du 6 juillet 1993 à la version du *Règlement d'arbitrage de la C.P.A* adopté en 2012. Celui-ci a été remodelé pour « [r]éfléter les aspects de droit international public que présentent les différends impliquant au

---

<sup>132</sup> J. Paulsson, G. Petrochilos, « Annex II: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules - A Report by Jan Paulsson & Georgios Petrochilos, September 2006 », in *UNCITRAL Arbitration*, J. Paulsson et G. Petrochilos (dir.), Kluwer Law International, 2017, p. 562, par. 173: « *There appears to us to be no compelling reason for such a limitation; indeed, permitting counterclaims arising from separate but related agreements between the parties (provided they are all to be referred to arbitration under the UNCITRAL Rules) would enhance consistency and efficiency.* »

<sup>133</sup> CNUDCI, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, Nations Unies, 2013, p. 18.

<sup>134</sup> *Claims Settlement Declaration*, 19 janvier 1981, article II, *Iran-US Claims Tribunal Reports*, 1981-1982, CUP, vol. 1, p. 9. (italiques ajoutés).

<sup>135</sup> G. Guyomar, « Le règlement de la Cour Permanente d'arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat », *op.cit.*, note n° 89, p. 377.

moins un État, une entité contrôlée par l'État ou une organisation intergouvernementale »<sup>136</sup> en prenant en compte quatre Règlements de procédure de la C.P.A.<sup>137</sup>, sans pour autant les remplacer.

**71.** Alors que l'article 1 du *Règlement facultatif de la C.P.A pour les différends dont une partie seulement est un Etat* de 1993 ne s'applique qu'aux « parties à un contrat dont l'une seulement est un Etat »<sup>138</sup>, le même article dans la version de 2012 précise que le Règlement s'applique dès :

« [Q']un Etat, une entité contrôlée par l'Etat ou une organisation intergouvernementale a convenu avec un ou plusieurs Etats, entités contrôlées par l'Etat, organisations intergouvernementales ou parties privées que leurs litiges au sujet d'un rapport de droit déterminé, qu'il soit contractuel, fondé sur un traité ou autre, seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage 2012 (ci-après dénommé « le Règlement »), ces litiges seront tranchés selon ce Règlement sous réserve des modifications dont les parties seront convenues entre elles ».

**72.** A l'élargissement du champ d'application matériel du Règlement devenu applicable « aux litiges au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel, conventionnel ou autre » correspond un assouplissement des conditions de l'action reconventionnelle. Tandis que l'article 19 du *Règlement facultatif de la C.P.A pour les différends dont une partie seulement est un Etat* de 1993, inspiré du Règlement de 1976, exigeait que la demande reconventionnelle soit « fondée sur le même contrat ou [qu'elle] invoqu[e] un droit fondé sur le même contrat comme moyen de compensation »<sup>139</sup>, dans sa version actualisée, l'article 21 du Règlement d'arbitrage de 2012 octroie désormais au défendeur

---

<sup>136</sup> Préambule du Règlement d'arbitrage de la C.P.A de 2012, accessible en ligne (<https://pca-c.p.a.org/fr/documents/pca-conventions-and-rules/reglement-darbitrage-de-la-c.p.a/>).

<sup>137</sup> Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends entre deux États (1992) ; le Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État (1993) ; le Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends entre les organisations internationales et les États (1996) et le Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends entre les organisations internationales et les parties privées (1996).

<sup>138</sup> Article 1 du Règlement facultatif de la C.P.A pour les différends dont une partie seulement est un Etat du 6 juillet 1993 : « 1. Si les parties à un contrat sont convenues par écrit que les litiges se rapportant à ce contrat seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement facultatif de la Cour Permanente d'Arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État, ces litiges seront soumis à l'arbitrage selon ce Règlement sous réserve des modifications convenues entre les parties par écrit. »

<sup>139</sup> Article 19 du Règlement « 1. Dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral, le défendeur adresse sa réponse écrite au demandeur et à chacun des arbitres. 2. Le défendeur répond aux alinéas (b), (c) et (d) de la requête (article 18, paragraphe 2). Il peut joindre à sa réponse les pièces sur lesquelles il appuie sa défense ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'il produira. 3. Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle fondée sur le même contrat ou invoquer un droit fondé sur le même contrat comme moyen de compensation. 4. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 18 s'appliquent à la demande reconventionnelle et au droit invoqué comme moyen de compensation. »

le droit de « former une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître ».

**73.** Un autre exemple d'assouplissement de l'action reconventionnelle encouragé par la diversification des différends entre Etats et personnes privées figure dans *Règlement facultatif de la C.P.A pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement* entré en vigueur 19 juin 2001. Son article 1<sup>140</sup> a effectivement élargi son champ d'application en précisant que :

« L'expression 'convenu par écrit' vise les dispositions d'accords, de contrats, de conventions, de traités, de l'acte constitutif d'une organisation ou agence internationale ou une mention par un tribunal moyennant consentement des parties. La qualification du différend comme relatif à l'environnement ou aux ressources naturelles n'est pas nécessaire pour déterminer la compétence dès lors que toutes les parties sont convenues de trancher un différend particulier conformément au présent Règlement ».

**74.** L'action reconventionnelle se trouve en conséquence elle aussi élargie. En effet, l'article 19 ne limite pas non plus la demande reconventionnelle à celle « fondée sur les contrats » mais vient au contraire donner au défendeur cette possibilité<sup>141</sup> dans des conditions très permissives. Celui-ci peut ainsi formuler des demandes reconventionnelles dès lors qu'elles sont « en rapport » avec « toute règle, décision, accord, contrat, convention, traité, acte constitutif d'une organisation ou agence, ou relation à l'origine du litige ou se rapportant à celui-ci »<sup>142</sup>.

**75.** Ce regard rétrospectif sur l'évolution du droit de formuler des demandes reconventionnelles montre que, loin d'être figée, leur transposition a bénéficié de la contribution de l'arbitrage transnational et de la diversification des relations économiques entre

---

<sup>140</sup> Article 1 sur le champ d'application du Règlement de 2011 reprend l'esprit de l'article 1 du Règlement de 1993 : « 1. Si toutes les parties à un contrat sont convenues par écrit que les litiges qui pourraient surgir ou qui auraient surgi entre elles seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement de la Cour Permanente d'Arbitrage, ces litiges seront tranchés selon ce Règlement sous réserve des modifications convenues expressément entre les parties par écrit. »

<sup>141</sup> Article 19 : « 1. Dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral, le défendeur ou chacun des défendeurs adresse sa réponse écrite au demandeur et à chacun des arbitres. 2. Le défendeur (...) peut joindre à sa réponse les pièces sur lesquelles il appuie sa défense ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'il produira. 3. Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou en compensation, fondée sur, ou en rapport avec un des points mentionnés à l'article 3, paragraphe 3(c). 4. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 18 s'appliquent à la demande reconventionnelle et au droit invoqué comme moyen de compensation. »

<sup>142</sup> L'article 3 (c) mentionné à l'article 19 requiert que le demandeur dépose à l'appui de sa requête « la mention de toute règle, décision, accord, contrat, convention, traité, acte constitutif d'une organisation ou agence, ou relation à l'origine du litige ou se rapportant à celui-ci ».

Etats et acteurs privés. L'analyse comparative des différends instruments reconnaissant le droit d'action reconventionnelle fait ressortir une évolution favorable à l'ouverture du contentieux reconventionnel. Cette évolution est si constante que l'on peut tenir cet assouplissement pour acquis et en dresser un premier bilan sommaire.

**76.** Premièrement, il n'est pas nécessaire que les parties prévoient explicitement le droit de formuler des demandes reconventionnelles pour que l'une d'entre elle puisse se placer en cours d'instance dans une position contre-offensive. A moins, qu'elle n'y renonce expressément, la partie poursuivie demeure investie du droit de contre-attaquer la partie adverse dans les limites inhérentes à la compétence du tribunal. Deuxièmement, l'existence d'un lien entre l'action principale et l'action reconventionnelle est déterminante, pour que la reconvention soit accueillie. Elle n'est toutefois pas toujours suffisante. La teneur des liens indivisibles existant entre l'action principale et l'action reconventionnelle n'est pas fixée de manière définitive. Certains instruments peuvent exiger implicitement ou explicitement des liens avec la demande principale, ou avec l'objet du différend. Dans les deux cas toutefois, ce lien est apprécié au regard de l'objet du litige dont le contenu est déterminé de manière objective par le juge ou l'arbitre saisi du différend. Même en des cas où le règlement ne mentionne pas explicitement la notion de connexité, il est entendu qu'elle constitue un « *general principle of procedural law* »<sup>143</sup>. Troisièmement, la nature transnationale du différend n'a pas semblé constituer un obstacle dirimant à la reconnaissance d'un droit d'action reconventionnelle. Au contraire, ainsi qu'en témoigne les travaux de la C.P.A, du CIRDI et de la CNUDCI, le droit de formuler des demandes reconventionnelles a bénéficié d'avancées importantes prévues par les instruments applicables aux arbitrages transnationaux<sup>144</sup>. Enfin, en arrimant le droit de formuler une demande reconventionnelle à l'objet *du différend*, la Convention CIRDI, a très tôt consacré une disposition plus permissive que d'autres dispositions règlementaires permettant d'élargir le champ matériel de la reconvention.

**77.** Ces assouplissements donnent à réfléchir sur la portée de la fonction défensive de la demande reconventionnelle. Pour D. Anzilotti, la fonction défensive de la demande reconventionnelle visait à obtenir « le rejet de la demande principale ». En réalité,

---

<sup>143</sup> « *Enrica Lexie* » incident, (*Italie c. Inde*), sentence C.P.A, 21 mai 2020, par. 235: « *It is a general principle of procedural law, consistently applied by international courts and tribunals, that a counter-claim may be admitted only if it comes within the jurisdiction of the court or tribunal concerned and is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party.* »

<sup>144</sup> La C.D.I. avait également reconnu que « certains des articles du projet [de procédure arbitrale] pourront aussi, sous réserve de mise au point, être utilisées aux fins de ces arbitrages [transnationaux]. » Rapport de la Commission à l'Assemblée Générale sur les travaux de sa dixième session, *Projet sur la Procédure arbitrale, Annuaire de la Commission de droit international*, vol. II, 1958, p. 85.

l'assouplissement des conditions de mise en œuvre des demandes reconventionnelles a sensiblement élargi la dimension défensive de l'action. Serait reconventionnelle, la demande présentée par une partie en cours d'instance contre l'autre partie en lien avec l'objet du différend qui ne vise pas exclusivement *le rejet* de la demande principale, mais qui « *exerce une influence* »<sup>145</sup> sur les conséquences judiciaires de celle-ci et qui lui permet d'obtenir quelque chose à son avantage.

**78.** La perspective historique des demandes reconventionnelles nous permet ainsi de conclure que la réception de ce droit procédural s'est faite par la voie doctrinale et prétorienne avant d'être codifiée par les instruments applicables aux procédures de règlement des différends. S'il est un enseignement commun aux divers instruments accueillant la pratique des demandes reconventionnelles, c'est la reconnaissance que l'objet d'un différend n'est pas laissé à la discrétion d'une seule des parties et que certaines questions peuvent élargir l'assiette juridictionnelle du tribunal saisi sans qu'elles n'aient été exhaustivement prévues dans l'acte de saisine.

**79.** A s'en tenir à une analyse textuelle des instruments ayant reconnu le droit de formuler des demandes reconventionnelles dans le contentieux international, la reconvention se présente à l'observateur comme un droit inscrit dans le patrimoine du défendeur. L'introduction de ce droit dans la Convention CIRDI, devrait donc laisser pressentir que sauf interdiction expresse, le droit de présenter des demandes reconventionnelles en cours d'instance est un droit acquis et soumis à un niveau d'exigence relativement moins élevé que celui requis par le passé devant d'autres cours et tribunaux internationaux. Pourtant, à parcourir la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement, il ressort que l'approche retenue par les tribunaux arbitraux constitués sur le fondement d'un traité, amenuise les chances qu'un Etat, demandeur reconventionnel, obtienne quelque chose de plus que le rejet des prétentions de l'investisseur. L'Etat serait donc cantonné dans une position défensive.

#### ***IV. La remise en cause du droit de formuler les demandes reconventionnelles dans le contentieux de l'investissement***

**80.** Après avoir constaté que le droit de présenter des demandes reconventionnelles est reconnu sur le plan normatif, il est nécessaire d'analyser comment et à quelle conditions l'exercice de ce droit est susceptible d'entrer dans les fonctions juridictionnelles des tribunaux

---

<sup>145</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles. ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, Opinion dissidente du Vice-président Weeramantry, p. 289.*

arbitraux transnationaux. L'objet et la structure de notre démonstration ont émergé à partir d'une démarche pratique et inductive qui repose essentiellement sur une étude de la jurisprudence arbitrale. Il s'agit de s'appuyer sur les particularités de chaque affaire pour dégager des observations communes et plus générales afin de démontrer ou d'infirmer l'existence d'un régime spécial pour les demandes reconventionnelles dans le contentieux de l'investissement. Un constat empirique de la jurisprudence aux prises avec des demandes reconventionnelles fait ressortir que le droit de l'Etat défendeur de contre-attaquer l'investisseur repose sur un équilibre si précaire qu'il revient à remettre l'effectivité de ce droit (A). Des obstacles de nature procédurale (B) et substantielle (C), créent un décalage entre la reconnaissance normative de ce droit et son effectivité. L'identification de ces obstacles est celle à partir de laquelle s'échafaudent l'objet et la structure de notre démonstration (D).

#### *A. Constat empirique sur la pratique reconventionnelle dans le contentieux de l'investissement*

**81.** La « fréquence croissante »<sup>146</sup> des prétentions reconventionnelles observé dans le contentieux interétatique devant la C.I.J se constate également dans le cadre des procédures transnationales en matière d'investissement. Pour s'en tenir ici à la pratique suivie par les Etats devant le CIRDI, le contentieux reconventionnel s'est accru depuis que les investisseurs disposent d'un droit pour directement attaquer l'Etat sur le fondement des traités. Ainsi pour la période allant de 2000 à 2020<sup>147</sup>, sur les quelques 340 affaires introduites sur le fondement d'un traité enregistrées par le CIRDI ayant donné lieu à une sentence, l'Etat a présenté des demandes reconventionnelles dans vingt cas environ, soit près de six pour cent d'entre eux<sup>148</sup>. Le

---

<sup>146</sup> Association de droit international (*International Law Association*), Comité sur la procédure devant les cours et tribunaux internationaux, Rapport final, résolution 1/2020, 13 décembre 2020, p. 29.

<sup>147</sup> CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques*, 2020-II, p. 8. (Nombre d'affaires CIRDI enregistrées annuellement sous l'égide de la Convention CIRDI. 83% du nombre total d'affaires ont été introduites sur le fondement d'un traité et 65% des affaires enregistrées aboutissent sur une décision d'un tribunal arbitral. Sur les 630 affaires enregistrées, 410 ont donné lieu à une décision et 83% d'entre elles concernent des différends conventionnels, soit 340 affaires sur la période 2000-2020.)

<sup>148</sup> Par ordre chronologique, il s'agit des différends conventionnels publiés rendus en application de la Convention CIRDI suivants : *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil c. Estonia*, Affaire CIRDI n° ARB/99/2, sentence, 25 juin 2001 ; *Patrick Mitchell c. La république démocratique du Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/99/7, sentence, 9 février 2004; *Desert Line Projects LLC c. Yemen*, Affaire CIRDI n° ARB/05/17, sentence, 6 février 2008 ; *Gustav F W Hamester GMBH & Co KG c. République du Ghana*, Affaire CIRDI n° ARB/07/24, sentence, 18 juin 2010 ; *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/06/1, sentence, 7 décembre 2011 ; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB/08/8, sentence, 1 mars 2012 ; *Antoine Goetz et consorts S.A Affinage des métaux c. République du Burundi (Goetz II)*, Affaire CIRDI n° ARB/01/2, sentence, 21 juin 2012 ; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Equateur (II)*, Affaire CIRDI n° ARB/06/11, sentence, 5 octobre 2012; *Metal-Tech Ltd.*

phénomène s'est accru récemment puisque la très grande majorité de ces cas est concentrée sur une période plus courte allant de 2010 à 2020. Or, si la part des demandes reconventionnelles dans le contentieux de l'investissement ne semble pas conséquente, sa temporalité, est intéressante puisqu'elle coïncide avec le développement d'un discours de plus en plus critique à l'égard du règlement des différends entre Etats et investisseurs<sup>149</sup>, et avec l'adoption d'accords d'investissement plus équilibrés, reconnaissant non seulement des droits à l'Etat mais également certaines obligations pour les investisseurs<sup>150</sup>. Plus généralement, la revendication par l'Etat de droits à l'égard des investisseurs trouve une certaine correspondance avec les revendications des acteurs étatiques et non étatiques pour la reconnaissance d'une responsabilité des personnes privées dans la réalisation d'objectifs collectifs notamment en matière de respect de l'environnement et des droits de la personne humaine<sup>151</sup>.

**82.** Dans ce contexte, la pratique reconventionnelle est vue comme le témoignage de « la réaffirmation du rôle de l'Etat »<sup>152</sup> dans le contentieux de l'investissement. Il est donc possible d'envisager que la pratique des demandes reconventionnelles aura vocation à croître aussi longtemps que le recours à l'arbitrage transnational sera prévu et que sa capacité à prendre en compte les intérêts publics, collectifs et étatiques sera contestée.

**83.** Toutefois, force est d'admettre que les tentatives de l'Etat de mettre en cause le comportement de l'investisseur n'entraînent que peu de succès. L'analyse empirique de la pratique contentieuse notamment au sein du CIRDI, conduit à constater que pour les arbitrages

---

*c. Uzbekistan*, Affaire CIRDI n°ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013 ; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines (II)*, Affaire CIRDI n° ARB/11/12, sentence, 10 décembre 2014 ; *Perenco Ecuador Limited c. La République d'Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/6, sentence intérimaire sur les demandes reconventionnelles environnementales, 11 août 2015 ; *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi c. Roumanie*, Affaire CIRDI n°ARB/12/25, sentence sur la compétence et la responsabilité, 21 avril 2015 ; *Vestey Group Limited c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/06/4, sentence, 15 avril 2016 ; *Rusoro Mining Ltd. c. Bolivarian Republic of Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/5, sentence, 22 août 2016 ; *Urbaser S.A and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia ur Partzuergoa c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016 ; *Burlington Resources, Inc. c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017 ; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017 ; *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/13/1, sentence, 22 août 2017 ; *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan*, Affaire CIRDI n°ARB/12/1, décision sur la compétence et la responsabilité, 10 novembre 2017 ; *Anglo American PLC c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/14/1, sentence, 18 janvier 2019 ; *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, Affaire C.P.A n°2017-41, sentence finale, 24 août 2020, paras. 390- 391 (cette affaire a également été portée à la connaissance du CIRDI); *Naturgy Energy Group, S.A. and Naturgy Electricidad Colombia S.L. (formerly Gas Natural SDG, S.A. and Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia, S.L.) c. Colombie*, Affaire CIRDI n° UNCT/18/1, sentence, 12 mars 2021; *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti.c. Turkmenistan*, Affaire CIRDI n°ARB/12/6, sentence, 4 mai 2021.

<sup>149</sup> *Supra*, Introduction, par. 2

<sup>150</sup> *Infra*, Chapitre 6, paras. 1028-1035

<sup>151</sup> *Infra*, Chapitre 6, paras. 1036-1044.

<sup>152</sup> F. Latty, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le gymkhana de la réaffirmation de l'Etat », in *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat*, T. El Ghadban, C.M Mazuy, A. Senegacnik (dir.), Pedone, 2018, p. 164.

introduits sur le fondement des traités, les tribunaux ont développé un niveau élevé d'exigences pour accueillir les prétentions reconventionnelles au point de remettre en cause l'effectivité de ce droit. Pareil constat contraste avec les évolutions favorables aux demandes reconventionnelles qui émaillent le contentieux arbitral contractuel, le contentieux porté à la connaissance de la C.I.J, et dans une certaine mesure, celui du Tribunal irano-américain des réclamations. Plus fondamentalement, il détonne avec le rang conventionnel réservé à la contre-réclamation dans la Convention CIRDI. Notre analyse se nourrit de ce contraste et permet de situer l'approche suivie par les tribunaux arbitraux de l'investissement par rapport à la pratique d'autres cours et tribunaux internationaux.

**84.** La pratique reconventionnelle est rendue plus difficile notamment lorsque l'investisseur engage une procédure sur le fondement d'un instrument auquel il n'est pas partie, c'est-à-dire un traité ou une loi de protection des investissements. Les difficultés tiennent pour l'essentiel à la dimension « unilatérale »<sup>153</sup> de la procédure, unilatéralement engagée par l'investisseur, et au rapport « asymétrique »<sup>154</sup> des droits et des obligations des parties prenantes. En effet, le contenu substantiel de la plupart des instruments applicables à l'opération d'investissement place l'accent sur les obligations des Etats envers l'investisseur sans toujours expliciter les obligations à la charge de l'investisseur. Pour une partie des tribunaux arbitraux, ces deux particularités du droit international des investissements ont pour effet de réduire, voire de neutraliser, le droit d'action reconventionnelle de l'Etat défendeur au point d'annihiler la reconnaissance de ce droit par les instruments applicables à la procédure. Ainsi, très rares sont les demandes reconventionnelles de l'Etat ayant abouti à une condamnation de l'investisseur à titre reconventionnel<sup>155</sup>. L'exploration de la pratique suivie par d'autres tribunaux arbitraux en application des règles de la CNUDCI ou de la CCI, aboutit sur un constat similaire comme si, dans cette matière, l'Etat était effectivement réduit à une position de « justiciable de second ordre »<sup>156</sup>. Ce constat est le produit d'une analyse des sentences arbitrales publiées ayant eût à connaître des demandes reconventionnelles. Quoiqu'il vise à être le plus complet possible, l'examen de la pratique et de la jurisprudence doit cependant tenir compte de certaines réalités

---

<sup>153</sup> A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2020, p. 493.

<sup>154</sup> T. Wälde, « The Specific Nature of Investment Arbitration », *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Ph. Khan et T. Wälde (dir.), Martinus Nijhoff, 2007, p. 94 ; S. Dudas, « Treaty Counterclaims under the ICSID Convention », in *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, C. Baltag (dir.), Kluwer Law International, 2016, p. 386.

<sup>155</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/6, sentence intérimaire sur les demandes reconventionnelles environnementales, 11 août 2015 ; *Burlington Resources, Inc. c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017.

<sup>156</sup> H. Hellio, « L'Etat, un justiciable de second ordre? à propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *op. cit.*, note n° 5.

matérielles.

**85.** Tout d’abord, nous avons choisis de nous focaliser sur le contentieux transnational porté à la connaissance d’un tribunal arbitral en vertu d’une loi, d’un contrat ou d’un traité dont l’objet est la protection de l’investissement et où l’Etat est défendeur. Toutefois, cette analyse ne saurait prétendre à l’exhaustivité. D’une part, toutes les sentences arbitrales concernant les différends d’investissement ne sont pas systématiquement publiées et centralisées<sup>157</sup>. En outre, en raison du foisonnement des centres d’arbitrage susceptibles d’être saisis de ces différends, il a été nécessaire de concentrer nos recherches sur les différends portés à la connaissance du CIRDI ou administrés par lui, ainsi que ceux gouvernés par les règles de la CNUDCI. Ces différends représentent la majeure partie des procédures contentieuses relatives à l’investissement<sup>158</sup>. Le choix de se focaliser sur ces arbitrages, n’est cependant pas exclusif. Plusieurs recherches ont également été effectuées sur les procédures transnationales portées à la connaissance des tribunaux arbitraux en application d’autres règlements de procédure tels que les règlements d’arbitrage de la CCI, de la SCC ou de la LCIA. Il est dorénavant bien établi que ces institutions sont, avec d’autres, saisies de différends d’investissement et ont toutes contribué à l’abondant corpus jurisprudentiel dans cette matière.

**86.** Deuxièmement, si les difficultés rencontrées par les demandes reconventionnelles se cristallisent souvent dans le cadre des arbitrages conventionnels, les différends d’investissement ne sont pas limités aux différends relatifs aux traités de protection des investissements. Aussi, les règles de procédure applicables au règlement des différends d’investissement y compris celles encadrant le droit du défendeur de présenter des demandes reconventionnelles sont identiques pour les arbitrages de toute nature. C’est la raison pour laquelle l’analyse jurisprudentielle qui alimente notre étude inclut également les arbitrages contractuels et législatifs, quoique pour cette dernière catégorie, les cas touchant directement la question reconventionnelle se fassent plus rares<sup>159</sup>. Enfin, puisque l’Etat est placé presque

---

<sup>157</sup> La CNUCED dispose d’un outil qui répertorie les procédures d’arbitrage introduites sur le fondement d’un traité et non pas celles introduites sur le fondement d’un contrat ou d’une loi de protection des investissements.

<sup>158</sup> Au 31 décembre 2020, le site de la CNUCED répertoriait 1104 procédures d’arbitrage introduites sur le fondement d’un traité de protection des investissements dont 354 sont pendantes. Sur les 1104 affaires répertoriées 589 affaires ont été rendues en application des règles de la convention CIRDI et 351 en application des règles de la CNUDCI. Les informations de la CNUDCED sur ces procédures contiennent à la fois les sentences auxquelles qui lui ont été transmises ou celles ayant fait l’objet d’articles. (UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, disponible sur: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, consulté le 30 juin 2021).

<sup>159</sup> Dans son rapport d’activité le CIRDI indique que les arbitrages introduits sur le fondement d’une loi représentent 9% des affaires portées à la connaissance du Centre sur la période allant de 1966 à 2020. Voir, *The ICSID Caseload–Statistics*, 2020, n°2, p. 11, (en ligne: <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics>, consulté le 31 juin 2021) ; *Infra*, Chapitre 2, par. 231 et note n° 366.

systématiquement dans la position de défendeur, il s'ensuit naturellement que l'analyse des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage de l'investissement se concentre sur les cas où l'Etat est le demandeur reconventionnel.

**87.** Ces précisions apportées, l'analyse empirique de la jurisprudence arbitrale permet d'esquisser un portrait des obstacles qui se dressent devant la pratique des demandes reconventionnelles des Etats dans le contentieux de l'investissement. Une première série d'obstacles concerne les conditions dans lesquelles les tribunaux arbitraux acceptent ou non de se saisir de telles prétentions. En tant que prétention incidente qui naît en cours d'instance, la demande reconventionnelle doit satisfaire des exigences de compétence et de recevabilité. Ces exigences forgent la dimension procédurale des demandes reconventionnelles. Lorsque la prétention reconventionnelle se greffe à l'instance et entre dans l'objet du différend, elle peut avoir une incidence sur l'issue du procès et sur les responsabilités respectives des parties. Par sa dimension offensive, elle vise notamment à faire constater une violation commise par l'investisseur par laquelle l'Etat s'estime lésé. L'effet de la demande reconventionnelle peut alors être analysé dans sa dimension substantielle et ne pose pas moins de difficultés.

#### ***B. La dimension procédurale de la demande reconventionnelle dans le contentieux de l'investissement***

**88.** Motif pris de ce que les traités de protection de l'investissement (ci-après les « TPI ») ou les lois de protection d'investissement ne donnent qu'à l'investisseur le droit d'engager la procédure ou que la plupart de ces instruments ne prévoient pas *explicitement* le droit de soumettre des demandes reconventionnelles, certains tribunaux ont cru pouvoir déduire que les demandes reconventionnelles de l'Etat seraient exclues.

**89.** Un extrait de la jurisprudence récente sur la question illustre cette approche : « *The BIT contains no particular or general language that would enable the Tribunal to conclude, if interpreted in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, that the arbitral agreement between [the investor and the State] includes consent by [the investor] to the submission of counterclaims by [the State]... the Tribunal comes to the conclusion that the Treaty wording showing that only the investor is entitled to file claims must prevail over any contrary meaning that the arbitration rules to which the Treaty refers may suggest. As a result, the Tribunal lacks jurisdiction over the counterclaim* »<sup>160</sup>.

**90.** Cette manière de voir semble faire renaître une conception restrictive du droit de formuler des demandes reconventionnelles. Nous avons pourtant souligné l'évolution normative en

---

<sup>160</sup> *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, Affaire C.P.A n°2017-41, sentence finale, 24 août 2020, paras. 390-391.

faveur d'un assouplissement<sup>161</sup>. D'après cette conception, dès l'instant où le traité ne donne qu'à l'investisseur le droit d'engager la procédure arbitrale, il faudrait que celui-ci consente expressément à admettre les demandes reconventionnelles de l'Etat pour que le tribunal puisse en analyser le bien fondé. Cette interprétation fait perdre aux demandes reconventionnelles leur avantage principal : celui de permettre une concentration des griefs et d'« atténue[r] la situation quelque peu désavantageuse dans laquelle le défendeur se trouve du fait qu'un procès ait été intenté à son encontre »<sup>162</sup>.

**91.** Au contraire, lorsque le différend est engagé par la voie contractuelle, l'effectivité du droit de soumettre des demandes reconventionnelles ne semble pas avoir été remis en question. La possibilité que le défendeur soulève des demandes reconventionnelles serait implicitement connue de l'investisseur du fait de la nature synallagmatique des obligations consacrées dans le contrat. Dès lors, un décalage se crée au sein de l'arbitrage d'investissement entre la matière contractuelle et conventionnelle. Cette distinction semble si caractéristique qu'elle impose d'inclure dans notre démonstration une analyse des arbitrages contractuels afin de déterminer si la rencontre « dissociée »<sup>163</sup> des consentements des parties propres aux procédures d'arbitrage « *without privity* »<sup>164</sup>, présente une singularité de nature à limiter la compétence de l'arbitre à se prononcer sur une demande reconventionnelle.

**92.** Les mobiles avancés par les tribunaux d'investissement pour refuser de se prononcer sur le bien-fondé des demandes reconventionnelles se révèlent être encore plus restrictifs lors de l'appréciation de leur recevabilité<sup>165</sup>. La connexité entre la demande principale et reconventionnelle et l'objet du différend constitue un pilier central de la recevabilité. Éminemment casuistique, elle permet aux tribunaux d'évaluer si la prétention reconventionnelle est ou non « tacitement comprise dans le mandat arbitral »<sup>166</sup> et justifie qu'un examen conjoint des demandes soit opéré. Pourtant, à l'instar de la question du consentement, l'examen de la jurisprudence fait ressortir plusieurs dissonances dans l'appréciation du lien

---

<sup>161</sup> *Supra*, dans cette introduction, par. 19 et suivant.

<sup>162</sup> H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, note n°15, p. 24.

<sup>163</sup> E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol.1, Pedone, 2004, p. 2.

<sup>164</sup> J. Paulsson, « Arbitration without privity », *ICSID Review FILJ*, 1995, vol. 10, n°2, pp. 232-257.

<sup>165</sup> H. E. Veenstra-Kjos, « Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration », *TDM*, 2007, vol. 4, n°4, p. 46; Z. Douglas, *The International Law of Investment Claim*, CUP, 2009, p. 260 : « [requiring] unity of the instruments on which the original claim and counterclaim are based' ,cannot be endorsed for investment treaty arbitration. It would have the effect of excluding the tribunal's jurisdiction over counterclaims whenever the claimant investor's claim is based upon an investment treaty obligation because the host state's counterclaim cannot by definition be based upon that same instrument »; P. Lalive, L. Halonen, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, note n° 32, p. 153: « Why such a strict test? ».

<sup>166</sup> A. Mérignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international, le rôle du droit dans le fonctionnement actuel de l'institution et dans ses destinées futures*, *op.cit.*, note n°77, p. 264.

connexité<sup>167</sup> qui invitent logiquement à s'interroger sur la nature de ce lien. En effet, l'appréciation du lien de connexité entre l'action principale, l'action reconventionnelle et l'objet du différend tant dans sa dimension factuelle que dans sa dimension juridique se complique lorsqu'il existe un cumul d'instruments applicables à l'opération d'investissement (traité, contrat et loi). En outre, ces difficultés sont exacerbées par le phénomène de démembrement des parties, c'est-à-dire, la possibilité qu'une pluralité d'entités (actionnaire, entreprise locale ou étrangère) intervient dans la gestion d'une même opération d'investissement sans formellement être partie à l'arbitrage.

**93.** Ces questions procédurales relatives à la compétence et la recevabilité constituent un ensemble solidaire de la dimension procédurale des demandes reconventionnelles. Leur analyse est indispensable pour assurer le passage de la prétention à la réalisation du droit d'action reconventionnelle. Une fois admise, la prétention se réalise, c'est-à-dire qu'elle est susceptible d'avoir une influence sur les débats substantiels et les responsabilités respectives de l'Etat et de l'investisseur. La réalisation de la prétention reconventionnelle ouvre ainsi la voie au deuxième niveau de l'analyse relatif à la dimension substantielle des demandes reconventionnelles.

### *C. La dimension substantielle des demandes reconventionnelles*

**94.** Pour peu que l'Etat arrive à faire lever les obstacles relatifs à la compétence et à la recevabilité, les demandes reconventionnelles soulèvent plusieurs questions d'ordre substantiel qui découlent de la réalisation du droit reconnu au défendeur de contre-attaquer. Lorsque le tribunal accepte d'exercer sa compétence sur la reconvention, il lui revient d'en analyser le bien-fondé. L'analyse du bien-fondé des demandes reconventionnelles, entendue comme l'opération par laquelle le tribunal arbitral est appelé à évaluer la substance des allégations de l'Etat, requiert d'identifier la source de l'obligation prétendument violée par l'investisseur et son applicabilité au différend d'investissement. Cette opération peut être troublée par deux facteurs.

**95.** D'une part, il se peut que les obligations juridiques dont l'Etat invoque la violation soient issues d'une autre source que celle choisie par l'investisseur au soutien de sa demande principale. Par exemple, attaqué sur le fondement d'un traité, l'Etat peut fonder sa réclamation en invoquant la violation d'une norme issue de son droit interne. Il se peut donc que la résolution du différend nécessite de faire application conjointe du droit international et du droit interne. L'analyse du bien-fondé des demandes reconventionnelles est singulière puisque l'arbitre peut

---

<sup>167</sup> S. Dudas, « Treaty Counterclaims under the ICSID Convention », *op. cit.*, note n°154, p. 390.

être habilité à appliquer exclusivement ou conjointement le droit interne et le droit international. Cette faculté distingue son office d'autres cours et tribunaux internationaux et a une incidence majeure sur les fondements juridiques dont l'Etat dispose pour réaliser sa contre-attaque. L'applicabilité du droit interne au différend d'investissement peut ainsi lui permettre de mettre en cause le comportement de l'investisseur au regard d'une grande variété de règles appartenant à l'ordre juridique de l'Etat hôte. Toutefois, certains tribunaux d'investissement peuvent considérer que toutes les obligations de droit interne ne sont pas éligibles à servir de fondement aux prétentions reconventionnelles de l'Etat.

**96.** En outre, la pratique récente suivie par l'Etat demandeur reconventionnel a également invité les tribunaux à évaluer la licéité du comportement de l'investisseur au regard des normes issues de l'ordre juridique international. C'est alors la capacité de l'investisseur à être destinataire d'obligations internationales et la nature asymétrique du contenu substantiel des traités qui peuvent se dresser comme des obstacles au succès des reconventions étatiques. La diversification des fondements juridiques choisis par l'Etat demandeur reconventionnel nécessite de s'interroger sur la teneur des obligations imputables aux investisseurs.

**97.** Troisièmement, l'identification des obligations des investisseurs n'épuise pas les questions substantielles posées par la pratique des demandes reconventionnelles. En effet, par sa dimension offensive, la demande reconventionnelle a pour but d'« élargir la sphère du débat primitif »<sup>168</sup> en mettant en cause le comportement de l'investisseur non pas pour faire échec à la compétence du tribunal mais bien pour sanctionner la violation de ces obligations. En elle-même, la pratique modifie la physionomie du contentieux de l'investissement souvent appréhendé comme un contentieux de la légalité du comportement de l'Etat. Remettant en question l'intensité des rapports « asymétriques »<sup>169</sup> que l'on prête aux droits et obligations des parties, les demandes reconventionnelles posent la question de la capacité juridique internationale de l'investisseur à répondre de ses actes et à engager sa responsabilité devant un tribunal arbitral. En effet, lorsque l'Etat puise dans l'ordre juridique international pour identifier des obligations, il postule une subjectivité internationale de l'investisseur étranger. Toutefois, la question nature de la responsabilité qui serait associée aux violations de ces obligations internationales reste entière.

**98.** Constatant que les attentes de l'Etat à l'égard des investisseurs étrangers en matière de respect des normes internationales relatives aux droits de la personne humaine ou de

---

<sup>168</sup> A. Mérygnac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international, le rôle du droit dans le fonctionnement actuel de l'institution et dans ses destinées futures*, *op.cit.*, note n°77, p. 263.

<sup>169</sup> T. Wälde, « The Specific Nature of Investment Arbitration », *op.cit.*, note n° 154, p. 94.

l'environnement sont de plus en plus affirmées et que certains traités incluent désormais des obligations pour les investisseurs, il apparaît nécessaire de s'interroger à titre prospectif sur la nature la responsabilité de l'investisseur et sur les conséquences y étant associées notamment pour réparer les préjudices de l'Etat.

#### ***D. Objet de la démonstration***

**99.** Bien qu'il s'agisse d'un sujet déjà exploré par les internationalistes<sup>170</sup> devant d'autres fora, l'exposé des différents obstacles qui se dressent devant les demandes reconventionnelles confirme que la nature « hybride »<sup>171</sup> du contentieux transnational de l'investissement influence manifestement les conditions dans lesquelles l'Etat peut contre-attaquer. Cette singularité de la matière justifie d'entreprendre un examen plus approfondi.

**100.** L'analyse de la jurisprudence arbitrale est donc l'élément central et déterminant pour cerner l'effectivité et les finalités des demandes reconventionnelles, et plus généralement leurs incidences sur l'instance transnationale. Les nombreuses dissonances existantes sur la manière dont les tribunaux acceptent ou non de se saisir des prétentions reconventionnelles témoignent que dans ce domaine, la pratique est à l'état de latence et ne repose pas sur des vérités tranchées. En revanche, en dépit des divergences jurisprudentielles et des différences factuelles propres à chaque affaire, il existe une permanence des questions juridiques posées par la pratique des demandes reconventionnelles à partir desquelles s'échafaudent l'objet et le fil de notre démonstration.

**101.** Il s'agit tout d'abord d'établir à quelles conditions les prétentions reconventionnelles peuvent satisfaire les conditions de compétence et de recevabilité afin d'entrer dans l'assiette juridictionnelle de l'arbitre. L'opération par laquelle les tribunaux acceptent ou non d'exercer leur compétence requiert d'identifier le consentement des parties, c'est-à-dire le consentement du demandeur et du défendeur reconventionnel. La finalité de cette opération est de déterminer si l'asymétrie du rapport entre Etats et investisseurs se dresse effectivement comme un obstacle dirimant aux prétentions reconventionnelles ou si au contraire, la reconnaissance normative du

---

<sup>170</sup> H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, note n°15 ; C. Antonopoulos, *Counterclaims before the International Court of Justice*, *op. cit.*, note n°16.

<sup>171</sup> Z. Douglas, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *B.Y.I.L.*, 2003, vol. 74, n°1, pp. 152-153, 185 «*The analytical challenge presented by the investment treaty regime for the arbitration of investment disputes is that it cannot be adequately rationalised either as a form of public international or private transnational dispute resolution...[there is] a tension between the public and private international law elements of investment treaty arbitration...It is important to emphasize that the substantive law governing investment disputes is necessarily a hybrid of international and municipal law due to the private or commercial interests at the heart of this jurisdiction. This may be contrasted with state/state disputes arising out of the interpretation or application of the investment treaty which are governed purely by international law.* »

droit de présenter des reconventions serait le témoignage que cette asymétrie est « *misconceived* »<sup>172</sup>. Une analyse des arbitrages introduits sur le fondement des contrats ou des traités permettra ainsi d'apporter des éléments de comparaison sur la manière dont les tribunaux identifient le consentement des parties aux demandes reconventionnelles.

**102.** Deuxièmement, si la finalité du droit international des investissements est principalement axée sur la protection des droits des investisseurs, celle du contentieux n'est pas limitée à la préservation des droits matériels de la partie privée. La raison en est que l'objet du différend transnational est fréquemment défini « à partir de sa matière factuelle »<sup>173</sup> c'est-à-dire, un différend d'investissement. Cette approche permet que des violations issues d'instruments de diverse nature entrent dans la compétence des tribunaux. Ainsi, l'objet du différend d'investissement que l'arbitre est appelé à trancher ne coïncide pas toujours avec l'instrument servant de base à la demande de l'investisseur mais peut couvrir une pluralité de normes. Dès lors, la demande reconventionnelle peut servir d'agent révélateur d'obligations préexistantes imputables aux investisseurs étrangers.

**103.** Au regard de ces observations, la thèse soutenue est que les singularités du contentieux de l'investissement ne sont pas systématiquement de nature à amoindrir ou remettre en cause le droit reconnu au défendeur de soumettre des demandes reconventionnelles. La finalité offensive des demandes reconventionnelles n'est pas incompatible avec la nature unilatérale de la saisine du tribunal arbitral ni avec l'asymétrie des droits et obligations entre investisseurs et Etats dans les traités. Ainsi qu'il fut observé « *the [arbitration] system should not be seen as giving the investor a liability-exposure free pass to take on the host State in a forum where the latter is left with no other option than to hope it will not lose* »<sup>174</sup> Pour ce faire, il sera démontré que l'interprétation jurisprudentielle des critères de compétence et de recevabilité des demandes reconventionnelles dans les arbitrages conventionnels est injustement restrictive et contraire aux finalités de la procédure de règlement des différends transnationaux. Sauf disposition contraire, l'Etat défendeur au procès transnational est titulaire d'un droit de contre-attaquer et l'investisseur est un sujet susceptible de voir sa responsabilité engagée par un tribunal arbitral international. La non-réciprocité du droit d'activer la procédure contentieuse, n'altère pas le droit de l'Etat attaqué de présenter des demandes reconventionnelles. En effet, l'impossibilité

---

<sup>172</sup>S. M. Schwebel, « A BIT about ICSID », ICSID Review-FILJ, 2008, vol. 23, n°1, pp. 5-6: « *Placed in context, the BIT arbitral process is not asymmetrical. In point of fact, some BITs provide that "either" of the disputing parties may bring a claim to arbitration. In any event, the host State is able to bring a counterclaim against the investor...* »

<sup>173</sup> Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrats, traités et clause parapluie », in *La procédure arbitrale relatives aux investissements internationaux aspects récents*, Ch. Leben (dir.), Anthémis LGDJ, 2006, p. 19.

<sup>174</sup> S. Dudas, « Treaty Counterclaims under the ICSID Convention », *op. cit.* note n° 154, p. 388.

pour l'Etat de se porter demandeur à titre principal, ne le prive pas du droit d'être demandeur reconventionnel dans le cadre d'une procédure engagée contre lui puisque le droit de formuler des prétentions reconventionnelles est inhérent à la qualité de défendeur. La demande reconventionnelle « naît de la demande principale à laquelle elle répond »<sup>175</sup> et a besoin d'elle pour exister. C'est la réalité du lien de connexité entre l'action reconventionnelle, l'action principale et l'objet du différend qui détermine les conditions dans lesquelles une telle demande peut être accueillie pour participer à la bonne administration de la justice. Alors, l'objet du contentieux de l'investissement peut s'élargir aux questions de la responsabilité de l'investisseur étranger au regard d'une pluralité de normes issues des ordres juridiques interne ou international.

**104.** Identifier la manière dont les tribunaux d'investissement se saisissent de la prétention reconventionnelle, permet *in fine*, de déterminer si et à quelles conditions le comportement fautif de l'investisseur peut produire des effets juridiques dans le contentieux l'opposant à l'Etat. Ainsi, l'analyse des demandes reconventionnelles requiert de distinguer les conditions d'admission de la prétention permettant aux tribunaux d'exercer leur pouvoir juridictionnel, de la réalisation de la prétention. Autrement dit, tant qu'elle ne remplit pas les conditions requises pour se greffer à l'instance, l'action reconventionnelle n'est qu'une prétention. Elle ne produit pas d'effets juridiques sur la résolution du différend. Ce n'est qu'une fois les conditions d'admission des demandes reconventionnelles satisfaites (*Première partie : L'admission de la prétention reconventionnelle*) que cette prétention est réalisée et peut produire des effets substantiels permettant aux tribunaux d'en analyser le bien-fondé et les conséquences substantielles sur le différend d'investissement (*Seconde partie : La réalisation de l'action reconventionnelle*).

---

<sup>175</sup> A. Delahaye, *Des demandes reconventionnelles histoire –jurisprudence, op. cit.*, note n°17, p. 141.

## PREMIÈRE PARTIE : L'ADMISSION DE LA PRÉTENTION RECONVENTIONNELLE DANS L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL

---

**105.** La demande reconventionnelle est homologuée par la plupart des règlements applicables aux procédures de règlement des différends transnationaux. A les parcourir, « [l'] introduction d'une action reconventionnelle, par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire, ne se heurte à aucune objection de principe dans le cadre d'une procédure arbitrale »<sup>176</sup>.

**106.** Formellement présentée comme une demande, l'action reconventionnelle est une prétention par laquelle la partie poursuivie formule une « allégation d'un droit ou d'un fait »<sup>177</sup> contre son adversaire à laquelle elle souhaite faire produire des conséquences juridiques. Dans l'arbitrage transnational de l'investissement, l'Etat est la partie susceptible d'avoir une prétention reconventionnelle, puisque l'investisseur est fréquemment celui qui active la procédure<sup>178</sup>. Cette réalité est le produit du « développement spectaculaire »<sup>179</sup> des procédures arbitrales engagées sur le fondement d'accords internationaux interétatiques, qui représentent 76% des arbitrages soumis au CIRDI depuis sa création<sup>180</sup>.

**107.** Pour que cette prétention produise des effets juridiques, il est nécessaire qu'elle remplisse les conditions requises permettant à l'arbitre de se prononcer sur le bien-fondé de celle-ci. L'arbitrage réglementaire soumet l'action reconventionnelle à la double condition que le

---

<sup>176</sup> P. De Bournoville, « Au sujet des demandes incidentes en matière d'arbitrage », in *L'arbitrage : travaux offerts au professeur Albert Fetweis*, L. Matray (dir.), E. Story-Scientia, Université de Liège, Centre interuniversitaire de droit judiciaire, 1989, p. 65.

<sup>177</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, note n° 1, pp. 872-873 : « Prétention ».

<sup>178</sup> D'après une recherche sur le site du CIRDI dans quatre différends contractuels, l'Etat a pris l'initiative de la procédure : *Gabon c. Société Serete S.A.*, Affaire CIRDI n° ARB/76/1, (résolution amiable) ; *Gouvernement de la province du Kalimantan occidental c. PT Kaltim Prima corp.*, Affaire CIRDI n° ARB 07/3, décision sur la compétence, 18 janvier 2007, (décision d'incompétence) ; *Tanzania Electric Supply c. Independent Power Tanzania*, Affaire CIRDI n° ARB/98/8, 12 juillet 2002 (sentence avec accord-parties prévoyant la poursuite de l'exécution du contrat) ; *Pérou c. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.*, Affaire CIRDI n° ARB/13/24, (retrait de l'affaire). Dans une affaire l'Etat est à l'origine d'une procédure de conciliation, *République de Guinée équatoriale c. CMS Energy Corporation and others*, Affaire CIRDI n° CONC (AF)/12/2, 12 mai 2005 (confidentielle). Pour les affaires autres que CIRDI, voir *Djibouti c. DP World Djibouti et autres*, Affaire LCIA n° 142732, troisième sentence partielle finale, demandes reconventionnelles du défendeur, 14 septembre 2020. Cette affaire est un exemple de différend contractuel introduit par un Etat dans lequel l'investisseur a formulé plusieurs demandes reconventionnelles et où l'ensemble des prétentions de l'Etat demandeur ont été rejetées au fond. Seul le défendeur (ou demandeur reconventionnel) a obtenu réparation ; *Sénégal c. Arcelor Mittal*, affaire CCI (confidentielle), le Sénégal a obtenu la résiliation du contrat d'exploitation minière pour faute de l'investisseur et obtenu indemnisation.)

<sup>179</sup> E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI, op. cit.*, note n° 163, p. 2.

<sup>180</sup> CIRDI, *Affaires du CIRDI Statistiques*, 2020, n° 2, p. 11.

(accessible et consulté en ligne le 30 juin 2021 : <https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/publications/affaires-du-cirdi-statistiques>)

tribunal ait compétence et que cette demande soit recevable en ce qu'elle entretient un lien de connexité avec la demande principale et/ou avec l'objet du différend. Cela ressort par exemple des termes de l'article 46 de la Convention CIRDI qui dispose que : « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles *se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre.* »<sup>181</sup>

**108.** Si la C.I.J. a jugé que la recevabilité des demandes reconventionnelles « doit être compris[e] au sens large, comme couvrant à la fois la condition de compétence et celle de connexité »<sup>182</sup>, il paraît plus prudent de distinguer ces conditions dans la mesure où chacune doit être cumulativement remplie et faire l'objet d'un contrôle distinct<sup>183</sup>. Ainsi, pour que la prétention reconventionnelle puisse se greffer à l'instance, il appartient à l'arbitre d'identifier le consentement des parties (Titres 1) et d'évaluer la recevabilité de la prétention reconventionnelle essentiellement déterminée par l'existence d'un lien de connexité avec l'objet du différend (Titre 2).

---

<sup>181</sup> L'article 21 (3) du Règlement CNUDCI ne mentionne pas explicitement le critère du consentement, il admet les demandes reconventionnelles à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître.

<sup>182</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 316, par. 14.* Voir aussi : *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), demande reconventionnelle, ordonnance du 10 mars 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 203, par. 33 ; Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), demandes reconventionnelles, ordonnance du 29 novembre 2001, C.I.J. Recueil 2001, p. 678, par. 35 ; Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) ; Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), demandes reconventionnelles, ordonnance du 18 avril 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 208, par. 20.*

<sup>183</sup> R. Kolb, *La Cour internationale de Justice, op. cit.*, note n°36, p. 690 : « Cette relative confusion entre la compétence et la recevabilité n'est toutefois pas heureuse... La question de sa compétence précède logiquement celle de la recevabilité et reste distincte d'elle, même en matière reconventionnelle. »

## ***TITRE 1 L'identification du consentement des parties à la compétence reconventionnelle du tribunal***

**109.** La détermination du champ de compétence de l'arbitre échoit dans une large mesure à l'étendue du consentement des parties et à l'objet du litige. Néanmoins, tous les aspects d'un différend susceptibles d'être analysés par le tribunal arbitral ne sont pas toujours prévus de manière exhaustive par les parties dans leur accord. Il est des questions qui interviennent en cours d'instance, dont il revient à l'arbitre de déterminer si elles appartiennent ou non à l'objet du litige et peuvent assister à sa bonne résolution. Tel est le cas des demandes additionnelles, des demandes reconventionnelles et d'autres demandes incidentes comme l'intervention ou les *amicus curiae*. L'étendue de l'instance ne se définit pas seulement au regard des seules prétentions des parties ni par la caractérisation nécessairement subjective des faits par le demandeur. L'instance est « une suite d'actes de procédure »<sup>184</sup> qui donne l'occasion de trouver une correspondance entre prétentions contraires. Ces questions, qui ne trouvent pas directement de solution dans les termes de l'instrument à l'origine de la procédure, éloignent le mandat de l'arbitre de la seule volonté des parties et le mobilise davantage sur sa fonction d'administrateur de la justice. En effet, « les consentements exprimés par les [parties] à la compétence du juge ne déterminent pas les pouvoirs que celui-ci pourra utiliser dans le cadre du règlement du différend en question. »<sup>185</sup>

**110.** Dans l'affaire du *Différend Frontalier*, la C.I.J a donné la mesure de la distinction entre compétence et fonction judiciaire, expliquant que la seconde, contrairement à la première, n'était pas à la disposition des parties :

« Le compromis permet aux parties de définir librement les limites de la compétence, *stricto sensu*, qu'elles entendent conférer à la Cour. Il ne saurait leur permettre de modifier les limites de la fonction judiciaire de la Cour : celles-ci, parce qu'elles sont définies par le Statut, ne sont pas à la disposition des parties même d'accord entre elles, et s'imposent à elles comme elles s'imposent à la Cour elle-même »<sup>186</sup>.

**111.** Or, ce qui est vrai pour un compromis négocié après la naissance d'un litige, l'est encore plus pour les clauses d'arbitrage adoptées *avant* la naissance d'un différend dans un traité, dans un contrat ou dans une loi d'investissement. Les parties peuvent limiter à l'avance la compétence du tribunal sur des questions précises sans pour autant prévoir de manière

---

<sup>184</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n° 1, p. 385.

<sup>185</sup> M. Grange, *La compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel, l'exemple de la Cour internationale de Justice*, Thèse de Doctorat, Paris II, 2011, p. 71.

<sup>186</sup> *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt, *C.I.J Recueil 2013*, p. 70, par. 46.

exhaustive les aspects du litige survenus entre elles de sorte que l'étendue de la compétence du tribunal (sur les demandes principales et reconventionnelles) ne saurait être déterminée par les termes de la requête unilatéralement portée par le demandeur.

**112.** Toutefois, la possibilité qu'un tribunal se prononce sur une prétention reconventionnelle est remise en cause lorsque l'instrument servant de fondement à l'action principale ne donne qu'à l'investisseur étranger la possibilité d'engager la procédure arbitrale. Alors, c'est la non-réciprocité du droit de recourir à l'arbitrage qui pose problème en ce qu'elle suggère que l'Etat n'aurait pas de prétention internationale à l'égard de l'investisseur. Cette particularité justifie de distinguer les cas où l'arbitrage est introduit par la voie contractuelle des cas où il est introduit par la voie conventionnelle ou législative.

**113.** La compétence de l'arbitre sur les prétentions reconventionnelles est facilitée par la nature synallagmatique des obligations contractuelles (Chapitre 1) alors qu'elle est remise en cause par l'asymétrie des droits et des obligations dont bénéficie l'investisseur dans la plupart des instruments législatifs et internationaux applicables aux investissements étrangers (Chapitre 2).

## **Chapitre 1 La compétence reconventionnelle dans les arbitrages transnationaux contractuels comme prolongement du caractère synallagmatique du contrat**

**114.** Ce chapitre se concentre sur les différends relatifs à un contrat transnational portés à la connaissance d'un tribunal arbitral par un acteur privé et dans lesquels l'Etat formule une demande reconventionnelle. Par « contrat transnational » nous entendons tout contrat conclu entre un Etat et une entité étrangère ou tout contrat conclu entre une entreprise publique agissant à titre souverain et une société étrangère. C'est donc délibérément qu'il ne se concentre pas uniquement sur la catégorie âprement débattue des contrats d'Etat<sup>187</sup> et préfère plus largement se référer aux « contrats transnationaux »<sup>188</sup> dont l'objet couvre une variété d'opérations d'investissement<sup>189</sup>. Certaines opérations contractuelles peuvent être dépourvues du label d'« investissement » et faire partie intégrante de l'arbitrage transnational<sup>190</sup>. Celles-ci ne présentent pas moins d'intérêt pour l'analyse de la compétence reconventionnelle de l'arbitre. On trouve notamment dans cette catégorie les différends relatifs aux financements de marchés publics de travaux, de fournitures ou de services, financés par le Fond européen de développement (FED). Leur appartenance à la catégorie transnationale se justifie par la présence d'un critère organique (puisque'au moins une personne publique est partie au différend) et par un élément d'extranéité (puisque l'opération a lieu sur un territoire étranger)<sup>191</sup>.

---

<sup>187</sup> P. Weil, « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à B. Goldman*, P. Fouchard, Ph. Kahn et A. Lyon-Caen (dir.), Litec, 1982, p. 387 ; Charles Leben, « La Théorie Du Contrat d'État et l'évolution Du Droit International Des Investissements », *RCADI*, vol. 302, 2003, pp. 197-386 ; M. Kamto, « La notion de contrat d'État : une contribution au débat - Les Etats dans le contentieux économique international, I. Le contentieux arbitral », *Revue de l'Arbitrage*, 2003, n° 3, pp. 719-751.

<sup>188</sup> B. J. Poulain, « L'arbitrage FED : une révision est nécessaire », *Revue de l'Arbitrage*, 2011, n° 4, p. 924.

<sup>189</sup> Comme remarqué par S. Manciaux, l'appellation « arbitrage d'investissement » n'est pas sans défaut : « cette approche est à la fois trop large et trop étroite. Trop large parce que certaines procédures d'arbitrage fondées sur des Traités d'investissement ont pour origine une opération dont la qualification d'investissement est plus que douteuse. Trop étroite parce que certaines opérations constitutives d'un investissement sont formalisées dans un contrat... », S. Manciaux, « Les problèmes de l'arbitrage d'investissement » in *Codification du droit privé et évolution du droit de l'arbitrage*, B. Fauvarque-Cosson, D. P. Fernández-Arroyo, J. Monéger (dir.), Société de législation comparée, Collection Colloques, vol. 21, 2014, p. 179. Voir aussi, S. Robert-Cuendet, « Introduction », in *Droit des investissements. Perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 25 : « Mais l'étude – et même l'enseignement – du droit des investissements par le prisme de l'arbitrage a aussi pour conséquence de ne faire la lumière que sur une part infime des opérations économiques qui peuvent être saisies par les accords d'investissement. »

<sup>190</sup> *Djibouti c. DP World Djibouti et autres*, Affaire LCIA n° 142732, troisième sentence partielle finale, demandes reconventionnelles du défendeur, 14 septembre 2020.

<sup>191</sup> B. J. Poulain, « L'arbitrage FED : une révision est nécessaire », *op.cit.*, note n° 188, p. 924 : « On trouve encore des différends contractuels opposant un Etat à un acteur privé sur l'exécution de 'Production Sharing Agreement' (entente de partage de production, souvent dans le domaine pétrolier ou minier), dont les activités économiques s'inscrivent dans une certaine durée, avec un apport comprenant un risque sans qu'elles ne soient qualifiées

**115.** Au sein du CIRDI, le contentieux contractuel transnational devance historiquement le contentieux conventionnel et a ouvert le champ des discussions sur la compétence reconventionnelle de l'arbitre. Il est remarquable de constater que sur les vingt premières affaires portées à la connaissance du Centre, l'Etat ne s'était pas cantonné dans une posture purement défensive. Au contraire, lorsqu'il n'était pas à l'origine de la procédure<sup>192</sup>, il a formulé des demandes reconventionnelles dans près de la moitié des affaires publiées<sup>193</sup>.

**116.** Ainsi, fort de son antériorité, l'apport de l'arbitrage transnational contractuel à la question de la compétence reconventionnelle est double. D'une part, son analyse fait ressortir que le consentement des parties à l'arbitrage vaut présomption de compétence sur l'ensemble des prétentions contractuelles (Section 1). D'autre part, l'arbitrage contractuel transnational a également permis de systématiser les enjeux que présente la compétence reconventionnelle au regard des règles fondamentales de procédure telle que l'égalité des parties (Section 2).

### *Section 1 Le consentement des parties à l'arbitrage comme présomption de compétence sur l'ensemble des prétentions contractuelles*

**117.** Dans l'arbitrage transnational d'investissement, la question de la compétence de l'arbitre sur les demandes reconventionnelles s'est polarisée sur les différends introduits par la voie conventionnelle<sup>194</sup>. Toutefois, par son antériorité, l'arbitrage transnational contractuel n'est pas

---

d'investissement dans le contrat. Le *Règlement de procédure de conciliation et d'arbitrage pour les marchés de travaux, de fournitures et de services financés par le Fonds européen de développement (FED)* de 1991 s'applique à tout différend entre une entreprise chargée de l'exécution d'un contrat de la FED et les autorités d'un Etat Afrique-Caraïbes-Pacifique avec lequel ce contrat est conclu ».

<sup>192</sup> *Gabon c. Société Serete S.A.*, Affaire CIRDI n° ARB/76/1, 1976 (affaire retirée sur demande des parties).

<sup>193</sup> *Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire*, Affaire CIRDI n° ARB/74/1, sentence, 29 août 1977 (ci-après « *Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire* ») ; *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/77/2, sentence, 8 août 1980 (ci-après « *Benvenuti c. Congo* ») ; *AGIP SpA c. Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/77/1, sentence, 30 novembre 1979 ; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH c. République unie du Cameroun et Sté camerounaise des engrais (SOCAME)*, Affaire CIRDI n° ARB/81/2, sentence, 21 octobre 1983 (ci-après « *Klöckner c. Cameroun* ») ; *Amco corporation et autres c. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI n° ARB/81/1, sentence, 20 novembre 1984 ; (ci-après, « *Amco c. Indonésie (I)* ») ; *Atlantic Triton c. République de Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB 84/1, sentence, 21 avril 1986 (ci-après « *Atlantic Triton c. Guinée* ») ; *Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB/84/4, sentence, 6 janvier 1988 (ci-après « *MINE c. République de Guinée* »).

<sup>194</sup> A. K. Bjorklund, « Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *Lewis&Clark Law Review*, 2013, vol. 17, n° 2, pp. 461-480 ; E. De Brabandere, « Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *RBDI*, 2017, vol. 2, pp. 591-611 ; F. Latty, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le gymkhana de la réaffirmation de l'Etat », *op. cit.*, note n°152, pp. 161-178 ; H. Hellio, « L'Etat, un justiciable de second ordre ? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *op. cit.*, note n° 5 ; T. Kendra, « State Counterclaims in Investment Arbitration - A New Lease of Life? », *Arbitration International*, 2013, vol. 29, n° 4, pp. 575-606 ; H.E. Kjos, « Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, note n°165 ; Y. Kryvoi, « Counterclaims in Investor-State Arbitration », *Minnesota Journal of international Law*, 2012, vol. 21, n° 2, pp. 216-252 ; A. de Nanteuil, «

en reste dans ce domaine<sup>195</sup>. En effet, l'instrument contractuel demeure un outil juridique de prédilection adapté au caractère protéiforme des activités économiques transnationales<sup>196</sup>. La diversité des types de contrats pouvant lier un Etat ou une de ses émanations à un investisseur étranger est une parfaite illustration de la prospérité contractuelle : concession, régie, contrat de distribution, partenariat public-privé, contrat « clef-en-mains », ou encore contrat d'achat d'action sont monnaie courante dans le contentieux transnational.

**118.** Lorsque l'Etat et l'acteur privé consentent au règlement arbitral de leur différend par l'insertion d'une clause compromissoire, ils sont réputés avoir consenti à régler les aspects du différend relatifs à l'instrument en cause sans autre restriction que celles auxquelles ils auraient consenti<sup>197</sup>. Il n'est pas nécessaire que les parties consentent explicitement aux demandes reconventionnelles pour que celles-ci soient supposées relever du champ couvert par la clause compromissoire et de la compétence de l'arbitre. En ce sens, sauf accord contraire des parties, il est permis de parler d'une *présomption*<sup>198</sup> de compétence reconventionnelle, c'est-à-dire « une supposition de départ...position de principe ouverte à la contestation »<sup>199</sup> (I). Cette présomption de compétence peut être renforcée par la fonction supplétive des instruments de

---

Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers? », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2018, vol. 17, n° 2, pp. 374-392 ; A. Vohryzek-Griest, « State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure », *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, 2009, n° 15, pp. 83-124.

<sup>195</sup> Le CIRDI déclarait dans son rapport d'activités de 1966 à 2020, que 16% de ses arbitrages avaient été introduits sur la base d'un contrat (CIRDI, *Affaires du CIRDI Statistiques*, 2020, n°2, p.11). Seuls 23 arbitrages contractuels CIRDI sont publiés et accessibles sur le site.

<sup>196</sup> J. F. Lalive, « Contrats Entre États Ou Entreprises Étatiques et Personnes Privées : Développements Récents », *RCADI*, 1983, vol. 181, p. 28.

<sup>197</sup> Il arrive que les parties signent un compromis d'arbitrage après la naissance d'un différend contractuel. Tel était le cas dans l'affaire *Aminoil c. Koweït*, sentence, 24 mars 1982. La rédaction du compromis était suffisamment large pour accueillir les demandes reconventionnelles : « *The Tribunal shall decide according to law: ... The amount payable to the Government by the Company, and/or the amount payable to the Company by the Government, in respect of royalties, taxes or other obligations of the Company, in which connection the Tribunal shall determine the validity or invalidity of any amendments or supplements to the 28 June 1948 Agreement which are relevant.* ». Le Koweït a présenté deux demandes reconventionnelles contre Aminoil, notamment la violation des « bonnes pratiques extractives » (« *good oil-field practice* ») et la responsabilité à l'égard des tiers. Le Tribunal a accueilli cette deuxième demande et réduit la part de la condamnation du Koweït de 19 millions de dollars.

<sup>198</sup> Si l'expression de « présomption de compétence » peut sembler antinomique avec la nature consensuelle de l'arbitrage, elle est fréquemment utilisée par les tribunaux CIRDI saisis de l'interprétation des clauses compromissoires dans les contrats transnationaux. Ceux-ci ont considéré que la signature d'une clause compromissoire avec une entité de droit local sous contrôle étranger crée une présomption que les parties conviennent de considérer ladite entité comme étrangère conformément à l'article 25 (2) (b) de la Convention CIRDI : « Le tribunal est contraint de conclure que la présomption découlant du consentement que les exigences de la seconde disposition de l'article 25 (2) (b) étaient satisfaites...est renversée » *Vaccum Salt c. Ghana*, affaire CIRDI, sentence, 16 février 1994, in E. Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI*, op. cit., note n° 163, p. 401 ; *Affaire RSM Production Corporation c. République Centrafricaine*, CIRDI n° ARB/07/2, décision sur la compétence et la recevabilité du 7 décembre 2010, par. 47-48 : « Ce n'est donc pas parce que les deux Parties au Contrat y ont inséré une clause d'arbitrage CIRDI, qu'il faut nécessairement considérer l'opération sous-jacente comme un investissement, même si... une certaine présomption en faveur de l'existence d'un investissement peut être admise dans un cas de ce genre. »

<sup>199</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 13<sup>ème</sup> éd., puf, 2020, p. 791.

procédure arbitrale désignés par les parties (II).

### *I. La présomption de compétence inhérente au caractère synallagmatique des obligations du contrat*

**119.** Constaté que ce sont principalement les arbitrages transnationaux contractuels qui ont ouvert le champ des discussions possibles en matière d'action reconventionnelle de l'Etat dans l'arbitrage transnational n'a rien de surprenant. La Convention CIRDI, tout comme les règlements d'arbitrage CNUDCI ou CCI, étaient principalement destinés à régler des différends transnationaux contractuels. Ainsi en 1965, l'architecte de la Convention prévoyait que les différends contractuels relatifs à l'investissement devaient couvrir 90 à 95% des différends dont le Centre serait saisi<sup>200</sup>. Supplantés par les traités, ces différends au sein du CIRDI ont finalement représenté 16% de la totalité des arbitrages portés à la connaissance du Centre depuis 1966<sup>201</sup>. En outre, le contentieux transnational contractuel demeure majoritaire devant d'autres institutions arbitrales et plusieurs tribunaux ont eu à connaître des prétentions reconventionnelles sans que le silence de l'instrument sur la possibilité de présenter des demandes reconventionnelles ne constitue un obstacle dirimant<sup>202</sup>.

**120.** Si cette pratique n'a rien d'exceptionnel, c'est parce que le contrat dans ses formes variées est un instrument synallagmatique qui « engendre des obligations réciproques et interdépendantes »<sup>203</sup> entre les parties. L'exorbitance de certaines prérogatives de l'Etat dans les contrats administratifs n'altère pas la dimension synallagmatique de ce contrat. Ainsi, lorsque les parties consentent à l'avance au règlement arbitral de leur différend contractuel, elles sont présumées consentir à la compétence de l'arbitre pour se prononcer sur leurs prétentions respectives. Cette présomption de compétence est facilitée par la nature

---

<sup>200</sup> Historique de la Convention CIRDI : Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention, vol. III, CIRDI, 2009, p. 298.

<sup>201</sup> CIRDI, *Affaires du CIRDI-Statistiques*, 2020, n°2, p. 11.

<sup>202</sup> Sur 587 affaires enregistrées au CIRDI de 1972 à 2016, l'arbitrage transnational contractuel a représenté 88 affaires. Le nombre 587 est la somme du nombre d'arbitrages enregistrés sous l'égide de la Convention CIRDI (534) de 1972 au 31 décembre 2016 auquel s'ajoute le nombre d'arbitrages enregistrés sous l'égide du Mécanisme Supplémentaire (53), soit un total de 587 (*The ICSID caseload statistics*, ICSID, 2017, issue 1, p.8). Le site de la CNUDCI ne communique pas de rapport d'activité. La Chambre de Commerce de Stockholm indique quant à elle être le deuxième forum mondial de résolution des différends relatifs à l'investissement ; sur 200 affaires administrés, 6 ont été initiées sur la base d'un traité d'investissement. Tout le reste des différends étaient relatifs sur la même période à un contrat. Considérant que 48% du total des affaires enregistrées est classé comme arbitrage international, la part des arbitrages transnationaux contractuels doit être également élevée. Les autres forums de règlement des différends tels que la CCI, la LCIA ou encore la SCC également habilités à trancher les différends transnationaux sont principalement saisis de différends contractuels et à titre incident, de demandes reconventionnelles.

<sup>203</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, note n° 199, p. 1000.

synallagmatique du contrat, en vertu de laquelle il existe entre les parties des obligations réciproques (A) et parfois interdépendantes (B).

**A. Une présomption de compétence reconventionnelle inhérente à la réciprocité des obligations du contrat**

**121.** La nature consensuelle de l'arbitrage exige que l'arbitre saisi d'une action reconventionnelle se tourne vers la clause compromissoire pour apprécier sa compétence. Dans les rapports contractuels où les parties au différend sont les mêmes que les parties à l'accord, l'identification du consentement à l'arbitrage ne pose - *a priori* - pas de problème. Le consentement des parties à la résolution des questions principales et reconventionnelles découlant d'un contrat est présumé par l'insertion d'une clause compromissoire dans ce contrat. Il revient à l'arbitre en vertu du principe *kompetenz-kompetenz* d'apprécier l'étendue de sa compétence au regard de l'objet du différend et des prétentions des parties. Ce principe opère sans être explicitement prévu par les instruments applicables à la procédure<sup>204</sup>. Ainsi, à s'en tenir à l'analyse de l'opération par laquelle l'arbitre établit sa compétence, il n'existe pas de distinction entre les demandes principales et reconventionnelles. Elles sont toutes deux déterminées par les termes de la clause compromissoire.

**122.** Par son antériorité et la filiation qu'on lui prête avec l'arbitrage d'investissement<sup>205</sup>, l'apport de l'arbitrage *Lena Goldfields* confirme que les prétentions reconventionnelles sont présumées incluses dans le consentement à l'arbitrage exprimé par les parties. Poursuivie par l'entreprise concessionnaire d'une mine d'or sur le fondement du contrat, l'URSS avait dans sa réponse formulé plusieurs demandes reconventionnelles – qualifiées comme telles – sur lesquelles le Tribunal s'est prononcé sans remettre en cause sa compétence. Bénéficiant d'une clause compromissoire généreuse<sup>206</sup>, le Tribunal a jugé bon d'en analyser le bien-fondé alors même que l'URSS s'était unilatéralement retirée de la procédure, refusant de comparaître à

---

<sup>204</sup> TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, alias « Dule », Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 18 : « Ce pouvoir, appelé principe de 'Kompetenz-Kompetenz' en allemand ou 'la compétence de la compétence' en français, est un élément et, de fait, un élément majeur de la compétence incidente ou implicite de tout tribunal judiciaire ou arbitral et consiste en sa 'compétence de déterminer sa propre compétence'. Ce principe est un élément constitutif nécessaire dans l'exercice de la fonction judiciaire et il est inutile qu'il soit expressément prévu dans les documents constitutifs de ces tribunaux, bien qu'il le soit souvent... ».

<sup>205</sup> A. Ernst, « Lena Goldfields Arbitration », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014, par. 14: « The tribunal thereby produced the first example of applying international law in a private arbitration proceeding. This not only influenced the drafting of concession agreements since 1933, but also initiated a series of investment arbitration awards based on the general principles of international law as the applicable law, in reliance on the Lena Goldfields Arbitration. »

<sup>206</sup> A. Nussbaum, « Arbitration between Lena Goldfields and the Soviet Government », *Cornell Law Review*, vol. 36, n° 1, 1950, p. 42 (Annexe). L'article 90 du contrat se lisait comme suit: « All disputes and misunderstandings in regard to the construing or fulfilment of this Agreement and of all schedules thereto, on the declaration of either of the parties, are examined and settled by the Court of Arbitration ».

l'instance<sup>207</sup>.

**123.** Que l'objet du contrat s'inscrive dans un rapport privé (relatif par exemple aux contrats commerciaux internationaux) ou public (contrats impliquant une entité agissant à titre souverain ou pour une mission d'intérêt public), le même constat s'impose. En effet, comme le souligne très justement le Professeur Kamto, la nature des parties au contrat d'Etat s'avère être d'une très grande importance<sup>208</sup> pour déterminer la nature juridique de ce contrat, du point de vue de la compétence de l'arbitre (y compris sur la prétention reconventionnelle), la distinction entre l'Etat « puissance publique » et l'Etat « entrepreneur » n'est pas indispensable puisque la faculté de compromettre par contrat met les deux parties sur un pied d'égalité. Plus exactement, l'existence d'une clause compromissoire dilue, voire gomme sur le plan procédural la dimension souveraine de l'Etat qui renonce à la compétence de ses propres juridictions<sup>209</sup>.

**124.** En outre, la distinction entre « l'Etat – entreprise » et « l'Etat souverain » peut aussi être amoindrie par la nature synallagmatique des obligations contenues dans le contrat le liant à une partie privée. Tel était le constat dressé par les arbitres dans un des tout premiers arbitrages contractuels résolus par les tribunaux arbitraux du CIRDI, relatif à la révocation d'une licence d'exploitation. Selon le tribunal:

*« The State is entitled to withdraw the approval of an investment application, where the applicant does not fulfill, once the approval was granted, the obligations the applicant offered to undertake. In this respect, there is substantially no fundamental difference between the position of the State and that of party to a synallagmatic contract. Indeed, a contracting party may, in almost all legal systems, terminate the contract where the other party does not perform*

---

<sup>207</sup> *Ibid*, p. 47 : « Apart altogether from the fact that the Government did not appear before the Court to prosecute its claims (if any) and prove them by evidence, and that, therefore, they must be rejected, the Court is satisfied that even if the Government case had been put and proved before it, whatever claims for damages could have been substantiated are amply covered by the very generous allowances in favour of the Government which the Court has made in the assessment of the amount due to Lena. The Court therefore rejects the claims by the Government against Lena. »

<sup>208</sup> M. Kamto, « La notion de contrat d'état : une contribution au débat - Les états dans le contentieux économique international, I. Le contentieux arbitral », *op.cit.*, note n° 187, p.721 : « Alors que tous les acteurs s'accordent à dire que le contrat d'Etat est un contrat conclu entre un Etat et une personne physique ou morale étrangère, on ne s'embarrasse pas toujours d'une exigence de précision sur l'identité exacte de chacun des cocontractants, comme si celle-ci n'avait aucune influence sur la nature et le régime juridiques du contrat dit d'Etat. On tient pour acquis qu'il y a d'un côté un Etat et de l'autre une personne privée étrangère. Le débat est dès lors centré sur la question de la nature juridique du contrat d'Etat que l'on s'efforce de déterminer à partir de l'ordre juridique de référence ou de rattachement. Il nous semble pourtant que la question de l'ordre juridique de rattachement ne peut être résolue pertinemment qu'à partir d'une connaissance précise du statut juridique des cocontractants dont la qualité de sujet de droit peut varier suivant l'ordre juridique considéré ».

<sup>209</sup> A. Luzzatto, « International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States », RCADI, vol. 157, 1977, p. 93 : « There should be however no doubt that... an agreement to arbitrate constitutes an implicit waiver and that therefore international or municipal rules granting sovereign immunity should not apply... the *jure imperii* or *jur gestionis* character of the subject matter of the agreement should therefore be irrelevant ».

*its obligations.* »<sup>210</sup>

**125.** L'indifférence quant à la nature publique ou privée des parties n'amointrit pas l'importance des termes de la clause compromissoire<sup>211</sup> pour déterminer la compétence reconventionnelle. Généralement, la réciprocité des obligations d'un contrat offre un appui suffisamment large pour considérer que les demandes reconventionnelles sont également couvertes par la clause d'arbitrage du contrat<sup>212</sup>. Cette logique s'impose à l'arbitre avec simplicité : plus les parties ont des droits et des obligations, plus celles-ci sont réputées consentir à la possibilité d'avoir des prétentions contraires. L'arbitre pourra notamment s'appuyer sur la réciprocité des obligations contractuelles pour exercer sa compétence sur les prétentions principales et reconventionnelles<sup>213</sup>.

**126.** Ainsi, on observe que les clauses compromissoires insérées dans les premiers contrats soumis à l'arbitrage du CIRDI donnaient compétence à ces tribunaux pour le ou les « différends »<sup>214</sup> relatifs à l'accord dans lequel elles étaient insérées sans que ce mandat n'opère une mention spécifique pour les demandes reconventionnelles.

**127.** Puisque le propre d'un contrat synallagmatique est de détailler les droits et les obligations

---

<sup>210</sup> *Amco corporation et autres c. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI n° ARB/81/1, sentence, 20 novembre 1984, par. 188.

<sup>211</sup> A. de Nanteuil, « Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers? », *LPICT*, 2018, vol. 17, n° 2, p. 377.

<sup>212</sup> T. R. Snider, J. Shaw Kern, « Case note: PetroTrans Company Ltd. v. Ministry of Mines of the Federal Democratic Republic of Ethiopia », *EYIL*, 2017, vol. 2, pp. 207-212.

<sup>213</sup> A. de Nanteuil, « Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers? », *op.cit.*, note n° 211, p. 384.

<sup>214</sup> Article 15 de l'Accord de 1981 donnant lieu à l'arbitrage CIRDI *Atlantic Triton c. République de Guinée*, sentence : « le différend sera résolu en toute équité selon les dispositions de l'article 42(3) de la Convention de Washington » ; Article IX de l'Accord de Concession donnant lieu à l'arbitrage CIRDI *Liberian Eastern Timber Corporation c. Republic of Liberia*, Affaire CIRDI n° ARB/83/2, sentence, 31 mars 1986 (ci-après « *LETCO c. Libéria* ») : « (1) *If at any time during the continuance of this Agreement or thereafter, there shall be any questions or disputes with respect to the construction, meaning or effect of this Agreement or arising out of this Agreement or concerning the rights or obligations hereunder the parties shall have the right to require the dispute to be settled by conciliation and arbitration as hereinafter provided. Any of the parties to such dispute may commence conciliation or arbitration proceedings* » ; Article 25 du contrat d'association donnant lieu à l'arbitrage *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. Congo*, sentence : « *All disputes which may arise during the existence of the Company or during its liquidation, either between the shareholders themselves over company affairs, or between the shareholders and the company, which have not been resolved by the competent local courts, or by agreement, will be submitted to arbitration* » ; Article 18 du contrat donnant lieu à l'arbitrage *Klöckner c. Cameroun*, sentence : « Le règlement des litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou l'application des clauses du présent protocole sera fait d'accord parties et à défaut, conformément à la procédure d'arbitrage prévue par la Convention internationale de règlement des différends relatifs aux investissements de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement » ; Voir aussi *Togo Électricité and GDF-Suez Energie Services c. Togo*, Affaire CIRDI n° ARB/06/07, sentence, 10 août 2010 (ci-après « *Togo Electricité c. Togo* ») : article 53.3 de la Convention de Concession entre Togo Electricité/GDF Suez et la République togolaise, habilitation à trancher « les différends qui naîtraient de l'exécution de la Convention de Concession ou de son interprétation » ; *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Sénégal*, Affaire CIRDI n° ARB/82/1, sentence, 25 février 1988, par. 4.02 (ci-après « *SOABI c. Sénégal* ») : « Tout différend entre les parties relatif à l'exécution de la présente convention ainsi que d'une façon générale, aux droits et obligations qui en résultent pour chacune d'elles est soumis à un arbitrage suspensif de plein droit, rendu dans les formes et conditions ci-après ».

des parties, il n'est pas étonnant que la clause compromissoire défère à l'arbitre le soin d'étudier sa bonne exécution par les deux parties et que le mandat arbitral inclue implicitement une présomption de compétence reconventionnelle. L'affirmation est si évidente que les tribunaux saisis de différends contractuels sont directement entrés dans l'analyse du bien-fondé de celle-ci<sup>215</sup>, à condition que l'Etat ait précisé la nature des obligations violées par l'investisseur<sup>216</sup>.

**128.** Le fait que cinq des six premiers tribunaux CIRDI (saisis par la voie contractuelle) aient eu à connaître des demandes reconventionnelles de l'Etat contre l'investisseur étranger, sans besoin de discuter le principe de leur compétence, abonde dans le sens d'une présomption de compétence reconventionnelle qui ne présente pas de difficulté<sup>217</sup>.

**129.** La facilité avec laquelle les arbitres ont accepté de se prononcer sur des demandes reconventionnelles en l'absence de toute disposition à cet effet dans les contrats est fidèle à la position des négociateurs de la Convention CIRDI pour lesquels « [l]a Convention [était] destinée à régler les demandes faites par des Etats hôtes contre des investisseurs, aussi bien que les demandes faites par les investisseurs contre les Etats hôtes »<sup>218</sup>. P. Reuter, arbitre dans le tout premier arbitrage contractuel CIRDI *Holiday Inn c. Maroc*<sup>219</sup>, avait anticipé, et même

---

<sup>215</sup> *Joint-Venture américaine c. Etat W*, Affaire CCI n° 14108, sentence finale, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 2008-2011, Vol.VI, pp. 692-694 : « Respondent failed to establish, as of today, that the Joint Venture, by its conduct, caused the foregoing alleged contamination. In fact, no liability and no damage were ever established by State W. State W failed to bring any evidence in this regard... ..no evidence showing that the Joint Venture's activity resulted in material environmental damage was brought by respondent...the Arbitral Tribunal finds that no breach of contract has been proven by State W and no liability is established » ; *Togo Electricité, c. Togo*, sentence, *op. cit.*, note n° 211, par. 230 : « Vu l'incapacité de la Défenderesse de prouver l'existence d'éléments capables de soutenir, même prima facie, une faute quelconque qui puisse engager la responsabilité de la société mère ou de sa filiale, le Tribunal doit rejeter la demande reconventionnelle dans sa totalité ».

<sup>216</sup> *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh-Abou Lahoud c. République démocratique du Congo*, sentence, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/10/4, 07 février 2014, paras. 638-9 : « Le Tribunal note que les Demandeurs n'ont soulevé aucune exception d'incompétence relative à la demande reconventionnelle formulée par la Défenderesse. Cette dernière n'a toutefois pas cherché à établir la compétence du Tribunal pour statuer sur sa demande, se limitant à une simple référence à l'article 46 de la Convention CIRDI ; elle ne l'a pas davantage développée sur le fond. En tant qu'elle vise à obtenir réparation d'un préjudice allégué du fait de la présente instance arbitrale, la demande reconventionnelle de la RDC est rejetée, le Tribunal n'ayant été éclairé ni sur son fondement ni sur sa substance ». Cette sentence ne remet pas en cause le constat empirique. En l'espèce, l'Etat ne s'était pas formellement appuyé sur le contrat mais sur l'engagement de la procédure arbitrale. Voir *Infra*, chapitre 8, par. 1388, 1433.

<sup>217</sup> *Holiday Inns SA et autres c. Maroc*, Affaire CIRDI n° ARB/72/1 (règlement amiable) ; *Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire*, Affaire CIRDI n° ARB/74/1, sentence, 29 août 1977 ; *Benvenuti c. Congo*, sentence ; *Atlantic Triton c. Guinée*, sentence ; *MINE c. République de Guinée*, sentence ; *AGIP SpA c. Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/77/1, sentence, 30 novembre 1979 ; *Amco c. Indonésie (I)*, sentence ; *Klöckner c. Cameroun*, sentence ; *Liberian Eastern Timber Corporation c. Libéria*, Affaire CIRDI n° ARB/83/2, sentence, 31 mars 1986 (ci-après « *LETCO c. Libéria* »).

<sup>218</sup> Historique de la Convention CIRDI : Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention, vol. III, ICSID, 2009, p. 62.

<sup>219</sup> P. Lalive, « The First World Bank Arbitration (*Holiday Inns c. Morocco*) – some legal problems », *ICSID Reports*, 1993, vol.1, pp. 645– 681. Cette affaire est la première enregistrée au CIRDI ayant abouti à un accord amiable.

surestimé le risque reconventionnel, déclarant à propos de la Convention CIRDI que « [ l' ] on peut être à peu près certain d'un point de vue de tactique procédurale que le jour ou un particulier mettrait en marche la protection prévue dans la Convention, et déclencherait par exemple un arbitrage, l'Etat attaqué présenterait immédiatement une demande reconventionnelle. »<sup>220</sup>

**130.** Cette faculté n'est pas propre aux arbitrages CIRDI. Elle est commune aux arbitrages contractuels transnationaux et inhérente à la réciprocité des obligations du contrat. Ainsi, la compétence pour se saisir des prétentions reconventionnelles soulevées dans un différend contractuel transnational a été plusieurs fois confirmée dans le cadre d'arbitrages portés devant la CCI. Sans faire cas de leur compétence, les tribunaux ont par exemple accepté d'analyser au fond les prétentions reconventionnelles d'un Etat invoquant la violation par l'exploitant des obligations contenues dans un contrat de production pétrolière<sup>221</sup>, ou celles fondées sur la nullité du contrat au regard de l'ordre public international<sup>222</sup>, ou encore sur les prétentions reconventionnelles d'un investisseur contestant la légalité de la révocation d'un contrat<sup>223</sup>.

**131.** Dans un différend inédit, les arbitres de la CCI saisis sur le fondement d'un contrat de concession d'une centrale hydroélectrique ont admis leur compétence reconventionnelle à l'appui d'une clause compromissoire étendue à « *any disputes* »<sup>224</sup>. L'originalité de l'espèce tient à deux éléments. Premièrement, dans une décision intérimaire<sup>225</sup>, le Tribunal a simultanément accepté de se prononcer au fond sur les demandes principales et reconventionnelles relatives à la rupture du contrat *par l'investisseur*. Alors que l'investisseur estimait que les difficultés rencontrées dans l'exécution du contrat l'ayant conduit à rompre la relation contractuelle étaient imputables à l'Albanie<sup>226</sup> et justifiaient qu'il obtienne réparation, l'Etat, à titre reconventionnel, reprochait au concessionnaire d'avoir violé ses obligations. Accueillant favorablement les prétentions albanaises, le Tribunal a prononcé la résiliation du

---

<sup>220</sup> P. Reuter, « Réflexion sur la compétence du centre créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres États », in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965*, CREDIMI, Pedone, 1969, pp. 9–24.

<sup>221</sup> *Gujarat State Petroleum Corporation Limited, Alkor Petroo Limited, et Western Drilling Constructors Private Limited c. Yémen et le ministère yéménite du pétrole*, Affaire CCI n° 19299/MCP, sentence, 10 juillet 2015, par. 287 (rejetées au fond).

<sup>222</sup> *Customs and Tax Consultancy LLC c. République démocratique du Congo*, Affaire CCI n° 19515/MCP/DDA, sentence partielle, 22 juillet 2015, par. 232 (rejetées au fond).

<sup>223</sup> *Jordanie et the Public Transport Regulatory Commission c. International Company for Railway Systems (ICRS)*, Affaire CCI n° 16342/EC/ND, sentence, 6 février 2012, par. 279 (rejetées au fond).

<sup>224</sup> *Hydro Srl c. Albanie (I)*, Affaire CCI n° 20654/EMT/GR, sentence finale, 7 septembre 2018, par. 3: « *Any dispute should occur between the Parties in the execution of the present Concession Agreement will not interfere with the duties execution, anyhow accepted through the present Concession Agreement, The Parties also undertake to make use of their best good will to solve any dispute which might occur. Should it be impossible to reach a friendly composition and without prejudice to Art. 26, any dispute will be definitively treated according to the conciliation and arbitration rules of the International Chamber of Commerce of Paris...* ».

<sup>225</sup> La sentence n'est pas publique mais des extraits sont reproduits dans la sentence finale.

<sup>226</sup> *Hydro Srl c. Albanie (I)*, Affaire CCI n° 20654/EMT/GR, sentence finale, 7 septembre 2018, par. 81.

contrat de concession aux torts exclusifs de l'investisseur<sup>227</sup>. Deuxièmement, rejetant au fond l'ensemble des prétentions de l'investisseur, le Tribunal a octroyé une indemnisation du préjudice subi par l'Etat du fait des manquements contractuels de l'investisseur. Cette affaire est, à notre connaissance, le seul exemple de condamnation exclusive d'un investisseur sans engagement de responsabilité de l'Etat à titre principal.

**132.** Ainsi, la pratique suivie par les tribunaux transnationaux en matière contractuelle nous enseigne que la compétence sur les demandes reconventionnelles, à moins d'être formellement exclue par les parties, est présumée entrer dans le mandat arbitral du tribunal lorsqu'il retient sa compétence sur le différend dont il est saisi. Il s'agit d'une conséquence logique du consentement à l'arbitrage et de la réciprocité des obligations auxquelles les parties ont consenti dans leur contrat.

**133.** Quoiqu'elle se fasse plus rare, la pratique suivie par les premiers arbitrages CIRDI nous enseigne que l'arbitre peut également accepter d'exercer sa compétence reconventionnelle lorsqu'il existe un rapport de dépendance économique entre différents contrats liant les mêmes parties<sup>228</sup>. C'est alors l'interdépendance des obligations figurant dans des contrats connexes entre les parties qui sert d'appui pour que l'arbitre se prononce sur l'ensemble des prétentions des parties.

#### ***B. Une présomption de compétence inhérente au rapport de dépendance économique entre différents contrats***

**134.** L'appropriation par l'arbitre transnational de sa compétence reconventionnelle s'est également faite à travers le contentieux pluri-contractuel pour lequel il peut être appelé à regarder les réalités économiques existant entre les différents instruments. A plusieurs reprises, les tribunaux arbitraux n'ont pas hésité à étendre leur compétence aux instruments ayant un rapport de dépendance économique avec le contrat objet de la requête principale, et ce, à titre principal comme à titre reconventionnel. La présomption de compétence de l'arbitre pour analyser l'ensemble des prétentions des parties repose non pas sur la réciprocité des obligations d'un même contrat mais sur l'interdépendance des obligations contractuelles d'une chaîne de contrat.

---

<sup>227</sup> *Ibid*, par. 82.

<sup>228</sup> A titre d'exemple, dans son Rapport d'activité annuel, le centre d'arbitrage LCIA a souligné la multiplication des cas de jonctions et de consolidations en raison d'arbitrages pluri-parties ou pluri-contrats expliquant que sur 233 arbitrages initiés en 2017, plus de 53 impliquaient au moins deux accords. LCIA, *Casework Report*, 2017, p. 17.

**135.** Dans l'affaire *Klöckner c. Cameroun*<sup>229</sup> les parties étaient successivement liées par trois contrats ayant pour finalité le développement de l'industrie de production des engrais au Cameroun. L'investisseur allemand et l'Etat ont d'abord signé un Contrat Cadre pour la construction et l'exploitation d'une usine d'engrais contenant une clause compromissoire en faveur des tribunaux CIRDI. Ce Contrat Cadre mettait à la charge de l'investisseur l'obligation d'assurer la gestion commerciale et technique de l'investissement précisant que ces obligations seraient réglées par un Contrat de Management. Les parties avaient également conclu un Contrat de Livraison d'usine « clés en mains » contenant lui aussi une clause compromissoire en faveur des tribunaux CIRDI<sup>230</sup>. Enfin, conformément aux dispositions prévues par le Contrat Cadre, les parties signaient un Contrat de Management de l'usine détaillant les obligations de l'investisseur. A la suite de difficultés insurmontables dans l'exécution des contrats, l'investisseur a introduit une procédure arbitrale sur le fondement du Contrat de Livraison réclamant notamment le remboursement des frais de construction de l'usine.

**136.** Au renfort du Contrat Cadre et au Contrat de Management auquel il faisait référence, le Cameroun a « élargi la base juridictionnelle »<sup>231</sup> du différend et invoquait à titre reconventionnel le manquement de l'investisseur à ses obligations de gestion technique et commerciale de la société constituée pour la gestion de l'usine d'engrais. Le Cameroun soutenait qu'il était en droit de refuser paiement du Contrat de Livraison car l'investisseur avait agi de manière frauduleuse contrairement à ses deux autres engagements contractuels. A travers plusieurs demandes reconventionnelles, l'Etat défendeur opposait l'exception d'inexécution du contrat à l'investisseur<sup>232</sup> et réclamait le dédommagement pour le montant des parts injectées par l'Etat dans le projet, ainsi que pour le manque à gagner résultant de l'inexécution du projet.

**137.** Bien que l'investisseur ne vît pas d'objection à l'inclusion du Contrat Cadre dans le différend (puisque celui-ci était désignait également les tribunaux CIRDI), il soutenait en revanche que certaines questions liées à la gestion par l'investisseur échappaient à la compétence du Tribunal<sup>233</sup> et devaient être soumises à la CCI conformément à la clause

---

<sup>229</sup>Klöckner c. Cameroun and Société Camerounaise des Engrais (I), Affaire CIRDI n°ARB/81/2, sentence, 21 octobre 1983, JDI, vol. 111, p. 409. (ci-après « Klöckner c. Cameroun »)

<sup>230</sup> *Ibid*, p. 410. L'article 18 du contrat donnait également compétence aux tribunaux CIRDI pour « le règlement des litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou l'application des clauses du présent protocole ».

<sup>231</sup> *Ibid*, p. 409.

<sup>232</sup> Dont le Tribunal a rejeté la qualification reconventionnelle au motif qu'« en opposant l'*exceptio non adimpleti contractus* le défendeur ne cherche point à se procurer un avantage distinct et indépendant du rejet de la requête du demandeur, car l'*exceptio* 'reste une garantie d'ordre passif' ».

<sup>233</sup> Le Contrat Cadre relatif aux obligations de l'investisseur renvoyait au Contrat de Management destiné à assurer la responsabilité de l'investisseur pour la gestion technique et commerciale de la Société SOCAME (« Klöckner

compromissoire du Contrat de Management<sup>234</sup>. Il revenait donc au Tribunal de déterminer si sa compétence reconventionnelle pouvait s'étendre aux obligations de gestion incombant à l'investisseur contenues dans un contrat distinct que celui utilisé par le demandeur pour sa demande principale et contenant sa propre clause compromissoire.

**138.** Au soutien d'une argumentation juridique contestée par un arbitre dissident, la majorité du Tribunal a observé que :

« Le Tribunal n'est pas compétent pour se prononcer sur le contrat de management lui-même ni sur son interprétation, mais il doit partir de la présomption suivante : que ce contrat destiné à assurer la responsabilité de la gestion technique...ne saurait déroger ni diminuer l'engagement assumé par [le demandeur] dans l'accord de base ou protocole d'accord. Même si le Tribunal n'a pas de compétence pour interpréter le contrat de management, il doit partir de la présomption d'une parfaite compatibilité entre les deux instruments, le protocole d'accord constituant l'accord cadre de l'investissement et le contrat de management étant simplement destiné à assurer l'exécution de l'accord de base »<sup>235</sup>.

**139.** L'unité entre les contrats renforcée par les renvois, permet ainsi au Tribunal de statuer *sur la base* du contrat mais « n'implique pas que le tribunal ait pour mission de statuer *sur* le contrat »<sup>236</sup> lequel est soustrait à sa compétence.

**140.** Deuxièmement, le Tribunal devait déterminer s'il pouvait se prononcer sur le respect par l'investisseur d'un quatrième contrat (la Convention d'Etablissement) signé entre l'Etat et l'entreprise de droit local contrôlée par l'investisseur. Ce contrat contenait lui aussi une clause compromissoire en faveur du CIRDI, dont l'investisseur contestait l'opposabilité puisqu'elle était signée avec l'entreprise SOCAME de droit local et non pas avec Klöckner lui-même. Rejetant cette interprétation, le Tribunal a jugé que les trois contrats désignant les tribunaux

---

aura la responsabilité de la gestion technique et commerciale de la Société assurée par un contrat de management pendant 5 ans au moins à partir du démarrage avec une option de sa prolongation »). Le Contrat Cadre (du Protocole d'Accord) du 4 décembre 1971 posait un certain nombre d'obligations envers les deux parties. Le Chapitre III intitulé « engagements de Klöckner » établissait notamment l'obligation fondamentale d'assurer la responsabilité de la gestion technique et commerciale de la société dans laquelle Klöckner devait devenir majoritaire. Le Chapitre IV du même Accord imposait des obligations au Gouvernement camerounais, notamment celle d'apporter un terrain dans une zone industrielle répondant aux normes techniques de construction, la garantie du libre transfert des montants.

<sup>234</sup> Article 9 du Contrat de Management : « Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI. La Cour d'Arbitrage appliquera le droit matériel suisse. »

<sup>235</sup> *Klöckner c. Cameroun*, sentence, *op. cit.*, note n° 229, p. 411.

<sup>236</sup> Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrat, traité et clause parapluie », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, Ch. Leben (dir.), Anthémis, L.G.D.J., 2010, p. 23. Au sujet du rapport entre le droit applicable et la compétence : « De manière générale, la clause de droit applicable ne saurait déterminer la compétence du tribunal : statuer sur la base du contrat n'implique pas que le tribunal ait pour mission de statuer sur le contrat. »

CIRDI formaient « un tout inséparable »<sup>237</sup> et lui permettaient de retenir sa compétence tant sur les demandes principales que reconventionnelles.

**141.** C'est donc au regard de « l'unité d'opération dans les obligations réciproques »<sup>238</sup> et « l'unité du rapport synallagmatique établi par les trois instruments [contenant une clause compromissoire en faveur du CIRDI] »<sup>239</sup> que le Tribunal a rejeté la demande de l'investisseur visant à obtenir le solde du prix de l'usine après avoir constaté de sérieuses défaillances dans l'exécution de ses engagements. Il a également rejeté les demandes reconventionnelles de l'Etat après avoir constaté que : « La responsabilité de cette compagnie pour les défaillances dans la livraison de l'usine et de sa gestion technique et commerciale sont suffisamment sanctionnées par le rejet de sa demande de paiement des billets à ordre impayés. Pour les mêmes raisons, il n'y a pas lieu non plus dans cette affaire d'allouer du *lucrum cessans* ou un préjudice moral quelconque »<sup>240</sup>.

**142.** Ainsi, l'interdépendance des obligations contenues dans différents contrats qui comportent une même clause compromissoire peut être utilisée pour élargir l'assiette juridictionnelle de l'arbitre. Cette interdépendance des obligations contractées par les parties sert d'appui pour établir une présomption de compétence sur l'ensemble des prétentions relatives à l'exécution d'un ensemble contractuel, que ces prétentions émanent du demandeur ou du défendeur.

**143.** S'il a été reproché à la jurisprudence *Klöckner* d'être allée au-delà du principe de l'autonomie de la volonté en arbitrant les réclamations fondées sur plusieurs contrats<sup>241</sup>, son apport jurisprudentiel abonde néanmoins dans le sens d'une présomption de compétence reconventionnelle en matière contractuelle, lorsque différents contrats constituent « un tout

---

<sup>237</sup> *Klöckner c. Cameroun*, sentence, *op. cit.*, note n° 229, p. 413 : « Dans ces conditions, il serait inéquitable d'admettre que Klöckner, ayant bénéficié de 1973 à 1978 de l'existence de la clause arbitrale C.I.R.D.I. à l'appui des avantages et garanties juridiques, économiques, financières et fiscales octroyées par la Convention d'Etablissement, puisse être admis aujourd'hui à nier la compétence du C.I.R.D.I. pour prendre en considération l'application de cette même Convention, au moins pendant la période 1973-1978, quand elle est invoquée par le Gouvernement qui a consenti à la clause arbitrale. Les considérations qui précèdent mènent à conclure que le Tribunal arbitral est compétent pour se prononcer tant sur la demande principale que sur la demande reconventionnelle, en prenant en considération aussi cette Convention d'Etablissement qui constitue un tout inséparable avec le Protocole d'Accord et le Contrat de Livraison. »

<sup>238</sup> *Ibid*, p. 431.

<sup>239</sup> *Ibid*, p. 435.

<sup>240</sup> *Ibid*, p. 440.

<sup>241</sup> Se prononçant sur l'inclusion indirecte de l'accord d'exécution dans la compétence reconventionnelle, l'arbitre Schmidt a déclaré que « si les parties ont pris soin, dans l'accord d'exécution de l'accord-cadre, de déroger à la clause arbitrale de l'accord-cadre pour convenir d'une autre clause arbitrale pour l'accord d'exécution, c'est qu'elles ont voulu que l'accord d'exécution ne soit pas soumis à la clause CIRDI... Les importantes erreurs, les nombreuses contradictions et absences de motifs, les dénaturations de clauses contractuelles...interdisent au soussigné d'accepter la sentence. » *Ibid*, opinion dissidente de M.-D Schmidt, pp. 453-454.

inséparable »<sup>242</sup>. Ainsi, la recherche du consentement des parties nécessaire pour établir la compétence de l'arbitre est guidée par l'interdépendance des obligations liant les mêmes parties dans plusieurs contrats<sup>243</sup>.

**144.** Toutefois, l'extension de compétence de l'arbitre à un ensemble contractuel demeure exceptionnelle et requiert d'identifier une intention commune des parties<sup>244</sup>. La jurisprudence *Klöckner* nous enseigne que cette intention peut être caractérisée lorsqu'existent des renvois au sein des contrats d'un même ensemble, ou encore lorsque les parties ont échafaudé leur relation contractuelle à partir d'un contrat-cadre. Dans ces cas-là, en raison d'un rapport de dépendance économique entre les contrats, l'arbitre pourrait choisir d'absorber au sein d'une même instance, tous les aspects du différend (additionnel ou reconventionnel), y compris ceux relatifs à un autre contrat, à la condition que ces demandes appartiennent à un même ensemble contractuel en cause et que les deux contrats contiennent une clause compromissoire.

**145.** Les premières décennies d'arbitrage contractuel devant le CIRDI se sont enrichies d'un autre cas, confirmant que la compétence contractuelle d'un tribunal arbitral peut s'étendre aux contrats entretenant un rapport de dépendance économique entre eux. Allant encore plus loin que l'affaire *Klöckner*, les arbitres dans l'affaire *SOABI c. Sénégal*, dont l'autorité est significativement renforcée par la présence de M. Broches, ont admis qu'une prise en compte de l'ensemble contractuel est permise même lorsque certains contrats de cet ensemble ne contiennent pas de clause compromissoire.

**146.** Ce litige relatif à la rupture d'un contrat de construction de logements sociaux par le Sénégal avait été introduit par l'investisseur sur le fondement de la Convention d'établissement relative à une usine de fabrication d'éléments de béton armé. Les arbitres devaient déterminer

---

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> *Ibid.*, pp. 421, 428, 440. Le Tribunal a retenu la faute de l'investisseur dans la gestion de l'investissement et constaté qu'il « ne s'est pas comporté avec la franchise nécessaire (...) a fait montre, envers son partenaire, d'une franchise, d'une candeur, moins que totales (...) violé son obligation contractuelle de tout révéler [et] défailli à son obligation de traiter franchement avec son partenaire. » Mais il a rejeté au fond les demandes reconventionnelles au motif que : « La responsabilité de cette compagnie pour les défaillances dans la livraison de l'usine et de sa gestion technique et commerciale sont suffisamment sanctionnées par le rejet de sa demande de paiement des billets à ordre impayés. Pour les mêmes raisons, il n'y a pas lieu non plus dans cette affaire d'allouer du *lucrum cessans* ou un préjudice moral quelconque ».

<sup>244</sup> Sentence CCI n° 6829, 1992, Y.C.A., 1994, p. 170 : « *There might be circumstances under which a tribunal's duty is to look beyond the specific contract brought before it and to take into account the economic or business realities behind the legal structure. In the present case, however, the intent of the creators of the complex business structure in question has clearly been to set up different legal entities, entering into different contractual relationships, with different dispute settlement mechanisms. This clear and undisputed intent would be frustrated if the Tribunal were to disregard the explicit provisions of the legal instruments agreed upon by the various parties with a view to reassembling what the parties had reason to separate; (...) In the light of these considerations, the Tribunal has concluded - and the parties in the event agreed on this - that its jurisdiction is confined by the arbitration clause of the Cargo Handling Contract to that contract alone. It is, therefore, not for this Tribunal to pass judgment upon any other contract* ».

si leur compétence se limitait aux réclamations relatives à la Convention d'établissement, objet de la demande principale (contenant la clause compromissoire), ou si au contraire leur compétence pouvait s'étendre aux réclamations relatives aux contrats adoptés ultérieurement sur le fondement de celle-ci (lesquels instruments ne contenaient pas de clause compromissoire).<sup>245</sup> Au renfort du Préambule de la Convention d'établissement ayant pour « but de promouvoir le développement et l'amélioration de l'habitat sénégalais à des conditions économiques accessibles aux revenus les plus faibles »<sup>246</sup>, le Tribunal a rejeté les objections sénégalaises invoquant le caractère dissociable des contrats portant sur la construction de l'usine et sur la construction des logements. Recherchant la volonté des parties, il a jugé que ces contrats constituaient « un unique projet consistant en deux parties étroitement liées et dont l'une était la pré-condition de l'autre »<sup>247</sup>. Cette analyse de la majorité était plus surprenante que dans l'affaire *Klöckner* puisque les deux conventions signées postérieurement à la Convention d'établissement ne contenaient pas de clauses d'arbitrage. Malgré cet obstacle, le Tribunal est parvenu à la conclusion « que les conventions entre les parties autres que la Convention d'établissement, [contenant la clause d'arbitrage], sont *implicitement englobées dans la Convention d'établissement* et que les différends relatifs à leur exécution ou aux droits et obligations en découlant tombent donc sous le coup du Titre VI de la Convention d'établissement »<sup>248</sup>.

**147.** Bien qu'aucune demande reconventionnelle n'ait été formulée dans le différend *SOABI c. Sénégal*, cette affaire confirme la possibilité qu'un tribunal inclue dans sa compétence principale des prétentions des parties relatives à des instruments contractuels étroitement liés entre eux. Ainsi qu'il ressort de la sentence *Klöckner*, il va de soi que si cette extension est faite à titre principal, elle est *a fortiori* permise à titre reconventionnel. Dès lors, la question de la compétence pour se prononcer sur des prétentions relatives à des instruments entretenant un rapport de dépendance économique fusionne au point de se confondre avec la connexité existante entre les instruments d'une même opération<sup>249</sup>.

**148.** Ainsi que le remarque E. Gaillard, il peut sembler « particulièrement audacieux »<sup>250</sup> de

---

<sup>245</sup> *SOABI c. Sénégal*, sentence, par. 4.05 : « En revanche, pour le Gouvernement, l'absence de toute clause attributive de compétence arbitrale dans les conventions de juillet et septembre 1975 [conventions postérieures à la Convention d'Etablissement objet de la demande] est la preuve de la volonté des parties de se soumettre à la compétence des tribunaux sénégalais ».

<sup>246</sup> *Ibid*, par. 4.15.

<sup>247</sup> *Ibid*, par. 4.17.

<sup>248</sup> *Ibid*, par. 4.13 (italiques ajoutés).

<sup>249</sup> Sur la connexité, voir *Infra*, Chapitres 3 et 4.

<sup>250</sup> E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI, op. cit.*, note n° 163, p. 283 (commentaire de l'affaire *SOABI c. Sénégal*).

déduire du caractère global de l'opération une volonté implicite de considérer une chaîne de contrats comme un ensemble sur lequel l'arbitre pourrait exercer sa compétence. Mais il faut bien reconnaître que le phénomène d'extension de la clause compromissoire permis par l'existence d'« un rapport de dépendance économique »<sup>251</sup> entre les contrats, « est une question désormais classique du droit et de la pratique de l'arbitrage »<sup>252</sup> commercial. Par exemple, le juge de l'exécution des sentences arbitrales a reconnu que l'extension de la clause compromissoire peut être opérée sur le plan personnel en s'imposant à une partie tierce non-signataire<sup>253</sup> dès lors « qu'il est établi que leur situation contractuelle, leurs activités et leurs relations commerciales habituelles existants entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont elles connaissent l'existence et la portée bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait »<sup>254</sup>.

**149.** Dans toute forme d'arbitrage, il est légitime d'approcher avec prudence le phénomène d'extension de la clause compromissoire tant du point de vue personnel que du point de vue matériel. Toutefois, contrairement à la sentence *SOABI c. Sénégal* où le tribunal a présumé un consentement implicite des parties du fait de la nature du contrat, l'approche du tribunal *Klöckner* apparaît tout à fait justifiée en raison des renvois opérés par les instruments appartenant à un même ensemble, organisé pour la réalisation d'un même investissement. Le fait que chacun de ces contrats, pris isolément, contenait une clause compromissoire identique permettait en définitive de présumer une volonté commune des parties de déférer à l'arbitre CIRDI l'ensemble des questions litigieuses d'une même opération. Alors, l'interdépendance des obligations contractuelles est un facteur qui peut influencer l'étendue de la compétence de l'arbitre ou l'étendue de ses pouvoirs d'administrateur de la justice.

**150.** Les liens de dépendance économique entre les contrats liés à une même opération ont pu également être utilisés à des fins reconventionnelles pour engager la responsabilité contractuelle d'un investisseur, notamment lorsque l'opération implique des contrats de sous-traitance. Dans

---

<sup>251</sup> F-X. Train, « L'extension de la clause compromissoire - Chronique des années 2012-2017 », *Revue de l'arbitrage*, 2017, n° 2, p. 390.

<sup>252</sup> Ibid.

<sup>253</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, *Société Iakovoglou Prodomos et compagnie et autre c. société Amplitude*, 7 novembre 2012, 2012 : « la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commande d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans des litiges qui peuvent en résulter ».

<sup>254</sup> *Cour d'Appel de Paris, Orri c. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine*, 11 janvier 1990 ; *Cour d'Appel de Paris, Société Isover-Saint Gogain c. Société Dow Chemical*, 21 octobre 1983 ; Voir aussi *Cour d'Appel Paris, Gouvernement de l'Etat libyen et autres c. société Mohamen Abdel Moshen Al-Kharafi et fils*, 28 octobre 2014. Dans cette dernière affaire, le juge de l'exécution a réaffirmé le principe de l'extension de la clause compromissoire à une partie souveraine dès lors que cet Etat a pris une part active dans la négociation, l'exécution ou la terminaison du contrat entre un cocontractant étranger et une de ses émanations et que les contrats en cause opéraient un renvoi entre eux.

un différend contractuel porté devant la C.P.A<sup>255</sup>, un tribunal a permis à l'Etat d'utiliser les pièces d'une procédure parallèle entre l'investisseur et son sous-traitant devant les juridictions nationales pour faire la lumière sur les responsabilités respectives des parties dans le cadre de la procédure arbitrale<sup>256</sup>. Prenant appui sur la procédure parallèle relative aux contrats de sous-traitance, les arbitres ont constaté la faute des deux parties dans l'exécution du contrat<sup>257</sup> et en ont tiré les conséquences sur la compensation en déduisant du montant total le montant réclamé par l'Etat à titre reconventionnel au titre de la violation du contrat<sup>258</sup>. Bien qu'en l'espèce et contrairement aux sentences *Klöckner c. Cameroun* et *SOABI c. Sénégal*, les arbitres n'ont pas exercé leur compétence sur un contrat tiers, il est évident que ce sont les liens de dépendance économique entre ces contrats qui ont plaidé en faveur de leur admissibilité probatoire, contribuant du même coup à renforcer le succès de l'action reconventionnelle de l'Etat.

151. Ces exemples ne doivent pas suggérer que les règles permettant d'établir la compétence d'un tribunal pourraient être adaptées sans limite. Il ne fait aucun doute que la plus grande prudence est requise pour établir la réalité du consentement des parties et que « la présence d'un Etat doit toujours inciter un tribunal saisi d'une affaire...à plus de circonspection dans l'interprétation de la clause emportant consentement à l'arbitrage ». <sup>259</sup> Toutefois, il n'est ni surprenant, ni malencontreux de considérer que, sauf accord contraire, l'accord compromissoire conclu entre l'Etat et l'acteur privé permet à l'arbitre de retenir sa compétence sur les réclamations respectives des parties en raison de la réciprocité et de l'interdépendance des obligations auxquelles elles ont consenti. Cette présomption de compétence sur les demandes reconventionnelles sera renforcée lorsqu'elles désignent un instrument applicable à la procédure arbitrale qui prévoit explicitement cette possibilité.

---

<sup>255</sup> *Balkan Energy limited c. La République du Ghana*, Affaire C.P.A n° 2010-7, arbitrage CNUDCI, sentence, 27 juillet 2007 (ci-après « *Balkan Energy c. Ghana* »).

<sup>256</sup> *Ibid*, par. 402 : « *The Parties have made important evidentiary arguments based on the facts that came to light as a consequence of discovery in the ProEnergy litigation [tierce procédure entre l'investisseur et son sous-contractant]. The Tribunal must note in this respect that it is not its function to rely on the proceedings of a separate dispute between BEL and ProEnergy, one of its principal subcontractors, which was submitted to the United States' courts. The fact, however, that the Respondent has obtained access to such proceedings and their supporting documents by means of a document production request submitted to and granted by that jurisdiction, and that these documents have been introduced in the record of this arbitration, provides justification for the Tribunal to consider some of the allegations made in that other litigation if they shed light on the facts of the dispute before it* ». Voir aussi par. 141, 146, 159, 230, 303 et 404.

<sup>257</sup> *Ibid*, par. 574.

<sup>258</sup> *Ibid*, par. 636 : « *The Respondent has also requested in its Counterclaim that the Tribunal orders Claimant to pay USD 300,000 for its liability in terms of breach of contract. The Tribunal accepts this counterclaim in the light of Clause 14.2 of the PPA. Such amount shall be deducted from the damages owed by the Respondent to the Claimant* ».

<sup>259</sup> *SOABI c. Sénégal*, opinion dissidente de l'arbitre Mbaye, par. 116.

## ***II. Une présomption de compétence reconventionnelle renforcée par la désignation d'un tribunal arbitral***

**152.** K. Mbaye, arbitre désigné dans l'affaire *SOABI c. Sénégal*, déclarait en dissidence avoir « la conviction profonde que [...] s'agissant de l'appréciation d'un contrat qui prétend s'insérer dans le programme de développement d'un pays pauvre, régler un différend ne consiste pas seulement à trouver des solutions juridiques. Il faut aussi en l'occurrence rendre la justice »<sup>260</sup>. Pour justifier son désaccord avec la majorité ayant reconnu la responsabilité du Sénégal pour la rupture d'un contrat de construction de logements sociaux, l'arbitre dissident a mis l'emphase sur l'effet de la désignation des tribunaux CIRDI établis en vertu d'un traité dont l'objectif général est « de maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des Etats hôtes. »<sup>261</sup>

**153.** A grand traits, pour K. Mbaye, la désignation de la Convention CIRDI par deux parties établit le « décor »<sup>262</sup> de l'exercice de la compétence d'un tribunal arbitral habilité à trancher les différends transnationaux. Certes, la clause compromissoire ne prête pas le flanc à des interprétations, restrictives ou libérales<sup>263</sup>, mais en désignant un règlement arbitral spécifique, les parties expriment une confiance envers un corps de règles sur lesquelles l'arbitre peut s'appuyer à titre supplétif pour exercer sa compétence. Ainsi, dans le cadre du CIRDI, la présomption de compétence reconventionnelle des tribunaux est renforcée par la renonciation des parties à l'exercice de tout autre recours (A) et plus généralement parce que les règles désignées par la clause compromissoire guidant toute procédure arbitrale ne sont pas à la disposition des parties (B).

### ***A. La présomption de compétence reconventionnelle en raison de la renonciation à la compétence d'autres tribunaux dans le cadre des différends CIRDI***

**154.** Pour s'en tenir à l'analyse des clauses compromissoires invoquées dans les premiers arbitrages contractuels portés à la connaissance du CIRDI, aucune d'entre elles ne contenait de

---

<sup>260</sup> *Ibid*, par. 3.

<sup>261</sup> *Ibid*, par. 4.

<sup>262</sup> *Ibid*.

<sup>263</sup> *Amco c. Indonésie (I)*, sentence sur la compétence, 23 septembre 1983, par. 14 : « *Like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way that leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle pacta sunt servanda... Moreover and this is again a general principle of law- any convention, including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say, by taking into account the consequences of their commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged* ».

clause de choix irrévocable. Plus fréquemment rencontrées dans les traités, les clauses *electa una via* semblent se faire plus rares dans les contrats<sup>264</sup>. Néanmoins, en matière conventionnelle comme en matière contractuelle, par le jeu de l'article 26 de la Convention CIRDI, « [l]e consentement des parties à l'arbitrage...est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. »<sup>265</sup>. Ainsi qu'il fut précisé par ses architectes, la renonciation est une obligation à la charge des deux parties: « *Once an investor had been given the right to direct access to a foreign State, he should not have the right to seek the protection of his own State, and his State should not have the right to intervene on his behalf. The purpose...was to remove disputes from the realm of diplomacy and bring them back to the realm of law.* »<sup>266</sup>

**155.** De même, les arbitres dans l'affaire *Letco c. Libéria* ont clairement rappelé les conséquences attachées à la désignation des tribunaux CIRDI pour l'Etat :

« *The purpose of the ICSID Convention is to provide for the peaceful settlement of disputes between a sovereign State and a private investor by means of conciliation or arbitration under the Arbitration Rules. A state which agrees to submit disputes to arbitration under the ICSID Convention thereby enters into an agreement that it will submit to arbitration to the exclusion of any other remedy.* »<sup>267</sup>

**156.** Dans un instrument synallagmatique tel que le contrat transnational, la désignation des tribunaux CIRDI est un choix qui s'impose aux deux parties. Comme aucune autre, la désignation du CIRDI par la clause compromissoire emporte incorporation contractuelle de l'obligation conventionnelle de renonciation à l'exercice de recours alternatifs. A ce titre, les premiers arbitrages contractuels portés à la connaissance du CIRDI sont riches d'enseignements sur l'étendue de l'obligation de renonciation. C'est notamment à travers le contentieux reconventionnel que les arbitres ont précisé l'effet et la singularité de la désignation du CIRDI sur l'étendue du consentement des parties à l'arbitrage.

**157.** Dix-septième affaire contractuelle portée devant le CIRDI, l'affaire *Atlantique Triton c. Guinée*<sup>268</sup> est intéressante. Le différend introduit par la société norvégienne était relatif à la

---

<sup>264</sup> Il arrive qu'une clause compromissoire contractuelle ait un effet suspensif : « Tout différend entre les parties relatif à l'exécution de la présente convention ainsi que d'une façon générale, aux droits et obligations qui en résultent pour chacune d'elles est soumis à un arbitrage suspensif de plein droit, rendu dans les formes et conditions ci-après. » *SOABI c. Sénégal*, par. 4.02.

<sup>265</sup> L'article 26 de la Convention dispose : « Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, et, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. »

<sup>266</sup> History of the ICSID Convention, Documents Concerning the origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between State and Nationals of other States, ICSID, vol. II-1, 2009, p. 273.

<sup>267</sup> *Letco c. Libéria*, sentence, p. 357.

<sup>268</sup> *Atlantic Triton c. République de Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB 84/1, sentence, 21 avril 1986.

rupture du contrat de gestion et d'exploitation des navires de pêche, pour laquelle elle réclamait paiement des sommes allouées à la restauration et à la gestion des navires. La Guinée reprochait à titre reconventionnel à l'investisseur d'avoir violé l'exclusivité de la compétence des tribunaux CIRDI désignés par la clause compromissoire en ayant parallèlement saisi les juridictions françaises de demandes de mesures conservatoires. Plus particulièrement, s'appuyant sur la nature supplétive des règles de procédure désignées par les parties, la Guinée soutenait dans sa prétention reconventionnelle que l'investisseur avait « violé ses obligations contractuelles car le Règlement C.I.R.D.I. auquel elle a adhéré en acceptant la clause compromissoire lui interdisait d'avoir recours direct aux juridictions étatiques »<sup>269</sup>.

**158.** Rien de tel n'émerge dans le considérant du Tribunal CIRDI, pour lequel l'obligation de renonciation aux recours parallèles prévue par la Convention CIRDI ne s'étend pas aux procédures visant à obtenir devant des juridictions étatiques des mesures conservatoires :

« S'il résulte certainement de ces textes [Articles 26, 47 et 39] que le Tribunal arbitral a compétence pour *recommander* des mesures conservatoires, il n'en résulte pas aussi évidemment qu'une telle compétence soit exclusive et interdise tout recours devant les juridictions étatiques, traditionnellement et quasi universellement reconnues comme ayant seules compétence pour *ordonner* de telles mesures »<sup>270</sup>.

**159.** Constatant que « la question de savoir si la Convention et le Règlement CIRDI se singularisent par rapport à tous les autres règlements d'arbitrage est une question fort délicate », le Tribunal a considéré que « la complexité même de la question posée interdit qu'il puisse être fait reproche à [Atlantic Triton]... une faute contractuelle en décidant de s'adresser aux juridictions françaises »<sup>271</sup>. En effet, l'article 47 de la Convention<sup>272</sup> et 39 du Règlement CIRDI<sup>273</sup> ne donnent aux arbitres qu'une faculté de *recommander* des mesures conservatoires qui n'était pas susceptible de priver les juridictions nationales de leur pouvoir d'ordonner de telles mesures.

**160.** Toutefois, l'effet de la désignation des tribunaux CIRDI dans une clause compromissoire fut à nouveau discuté deux ans plus tard dans l'affaire *MINE c. Guinée* et a abouti sur une solution contraire. Le différend concernait l'exécution d'un contrat organisant le transport

---

<sup>269</sup> *Ibid.*, par. 2.4.

<sup>270</sup> *Ibid.*, par. 2.6.

<sup>271</sup> *Ibid.*

<sup>272</sup> Article 47 de la Convention CIRDI : « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties. »

<sup>273</sup> Alors rédigé comme suit : « Une partie peut à tout moment, au cours de la procédure, requérir que des mesures provisoires pour la conservation de ses droits soient recommandées par le Tribunal... »

maritime de bauxite contenant une clause d'arbitrage CIRDI<sup>274</sup>. Au lieu de l'activer, l'investisseur avait décidé de porter son différend devant *l'American Arbitration Association* sans que la Guinée n'accepte de comparaître. Bénéficiant d'une sentence favorable, il a alors tenté en vain de faire exécuter la sentence devant les juridictions américaines. Parallèlement à sa demande d'arbitrage finalement portée au CIRDI en 1984, l'investisseur avait engagé devant les juridictions européennes des procédures visant à obtenir la saisie des navires. Cette dernière procédure a donné lieu à une ordonnance par laquelle le Tribunal CIRDI recommandait à *MINE* de retirer toutes les actions pendantes devant les juridictions nationales. A titre reconventionnel, la Guinée demandait le remboursement des coûts engagés pour sa défense dans les procédures parallèles, invoquant la violation des termes de la clause compromissoire par l'investisseur. Adhérant aux prétentions guinéennes, le Tribunal a considéré que ces recours parallèles « *were contrary to the exclusive jurisdiction granted ICSID in this proceeding* »<sup>275</sup> et octroyé une indemnisation à la Guinée.

**161.** L'incertitude entourant l'effet de la désignation des tribunaux CIRDI et le risque d'une atomisation du différend ont donc encouragé la modification de l'article 39 du Règlement d'arbitrage CIRDI en 1984. Par cette modification, le Règlement conditionne désormais à l'accord des parties le droit de demander à toute autorité judiciaire d'ordonner des mesures conservatoires en vue de protéger leurs intérêts respectifs<sup>276</sup>. Le principe de l'accord des parties sera confirmé dans les modifications ultérieures du Règlement en 2003 et en 2006, et couvre les actions parallèles postérieures à l'introduction de l'instance<sup>277</sup>.

**162.** L'effet de cette modification n'est pas anodin. Ainsi, pour les clauses d'arbitrage conclues

---

<sup>274</sup> La clause désignait « le Président du CIRDI » comme autorité de nomination des arbitres et a été régularisée par les parties.

<sup>275</sup> *MINE c. Guinée*, sentence, par. 79: « *The Tribunal considers that MINE's actions in those nations were contrary to the exclusive jurisdiction granted ICSID in this proceeding. Nevertheless, Guinea's lack of response to prior proceedings, the decision of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit that left the AAA award at large, and the lack of precedent for the Tribunal's order to discontinue the European attachments, all excused MINE somewhat in seeking to enforce what it argued was a valid AAA award. Upon consideration of the arguments on this counterclaim, the Tribunal awards Guinea the sum of \$210,000 toward its costs and legal fees relating to the attachment proceedings in Belgium and Switzerland. ...The Tribunal considers that MINE' action in those nations were contrary to the exclusive jurisdiction granted in this proceeding...upon consideration of the arguments on this counterclaim, the Tribunal awards Guinea the sum of \$210 000... »*

<sup>276</sup> Article 39 (5) du Règlement d'arbitrage CIRDI de 1984 : « Les dispositions du présent article ne font pas obstacle, *dans la mesure où les parties en ont convenu dans l'accord contenant leur consentement*, à ce que les parties demandent à toute autorité judiciaire ou autre d'ordonner des mesures conservatoires soit antérieurement ou à l'introduction de l'instance ou en cours d'instance en vue de protéger leurs droits et intérêts respectifs. » (Les italiques sont de nous).

<sup>277</sup> Article 39 (6) du Règlement d'arbitrage CIRDI de 2006 : « Les dispositions du présent article ne font pas obstacle, *dans la mesure où les parties en ont convenu dans l'accord contenant leur consentement*, à ce que les parties demandent à toute autorité judiciaire ou autre d'ordonner des mesures conservatoires *soit antérieurement ou postérieurement à l'introduction de l'instance* en vue de protéger leurs droits et intérêts respectifs. » (Les italiques sont de nous).

après 1984, la désignation des tribunaux CIRDI dans une clause compromissoire incorpore par référence l'obligation de renonciation à la compétence des juridictions internes *sauf accord des parties*. Elles ont dorénavant l'obligation de ne pas prendre unilatéralement des mesures susceptibles d'aggraver ou d'amplifier le litige en saisissant par exemple les juridictions nationales de demandes de mesures conservatoires. Du même coup, cette modification réglementaire renforce l'obligation conventionnelle prévue à l'article 26 de la Convention en vertu de laquelle « [l]e consentement des parties à l'arbitrage...est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. ». Initialement envisagée du point de vue de l'investisseur comme une renonciation à la protection de l'Etat de sa nationalité, elle est interprétée désormais comme couvrant une renonciation à tout autre recours.

**163.** Dès lors, l'effet de la désignation des tribunaux CIRDI par les parties est de renforcer l'exclusivité de la compétence du Centre pour trancher tous les aspects d'un différend contractuel d'investissement. La saisine unilatérale des tribunaux nationaux en l'absence d'accord des parties sera interprétée comme une violation de l'engagement compromissoire dont chacune des parties pourrait demander réparation à titre principal ou reconventionnel.

**164.** C'est pourquoi, bâtie sur l'obligation conventionnelle et réglementaire de la renonciation aux voies de droit concurrentes, l'exclusivité de la compétence des tribunaux CIRDI renforce du même coup la présomption de compétence reconventionnelle de l'arbitre. En outre, dans toutes les procédures d'arbitrage réglementaire, la présomption de compétence reconventionnelle est renforcée par la désignation d'un règlement arbitral prévoyant explicitement ce droit au défendeur.

### ***B. La fonction supplétive des règles de procédure désignées par les parties***

**165.** Ainsi que remarquent G. Cornu et J. Foyer à propos de toute instance, « [l]e mécanisme du procès n'est pas un automatisme aveugle »<sup>278</sup>. Les demandes accessoires telles les demandes d'intervention, additionnelles ou reconventionnelles, qui interviennent en cours d'instance sont des événements rarement anticipés par les parties dans leur clause compromissoire. Pour régler ces questions, l'arbitre et les parties sont supplées par le jeu de règles applicables à la procédure arbitrale qui détaillent les conditions d'administration de la justice.

**166.** Dans le cadre des procédures conduites sous l'égide du CIRDI, la nature conventionnelle

---

<sup>278</sup> G. Cornu & J. Foyer, *Procédure civile*, Puf, 3ème éd. 1996, p. 369.

de la Convention établit des règles contraignantes dont on ne peut disposer. Par exemple, la désignation du CIRDI dans une clause compromissoire contractuelle ne suffit pas à établir la compétence du tribunal sur les demandes principales et reconventionnelles. Cette compétence requiert en outre de vérifier qu'il est saisi d'un « différend d'ordre juridique...en relation directe avec un investissement »<sup>279</sup>. Cette question n'est pas laissée à la disposition des parties et doit être déterminée par l'arbitre. A l'instar des dispositions du Statut de la C.I.J, la Convention CIRDI s'impose aux parties et ses dispositions sont donc indisponibles.

**167.** La C.I.J a rappelé le principe d'indisponibilité des règles encadrant la fonction juridictionnelle, qui s'impose au juge comme aux parties<sup>280</sup>. Cette règle est une illustration de la distinction entre « compétence » et le « pouvoir juridictionnel » qui s'applique dans les arbitrages CIRDI :

« L'acceptation du pouvoir juridictionnel et la reconnaissance de l'aptitude du juge à l'exercer à [l']égard [des parties] sont effectuées en deux phases distinctes. Le pouvoir juridictionnel [...] rassemble toutes les prérogatives dont le juge dispose, une fois établi, pour mener à bien sa mission de régler le différend soumis conformément au droit. La compétence quant à elle vise seulement la reconnaissance par les parties en litige de l'exercice de ce pouvoir juridictionnel à l'égard du différend, selon la volonté des parties en cause. »<sup>281</sup>

**168.** Mais même en des cas où les règles applicables à la procédure n'apporteraient pas de réponse précise, le pouvoir juridictionnel donne à l'arbitre le soin de combler le vide juridique. L'article 44<sup>282</sup> de la Convention CIRDI est un article auquel l'arbitre se réfère pour suppléer la volonté des parties et administrer la justice: « *Article 44 clearly calls for the application of the Arbitration Rules. In the event of any procedural gaps in the Arbitration Rules, the arbitrators are granted the power to fill these gaps.* »<sup>283</sup>

**169.** Ainsi, la fonction supplétive du Règlement arbitral est un argument sur lequel l'arbitre n'hésite pas à s'appuyer en cas de carence pour administrer la justice. Au renfort des pouvoirs juridictionnels, certains tribunaux ont accordé des demandes d'intervention en qualité d'*amicus curiae* dans des procédures en cours sans que les parties, ni le Règlement ne leur en donnent

---

<sup>279</sup> Article 25 (1) de la Convention CIRDI. *RSM Production Corporation c. République Centrafricaine*, décision sur la compétence et la responsabilité, Affaire CIRDI n° ARB/07/02, 7 décembre 2010, par. 48 (ci-après « *RSM c. République centrafricaine* ») ; *RSM Production Corporation c. Grenade*, Affaire CIRDI n° ARB/05/14, sentence, 13 mars 2009, par. 236 (ci-après « *RSM c. République dominicaine* »).

<sup>280</sup> *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt, C.I.J Recueil 2013, p. 70, par. 46.

<sup>281</sup> M. Grange, *La compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel, l'exemple de la Cour internationale de Justice*, Thèse de doctorat, Université Paris II, 2011, p. 72..

<sup>282</sup> Article 44 de la Convention CIRDI : « Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal ».

<sup>283</sup> *Liberian Eastern Timber Corporation c. Republic of Liberia*, Affaire CIRDI n° ARB/83/2, sentence, 31 mars 1986 (ci-après « *LETCO c. Libéria* »), p.358.

expressément le pouvoir<sup>284</sup>

**170.** En conséquence, même lorsque la clause compromissoire d'un contrat ne donne pas explicitement à l'arbitre le pouvoir de se saisir de demandes reconventionnelles, la désignation d'un régime qui le permet alimente la présomption de compétence reconventionnelle.

**171.** A ce titre, le raisonnement en dissidence de l'arbitre Reisman dans l'affaire *Spyridon c. Roussalis* nous éclaire sur la fonction supplétive et la singularité de la Convention CIRDI. Bien qu'ils aient été formulés dans le cadre d'une procédure conventionnelle sur laquelle nous reviendrons<sup>285</sup>, les propos demeurent pertinents dans le cadre des arbitrages contractuels. Selon lui, lorsque les parties « *contingently consent, inter alia, to ICSID jurisdiction, the consent component of Article 46 of the Washington Convention is ipso facto imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue* »<sup>286</sup>..

**172.** A lire ce raisonnement, la désignation des tribunaux CIRDI par les parties dans un instrument relatif à l'investissement permet, comme un renvoi, d'intégrer les normes objet du renvoi dans l'instrument auquel elles sont liées. Puisque la Convention CIRDI contient une disposition permettant à l'arbitre de se prononcer sur les demandes reconventionnelles, cette disposition est « *imported* »<sup>287</sup> dans le consentement des parties et permet de renforcer la présomption de consentement des parties à la compétence reconventionnelle. Toutefois, la singularité de la désignation de la Convention CIRDI est que la force obligatoire de ses règles découle non seulement de la volonté des parties qui l'ont désignée, mais également de sa nature conventionnelle. En ce sens, ces règles deviennent indisponibles et ne sauraient être modifiées en cours d'instance.

**173.** En revanche, l'effet de la désignation d'un règlement de procédure, tel que le Règlement de la CNUDCI, est sensiblement distinct mais aboutit sur un résultat analogue. Contrairement à la Convention CIRDI, les Règlements de procédure qui encadrent les procédures transnationales ne sont pas des instruments juridiques contraignants<sup>288</sup>. S'ils le deviennent, c'est par la volonté des parties qui les désignent. Pour cette raison, elles peuvent choisir d'exclure ou

---

<sup>284</sup> *Methanex Corporation c. Etats-Unis*, CNUDCI, décision sur la demande d'intervention en qualité d'*amici curiae*, 15 janvier 2001, par. 53.

<sup>285</sup> *Infra*, Chapitre 2, paras. 296-300

<sup>286</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/06/1, sentence, 7 décembre 2011, opinion dissidente de M. Reisman (ci-après « *Spyridon Roussalis c. Roumanie* »)

<sup>287</sup> *Ibid.*

<sup>288</sup> Y. Radi, *Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration*, CUP, 2020, p. 277.

d'en modifier certaines dispositions<sup>289</sup>. A défaut de précision contraire, la désignation d'un règlement s'imposera comme un choix obligatoire pour les parties, et les dispositions désignées jouent un rôle supplétif auxquelles elles ne peuvent unilatéralement déroger<sup>290</sup>.

**174.** Un autre élément qui participe à renforcer l'existence d'une présomption de consentement des parties aux demandes reconventionnelles est la recevabilité temporelle de la reconvention. La plupart des règlements la permettant autorise le défendeur à présenter une demande reconventionnelle « dans sa réponse »<sup>291</sup> ou au « stade du contre-mémoire »<sup>292</sup>. Certains Règlements sont encore plus souples puisqu'ils permettent qu'elle soit soumise « à un stade ultérieur de la procédure arbitrale »<sup>293</sup>, si « le Tribunal [l'] autorise...sur justification fournie par la partie présentant la demande »<sup>294</sup> ou encore s'il « décide que ce délai est justifié par les circonstances »<sup>295</sup>.

**175.** L'autorisation tardive de la demande reconventionnelle est une confirmation de leur nature incidente qui découle du consentement des parties à l'arbitrage. La compétence de l'arbitre pour se prononcer sur des demandes reconventionnelles dépend effectivement de sa compétence sur les demandes principales et de l'existence d'une instance. Autrement dit, l'incompétence du tribunal sur le différend contractuel et l'adjudication d'une demande reconventionnelle s'excluent mutuellement. En revanche, lorsque l'arbitre estime que le consentement des parties à l'arbitrage est valable et qu'il est en position d'administrer la justice, l'abandon en cours de procédure d'une partie des demandes principales n'éteint pas automatiquement les demandes reconventionnelles. C'est en ce sens que s'est exprimé le Tribunal irano-américain des réclamations lorsqu'il observe que: « *While Claimant remains free to withdraw any and all of its claims for relief, such withdrawal can have no effect on the Tribunal's jurisdiction over the counterclaims, unless the Tribunal were to determine that it*

---

<sup>289</sup> Dans les accords d'Alger, les Etats-Unis et l'Iran ont par exemple consenti à déroger aux dispositions du Règlement CNUDCI de 1976 auquel il se réfère : « *Members of the Tribunal shall be appointed and the Tribunal shall conduct its business in accordance with the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) except to the extent modified by the Parties or by the Tribunal to ensure that this Agreement can be carried out...* » Claims Settlement Declaration, 19 janvier 1981, article III, *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol. 1, 1981-1982, CUP, p. 9 (italiques ajoutés).

<sup>290</sup> CCI, Affaire n° 4131, 1982, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, Kluwer, p. 466 : « Considérant qu'en se référant au règlement CCI, les parties ont incorporé à leur contrat les dispositions de celui-ci... »

<sup>291</sup> Article 19 (3) du Règlement CNUDCI de 2010.

<sup>292</sup> Article 40 (2) du Règlement d'arbitrage CIRDI de 2006, Article 5 (5) du Règlement CCI de 2010.

<sup>293</sup> Article 19 (3) du Règlement CNUDCI de 2010.

<sup>294</sup> Article 40 (2) du Règlement d'arbitrage CIRDI de 2006.

<sup>295</sup> Article 21 (3) du Règlement de la CPA de 2012.

*had no jurisdiction over the claims as originally filed...* »<sup>296</sup>. Réciproquement, lorsqu'une des parties décide de ne plus comparaître, le tribunal n'est pas privé du droit d'administrer la justice et de se prononcer sur le bien-fondé des demandes reconventionnelles<sup>297</sup>. La nature incidente des demandes reconventionnelles voudrait que le désistement de l'action par le demandeur principal éteigne *le droit* du défendeur d'avoir une prétention reconventionnelle. En revanche, une fois la prétention reconventionnelle soumise, c'est-à-dire au stade du contre-mémoire ou un stade ultérieur, le désistement du demandeur principal, ne vaut pas automatiquement extinction des prétentions du demandeur reconventionnel<sup>298</sup>, « il reste loisible à l'Etat procédant par reconvention de porter ses demandes...en introduisant une requête principale »<sup>299</sup>.

**176.** Ainsi, la recherche du consentement des parties nécessaire pour établir la compétence reconventionnelle, se déduit, comme pour les demandes principales, du consentement des parties à l'arbitrage. D'une manière générale, la présomption de compétence de l'arbitre sur les demandes reconventionnelles sera renforcée par la désignation d'un instrument prévoyant ces demandes et en matière contractuelle, par la nature synallagmatique du contrat. L'analyse des différends transnationaux contractuels nous enseigne en outre que l'exercice de la compétence

---

<sup>296</sup> *Behring International, Inc. c. Iran, Iran Aircraft Industries and others*, Affaire n° 382, ITM/ITL 52-382-3, sentence interimaire, 21 juin 1985, p. 90 ; G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Clarendon, 1996, p. 111

<sup>297</sup> Voir *Lena Goldfield, Supra* dans le présent chapitre, par. 122. Voir aussi, *Djibouti c. DP World Djibouti et autres*, Affaire LCIA n° 142732, troisième sentence partielle finale, demandes reconventionnelles du défendeur, 14 septembre 2020.

<sup>298</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public, op. cit.* note n° 1, p. 329, Désistement : « d'action : Acte par lequel le demandeur principal ou le défendeur qui a formé une demande reconventionnelle déclare abandonner ses prétentions à l'encontre de son adversaire ; se distingue du désistement d'instance en ce qu'il emporte renonciation à l'action et qu'une nouvelle demande est désormais irrecevable ; désistement d'instance : Acte par lequel le demandeur abandonne sa demande principale ou incidente...et qui éteint l'instance considérée mais non en général l'action ». Dans la procédure devant la CIJ, l'accord du défendeur est nécessaire lorsque le demandeur notifie unilatéralement le désistement de l'instance. Si le défendeur a fait « acte de procédure », « la Cour fixe un délai dans lequel il peut déclarer s'il s'oppose au désistement » (article 89 du Règlement). Lorsque le désistement est unilatéral, l'article 89 du Règlement de la CIJ « se soucie de garantir les droits de la partie adverse en exigeant également une espèce d'accord de désistement », R. Kolb, *La Cour internationale de Justice, op. cit.*, note n°36, p. 212, Selon H. Azari le demandeur reconventionnel « peut sans doute s'opposer à un désistement demandé par son adversaire, priant la Cour de vider le litige une bonne fois pour toutes...Un désistement ne peut produire d'effet qu'à l'égard de la partie qui le sollicite » H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice, op. cit.* note n°15, pp. 174-175, 176. ; A. Delahaye, *Des demandes reconventionnelles histoire –jurisprudence, op. cit.*, note n° 17, pp. 138, 140 : « Si elle [la demande reconventionnelle] ne domine pas le débat elle en fait cependant partie intégrante à ce point que l'action intentée par le demandeur, action sur laquelle s'est greffée, ne peut plus disparaître par l'effet de la volonté seule de la partie qui l'a fait naître, la demande reconventionnelle apporte la preuve que le défendeur ne fuit pas le prétoire et affirme ainsi sa volonté d'accepter le débat avec la réponse qu'il propose. Autrement dit, il se forme un véritable contrat judiciaire que la volonté d'un seul des contractants ne peut plus rompre. La demande reconventionnelle est en effet, la preuve la plus manifeste que le défendeur puisse donner de son intention d'accepter le défi ...Le demandeur seul est désormais impuissant à le rompre, d'autant que ce désistement n'est peut-être qu'une manœuvre de l'adversaire pour gagner du temps.... » ; *Djibouti c. DP World Djibouti et autres*, Affaire LCIA n° 142732, troisième sentence partielle finale, demandes reconventionnelles du défendeur, 14 septembre 2020.

<sup>299</sup> R. Kolb, *La Cour internationale de Justice, op. cit.*, note n°36, p. 679.

reconventionnelle n'est pas exclu de tout contrôle, puisqu'elle est susceptible d'être passée au crible du juge de l'exécution ou des comités d'annulation constitués sous l'égide de la Convention CIRDI.

### *Section 2 Les enjeux de la compétence reconventionnelle en matière contractuelle*

**177.** Le contentieux contractuel est celui qui a mis à jour les enjeux de l'exercice ou du refus d'exercer la compétence sur les demandes reconventionnelles au regard des risques d'annulation de la sentence. Les actions en annulation ou en révision d'une sentence arbitrale peuvent être introduites tant par l'Etat que par l'investisseur. Formellement, dans ce type de contentieux, l'Etat peut réintégrer ainsi la position de demandeur. Toutefois, ces demandes « ne sont pas engagées à l'encontre de l'investisseur »<sup>300</sup> mais à l'encontre de la sentence litigieuse. L'objet de l'analyse du contentieux de l'annulation est utile pour identifier le rapport entre la compétence reconventionnelle et le contrôle de la bonne administration de la justice. En effet, l'arbitrage transnational n'est pas exempt de tout contrôle, c'est pourquoi l'arbitre doit évaluer sa décision d'exercer ou non sa compétence reconventionnelle à la lumière des risques d'annulation. Alors que la majorité des ordres juridiques nationaux voit l'arbitrage avec faveur, les sentences demeurent susceptibles d'annulation soit par le juge étatique (I) soit encore par les comités d'annulation du CIRDI (II).

#### *I. Les enjeux de la compétence reconventionnelle devant les juridictions internes*

**178.** Dans les cas où la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale ne sont pas automatiques, les parties peuvent s'opposer à son exécution ou en solliciter l'annulation. L'objet du contrôle des sentences arbitrales internationales en France et en Suisse a une filiation avec les principes établis par la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* de 1958 (A). En pratique, le juge français contrôle la compétence reconventionnelle de l'arbitre par le prisme de la violation du principe du contradictoire et de l'ordre public (B).

##### *A. L'objet du contrôle des sentences internationales par le juge étatique*

**179.** En France, l'objet du contrôle de la sentence arbitrale est sensiblement identique pour les

---

<sup>300</sup> H. Hellio, « L'Etat un justiciable de second ordre ? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatifs aux investissements étrangers », *op.cit.*, note 5, p. 592.

sentences arbitrales françaises<sup>301</sup> ou étrangères. L'article 1520 du Code de procédure civile énonce cinq motifs d'annulation concernant l'arbitrage international entendu comme « l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international. »<sup>302</sup>. En vertu de cet article, l'annulation de la sentence est prononcée par le juge judiciaire, lorsque le tribunal arbitral : s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; a été irrégulièrement constitué ; a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; s'il n'a pas respecté le principe de la contradiction ; ou enfin lorsque la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

**180.** Par dérogation au principe de la compétence du juge judiciaire, le droit français octroie également au juge administratif une compétence en matière d'annulation des sentences internationales lorsque le contrat met en cause des principes de l'ordre public administratif<sup>303</sup> relatifs à l'occupation du domaine public, ou à celles qui régissent la commande publique. En dehors des règles d'ordre public administratif dont il est garant, l'objet du contrôle du juge administratif demeure néanmoins guidé par les mêmes principes gouvernant la compétence du juge judiciaire en matière d'arbitrage international<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> Article 1492 du code de procédure civile, 2020, applicable à l'arbitrage interne : « Le recours en annulation n'est ouvert que si : 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou 5° La sentence est contraire à l'ordre public ; ou 6° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix. » ; Article 1520 du code de procédure civile applicable à l'arbitrage international : « Le recours en annulation n'est ouvert que si : 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou 5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international. » (accessible sur [legifrance : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/))

<sup>302</sup> Article 1504 du code de procédure civile, 2020.

<sup>303</sup> TC, 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c. Fondation Letten F. Saugstad*, n° 3754, *Recueil Lebon*, 2011, n°5, p. 580 : « Considérant que le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, conformément à l'article 1505 du code de procédure civile, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; qu'il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif ».

<sup>304</sup> CE, Assemblée, n° 388806, *Société Fosmax*, 9 novembre 2016, *Recueil Lebon - Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, 2016 n° 5, par. 5 : « Que s'agissant de la régularité de la procédure, en l'absence de règles procédurales applicables aux instances arbitrales relevant de la compétence de la juridiction administrative, une

**181.** Dans la mesure où le contrôle exercé par le juge français en matière d'arbitrage international est indifférent à la nature transnationale ou privée du litige et qu'il assimile la matière « investissement » à la matière commerciale, les prononcés jurisprudentiels concernant les sentences internationales commerciales sont applicables *mutatis mutandis* à l'arbitrage transnational d'investissement. De ce point de vue, l'étanchéité qui existe entre le commerce et l'investissement au niveau international « s'efface alors devant les droits nationaux [puisqu'] les recours sont identiques à ceux qui régissent l'arbitrage de droit commun. »<sup>305</sup>. Ainsi par exemple, le juge de l'annulation contrôle à la fois la déclaration de compétence et d'incompétence de l'arbitre et « il n'en va pas différemment lorsque les arbitres sont saisis sur le fondement des stipulations d'un traité [bilatéral d'investissement] »<sup>306</sup>.

**182.** Le droit suisse consacre également plusieurs motifs d'annulation de la sentence arbitrale. L'article 190 de la loi fédérale sur le droit international privé<sup>307</sup> applicable à toute sentence rendue sur le territoire helvétique permet l'annulation : lorsque l'arbitre unique ou le tribunal arbitral ont été irrégulièrement désigné ou composé ; lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi ou lorsqu'il a omis de se prononcer sur un des chefs de la demande et enfin, lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté ou lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public.

**183.** Les motifs des législations nationales susmentionnés proviennent essentiellement de ceux énoncés dans la *Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*<sup>308</sup> qui s'impose comme l'instrument de référence dans la matière en raison du grand nombre de ratifications dont elle bénéficie (166 Etats en 2020). Applicable aux sentences rendues sur « un territoire autre que celui où la reconnaissance et l'exécution sont demandées », ainsi qu'aux sentences « qui ne sont pas considérées comme

---

sentence arbitrale ne peut être regardée comme rendue dans des conditions irrégulières que si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, s'il a été irrégulièrement composé, notamment au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, s'il n'a pas statué conformément à la mission qui lui avait été confiée, s'il a méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure ou s'il n'a pas motivé sa sentence ».

<sup>305</sup> S. Lemaire, « Note : 18 Novembre 2010, Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1) », *Revue de l'arbitrage*, 2011, n° 3, p. 701.

<sup>306</sup> Cour de Paris, Pôle 1, Ch.1, *Gouvernement de la région Kaliningrad c. Lituanie*, 18 novembre 2010, *Revue de l'arbitrage*, 2011, n° 3, p. 695.

<sup>307</sup> Article 190 al.2 de la loi fédérale suisse de droit international privé, du 18 décembre 1987 (LDIP), (accessible en ligne : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>).

<sup>308</sup> Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, article V, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, 1959, p. 3. Il prévoit les motifs de refus d'exequatur suivants : invalidité de la convention d'arbitrage, non-respect du principe du contradictoire, dépassement des termes de la mission d'arbitrage par l'arbitre, irrégularité de la procédure, annulation de la sentence dans le pays d'origine.

sentences nationales »<sup>309</sup>, la Convention harmonise les conditions de reconnaissance des sentences arbitrales.

**184.** L'article V 1. b) et c) de la Convention de New York prévoit des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence étrangère qui intéressent directement la compétence reconventionnelle. En vertu de l'article V 1b), la reconnaissance et l'exequatur peuvent être refusées s'il a été impossible pour « la partie contre laquelle la sentence est invoquée...de faire valoir ses moyens ». En vertu du même article, elles peuvent également être refusées lorsque « la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire... »<sup>310</sup>.

**185.** En pratique, il n'est pas rare de constater que le traitement réservé par l'arbitre aux demandes reconventionnelles s'invite dans le contentieux de l'annulation à travers deux motifs : l'ordre public et le principe du contradictoire.

### ***B. Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales saisies de demandes reconventionnelles***

**186.** Une lecture croisée des motifs d'annulation énoncés par la loi suisse et française, auxquels s'ajoutent les motifs de refus d'exequatur de la Convention de New York, fait ressortir deux motifs d'annulation susceptibles d'être utilisés en par le juge pour écarter l'application d'une sentence arbitrale. Pour s'en tenir à l'analyse des juridictions françaises, il ressort que l'annulation d'une sentence a pu être sollicitée par le demandeur de l'instance arbitrale lorsqu'il considère que les arbitres accueillant les demandes reconventionnelles ont porté atteinte aux

---

<sup>309</sup> *Ibid*, article premier.

<sup>310</sup> *Ibid*, article V : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; ou b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens ; ou c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire ; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées ; ou d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu ; ou e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue. 2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate : a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

principes de l'ordre public administratif (1). Il arrive également que l'annulation soit recherchée par le défendeur à l'instance arbitrale motif pris de ce que le rejet des prétentions reconventionnelles porte atteinte à l'ordre public international ou au respect du principe contradictoire (2).

### *1. Le contrôle de l'exercice de la compétence reconventionnelle au regard de l'ordre public administratif*

**187.** Le juge judiciaire est le juge compétent pour analyser le recours formé contre une sentence arbitrale mettant en jeu les intérêts du commerce international, et ce même si le contrat est conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger. Toutefois, par dérogation au principe de la compétence du juge judiciaire, le Tribunal des conflits a précisé « qu'il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence..., implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique»<sup>311</sup>. Pour ces contrats « le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif »<sup>312</sup>.

**188.** Saisi du contrôle d'une sentence CCI rendue sur le fondement d'un contrat liant Gaz de France (cédant ses droits à la société *Fosmax*) à une société étrangère, le Conseil d'Etat a refusé d'annuler la portion de la sentence relative aux demandes reconventionnelles après avoir constaté que le tribunal arbitral n'avait pas méconnu les règles d'ordre public applicables au contrat litigieux. En l'espèce, les parties avaient signé un contrat de construction d'un terminal méthanier. La société Fosmax (succédant aux droits de Gaz de France et maître d'ouvrage) avait introduit une procédure arbitrale contre le consortium en charge de la construction, se plaignant de divers retards et malfaçons de construction.

**189.** Elle demandait au Conseil d'Etat d'annuler la sentence qui avait prononcé une indemnisation à hauteur de 68 millions d'euros en sa faveur mais qui l'avait également condamnée à payer près de 128 millions d'euros au défendeur, prestataire des travaux, au titre du bouleversement de l'économie générale du contrat. Selon elle, en refusant de mettre à la charge du prestataire les coûts engagés pour remédier à ses manquements contractuels, la sentence arbitrale avait méconnu une règle d'ordre public des contrats administratifs en vertu de laquelle le maître d'ouvrage dispose du droit de recourir à des tiers pour assurer une

---

<sup>311</sup> TC, 11 avril 2016, C-4043, *Recueil Lebon - Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, 2016, n° 2.

<sup>312</sup> *Ibid.*

prestation contractuelle d'intérêt général. En outre, en acceptant d'indemniser les demandes reconventionnelles par lesquelles le prestataire demandait le remboursement des surcoûts occasionnés par le comportement du maître d'ouvrage, le tribunal arbitral aurait méconnu les règles impératives du droit de la commande publique<sup>313</sup>.

**190.** Le Conseil d'Etat a partiellement annulé la sentence estimant que « que la mise en régie, destinée à surmonter l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché de travaux publics, peut être prononcée même en l'absence de toute stipulation du contrat le prévoyant expressément, et que ces règles relèvent effectivement de l'ordre public des contrats administratifs »<sup>314</sup>. En revanche, le juge administratif n'a pas considéré que le tribunal arbitral avait violé une disposition d'ordre public en retenant le bien-fondé des prétentions reconventionnelles du contractant puisque « les modalités d'indemnisation du cocontractant d'un contrat de la commande publique conclu à prix forfaitaire en cas de survenance de difficultés d'exécution ne revêtent pas par elles-mêmes le caractère d'une règle d'ordre public »<sup>315</sup>.

**191.** *A contrario*, il ressort de cet arrêt que si les règles invoquées par le demandeur appartenaient à l'ordre public, l'exercice de la compétence reconventionnelle par l'arbitre aurait été sanctionné par une annulation. L'exercice de la compétence principale comme reconventionnelle est donc soumis aux mêmes exigences et est analysée au regard de sa conformité avec l'ordre public français, y compris celui relevant du droit administratif. Il y a là une singularité du contrôle des sentences internationales par le juge administratif. Celui-ci élargit le contrôle de l'ordre public normalement limité pour les sentences internationales à l'ordre public international en y intégrant des principes d'ordre public relevant du droit administratif interne.

---

<sup>313</sup> En particulier celle relative aux conditions dans lesquelles un prix forfaitaire convenu dans un marché public peut être remis en cause.

<sup>314</sup> CE, Assemblée, n° 388806, *Société Fosmax*, 9 novembre 2016, *Recueil Lebon - Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, 2016, n° 5, p. 12.

<sup>315</sup> *Ibid*, par. 14 : « Considérant, enfin, que la sentence arbitrale a mis à la charge de la société Fosmax A...divers surcoûts occasionnés par le comportement du maître d'ouvrage dans la conduite du contrat, dont elle a estimé qu'il avait provoqué un bouleversement économique du contrat ; que s'il est soutenu que le tribunal arbitral a, en accueillant l'essentiel des demandes reconventionnelles du groupement STS au motif que le contrat de construction avait connu un bouleversement économique rendant caduc le prix forfaitaire convenu dans le contrat, méconnu les règles impératives du droit de la commande publique relatives aux conditions dans lesquelles un prix forfaitaire convenu dans un marché public peut être remis en cause, les modalités d'indemnisation du cocontractant d'un contrat de la commande publique conclu à prix forfaitaire en cas de survenance de difficultés d'exécution ne revêtent pas par elles-mêmes le caractère d'une règle d'ordre public ; qu'en mettant à la charge de la société Fosmax A...les surcoûts résultant du comportement de la société maître d'ouvrage durant le chantier, dont les interventions ont conduit à des travaux supplémentaires importants, et de l'arrêt du chantier pendant plus de trois mois à la suite de l'annulation par le tribunal administratif de Marseille, le 29 juin 2009, de l'arrêté préfectoral du 15 décembre 2003 autorisant l'exploitation du terminal méthanier, le tribunal arbitral n'a pas méconnu de règle d'ordre public ».

192. Il est également envisageable qu'une demande d'annulation soit formulée par le défendeur en raison du rejet de ses prétentions reconventionnelles par un tribunal arbitral.

## *2. Le principe du contradictoire en tant que motif de l'annulation de l'incompétence reconventionnelle*

193. Parmi les motifs sur lesquels un demandeur reconventionnel peut solliciter l'annulation de la sentence figurent la violation du principe du contradictoire et de l'ordre public international. Les autres motifs d'annulation prévus par le droit français en vertu de l'article 1520 (1) du code de procédure civile ne lui sont pas d'un grand secours<sup>316</sup>. A grands traits, celui-ci peut considérer que le refus du tribunal d'examiner les prétentions reconventionnelles porte atteinte à son droit d'accès à la justice et à l'égalité des parties, principes qui entretiennent des rapports étroits avec le principe du contradictoire et l'ordre public international.

194. Dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris *Société Licensing Projects et autres*<sup>317</sup> les juridictions françaises ont notamment pu établir le lien entre le principe d'égalité des parties et le droit de soumettre une demande reconventionnelle. Le différend était né de l'exécution et de la résiliation d'un contrat de licence de production et commercialisation de chaussures entre une entreprise espagnole et une entreprise italienne comprenant une clause compromissoire en faveur de tribunaux arbitraux de la CCI<sup>318</sup>. Lors de la procédure arbitrale, le défendeur avait présenté des demandes reconventionnelles afin de faire constater que le demandeur avait résilié abusivement le contrat de licence et commis des actes de concurrence déloyale. Or, l'impécuniosité du demandeur reconventionnel l'empêchait de payer l'avance sur provision de

---

<sup>316</sup> Lorsqu'il contrôle en vertu de l'article 1520 (1) si le tribunal « s'est déclaré à tort compétent ou incompétent » le juge du contrôle de la sentence apprécie l'existence et la validité de la convention d'arbitrage. L'article 1520 (1) reproduit les griefs visés par l'article V(1)(a) de la Convention de New York qui autorise le refus de l'exequatur lorsque « les parties à la convention [d'arbitrage] étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ». Voir, F. X. Train, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la Convention de New York », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66, n° 2, 2014, p. 263 ; Lorsqu'il contrôle en vertu de l'article 1520 (2) si « le tribunal a été irrégulièrement constitué », l'arbitre ne se prononce pas sur la sentence mais la constitution du tribunal ; enfin lorsqu'il contrôle en vertu de l'article 1520 (3) si le tribunal « a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée », le juge vise les cas où l'arbitre a statué *ultra petita*, en amiable compositeur sans en avoir le mandat, ou lorsqu'il n'a pas respecté la clause de droit applicable.

<sup>317</sup> Cour d'appel de Paris, Pôle 1, chambre 1, *Société Licensing Projects (LP) et autres c. Société Pirelli & C. SPA et autres*, 17 novembre 2011, ASA, 2012, n° 2, pp. 459-466.

<sup>318</sup> La clause compromissoire se lit comme suit : « tout litige relatif à la validité, à l'interprétation, à l'exécution ou à la résiliation du présent contrat (sans préjudice de la compétence des tribunaux ordinaires à l'égard des procédures de référé ou conservatoires engagées par n'importe laquelle des parties) sera tranché par un tribunal arbitral composé de trois membres, conformément au Règlement d'arbitrage et de conciliation de la Chambre de commerce international ».

frais d'arbitrage en application de l'article 30 du Règlement d'arbitrage CCI<sup>319</sup>.

**195.** Le tribunal arbitral a jugé que l'omission par le défendeur du paiement de ces frais valait retrait de ses demandes reconventionnelles alors que le défendeur était placé en liquidation judiciaire. Rejetant le bien-fondé de la sentence, le demandeur reconventionnel a ultérieurement saisi les juridictions françaises d'un recours en annulation sur le fondement d'une atteinte à l'ordre public international et au principe du contradictoire.

**196.** Les motifs retenus par la Cour d'appel de Paris pour annuler la sentence sont riches d'enseignements pour apprécier les enjeux de la compétence reconventionnelle devant les tribunaux étatiques. En effet, selon le juge d'appel, le droit de formuler une demande reconventionnelle, et le droit que celle-ci soit entendue, participent au respect de la contradiction et plus largement au droit d'accès à la justice. Pour la Cour d'appel, ce constat est justifié par des considérations qu'il n'est pas sans intérêt de reproduire ici dans leur intégralité :

« Le droit d'accès à la justice implique qu'une personne ne puisse être privée de la faculté concrète de faire trancher ses prétentions par un juge. Si des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ce droit, elles doivent être proportionnées aux nécessités d'une bonne administration de la justice. Les juridictions arbitrales ne sont pas soustraites à l'application de ces principes. Le respect de la contradiction exige que les parties soient placées en situation d'égalité devant le juge. Tel ne serait pas le cas si le défendeur, autorisé seulement à répliquer aux prétentions adverses, se trouvait privé de la faculté de soumettre au tribunal des demandes reconventionnelles liées par un lien suffisant de connexité aux demandes principales et de nature à lui permettre d'obtenir, le cas échéant, sa libération par la compensation entre créances réciproques. La décision de la Cour internationale d'arbitrage selon laquelle la défenderesse à l'arbitrage ayant omis de payer l'avance des frais relative à ses demandes reconventionnelles, celles-ci étaient considérées comme retirées sans préjudice de la possibilité qu'elles soient présentées à nouveau dans le cadre d'une autre procédure, a été tenue pour acquise par le tribunal arbitral. Une telle décision, alors que la défenderesse à l'arbitrage faisait valoir, et qu'il était d'ailleurs constant, qu'elle avait été placée en liquidation judiciaire et qu'elle n'était pas en mesure de payer la provision fixée, apparaît, dans les circonstances de l'espèce, comme une mesure excessive qui a eu pour effet de la priver de la possibilité de faire prononcer sur ses prétentions. D'une part, la faculté pour une société en liquidation de présenter ultérieurement

---

<sup>319</sup> « Dès réception de la demande d'arbitrage, le Secrétaire général peut inviter le demandeur à payer une avance sur la provision pour frais de l'arbitrage... Lorsqu'une demande de provision n'est pas satisfaite, [il] peut après consultation du tribunal arbitral, l'inviter à suspendre ses activités et fixer un délai qui ne saurait être inférieur à quinze jours à l'expiration duquel la demande principale ou reconventionnelle à laquelle correspond cette provision sera considérée comme retirée ».

ces mêmes demandes dans une autre instance arbitrale présente un caractère purement théorique. D'autre part, la circonstance, alléguée par la demanderesse à l'arbitrage, que les fondements des demandes reconventionnelles de son adversaire s'analyseraient exclusivement comme des défenses à ses propres prétentions, auxquelles il aurait été répondu par le tribunal arbitral à l'occasion de l'examen des demandes principales, circonstance d'ailleurs non démontrée, n'est pas de nature à remédier au déséquilibre entre les parties. L'atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties justifie l'annulation de la sentence en application de l'article 1502-4° et 5° du Code de procédure civile. »

**197.** Par ce considérant, la Cour d'appel fait plusieurs associations juridiques qui lui ont permis de se prononcer en faveur d'une annulation. Premièrement, le droit de soumettre des prétentions reconventionnelles participe au droit d'accès et à la bonne administration de la justice. Deuxièmement, ce droit contribue au respect de la contradiction qui est rattaché au principe d'égalité des parties. Enfin, l'atteinte portée au droit d'accès à la justice et à l'égalité des parties est indistinctement rattachée à deux motifs d'annulation : l'ordre public international et le principe du contradictoire. Ainsi, il y aura un « déséquilibre » justifiant une annulation, chaque fois qu'un tribunal arbitral refuserait d'exercer sa compétence sur les prétentions reconventionnelles d'un défendeur, notamment lorsque sa situation financière ne lui permettrait pas de faire valoir ces mêmes prétentions à l'occasion d'un autre recours. Pour parvenir à ce résultat, le juge d'appel assimile sans doute un peu rapidement l'accès à la justice avec l'accès à justice arbitrale. Or, contrairement à la justice étatique, le consentement des parties à l'arbitrage implique une acceptation des conditions d'exercice de la justice qui reposent sur l'autofinancement des parties. Comme l'explique F.X Train « la tension entre l'impécuniosité et la justice arbitrale s'annonce très forte. Celle-ci est certes reconnue de façon unanime comme une véritable justice garantissant à ce titre le respect des principes fondamentaux du procès équitable, mais elle n'en demeure pas moins une justice privée, donc payante, et même... chère voire très chère en matière internationale. »<sup>320</sup>

**198.** La Cour de Cassation a atténué la portée de l'arrêt de la Cour d'appel. L'examen de la conformité d'une décision d'incompétence sur les prétentions reconventionnelles à l'ordre public international est désormais conditionné à la vérification que ces demandes étaient

---

<sup>320</sup>F. X. Train, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 2011 dans l'affaire LP c/ Pirelli) », *Revue de l'arbitrage*, n° 2, 2012, pp. 269-70.

« indissociables » des demandes principales<sup>321</sup>. L'emploi du terme indissociable n'est pas sans rappeler celui de « connexité », condition encadrant la recevabilité<sup>322</sup> des demandes reconventionnelles en vertu de laquelle celles-ci doivent être en lien avec l'objet de la demande ou du différend. Si cet ajout semble être justifié au regard du principe de bonne administration de la justice, il interroge sur la portée du contrôle du juge de l'annulation. En effet, lorsqu'il est amené à contrôler la compétence ou l'incompétence de l'arbitre en vertu de l'article 1520 (1) du Code de procédure civile, son contrôle exclut les questions de recevabilité.<sup>323</sup> En choisissant le terme « indissociable », la Cour de Cassation semble ainsi suggérer que l'existence d'un lien entre les prétentions croisées des parties est une condition déterminant *la compétence* de l'arbitre sur les prétentions reconventionnelles, c'est-à-dire un « un élément de fait ou de droit permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres »<sup>324</sup>. L'incompétence de l'arbitre sur une prétention reconventionnelle entrerait en conflit avec le droit d'accès à la justice et l'égalité des parties si la compétence de l'arbitre sur les prétentions reconventionnelles est tellement indissociable de sa compétence sur les demandes principales qu'une analyse conjointe est nécessaire pour la bonne administration de la justice. Par exemple, seraient indissociables les demandes qui tendent toutes à obtenir réparation des conséquences dommageables de la rupture de la convention liant les parties.

**199.** Ainsi, la Cour de Cassation ne rompt pas définitivement le lien identifié par la Cour d'appel entre exercice de la compétence reconventionnelle, droit d'accès à la justice et principe d'égalité entre les parties. Elle le conditionne (« si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, *c'est à la condition* que celles-ci soient indissociables des demandes principales »). Naturellement, l'atteinte au droit d'accès à la justice n'est pas

---

<sup>321</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2013, 11-27.770, *Bull. civ.*, 2013, n° 3, p. 55 : « si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, c'est à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme il le lui était demandé, si tel était le cas en l'espèce, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

<sup>322</sup> *Infra*, Titre II, La recevabilité des demandes reconventionnelles par le prisme de la connexité.

<sup>323</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, *Société Marriott International Hotel Inc. c. M. Z. Fakhri*, *Bull. civ.*, 2015, n° 3, p. 55 : « Vu l'article 1520-1° du Code de procédure civile ; Attendu que, pour annuler la sentence du 3 février 2012, l'arrêt du 17 décembre 2013 retient que le tribunal arbitral a apprécié l'étendue de son pouvoir juridictionnel et s'est déclaré, à tort, incompétent ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses propres constatations que le tribunal arbitral, ayant interprété la procuration donnée par la société Jnah à M. X... pour vérifier si elle l'autorisait à engager l'arbitrage, avait statué sur une question relative à la recevabilité de la demande d'arbitrage, au regard du pouvoir dont se prévalait M. X... pour représenter la société Jnah devant les arbitres, et non à l'étendue de sa compétence, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». En revanche, le contrôle du juge français de l'annulation pour incompétence ne porte pas sur les questions de recevabilité des demandes.

<sup>324</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, *Abela*, 6 octobre 2010, *Bull. civ.*, 2010, n° 8, p. 175.

caractérisée lorsque le rejet des prétentions reconventionnelles se justifie pour des raisons substantielles<sup>325</sup>.

**200.** Les enjeux entourant la compétence de l'arbitre sur les prétentions reconventionnelles identifiés par le juge de l'annulation ne sont pas anodins. Celui-ci envisage en des termes clairs que les exigences relatives au procès équitable<sup>326</sup> s'appliquent aux situations où l'arbitre refuse d'administrer la justice sur une réclamation reconventionnelle. Ainsi, sauf accord contraire des parties, le droit d'une partie de se défendre dans une instance arbitrale inclut celui de contre-attaquer<sup>327</sup>. Dès lors, la sentence refusant au défendeur le droit de contre-attaquer peut-être interprétée comme une contrariété avec le droit d'accès à la justice arbitrale, composante de l'ordre public international<sup>328</sup> ou avec le respect du contradictoire. Mais l'élément commun aux deux motifs d'annulation est la rupture d'égalité entre les parties ayant consenti à l'arbitrage.

**201.** Soit la rupture de l'égalité résultant du rejet des prétentions reconventionnelles est appréciée au regard de la manière dont est *administrée* la justice, soit elle s'apprécie au regard des conditions *d'accès* à la justice. Dans le premier cas, le rejet des demandes reconventionnelles pourrait caractériser une violation du principe du contradictoire. Dans le second cas, la privation du droit de contre-attaquer pourrait également violer l'ordre public international s'il est établi qu'elle porte atteinte au droit d'accès au juge. Pour caractériser cette atteinte, le juge de l'annulation peut vérifier si le défendeur dispose d'un recours alternatif pour faire valoir ses prétentions. C'est, en substance, le raisonnement suivi par la Cour d'appel dans l'affaire précitée *Société Licensing Projects et autres*, qui a relevé que « la faculté pour une société en liquidation de présenter ultérieurement ces mêmes demandes dans une autre instance

---

<sup>325</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2018, 17-21.411, inédit : « Mais attendu qu'après avoir constaté que le centre d'arbitrage avait déclaré l'extinction de la procédure uniquement pour les demandes présentées par la société Youstina moda, l'arrêt relève que l'arbitre, qui n'a pas retenu expressément le caractère indissociable des demandes principale et reconventionnelle, a apprécié les comportements respectifs des parties et examiné les manquements reprochés à la société Marex SPA par la société Youstina moda, puis, estimant qu'ils n'étaient pas établis, a conclu que cette dernière n'avait pas respecté ses obligations, de sorte que la résiliation du contrat lui incombait ; que, par ces seuls motifs, dont il ressortait que l'arbitre avait pris en considération les moyens soutenus tant en demande qu'en défense, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » (accessible en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037536288/>).

<sup>326</sup> X. Boucobza et Y-M. Serinet, « Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international », *J.D.I.*, 2012, n° 1, p. 43.

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 41 : « comme dans le procès commun, le droit de se défendre implique non seulement celui de s'opposer sous la forme de moyens de défense, mais encore celui de réagir par la voie de demandes reconventionnelles ».

<sup>328</sup> C. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien–Lextenso, 2013, p. 688. Voir aussi, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, *Etat d'Israël c. Nioc*, 1er février 2005, *Bull. civ.*, 2005, n° 1, p.45 : « Mais attendu que l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France ».

arbitrale présent[ait] un caractère purement théorique » en raison de l'impécuniosité de ce dernier.

**202.** Bien que dans le cas d'espèce le souci d'égalité des parties soit abordé sous l'angle de l'impécuniosité d'une d'entre elles, il n'est pas impossible, par analogie, d'établir d'autres moyens susceptibles de créer une rupture d'égalité d'accès à la justice arbitrale. Ainsi, par exemple, le rejet des prétentions reconventionnelles du défendeur n'est-elle pas susceptible de porter atteinte au droit d'accès à la justice arbitrale, lorsque celui-ci a renoncé à l'exercice de la compétence de ses juridictions nationales, ou plus généralement quand il n'aurait pas accès à la justice<sup>329</sup> ? Il y a là un enjeu propre à la compétence reconventionnelle qui intéresse tant les arbitrages introduits par la voie contractuelle que par la voie conventionnelle. Alors, dans ces circonstances, la privation du droit de contre-attaquer devant un tribunal exclusivement compétent permet d'envisager que « [l]a notion de déni de justice arbitrale prend corps, même si ses contours restent assez flous. »<sup>330</sup>

**203.** Les enjeux relatifs à la compétence sur les demandes reconventionnelles ont également été mis à jour au niveau international, dans le contentieux de l'annulation établi par la Convention CIRDI.

## *II. Les enjeux de la compétence reconventionnelle devant les comités d'annulation du CIRDI*

**204.** Remarquons d'emblée qu'au niveau international, les enjeux de la compétence reconventionnelle ne sont pas purement théoriques puisque les trois premiers cas d'activation de la procédure d'annulation prévue par la Convention CIRDI concernaient des différends de nature contractuelle dans lesquels l'Etat défendeur avait formulé des demandes reconventionnelles<sup>331</sup>.

**205.** Afin de faciliter et d'accélérer l'exécution et la reconnaissance de ses sentences arbitrales, la Convention CIRDI a supprimé le contrôle étatique de la sentence rendue sous son égide et prévoit quatre procédures permettant la correction (article 49), l'interprétation (article 50) la révision (article 51), ou encore l'annulation (article 52) de la sentence. Puisque le contrôle de la compétence est le plus poussé dans la procédure de l'annulation, nous avons choisi d'analyser

---

<sup>329</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, *Etat d'Israël c. Nioc*, *op. cit.*, note n° 328.

<sup>330</sup> F. X. Train, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international », *op. cit.*, note n° 320, p. 279 (le juge dans l'affaire *Société Licensing Projects (LP) et autres c. Société Pirelli* « ne se contente pas d'affirmer l'existence du droit à l'arbitre, mais définit son contenu par référence à celui du droit au juge ; il permet à une partie de s'en prévaloir, non pas contre la défaillance de l'autre partie, mais outre sa propre défaillance. La notion de déni de justice arbitrale prend corps, même si ses contours restent assez flous. »

<sup>331</sup> P. Rambaud, « L'annulation des sentences *Klöckner et Amco* », *A.F.D.I.*, 1986, vol. 32, pp. 259-274.

les enjeux de la compétence reconventionnelle par ce prisme.

**206.** De manière quasi systématique, les comités d'annulation du CIRDI rappellent que la suppression du contrôle étatique ne transforme pas ces comités en autorités d'appel de la sentence contestée :

« [A] la différence d'un tribunal étatique dont la mission, de par la volonté du législateur national, est de contrôler la conformité des sentences arbitrales à un certain nombre de critères fondamentaux, dans un souci de cohérence du système juridique, la procédure d'annulation de l'article 52 est un mécanisme interne au système CIRDI. Le Comité *ad hoc* dérive son pouvoir de la même source – la volonté des parties – que le Tribunal Arbitral lui-même. Son pouvoir n'a pas davantage de légitimité que celui du Tribunal Arbitral. Il doit donc se garder de prendre trop rapidement une décision d'annulation. »<sup>332</sup>

**207.** Ainsi, le champ du contrôle opéré par les comités d'annulation CIRDI est plus restreint que celui des juridictions étatiques puisqu'il « vise uniquement à s'assurer que le raisonnement est plausible, c'est à dire, qu'il est suffisant pour comprendre comment le Tribunal est arrivé à ses décisions »<sup>333</sup>. Cela veut dire que l'arbitre de l'annulation CIRDI « se limite à évaluer la légitimité de la sentence et non pas son exactitude »<sup>334</sup>. Le prononcé d'une annulation de sentence par un Comité d'annulation ne lui permet pas de substituer la sentence annulée à sa décision. Il peut donner naissance à un nouveau tribunal arbitral<sup>335</sup> dont la compétence sera limitée aux aspects de la sentence annulés par le comité<sup>336</sup>.

**208.** La procédure d'annulation est soumise au régime unique de l'article 52 (1) de la Convention qui donne aux parties la possibilité de soumettre une demande d'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : « (a) vice dans la constitution du Tribunal ; (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; (c) corruption d'un membre du Tribunal ; (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; (e) défaut de motifs »<sup>337</sup>.

**209.** Alors que sur la période 2001-2010, 27% des sentences arbitrales CIRDI ont fait l'objet

---

<sup>332</sup> Il s'agit par ordre chronologique d'introduction des demandes en annulation : *Klöckner c. Cameroun* (16 février 1984) ; *Amco c. Indonésie*, (27 mars 1985) ; *MINE c. Guinée*, (30 mars 1988).

<sup>333</sup> *RSM c. République centrafricaine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/2, décision sur la demande d'annulation, 20 février 2013, par. 79.

<sup>334</sup> *M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. c. République de l'Équateur*, Affaire CIRDI n° ARB/03/6, décision sur l'annulation du 19 octobre 2009, par. 24.

<sup>335</sup> Article 52 (6) de la Convention CIRDI : « Si la sentence est déclarée nulle, le différend est, à la requête de la partie la plus diligente, soumis à un nouveau Tribunal constitué conformément à la section 2 du présent chapitre [IV De l'arbitrage, section 2 De la Constitution du Tribunal] ».

<sup>336</sup> Y. Radi, *Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration*, *op. cit.*, note n° 288, p. 470, *Perenco Ecuador Limited c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/6, décision sur la demande d'annulation, 28 mai 2021.

<sup>337</sup> Article 52 (1) de la Convention CIRDI : « Chacune des parties peut demander, par écrit, au secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants... »

de requête en annulation<sup>338</sup>, ce taux sur la période 2011-2020 avoisine les 40%<sup>339</sup>. Toutefois, le pourcentage d'annulation totale ou partielle des sentences demeure faible puisque seules 7 sentences sur 60 recours en annulation ont été totalement ou partiellement annulées<sup>340</sup>.

**210.** Devançant historiquement les arbitrages conventionnels, les arbitrages contractuels sont ceux qui ont donné ses couleurs à cette procédure inédite. Ainsi, les recours en annulation portés contre les sentences *Klöckner c. Cameroun et Amco c. Indonésie* nous permettent d'affiner l'analyse des enjeux de la compétence reconventionnelle devant les tribunaux CIRDI.

**211.** Bien que les parties peuvent formuler une requête en annulation partielle et demander au comité d'annulation de préserver intacte la décision relative aux demandes reconventionnelles (telle était l'hypothèse présentée au Comité d'annulation dans l'affaire *Mine c. Guinée* et qui n'a posé aucun problème de recevabilité aux arbitres<sup>341</sup>), il est plus courant que la partie requérante multiplie les motifs d'annulation pour optimiser ses chances de succès. L'excès de pouvoir manifeste du Tribunal (A) et l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (B) apparaissent être les motifs les plus utilisés pour contester les décisions des tribunaux sur les demandes reconventionnelles.

#### ***A. Le contrôle de la compétence reconventionnelle par le prisme de l'excès de pouvoir manifeste du tribunal CIRDI***

**212.** L'appréciation d'un excès de pouvoir constitutif d'une annulation comporte un volet positif et un volet négatif, puisque le comité d'annulation peut à la fois se prononcer sur les déclarations de compétence et d'incompétence du tribunal. Précisant la teneur de l'excès de pouvoir, l'arbitre de l'annulation a déclaré qu'« [i]l y aurait également un excès de pouvoir manifeste si un tribunal ne traite pas d'un argument soulevé par l'une des parties dans la procédure qui pourrait être crucial ou décisif dans la décision à laquelle le tribunal est parvenu »<sup>342</sup>. Dans l'affaire *Amco. Indonésie*, l'Etat invoquait l'excès de pouvoir du Tribunal

---

<sup>338</sup> CIRDI, *Affaires du CIRDI Statistiques*, 2020, n° 2, *op.cit.*, note n° 180, p. 16.

<sup>339</sup> *Ibid.*, sur un total de 213 sentences rendues entre 2011 et 2020.

<sup>340</sup> *Ibid.*, sur un total de 84 recours en annulation entre 2011 et 2020, 53 ont été rejetés, 7 ont totalement ou partiellement annulés une sentence et 24 ont pris fin en raison du désistement des parties.

<sup>341</sup> *MINE c. Guinée*, Décision du Comité ad hoc sur la requête en annulation de la Guinée, par. 4.07 (composé notamment d'Aron Broches) : « Paragraph (3) of Article 52 authorizes an ad hoc Committee to annul the award or any part thereof. Guinea's request for partial annulment is clearly admissible. It seeks the annulment of the portion of the Award adjudging MINE's claim. It does not request annulment of the portion of the Award adjudging Guinea's counter-claim. Nor, for that matter, has annulment of that portion been requested by MINE. That portion of the Award will remain in effect regardless of the annulment in whole or in part of the portion of the Award in respect of which Guinea has formulated its request for annulment. This is reflected in Arbitration Rule 55(3), which provides that in case of a resubmission of a dispute after annulment in part of the original award, "the new Tribunal shall not reconsider any portion of the award not so annulled».

<sup>342</sup> *Togo Electricité c. Togo*, Affaire CIRDI n° ARB/06/07, Décision en annulation, 6 décembre 2011, par. 57.

dans sa dimension négative reprochant au Tribunal le refus de se prononcer sur les demandes reconventionnelles relatives à la fraude et aux impayés fiscaux de l'investisseur avec lequel l'Etat était lié par contrat pour le développement d'un complexe hôtelier<sup>343</sup>. Le Comité d'annulation a néanmoins confirmé dans son intégralité la sentence litigieuse sans faire cas de la décision d'incompétence prise au sujet des demandes reconventionnelles.

**213.** Au soutien de sa requête en annulation<sup>344</sup>, l'investisseur *Klöckner* invoquait quant à lui l'excès de pouvoir manifeste dans sa dimension positive reprochant au tribunal d'être allé au-delà de sa compétence en acceptant de se prononcer à titre reconventionnel sur l'ensemble des obligations de l'investisseur contenues dans les différends contrats alors que l'un d'entre eux contenait une clause compromissoire en faveur des tribunaux CCI. Comme nous l'avons vu, le Tribunal dans l'affaire *Klöckner c. Cameroun* avait vu dans le Protocole d'accord chapeautant les accords ultérieurs entre les parties une base juridique suffisante pour se prononcer sur les obligations de l'investisseur dans leur ensemble et ainsi accueillir l'action reconventionnelle du Cameroun<sup>345</sup>.

**214.** A titre préliminaire, le Comité d'annulation annonce avec prudence, sans doute pour affirmer qu'il n'a pas vocation à être un tribunal d'appel, que la preuve de l'excès de pouvoir doit être « manifeste »<sup>346</sup>. Le Comité procède alors à l'analyse de la compétence reconventionnelle du Tribunal, relevant que celle-ci était porteuse d'une « sérieuse ambiguïté » dans l'interprétation de l'article 9 du Contrat cadre ajoutant « qu'il était en conséquence superflu que la sentence précise que le consentement à la juridiction du CIRDI pouvait intervenir à n'importe quel moment en application du principe *du forum prorogatum* ». <sup>347</sup> Mais il précise que l'ambiguïté à elle seule ne suffit pas à prouver l'existence d'un excès de pouvoir *manifeste* et poursuit en conséquence son analyse de la compétence reconventionnelle.

**215.** L'essence de la controverse était celle de savoir si le Tribunal avait commis un excès de pouvoir manifeste en se prononçant sur la demande reconventionnelle du Cameroun portant sur les obligations du gestionnaire, détaillées dans un contrat de gestion, sur lequel il n'avait pas compétence, mais qu'il avait jugées couvertes par le Protocole d'accord en raison de l'interdépendance des contrats. Avec pusillanimité, le Comité d'annulation reconnaît que deux

---

<sup>343</sup> *Amco c. Indonésie, Indonésie*, Affaire CIRDI n°ARB/81/1, décision sur les demandes d'annulation des sentences de 1990 et du 17 décembre 1992, par. 1.05.

<sup>344</sup> Le lecteur remarquera que les extraits de la sentence rendue par le Comité d'annulation du CIRDI dans l'affaire *Klöckner* sont en anglais et en français. Alors que l'original de la sentence est en français, le *J.D.I* n'en a publié que quelques extraits en français, elle en revanche intégralement traduite en anglais de manière non officielle. Autant que possible, les extraits sont donc reproduits ici en français.

<sup>345</sup> *Supra*, dans le présent Chapitre, par. 134, et suivant.

<sup>346</sup> *Klöckner c. Cameroun*, décision du comité *ad hoc*, 3 mai 1985, *J.D.I*, vol.114, n° 1, 1987, p. 9, par. 3.

<sup>347</sup> *Ibid*, par. 9.

interprétations étaient possibles et que le choix du tribunal pour l'une, certes défavorable aux intérêts de l'investisseur, n'était pas plus constitutive d'un excès de pouvoir. Evitant soigneusement de retoquer les arbitres sur le choix de l'interprétation, le Comité a distingué le raisonnement « plausible » du raisonnement « arbitraire », expliquant :

« [Qu'i]l est permis de diverger d'avis sur ces délicates questions [celle de savoir si le Tribunal pouvait se prononcer sur les obligations d'un contrat sur lequel il n'avait pas compétence] voire (...) de juger peu convaincantes ou insuffisantes les réponses que leur apporte la Sentence. Mais, dès lors que ces réponses apparaissent comme soutenables et non arbitraires, elles ne constituent pas l'excès de pouvoir manifeste qui seul justifierait l'annulation ... De toute façon, le doute et l'incertitude pouvant subsister à cet égard...devrait être résolu ' *in favorem validitatis sententia*' et conduire au rejet du grief allégué. »<sup>348</sup>

**216.** Il revenait enfin au Comité d'apprécier les conséquences de cette interprétation et de déterminer si, en se prononçant sur les obligations de l'investisseur telles que contenues dans l'ensemble contractuel, le tribunal avait en effet excédé ses pouvoirs. Pour le faire, le Comité d'annulation a recherché si le tribunal aurait pu arriver à la même conclusion – celle de la violation des obligations par l'investisseur – sans avoir pris en compte le contrat sur lequel il n'avait pas compétence et si en conséquence les obligations cadres du contrat étaient suffisantes<sup>349</sup>.

**217.** Le Comité reconnaît qu'il eût été possible que le Tribunal se prononce sur les obligations générales du gestionnaire même en l'absence d'un contrat de management. Il a néanmoins noté qu'en pratique, le Tribunal *Klöckner* pouvait difficilement éviter de se prononcer sur le contrat de management qui détaillait justement ces obligations même si le tribunal avait soigneusement évité de s'y référer explicitement.

**218.** Il est en revanche intéressant de constater que le Comité n'a pas exclu la possibilité que

---

<sup>348</sup> *Ibid*, par. 53.

<sup>349</sup> L'extrait de la sentence était le suivant : « *In examining the counter-claim, the Reply Memorial affirms that "Klöckner's responsibility in the management of SOCAME results only from the Management Contract concluded between the companies." This affirmation does not take into account Article 9 of the Protocol of Agreement, from which three consequences flow: (i) first, that Klöckner "will be responsible for the technical and commercial management of the Company"; (ii) that this responsibility will "be carried out under a Management Contract"; and (iii) that this responsibility will last "for at least five years from start-up, with an option to renew." The Tribunal does not have jurisdiction to pronounce on the Management Contract itself or on its interpretation. It must, however, proceed from the following presumption: That this Contract, intended to make the Claimant "responsible for the technical and commercial management of the Company," could neither qualify nor diminish Klöckner's management undertaking by virtue of the basic agreement: the Protocol of Agreement. Even if the Tribunal does not have jurisdiction to interpret the Management Contract, it should proceed from the presumption of perfect compatibility between the two instruments, the Protocol of Agreement constituting the investment's framework agreement (l'accord cadre) and the Management Contract being simply intended to carry out the basic agreement* ».

les liens de dépendance entre plusieurs contrats puissent justifier d'étendre la compétence d'un tribunal arbitral à d'autres instruments que ceux utilisés par le demandeur dans sa demande principale. En effet, le Comité a regretté que le tribunal arbitral *Klöckner* ne se soit pas davantage référé davantage aux notions l'indivisibilité et d'interdépendance des contrats pour assoir sa compétence reconventionnelle<sup>350</sup>. Il a néanmoins reconnu la légitimité de l'argument: « *This concerns the 'close connection' between the three contractual instruments, their 'interdependence', and the idea that the parties are bound by 'a single legal relationship' for which the first, the Protocol of Agreement, "encompasses and contains" the three successive instruments. Such an idea could perhaps have led the Tribunal to uphold its jurisdiction also to deal with disputes arising from the Management Contract. However, the Award hardly explains here how this general conception may be reconciled with the finding the Tribunal made elsewhere that it lacked jurisdiction to interpret or pronounce upon the Management Contract.* »<sup>351</sup>

**219.** Bien que le Comité d'annulation ait maintenu un certain flou sur le bienfondé du raisonnement reconventionnel, il n'en a pas moins admis sa légitimité en rejetant l'existence d'un excès de pouvoir. Il y avait en l'espèce plusieurs interprétations possible de l'ensemble contractuel. L'interprétation choisie par le Tribunal *Klöckner* sujet à controverse, « ne dépass[ait] toutefois pas la limite qui sépare l'erreur de droit de l'excès de pouvoir manifeste »<sup>352</sup>. Ainsi, en refusant d'annuler la portion de la sentence ayant favorablement accueilli l'action reconventionnelle en dépit d'un mandat explicite, le Comité avalise l'existence d'une présomption de compétence reconventionnelle dans les cas d'interdépendance de contrats liant les mêmes parties. Mais le scepticisme enrobant le considérant du Comité à cet égard confirme les raisons pour lesquelles dans une situation pluri-contractuelle, l'exercice de la compétence reconventionnelle peut s'avérer être un exercice périlleux.

**220.** A l'instar de la pratique du juge français en matière d'annulation, l'examen de la sentence arbitrale sur les prétentions reconventionnelles s'est également fait au regard des règles fondamentales de procédure.

### ***B. Le contrôle de la compétence reconventionnelle par le prisme de l'inobservation d'une règle fondamentale de procédure***

**221.** Pour maximiser les chances d'obtenir une annulation, la partie sollicitant l'annulation

---

<sup>350</sup> *Klöckner c. Cameroun*, Décision du comité *ad hoc*, 3 mai 1985, paras. 17, 65.

<sup>351</sup> *Ibid.*, par. 48.

<sup>352</sup> P. Rambaud, « L'annulation des sentences *Klöckner* et *Amco* », *op. cit.*, note n° 331, p. 263.

peut invoquer plusieurs motifs contre une même sentence. Ainsi, il arrive que la partie qui conteste la compétence reconventionnelle d'un tribunal s'appuie à la fois sur le motif de l'excès de pouvoir et celui de l'inobservation d'une règle fondamentale de procédure<sup>353</sup>. Dans l'affaire *Klöckner*, le Comité avait néanmoins précisé que le constat d'un excès de pouvoir résultant sur une annulation de la sentence le dispensait théoriquement de l'analyse du motif tiré de l'inobservation d'une règle fondamentale de procédure<sup>354</sup>.

**222.** Se référant aux travaux préparatoires de la Convention CNUDCI et à la loi Type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, le Comité d'annulation dans l'affaire *Togo Electricité* a saisi l'occasion de préciser la substance d'une règle fondamentale de procédure. Selon lui, cette catégorie désigne « les principes de justice naturelle (au niveau de la procédure, c'est-à-dire les garanties d'une procédure régulière et le principe du contradictoire) »<sup>355</sup> auxquels s'ajoute le principe d'impartialité des arbitres. La notion d'égalité des parties et le principe du contradictoire sont donc au cœur des règles fondamentales de procédure (tant au plan national qu'au plan international) et à ce titre, l'exercice ou le rejet de la compétence reconventionnelle peut donner la mesure de leur respect.

**223.** C'est ce qu'a laissé entendre le Comité d'annulation *Klöckner* dans le considérant suivant, lorsqu'il explique que la compétence reconventionnelle participe non seulement à l'équilibre procédural mais encore à l'apparence de sa préservation :

« [C]ertaines apparences, dues à la rédaction et à la structure de la Sentence arbitrale, avaient pu susciter bien qu'à tort, l'émotion et les soupçons de la partie demanderesse ; or ce fait doit être regretté si l'on se souvient de l'adage anglais, dont tout arbitrage pourrait utilement s'inspirer d'une façon générale, '*it is not enough that justice be done, it must be seen manifestly to be done*'. De ce point de vue, force est de constater qu'une sentence n'a pas pleinement atteint son but dès lors qu'elle a laissé, chez l'une des parties, le sentiment, sans doute erroné mais peut-être compréhensible dans les circonstances de l'espèce, d'une inégalité de traitement

---

<sup>353</sup> *Klöckner c. Cameroun*, Décision du comité *ad hoc*, 3 mai 1985 ; *Togo Electricité c. Togo*, décision en annulation, *op. cit.* note n° 342.

<sup>354</sup> *Klöckner c. Cameroun*, décision du comité *ad hoc*, 3 mai 1985, par. 82: « *Once the ad hoc Committee has concluded that the Award is to be annulled because of a manifest excess of powers, it could dispense with examining the other complaints of the Applicant for Annulment, who also invoked Articles 52(1)(d) (serious departure from a fundamental rule of procedure) and 52(1)(e) (failure to state reasons). In view of this case's importance, the fact that this is the first Application for Annulment ever lodged against an ICSID award and, finally, because it may be of interest to the parties and to the new Tribunal that may be constituted under Article 52(6) of the Washington Convention to have additional indications, it would nonetheless be appropriate to examine, albeit in less depth, the main arguments raised and discussed in the course of the annulment proceeding.* » Paragraphe partiellement reproduit en français dans le J.D.I., vol.111, p.168.

<sup>355</sup> *Togo Electricité c. Togo*, Décision en annulation, *op. cit.*, note n°342, par. 59.

et d'une injustice. »<sup>356</sup>

**224.** L'apparence de l'équilibre procédural est étroitement liée aux notions d'égalité des parties et d'impartialité qui appartiennent aux règles fondamentales de procédure<sup>357</sup>. Il y a un deuxième enjeu lié à la compétence reconventionnelle qu'il ne faut pas sous-estimer et qui a été encore une fois systématisé par le Comité d'annulation *Klöckner*. Il eût été envisageable que l'investisseur s'appuie sur le principe de l'égalité des parties pour solliciter l'annulation de la sentence qui avait pris en compte les obligations d'un contrat échappant à la compétence du Tribunal. Mais l'investisseur avait choisi de mettre en cause l'impartialité du Tribunal, considérant qu'il s'était borné à analyser les prétentions de son adversaire au détriment de ses prétentions principales et que la rédaction de la sentence particulièrement critique à son égard traduisait une forme d'hostilité<sup>358</sup>.

**225.** Ce moyen n'a pas prospéré et le Comité a rappelé que « si sévères qu'elles soient ou qu'elles puissent être, [les termes de la sentence] ne peuvent manifestement pas justifier en elles-mêmes l'allégation ou même le soupçon de partialité. Leurs termes et leur répétition traduisent simplement la haute idée que le Tribunal arbitral se faisait des devoirs de coopération et d'information mutuelle des parties à un rapport juridique de ce genre. »<sup>359</sup> Ainsi, l'argument de l'impartialité semble être un terrain fragile pour obtenir l'annulation d'une sentence acceptant de se prononcer sur des demandes reconventionnelles lorsqu'il repose sur un soupçon, ou une perception subjective d'hostilité difficile à caractériser.

**226.** Conçue comme un remède à l'absence d'appel au sein du CIRDI, la procédure d'annulation a précisé les fonctions et les enjeux de l'action reconventionnelle dans la conduite du procès arbitral initié par voie contractuelle. La jurisprudence des comités d'annulation sur

---

<sup>356</sup> *Klöckner c. Cameroun*, décision du comité *ad hoc*, 3 mai 1985, *J.D.I.*, p. 170.

<sup>357</sup> *Amco c. Indonésie*, décision du comité d'annulation, 16 mai 1986, par. 88 ; voir aussi, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine* (II), Affaire CIRDI n° ARB/06/18, décision sur l'annulation, 8 juillet 2013, par. 263.

<sup>358</sup> *Ibid.*, (version anglaise), par. 97: « *The Claimant believes that there are signs of partiality and even hostility towards it particularly in the passages of the Award on "Klöckner's conduct with regard to its partner" and "the duty of full disclosure to a partner." In part "V. The Facts" of the Award, there is a section introduced by the heading: "A. Klöckner's Conduct with regard to its Partner." On each page of this section, we find one and often several severe observations by the Arbitral Tribunal on the serious and "very pronounced" character of Klöckner's obligation of frankness and loyalty and particularly on the fact that "Klöckner failed to live up to these obligations," showed "less than a full measure of frankness, of candor," "did not respect its duty of confidence and loyalty," "did not make "adequate efforts to deal frankly," (p. 48) did not have "appropriate conduct," (p. 49) wrongfully remained "silent," and "induced" Cameroon or SOCAME into maintaining the project or accepting new financing, did not "act as a contractual partner should" and did not have the "kind of frank and loyal conduct between partners that the law requires," committed "failures of disclosure" which "are of a capital importance," and that these failures, without being "intentional" or committed with "the intention to deceive" "may have" caused the Government to forge ahead, or "led Cameroon into error," and that Klöckner "diligently avoided calling the Government's attention" to specific economic problems — a conduct that "is not compatible with the obligations of a partner in an international joint venture of this importance." ».*

<sup>359</sup> *Ibid.*, version française du *JDI*, p.169.

la reconvention ne renverse pas la présomption de compétence des arbitres sur les prétentions reconventionnelles dans le cadre des arbitrages contractuels. Au contraire, elle la renforce puisqu'aucun Comité d'annulation n'a annulé la portion d'une sentence par laquelle l'arbitre aurait exercé sa compétence reconventionnelle en l'absence de mention explicite du droit d'en présenter dans le contrat. Mais lorsqu'il annule entièrement la sentence, l'arbitre de l'annulation vient en quelque sorte restituer le défendeur dans ses droits procéduraux antérieurs. Comme l'a relevé le Comité d'annulation de la sentence *Amco c. Indonésie*, il est bien compréhensible que l'annulation totale des motifs d'une sentence ait pour conséquence l'annulation des moyens incidents, y compris la demande reconventionnelle :

« La conclusion du Tribunal qui rejette la demande reconventionnelle de l'Indonésie concernant le recouvrement du montant des avantages fiscaux et autres avantages accordés doit être annulée. Puisque le Comité *ad hoc* a annulé les conclusions de la sentence selon lesquelles la révocation de l'autorisation est illégale, il convient d'annuler de même la partie de la Sentence qui rejette la demande reconventionnelle pour le recouvrement du produit des avantages accordés en matière d'impôt et d'importation. Le Tribunal a établi lui-même un lien indivisible entre les conclusions concernant d'une part la dénonciation de la licence et d'autre part la demande reconventionnelle. »<sup>360</sup>

**227.** Cette solution permet au défendeur dont la reconvention a été rejetée d'en formuler une nouvelle dans une procédure ultérieure. L'Indonésie a, sans succès, ainsi formulé des prétentions reconventionnelles dans le deuxième volet de la procédure, réclamant le paiement des taxes dues par l'investisseur ayant violé la licence d'exploitation d'un site hôtelier.

---

<sup>360</sup> *Amco c. Indonésie (I)*, sentence, *J.D.I (Clunet)*, vol. 114, n° 1, 1987, p. 184.

## **Conclusion du chapitre 1**

**228.** Les premiers arbitrages contractuels portés à la connaissance du CIRDI nous enseignent que le droit du défendeur de présenter des prétentions reconventionnelles ne dépend pas d'un accord des parties à cet effet dans le contrat à l'origine du différend. La compétence de l'arbitre sur ces demandes est présumée incluse dans la clause d'arbitrage et par le recours à l'arbitrage. Cette présomption de consentement des parties permettant d'établir une compétence de principe sur les demandes reconventionnelles est renforcée par la désignation d'un instrument de procédure reconnaissant ce droit au défendeur. Dans le cas du CIRDI, la présomption de compétence peut en outre se trouver renforcée par la renonciation à l'exercice de recours parallèles. L'arbitre a ainsi identifié le consentement des parties sur les prétentions reconventionnelles sans grande difficulté dans les différends contractuels de l'investissement. Il s'est approprié une compétence reconventionnelle sans faire cas de la nature transnationale du différend ni de l'absence de référence explicite aux demandes reconventionnelles dans le contrat. Ce constat empirique confirme l'observation théorique selon laquelle il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre la nature consensuelle de l'arbitrage et la fonction offensive de la demande reconventionnelle. Surtout, les premiers arbitrages contractuels du CIRDI confirment que l'Etat peut avoir des prétentions contre l'investisseur et réinvestir, en cours d'instance, la position de demandeur. Enfin, les arguments retenus par l'arbitre pour justifier ou rejeter la compétence reconventionnelle tout comme ceux du juge de l'annulation aspirent tous à donner l'apparence, voire garantir, l'égalité des parties. Erigé en règle fondamentale de procédure par le juge national et international, le maintien de l'égalité entre les parties se fait par la vérification que leurs prétentions respectives soient, sinon analysées au fond, du moins entendues par l'arbitre. Sous cet aspect, le droit d'action reconventionnelle, c'est-à-dire le droit du défendeur d'être entendu, participe à assurer aux parties une égalité d'accès à la justice. Plusieurs fois identifié dans les arbitrages contractuels et dans le contentieux de l'annulation, le lien entre la compétence sur les demandes reconventionnelles et le maintien de l'égalité des parties semble toutefois plus facilement rompu dans le cadre des arbitrages conventionnels et législatifs en raison en raison de l'asymétrie des droits et des obligations des parties. Ainsi, la présomption de consentement des parties à la compétence reconventionnelle identifiée en matière contractuelle est fragilisée lorsque l'investisseur introduit le différend sur le fondement d'un traité.

## Chapitre 2 La compétence reconventionnelle au défi de l'asymétrie des traités de protection des investissements

**229.** Créature de la volonté, l'arbitrage repose sur le consentement des parties. Ce consentement est nécessaire pour établir la compétence d'un tribunal arbitral sur les demandes reconventionnelles. Alors que l'article 46 de la Convention CIRDI mentionne explicitement l'exigence d'un consentement (« Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre »), l'article 21 (3) du Règlement CNUDCI sans le mentionner explicitement admet les demandes reconventionnelles à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître<sup>361</sup>. La compétence étant tributaire du consentement des deux parties, la preuve d'un consentement est également requise.

**230.** L'expression « d'arbitrage transnational unilatéral » fréquemment employée par la doctrine<sup>362</sup> se réfère aux procédures arbitrales introduites par l'investisseur sur le fondement d'instruments conventionnels ou législatifs qui ont « une caractéristique commune, [puisqu'] il n'y a pas d'accord conclu directement entre les deux parties à l'arbitrage »<sup>363</sup>. Elle désigne le droit d'un investisseur d'introduire unilatéralement une procédure contre l'Etat en se saisissant d'un engagement arbitral fait par l'Etat dans un instrument auquel il n'est pas partie.

**231.** Cette unilatéralité du droit de saisir les tribunaux arbitraux qui vaut aussi à l'arbitrage d'investissement d'être désigné comme un contentieux « asymétrique »<sup>364</sup> se heurte à la

---

<sup>361</sup> Article 21 (3) du Règlement CNUDCI de 2010 (ancien article 19 du Règlement de 1976).

<sup>362</sup> Ch. Leben, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *A.F.D.I.*, 2004, vol. 50, p. 684 ; J. Paulsson, « Arbitration without privity », *op. cit.*, note n° 164 ; W. Ben Hamida, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, 2005, vol. 51, p. 566 ; W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse de doctorat, Université Paris II, 2003, pp. 7, 20 : « est unilatéral l'arbitrage qui est à la disposition d'une seule partie. » ; A. Bjorklund, « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *op. cit.*, note n° 194, p. 466 ; Z. Douglas, *The Law of Investment Claims*, *op. cit.*, note n° 165, p. 35 ; J. Crawford, « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration International*, 2008, vol. 34, n° 3, p. 364.

<sup>363</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, note n° 35, p. 129, par. 203 ; J. Paulsson, « Arbitration without privity », *op. cit.*, note n° 164, p. 233 : « [investments treaties and national laws constitute] new approach to international to the resolution of international disputes... It grants innumerable present and future investors the right to arbitrate a wide range of grievances arising from the actions of a large number of public authorities, whether or not any specific agreement has been concluded with the particular complainant.. » (italiques dans l'original).

<sup>364</sup> M. Anning, « Counterclaims Admissibility in Investment Arbitration, the case of Environmental Dispute », in *Handbook of International Law and Policy*, J. Chaisse (dir.), Springer, 2020, p. 6. Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonésie, sentence finale (CNUDCI), 15 décembre 2014, par. 659. Se référant à J. Crawford, « Treaty and

dimension offensive de l'action reconventionnelle qui inverse les perspectives puisque l'Etat attaque à son tour l'investisseur. Contrairement aux arbitrages contractuels, dans cette forme d'arbitrage, la transposition de la pratique des demandes reconventionnelles est une question controversée qui nourrit les critiques<sup>365</sup> et le besoin de réformer l'arbitrage investisseur – Etat. Relativement épargnés par la question reconventionnelle<sup>366</sup>, les arbitrages législatifs ne présentent pas, du point de vue du consentement, de singularité particulière qui justifierait d'en présenter une analyse séparée<sup>367</sup> de l'arbitrage conventionnel.

**232.** En revanche, dans le cadre des arbitrages conventionnels, le recours à l'outil reconventionnel par les Etats s'est intensifié<sup>368</sup> depuis les années deux mille au cours desquelles plus de la moitié des arbitrages à ce sujet a été rendue<sup>369</sup>. Malgré cela, beaucoup des demandes reconventionnelles formulées dans le cadre de procédure conventionnelle sont tenues en échec et les arbitres peinent à s'approprier leur compétence. Cette position singularise les tribunaux d'investissement des autres forums de règlement des différends internationaux, qu'il s'agisse de l'arbitrage interétatique, de l'arbitrage commercial, et – quoique dans une moindre mesure – du contentieux devant la C.I.J.<sup>370</sup>

**233.** Le temps d'adaptation procédurale au nouveau mode de saisine conventionnel est probablement un facteur qui explique l'absence d'affinement conceptuel de la compétence reconventionnelle dans le domaine des traités. En effet, la Convention CIRDI comme le Règlement CNUDCI étaient initialement pensés pour les différends contractuels ou par voie

---

Contract in investment Arbitration », *Arbitration internationale*, vol. 24, n° 3, 2008, p. 366 : « *Despite the inherently asymmetrical character of a BIT, BIT tribunals should be able to hear closely connected investment counterclaims arising under the investment contract.* » ; P. Dumberry, « Corporate investors' international legal personality and their accountability for human rights violations under IIA », in *Improving International Investment Agreements*, A. de Mestral, C. Lévesque (dir.), Routledge, 2013, p.179 ; A. Newcombe, « Investor misconduct », in *Improving International Investment Agreements*, A. de Mestral C. Lévesque (dir.), Routledge, 2013, p. 195.

<sup>365</sup> Débats « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement Nouveaux développements*, Ch. Leben (dir.), LGDJ, 2006, pp. 185-202.

<sup>366</sup> Seules deux procédures engagées sur le fondement d'une loi par l'investisseur ont été saisies de demandes reconventionnelles. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egypte*, Affaire CIRDI n° ARB/84/3, sentence, 20 mai 1992, par. 84 ; *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited et BSG Resources (Guinea) SÀRL c. Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB/14/22, (affaire retirée), réplique de l'investisseur, accès public.

<sup>367</sup> A. M. Steingruber, « *Antoine Goetz and others v Republic of Burundi* Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-based ICSID Arbitrations », *ICSID Review - FILJ*, 2013vol. 28, n° 2, p. 291. L'assimilation entre arbitrages conventionnels et législatifs ne vaut que pour le problème du consentement dissocié. Toutefois, ils présentent chacun des particularités pour l'analyse du droit applicable. *Infra*, Chapitre 5 et 6.

<sup>368</sup> A. Bjorklund, « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *op. cit.*, note n° 194, p. 464.

<sup>369</sup> *Supra*, Introduction, par. 81 ; I. C. Popova, F. Poon, « From Perpetual Respondent to Aspiring Counterclaimant? State Counterclaims in the New Wave of Investment Treaties », *BCDR International Arbitration Review*, 2015, vol. 2, n° 2, Annex A. ; J. A. Rivas, « Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution », in *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, J. E. Kalicki et A. Joubin-Bret (dir.), Brill, 2015, p. 779.

<sup>370</sup> *Infra*, Chapitre 4, par. 662 et suivant.

d'accord<sup>371</sup>, pour lesquels le consentement des parties aux demandes reconventionnelles peut facilement être identifié par la présence d'une clause compromissoire dans un instrument synallagmatique<sup>372</sup>. Or, la prolifération des traités d'investissement comme instrument de protection de l'investisseur a nécessairement chamboulé l'application de certaines dispositions arbitrales règlementaires et redessiné les conditions d'exercice de la compétence arbitrale en matière reconventionnelle<sup>373</sup>.

**234.** Cette explication circonstancielle est de loin devancée par un problème systémique que la pratique arbitrale peine à surmonter pour déterminer sa compétence reconventionnelle. Dans le cas de l'arbitrage « *without privity* »<sup>374</sup>, trois facteurs compliquent l'identification du consentement de l'investisseur aux prétentions reconventionnelles de l'Etat. Premièrement, alors que dans l'instrument contractuel l'offre et l'acceptation coïncident, dans les arbitrages conventionnels et législatifs, la rencontre des consentements entre l'Etat et l'investisseur est « dissociée »<sup>375</sup>. Dans cette configuration de rencontre dissociée, le consentement de l'investisseur à l'arbitrage est exprimé *après* la naissance d'un différend et coïncide avec la saisine d'un tribunal arbitral<sup>376</sup>. Deuxièmement, la clause d'arbitrage insérée dans une loi ou dans un traité peut être « non-réciproque »<sup>377</sup> en ce qu'elle ne donne qu'à l'investisseur la possibilité d'introduire une demande d'arbitrage. Par cette formulation, d'aucuns peuvent en déduire que la compétence donnée à l'arbitre ne porte *que* sur les réclamations de l'investisseur contre l'Etat et que le consentement de l'investisseur nécessaire pour établir la compétence reconventionnelle fait défaut. La dimension unilatérale de cette forme d'arbitrage peut

---

<sup>371</sup> Ch. Leben, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *op. cit.*, note n° 362, p. 706 ; P. Reuter, « Réflexion sur la compétence du centre créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États », in *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées*, Pedone, 1969, pp. 16-19 ; *Supra*, Chapitre 1, par. 119.

<sup>372</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 127 et suivant.

<sup>373</sup> L'abandon de la notion de « contrat » comme fondement de l'action reconventionnelle dans le règlement CNUDCI en 2010 est une illustration des ajustements opérés pour accueillir l'ère conventionnelle de l'arbitrage. Dans ce temps d'adaptation, les Etats défendeurs ont aussi revu leurs stratégies défensives et réinvesti, sans grand succès, la place de demandeur par la voie du procès incident. H. Hellio, « L'Etat, un justiciable de second ordre ? à propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *op. cit.*, note n° 5, pp. 589-619.

<sup>374</sup> J. Paulsson, « Arbitration without privity », *op. cit.*, note n° 164.

<sup>375</sup> E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, *op. cit.*, note n° 163, p. 2.

<sup>376</sup> T. Schultz, M. Toral, « The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations », in *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, M. Waibel, M. Kaushal, A. Kyo-Hwa, L. Chung, C. Balchin (dir.), Austin/Alphen aan den Rijn/Kluwer Law International, 2010, p. 579.

<sup>377</sup> W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, *op. cit.*, note n° 362, p. 8 ; A. de Nanteuil, « Réflexions sur les droits de l'Etat d'accueil dans le droit international de l'investissement », in *Droit international et culture juridique Mélanges offerts à Charles Leben*, Pedone, 2015, p. 321.

également être renforcée par la perception d'une asymétrie substantielle lorsque « les normes de fond ont uniquement pour objet la protection de l'opérateur économique »<sup>378</sup>. L'unilatéralité de l'arbitrage d'investissement serait alors « sans égard à la possibilité pour le défendeur de formuler des demandes reconventionnelles ou non »<sup>379</sup>. A la fois substantielle et procédurale, l'asymétrie entre les droits et obligations des parties se dresserait donc comme un obstacle à l'exercice de la compétence reconventionnelle et serait « susceptible de révéler une interdiction *implicite* de l'Etat de présenter une demande reconventionnelle »<sup>380</sup>.

**235.** Cette singularité des accords internationaux d'investissement est-elle si significative qu'elle remettrait en cause la présomption de consentement de l'investisseur aux demandes reconventionnelles qui découle du recours à l'arbitrage, appliquée dans le cadre des arbitrages transnationaux contractuels ?

**236.** L'ubiquité de la question dans la jurisprudence mérite un examen plus approfondi tant l'asymétrie procédurale et substantielle des traités d'investissement peut semer un doute dans l'identification du consentement des parties. Ces singularités posent manifestement un problème d'appréciation et d'interprétation suffisamment important pour remettre en cause la présomption de compétence des tribunaux sur les demandes reconventionnelles de l'Etat (Section 1). Toutefois, contrairement à ce qu'une partie de la jurisprudence laisse entendre, à de rares exceptions près, elles ne sont pas en mesure de renverser la présomption de consentement des parties à la compétence reconventionnelle qui découle du recours à l'arbitrage. En effet, la compétence du tribunal ne s'apprécie pas seulement au regard des termes de la requête mais au regard des clauses de règlement des différends dont l'étendue et l'objet « débordent »<sup>381</sup> l'accord dans lequel elles sont insérées de sorte que la théorie du consentement implicite à la compétence reconventionnelle reste la plus convaincante (Section 2).

### *Section 1 La compétence reconventionnelle est essentiellement un problème d'interprétation*

**237.** En vertu du principe *Kompetenz-Kompetenz*, l'arbitre est habilité à déterminer sa propre compétence. Pour connaître le champ de sa compétence, il doit naturellement se tourner vers la

---

<sup>378</sup> A. de Nanteuil, « Réflexions sur les droits de l'Etat d'accueil dans le droit international de l'investissement », *op. cit.*, note n° 377, p. 321 : « la dimension unilatérale du droit de l'investissement est alors incontestable, tant dans son aspect procédural ».

<sup>379</sup> W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, *op. cit.*, note n° 362, p. 7.

<sup>380</sup> F. Latty, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le gymkhana de la réaffirmation de l'Etat », *op. cit.*, note n°152, p. 166.

<sup>381</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, note n° 35, p. 131, par. 206.

clause de règlement des différends prévue dans la loi nationale ou dans un traité. A l'instar des contrats, rares sont les instruments conventionnels ou législatifs qui prévoient expressément la possibilité de formuler des demandes reconventionnelles (I). A moins que le traité ne le prévienne explicitement, le lieu d'identification du consentement des parties, prérequis de la compétence reconventionnelle, est sujet à des interprétations divergentes. Il aurait été possible d'envisager que ces divergences reflètent les variétés des clauses d'arbitrage, mais un examen plus poussé de la jurisprudence fait ressortir que l'appropriation par l'arbitre du contentieux reconventionnel est nourri d'interprétations « herméneutique[s] »<sup>382</sup>, visant à déceler des « signes » favorables ou défavorables aux actions reconventionnelles qui dépendent essentiellement de la finalité que l'arbitre attribue au contentieux de l'investissement.

**238.** Suivant une appréciation qui se rapproche de l'arbitrage contractuel, le silence du traité sur les demandes reconventionnelles n'exclut pas ces demandes de la compétence de l'arbitre. Une partie des tribunaux considère que le consentement de l'investisseur est implicitement inclus par l'introduction d'une procédure arbitrale (II). Cette appréciation tient pour acquis le droit de tout défendeur de présenter des demandes reconventionnelles *sauf accord contraire*. Le consentement de l'investisseur étant implicitement acquis, l'appréciation de la compétence sera donc circonstancielle, et relative à l'objet du différend. Envisageant la question de la compétence par le prisme de l'asymétrie des droits procéduraux et substantiels des traités d'investissement, un autre courant jurisprudentiel considère que l'Etat ne peut mettre en cause la responsabilité de l'investisseur. C'est alors le droit de présenter des demandes reconventionnelles qui est remis en cause et interroge sur l'existence d'une présomption d'incompétence reconventionnelle<sup>383</sup>. L'empreinte de ce raisonnement est telle que l'asymétrie des droits substantiels et procéduraux dans les traités prendrait des allures de renonciation implicite de l'Etat à toute réclamation contre l'investisseur (III).

### ***I. La reconnaissance marginale de la compétence reconventionnelle par les accords d'investissement***

**239.** Pour s'en tenir à l'analyse de la pratique suisse<sup>384</sup> et française<sup>385</sup>, aucun TBI en vigueur

---

<sup>382</sup> *Saur International S.A. c. Argentine*, décision sur la compétence, Affaire CIRDI n° ARB/0414, 6 juin 2012, par. 482 (au sujet des règles d'interprétation de la Convention de Vienne et de la difficulté de dégager un sens ordinaire des traitements indéterminés).

<sup>383</sup> A. Vohryzek-Griest, « State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure », *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, n° 15, pp. 83-124.

<sup>384</sup> Au 31 décembre 2020, le site de la CNUCED répertoriait pour la Suisse 111 traités bilatéraux en vigueur applicables aux investissements (y compris les accords d'amitié et de commerce) ; aucun ne contient de disposition sur les demandes reconventionnelles.

<sup>385</sup> Au 31 décembre 2020, le site de la CNUCED répertoriait pour la France 95 traités bilatéraux en vigueur applicables aux investissements (y compris les accords d'amitié et de commerce) ; aucun ne contient de disposition sur les demandes reconventionnelles.

ne prévoit explicitement la possibilité pour une partie de présenter des prétentions reconventionnelles. De même, sur les cinquante-cinq lois applicables aux investissements étrangers qui contiennent un consentement de l'Etat à l'arbitrage international, une seule permet explicitement aux deux parties d'avoir des réclamations contre l'autre<sup>386</sup> mais aucune ne prévoit explicitement la possibilité que le défendeur formule une demande reconventionnelle<sup>387</sup>. Sans prétendre à l'exhaustivité, ce constat est généralement le même pour la très grande majorité des traités<sup>388</sup>, y compris ceux relatifs aux investissements.

**240.** Ainsi ce n'est que de façon très marginale que certains TBI applicables aux investissements étrangers (A) et modèles d'accords d'investissement (B) octroient une place plus importante à la reconvention qui permettrait à l'arbitre d'identifier de manière non équivoque un consentement des parties à la compétence reconventionnelle.

#### ***A. Reconnaissance explicite du droit de formuler des demandes reconventionnelles par les TBI***

**241.** Suivant une rédaction rarissime et détaillée, le TBI liant l'Iran à la Slovaquie retient l'attention tant il semble vouloir maîtriser le pouvoir d'appréciation des tribunaux. Les clauses relatives au règlement des différends se présentent à l'observateur comme des clauses interprétatives. Utilisant pas moins de trois fois l'expression « *for the avoidance of doubt* »

---

<sup>386</sup> La loi libyenne de promotion de l'investissement, article 24 (2010) laisse entrevoir la possibilité d'une demande principale ou reconventionnelle de l'Etat contre l'investisseur : « *Any dispute that may arise between the foreign investor and the state, which may be attributed to the investor or due to procedures taken against him by the state, shall be forwarded to the appropriate courts of the state, unless if there are mutual agreements between the state and the investor's state or multilateral agreements to which the investor's state is a party thereof, including texts relating to reconciliation or arbitration or special agreement between the investor and the state stipulating arbitration as a condition.* »

<sup>387</sup> Il s'agit par ordre alphabétique des lois de protection et/ou promotion de l'investissement adoptées par les Etats suivants : Afghanistan (2005) ; Albanie (1990) ; Algérie (2016) ; Azerbaïdjan (1992) ; Biélorussie (2013) ; Bosnie Herzégovine (1998) ; Burundi (2008) ; Cap Vert (1993) ; Cambodge (1994) ; Centrafrique (2001) ; Colombie (2000) ; République du Congo (2003) ; République démocratique du Congo (2002) ; Érythrée (1994) ; Éthiopie (2020) ; Géorgie (1996) ; Guinée (2015) ; Ghana (2013) ; Guyana (2004) ; Indonésie (2007) ; Irak (2006) ; Jordanie (2014) ; Kazakhstan (2003) ; Corée (1992) ; Kosovo (2014) ; Kirghizstan (2003) ; Libéria (2010) ; Libye (2010) ; Lituanie (1999) ; Madagascar (2008) ; Mauritanie (2012) ; Moldavie (2004) ; Monténégro (2011) ; Myanmar (2016) ; Namibie (2016) ; Niger (2014) ; Nigéria (1995) ; Russie (1999) ; Rwanda (2015) ; Sierra Leone (2004) ; Somalie (1987) ; Soudan (2013) ; Soudan du Sud (2009) ; Syrie (2007) ; Tadjikistan (2007) ; Tanzanie (1997) ; Timor Leste (2011) ; Togo (2012) ; Turquie (2003) ; Ouganda (1991) ; Ouzbékistan (2019) ; Yémen (2010). (UNCTAD, *Investment laws compendium*)

<sup>388</sup> Des conventions en matière environnementale font figure d'exception. L'article 11 de l'Annexe II sur l'arbitrage dans la Convention sur la biodiversité (5 juin 1992) faisant « partie intégrante de la Convention » en vertu de l'article 30, prévoit que « le Tribunal peut connaître et décider des demandes reconventionnelles directement liées à l'objet du différend ». Une rédaction exactement similaire figure à l'annexe E de la Convention Minamata sur le mercure (10 octobre 1992). En outre, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (18 avril 1961) prévoit à son article 32 (3) que « Si un agent diplomatique ou une personne bénéficiant de l'immunité de juridiction en vertu de l'art. 37 engage une procédure, il n'est plus recevable à invoquer l'immunité de juridiction à l'égard de toute demande reconventionnelle directement liée à la demande principale. »

l'article 14 dispose que l'investisseur est privé du droit d'introduire une demande d'arbitrage lorsque « *the investor or the investment has violated the Host State law* ». En conséquence, le tribunal arbitral devrait rejeter ses réclamations chaque fois que la violation « *is sufficiently serious or material* ». Si l'investisseur engage une procédure arbitrale, le traité reconnaît le droit du défendeur de soumettre des demandes reconventionnelles en des termes clairs :

« *The respondent may assert as a defense, counterclaim, right of set off or other similar claim that the claimant has not fulfilled its obligations under this Agreement to comply with the Host State law or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages. For avoidance of any doubt, if the tribunal does not dismiss the claim under paragraph 2 above [i.e based on a sufficiently serious or material violation of the Host State Law], it shall take such violations into account when assessing the claim if raised as a defense, counterclaim, right of set off or other similar claim by the respondent.* »<sup>389</sup>

**242.** Préoccupés de sécuriser le droit d'action reconventionnelle, l'Iran et la Slovaquie ont également encadré le droit de saisine unilatérale de l'investisseur. Celui-ci peut soumettre une demande s'il donne son consentement écrit à l'arbitrage et qu'il reconnaît la possibilité que l'Etat hôte formule une demande reconventionnelle contre lui. Ces deux conditions sont libellées de manière cumulative:

« *The claimant may submit the claim to arbitration if, cumulatively: a) the claimant gives express and written consent: i. to pursue its claim in arbitration under this Article; and ii. that the Host State may pursue any defense, counterclaim, right of set off or other similar claim pursuant to Article 14 of this Agreement in arbitration under this Section* »<sup>390</sup>.

**243.** Suffisamment rare pour être également remarqué, le TBI liant la Colombie aux Emirats arabes unis sécurise également le droit de l'Etat de formuler des demandes reconventionnelles en précisant que l'investisseur à l'initiative de la procédure arbitrale accepte la possibilité de

---

<sup>389</sup> TBI Iran–Slovaquie, article 14 (19 janvier 2016) : « 1. *In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of non-binding, third-party procedures.* 2. *For avoidance of doubt*, an investor may not submit a claim under this Agreement where the investor or the investment has violated the Host State law. The Tribunal shall dismiss such claim, if such violation is sufficiently serious or material. *For avoidance of any doubt*, the following violations shall always be considered sufficiently serious or material to require dismissal of the claim: a) Fraud; b) Tax evasion; c) Corruption and bribery; or d) Investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or conduct amounting to an abuse of process. 3. *The respondent may assert as a defense, counterclaim, right of set off or other similar claim that the claimant has not fulfilled its obligations under this Agreement to comply with the Host State law or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages. For avoidance of any doubt, if the tribunal does not dismiss the claim under paragraph 2 above, it shall take such violations into account when assessing the claim if raised as a defense, counterclaim, right of set off or other similar claim by the respondent.* » (Nous soulignons.)

<sup>390</sup> TBI Iran–Slovaquie, articles 14 et 17 (19 janvier 2016).

faire face à des « *claims by the Respondent against them* »<sup>391</sup>. A l'instar du TBI entre l'Iran et la Slovaquie, l'annexe II du traité contient un formulaire-type d'engagement de procédure exigeant que l'investisseur accepte la possibilité que l'Etat « *presents claims against [the investor] related to any issue in connection with the subject matter of the dispute, including alleged breaches of applicable international law or the respondent Party's law.* »<sup>392</sup>

**244.** Enfin, l'article 9. 19 (2) de l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste* conclu par onze Etats<sup>393</sup> prévoit également la possibilité qu'un Etat soumette des demandes reconventionnelles<sup>394</sup> concernant un accord d'investissement le liant à l'investisseur. Ce droit est donné alors qu'il ne donne qu'à l'investisseur le droit d'introduire une demande d'arbitrage<sup>395</sup>.

**245.** Dans le cas où des différends seraient soumis à l'appréciation des tribunaux arbitraux désignés par ces accords, la réalité du consentement de l'investisseur aux demandes reconventionnelles pourrait difficilement être contestable. A côté de ces accords contraignants, certains modèles d'accords ou accords signés destinés à s'appliquer aux investissements étrangers reconnaissent également de manière explicite la possibilité qu'un Etat poursuivi par l'investisseur formule des prétentions reconventionnelles.

### ***B. Reconnaissance non-contraignante du droit de formuler des demandes reconventionnelles***

**246.** Plusieurs instruments non contraignants relatifs aux investissements étrangers des pays importateurs de capitaux voient la demande reconventionnelle avec faveur. Par les termes « reconnaissance non-contraignante du droit de formuler des demandes reconventionnelles », il faut entendre ici les instruments dont les dispositions ne lient pas juridiquement les Etats soit

---

<sup>391</sup> TBI Colombie-Émirats arabes unis, article 13 (3) (12 novembre 2017). Cet article impose l'épuisement des voies de recours internes.

<sup>392</sup> *Ibid*, Annexe II « Forms for the Presentation of Claims Pursuant to Article 13 Conditions in Order to Submit a Dispute Resolution ».

<sup>393</sup> *Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste*, 30 décembre 2018, liant les Etats suivants : Australie, Brunéi, Canada, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour et le Vietnam. Le texte français est accessible sur le site du gouvernement Canadien : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/09.aspx?lang=fra>.

<sup>394</sup> « *When the claimant submits a claim pursuant to paragraph 1(a)(i)(B), 1(a)(i)(C), 1(b)(i)(B) or 1(b)(i)(C), the respondent may make a counterclaim in connection with the factual and legal basis of the claim or rely on a claim for the purpose of a set off against the claimant* »

<sup>395</sup> Le traité précise : « demandeur désigne un investisseur d'une Partie qui est partie à un différend en matière d'investissement avec une autre Partie. » ; « défendeur désigne la Partie qui est partie à un différend en matière d'investissement » l'article 9 (1) (a) dispose : « Si un différend en matière d'investissement n'a pas été réglé... le demandeur peut, en son nom propre, soumettre à l'arbitrage au titre de la présente section une plainte selon laquelle : i) d'une part, le défendeur a manqué : (A) soit à une obligation prévue à la section A; (B) soit à une autorisation d'investissement; (C) soit à un accord d'investissement... »

parce que l'instrument en lui-même n'est pas contraignant (il en va ainsi des Modèles d'accord d'investissement) soit parce que l'instrument n'est pas en entré en vigueur<sup>396</sup>.

**247.** Comme en témoigne les articles 28 (1) et 28 (9) de l'accord des pays du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (« COMESA ») signé en 2007, l'Etat pourrait contre-attaquer un investisseur dans les termes suivants :

*« In the event that a dispute between a COMESA investor and a Member State has not been resolved ... A Member State against whom a claim is brought by a COMESA investor under this Article may assert as a defence, counterclaim, right of set off or other similar claim, that the COMESA investor bringing the claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages »*<sup>397</sup>.

**248.** Le modèle d'accord investissement de la communauté de développement d'Afrique Australe (« SADC ») prévoit quant à lui des obligations pour les investisseurs, liées au respect des standards sociaux et environnementaux. Il reconnaît notamment le principe d'un standard minimum de protection des droits de l'homme et d'environnement<sup>398</sup>. L'article 19 prévoit donc la possibilité qu'un Etat soumette au tribunal une demande reconventionnelle contre l'investisseur dans les termes suivants :

*« Subject to any other specific directions under this Agreement as to the consequences of a breach of an obligation, where an Investor or its Investment is alleged by a State Party in a dispute settlement proceeding under this Agreement to have failed to comply with its obligations under this Agreement, the tribunal hearing such a dispute shall consider whether this breach, if proven, is materially relevant to the issues before it, and if so, what mitigating*

---

<sup>396</sup> En vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), l'effet obligatoire du traité résulte de l'expression du consentement à être lié par lui que n'exprime pas la signature (sauf disposition contraire). Un Etat signataire a l'obligation d'agir de bonne foi c'est-à-dire qu'en vertu de l'article 18 de la CVDT il doit « s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but ». L'obligation d'agir de bonne foi ne veut pas dire que l'Etat est lié par les dispositions de fond du traité.

<sup>397</sup> Accord d'investissement entre les pays d'Afrique orientale et australe (COMESA), article 28, signé le 23 mai 2007. L'accord n'a pas reçu le nombre de ratifications nécessaires pour entrer en vigueur. Voir M. M. Mbengue, « Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime », *JWI&T*, 2017, vol. 18, n° 3, p. 372.

<sup>398</sup> Article 15 du Modèle SADC 2012 : « *Investors and their investments have a duty to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located. Investors and their investments shall not undertake or cause to be undertaken acts that breach such human rights. Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife. 15.2. Investors and their investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998. 15.3. Investors and their investments shall not [establish,] manage or operate Investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher.* » disponible sur le site de la CNUCED [<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>] (consulté le 31 juin 2021).

*or off-setting effects this may have on the merits of a claim or on any damages awarded in the event of such award. A Host State may initiate a counterclaim against the Investor before any tribunal established pursuant to this Agreement for damages or other relief resulting from an alleged breach of the Agreement. »*<sup>399</sup>

**249.** La vigueur africaine<sup>400</sup> visant à rééquilibrer les droits des parties aux différends d'investissement est encore visible au niveau continental avec le Code Panafricain des investissements qui permet d'apprécier la légalité du comportement de l'investisseur au regard du droit interne et du droit international et donne à l'Etat le droit formuler une demande reconventionnelle<sup>401</sup>. Dans sa version officielle de 2016, l'article 43 se lit comme suit :

*« Where an investor or its investment is alleged by a Member State party in a dispute settlement proceeding under this Code to have failed to comply with its obligations under this Code or other relevant rules and principles of domestic and international law, the competent body hearing such a dispute shall consider whether this breach, if proven, is materially relevant to the issues before it, and if so, what mitigating or off-setting effects this may have on the merits of a claim or on any damages awarded in the event of such award. A Member State may initiate a counterclaim against the investor before any competent body dealing with a dispute under this Code for damages or other relief resulting from an alleged breach of the Code. »*

**250.** Parmi les modèles d'accords d'investissement issus du continent africain, celui adopté par le Maroc dispose que « [l]orsqu'un investisseur ou son investissement ne s'est pas acquitté des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 18 (Respect des lois internes et des obligations internationales) ou a violé l'article 19 (lutte contre la corruption, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme), la Partie Hôte peut déposer une demande reconventionnelle devant tout tribunal établi conformément à la présente Section [relative aux

---

<sup>399</sup> *Ibid.*, article 19 « Relations to dispute settlement ». Le paragraphe 3 du même article ajoute « *In accordance with its applicable domestic law, the Host State, including political subdivisions and officials thereof, private persons, or private organizations, may initiate a civil action in domestic courts against the Investor or Investment for damages arising from an alleged breach of the obligations set out in this Agreement. In accordance with the domestic law of the Home State, the Host State, including political subdivisions and officials thereof, private persons, or private organizations, may initiate a civil action in domestic courts of the Home State against the Investor, where such an action relates to the specific conduct of the Investor, and claims damages arising from an alleged breach of the obligations set out in this Agreement.* » Voir aussi le modèle d'accord de l'Inde de 2015 notamment les articles 9 à 12.

<sup>400</sup> M. M. Mbengue, « Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *ICSID Review - FILJ*, 2019, vol. 34, n°2, pp. 455-481.

<sup>401</sup> Commission Economique pour l'Afrique (2016-03) *Draft Pan-African investment code*, ONU, 35<sup>ème</sup> session du Comité d'experts, 31 mars-2 avril, Addis-Abeba, Ethiopie, document n° E/ECA/COE/35/18 AU/STC/FMEPI/EXP/18(II). Voir aussi M. M. Mbengue, « Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime », *op. cit.*, note n° 397, pp. 371-378.

différends transnationaux]. »<sup>402</sup>

**251.** Le modèle d'accord adopté par la Slovaquie prévoit quant à lui la possibilité que l'Etat présente des demandes reconventionnelles dans un cadre plus étroit puisqu'il peut « *submit a counterclaim related to the investment that the claimant has contributed to the damage by its conduct or negligence or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages.* »<sup>403</sup>

**252.** On peut admettre sans grande difficulté que si ces accords venaient à être au cœur d'un différend ou entrer en vigueur, leurs dispositions ne laisserait planer aucun doute quant à la compétence reconventionnelle de l'arbitre. Même s'il n'existe pas de différend portant sur l'application ou l'interprétation de ces accords (et *a fortiori* de ces modèles d'accords), ceux-ci confirment néanmoins l'émergence d'une pratique soucieuse de pondérer la nature unilatérale de l'arbitrage transnational en attribuant explicitement aux tribunaux une compétence sur les demandes reconventionnelles.

**253.** La contribution du droit de présenter des demandes reconventionnelles au développement d'un rapport plus équilibré entre Etats et investisseurs avait d'ailleurs été soulignée par la France à l'occasion des négociations très controversées et finalement abandonnées<sup>404</sup> du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement entre l'Union Européenne et les Etats-Unis. Ces négociations avaient donné à la France l'occasion de présenter à la Commission européenne plusieurs propositions de rédaction « pour contribuer à la réflexion en cours sur l'amélioration des dispositions relatives à la protection des investissements et au règlement des différends »<sup>405</sup>. Parmi ces propositions, la France avait souligné l'importance des demandes reconventionnelles dans les termes suivants :

« La possibilité pour les tribunaux arbitraux de statuer sur des demandes reconventionnelles de l'Etat défendeur, sous réserve que ces demandes aient un lien suffisant avec les faits en cause dans le litige principal, pourrait également être envisagée. La possibilité

---

<sup>402</sup> Modèle de TBI du Maroc, 2019, [disponible sur le site de la CNUCED].

<sup>403</sup> Modèle d'investissement de la Slovaquie, article 15, 2019 [disponible sur le site de la CNUCED].

<sup>404</sup> En raison du retrait des Etats-Unis des accords de Paris sur le climat, le Conseil de l'UE a déclaré que « *[t]he negotiating directives for the Transatlantic Trade and Investment Partnership must be considered obsolete and no longer relevant* » et décidé de limiter le mandat de la Commission « *to open negotiations with the United States for an agreement on the elimination of tariffs for industrial goods.* » Conseil de l'Union européenne, « *Council decision authorising the opening of negotiations with the United States of America for an agreement on the elimination of tariffs for industrial goods* », doc n° 6052/19, 9 avril 2019, accessible en ligne [https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index\\_fr.htm](https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_fr.htm).

<sup>405</sup> « Vers un nouveau moyen de régler les différends entre un Etat et un investisseur », propositions du gouvernement Français à la Commission Européenne, mai 2015, p. 2. (Accessible en ligne: [https://www.data.gouv.fr/s/resources/corpus-de-documents-relatif-aux-negociations-commerciales-internationales-en-cours-ttip-et-ceta/20151022-154940/20150530\\_ISDS\\_Papier\\_FR\\_VF.pdf](https://www.data.gouv.fr/s/resources/corpus-de-documents-relatif-aux-negociations-commerciales-internationales-en-cours-ttip-et-ceta/20151022-154940/20150530_ISDS_Papier_FR_VF.pdf), dernière consultation le 1<sup>er</sup> décembre 2020.)

donnée à un tribunal arbitral de statuer sur des demandes reconventionnelles permettrait de rééquilibrer les droits des Etats et les droits des investisseurs à l'occasion d'un litige porté devant une instance arbitrale. Elle serait de nature à renforcer la position de la défense. »<sup>406</sup>

**254.** Toutefois, l'appropriation de la compétence reconventionnelle par l'arbitre s'est faite à travers l'interprétation d'accords d'investissement, qui sans les exclure, restent silencieux sur la question. Dans ces cas-là, l'identification de la compétence de l'arbitre et du consentement des parties aux demandes reconventionnelles sont soumises à des approches divergentes. Se rapprochant de la pratique suivie dans le contentieux international, qu'il soit contractuel ou interétatique, une partie de la jurisprudence est d'avis que le consentement aux prétentions reconventionnelles est implicitement acquis par le recours à l'arbitrage. Cette approche ne fait toutefois pas l'unanimité.

## *II. La théorie du consentement implicite de l'investisseur aux prétentions reconventionnelles de l'Etat*

**255.** Il est évidemment toujours possible que l'investisseur consente expressément ou tacitement en cours de procédure aux demandes reconventionnelles de l'Etat, ce qui permet de lever tout obstacle d'incompétence. C'est ce qu'il est permis de déduire du différend *Burlington c. Equateur*<sup>407</sup>, qui a fait l'objet d'une sentence intérimaire sur la substance de l'action reconventionnelle sans avoir soulevé de problème de compétence<sup>408</sup>.

**256.** A défaut d'un consentement ou d'une énonciation explicite du droit de formuler des demandes reconventionnelles dans le traité, le critère d'identification de la compétence s'attarde – sans se polariser – sur la clause de règlement des différends. Une pluralité d'indices peut être prise en compte pour identifier ou écarter une compétence reconventionnelle. Pour emprunter une terminologie des organes de l'OMC, la détermination du consentement des parties aux demandes reconventionnelles suit un processus de « soupesage et une mise en

---

<sup>406</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>407</sup> *Burlington Resources, Inc. c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 155, par. 60. En l'espèce, les parties avaient signé un accord pour que l'ensemble des questions relatives au différend, y compris les demandes reconventionnelles soit déferé au tribunal arbitral.

<sup>408</sup> Article 9 du TBI entre la France et l'Equateur (7 septembre 1994) : « Si un tel différend survient et si aucun accord entre les Parties n'est trouvé dans un délai de six mois, au moyen de recours juridictionnels dans le cadre national ou autrement, alors si le national ou la société concerne consent par écrit à soumettre le différend au Centre pour qu'il soit régié par conciliation ou par arbitrage conformément à la Convention, n'importe laquelle des Parties peut entamer une procédure en adressant une demande à cet effet au secrétaire général du Centre conformément aux dispositions des articles 28 et 36 de la Convention. En cas de désaccord sur laquelle des deux méthodes, conciliation ou arbitrage, est le procédé le plus approprié, le national ou la société concerne aura le droit de choisir ».

balance »<sup>409</sup>, de plusieurs éléments. Ainsi, la catégorie des différends couverts par « l'offre juridictionnelle »<sup>410</sup>, la manière dont l'arbitrage peut être activé, la désignation d'un règlement d'arbitrage ou encore les clauses substantielles du traité sont des facteurs que certains tribunaux vont prendre en compte pour établir leur compétence sur les demandes reconventionnelles. Le consentement de l'investisseur sur les réclamations de l'Etat sera présumé acquis notamment lorsque le traité permet aux deux parties d'introduire une demande d'arbitrage et que l'engagement arbitral de l'Etat couvre « les différends relatifs aux investissements » (A). Lorsque le traité limite la compétence du tribunal « aux différends relatifs à la violation d'obligations contenues dans le traité » ou qu'il place l'Etat dans une posture de « perpétuel défendeur »<sup>411</sup>, le « principe » de la compétence reconventionnelle exigera un examen plus approfondi mais ne sera pas exclu (B).

#### ***A. Présomption de compétence reconventionnelle au regard de la réciprocité et de l'étendue de la clause d'arbitrage***

**257.** Les tribunaux constitués sous l'égide des règles de la CNUDCI ont ouvert le champ des discussions sur la compétence reconventionnelle de l'arbitre habilité à résoudre « tout différend relatif à l'investissement ». Par trois affaires successives, ils en ont affiné la conception.

**258.** Selon le Tribunal de l'affaire *Saluka c. République Tchèque*, le mandat pour régler « *all disputes concerning an investment* »<sup>412</sup> pouvant être activé par les deux parties était suffisamment large pour admettre une compétence « de principe » sur les demandes reconventionnelles :

*« The Tribunal agrees that, in principle, the jurisdiction conferred upon it by Article 8 particularly when read with Article 19.3, 19.4 of the UNCITRAL Rules, is in principle wide enough to encompass counterclaims. The language of Article 8, in referring to 'All disputes' is wide enough to include disputes giving rise to counterclaims, so long, of course, as other relevant requirements are also met. [The wording of Article 8] carries with it no implication*

---

<sup>409</sup> Terme emprunté à l'organe de règlement des différends de l'OMC au sujet des exceptions générales. Voir Rapport du Groupe spécial, *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, 21 décembre 2009, WT/DS363/AB/R, par. 242.

<sup>410</sup> S. Lemaire, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, III. Les demandes reconventionnelles de l'Etat », *Revue de l'arbitrage*, 2017, n° 2, p. 687.

<sup>411</sup> T. Schultz, « The State a perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations », *op. cit.* note n° 376.

<sup>412</sup> TBI Pays-Bas – République Tchèque, article 8 (2), (29 avril 1991): « *Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.* »

*that Article 8 applies only to disputes in which it is an investor which initiates claims* »<sup>413</sup>.

**259.** La doctrine est généralement du même avis. Ainsi que l'observe Z. Douglas, l'étendue de la compétence *ratione materiae* prévue par la clause d'arbitrage est un élément important pour apprécier la compétence reconventionnelle : « *the jurisdiction ratione materiae of an international tribunal extends to counterclaims unless expressly excluded by the constitutive instrument.* »<sup>414</sup>. De même, A. Bjorklund considère que les clauses d'arbitrage étendues à « tout différend relatif aux investissements » ou similaires, « *appears to be more conducive to counterclaims compared to narrow ISDS clauses that limit arbitrable claims to those alleging the breach of a treaty provision.* »<sup>415</sup>. Pour E. Gaillard, lorsque la clause d'arbitrage est étendue, « [s]i l'Etat reproche à l'investisseur d'avoir failli à ses obligations relatives à l'investissement, il s'agit bien d'un litige 'relatif à l'investissement' tel que défini par le traité »<sup>416</sup>.

**260.** Ainsi, sans donner prépondérance à la réciprocité de la clause d'arbitrage qui permettait en l'espèce à l'Etat comme à l'investisseur d'être demandeur, le tribunal *Saluka* a pris en compte l'étendue de la clause d'arbitrage et les prétentions des parties pour établir une compétence *prima facie* sur les prétentions reconventionnelles : « *the Tribunal must for purposes of determining its jurisdiction look at them objectively, in their terms as pleaded, and consider whether there is at least a reasonable possibility that they could be determined, after subsequent proceedings on the merits, in the Respondent's favour* ».<sup>417</sup>

**261.** Cette approche a ultérieurement été confirmée par le Tribunal dans l'affaire *Paushok c.*

---

<sup>413</sup> *Saluka Investments BV c. République Tchèque*, Affaire C.P.A n° 2001-04 (CNUDCI), décision sur la demande reconventionnelle de la République Tchèque, 7 mai 2004, par. 44: « *The Tribunal agrees that, in principle, the jurisdiction conferred upon it by Article 8 particularly when read with Article 19.3, 19.4 of the UNCITRAL Rules, is in principle wide enough to encompass counterclaims. The language of Article 8, in referring to 'All disputes' is wide enough to include disputes giving rise to counterclaims, so long, of course, as other relevant requirements are also met. [The wording of Article 8] carries with it no implication that Article 8 applies only to disputes in which it is an investor which initiates claims* » (ci-après « *Saluka c. République Tchèque* »).

<sup>414</sup> Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, *op. cit.*, note n° 165, p. 256.

<sup>415</sup> A. Bjorklund, « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *op. cit.*, note n° 194, p. 468; C. Schreuer, « Consent to Arbitration », in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer (dir.), OUP, 2008, p. 838 : « *Many BITs consent clauses contain phrases such as 'all disputes concerning an investment'... These provisions do not restrict a tribunal's jurisdiction to claims arising from the BIT's substantive standards. By their own terms, these consent clauses encompass disputes that go beyond the interpretation and application of the BIT and would include disputes that arise from a contract in connection with the investment* ».

<sup>416</sup> E. Gaillard, « L'avenir des traités de protection des investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage international*, Ch. Leben (dir.), Pedone, 2015, p. 1039.

<sup>417</sup> *Saluka c. République Tchèque*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 413, par. 36.

*Mongolie*<sup>418</sup>, saisi sur la base d'une clause compromissoire similaire<sup>419</sup>, d'un différend relatif à un contrat d'exploitation minière. Pour retenir sa compétence sur les demandes reconventionnelles – mais les rejeter pour des raisons d'irrecevabilité<sup>420</sup> – le Tribunal s'est appuyé le raisonnement de l'affaire *Saluka*<sup>421</sup>. La similarité de rédaction des clauses compromissoires dans les deux affaires permettait d'englober les demandes reconventionnelles pour autant que celles-ci soient suffisamment liées à l'objet du différend. Ainsi, le Tribunal est directement entré dans l'analyse de la recevabilité des demandes reconventionnelles (la condition de connexité) postulant que le consentement de l'investisseur sur la compétence reconventionnelle du Tribunal était acquis.

**262.** Une troisième affaire CNUDCI a permis de renforcer cette lignée jurisprudentielle qui établit sa compétence au regard de l'étendue de la clause d'arbitrage sans donner prépondérance à la manière dont la procédure sera engagée. Dans l'affaire *Al Warraq c. Indonésie*, l'*Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les Etats membres de l'Organisation de la Conférence Islamique* donnait lui aussi à l'Etat comme à l'investisseur le droit d'engager la procédure pour « les litiges résultants de cet accord »<sup>422</sup>. Le différend relatif à l'échec d'un investissement dans le secteur bancaire privatisé par l'Etat avait été introduit par l'investisseur qui estimait notamment avoir subi une atteinte au traitement juste et équitable et à la sécurité pleine et entière. L'Indonésie avait présenté une demande reconventionnelle fondée sur la violation du droit national par l'investisseur. Analysant sa compétence, le Tribunal a jugé que la dimension asymétrique de l'arbitrage ne devait pas empêcher l'analyse des demandes reconventionnelles pour autant que ces demandes aient une identité d'objet avec la demande principale :

« *Counterclaims are problematic in investment arbitration because of the 'inherently asymmetrical character' of an investment treaty. However, as a matter of principle tribunals*

---

<sup>418</sup> *Sergei Paushok CJSC Golden East Company CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie*, Affaire CNUDCI, sentence, 28 avril 2011 (ci-après « *Paushok c. Mongolie* »).

<sup>419</sup> *Ibid*, par. 668, article VI du TBI Russie-Mongolie traduit dans la sentence: « *Disputes between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party, arising in connection with the realization of investments, including disputes concerning the amount, terms or method of compensation of payment of the compensation, shall, whenever possible, be settled through negotiations. If in this way the dispute is not resolved within six months from the date of its occurrence, its consideration may be referred to [arbitration...]* »).

<sup>420</sup> *Infra*, Titre 2.

<sup>421</sup> *Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, paras. 688-689: « *the analysis made by the [Saluka] tribunal in that case is very relevant to this one... The language of Article 8, in referring to "all disputes" is wide enough to include disputes giving rise to counterclaims, so long, of course, as other relevant requirements are also met.* »

<sup>422</sup> Article 17 (2) du traité de l'Organisation de la conférence islamique (5 juin 1981) : « Si les deux parties en litige ne sont pas parvenues à un accord par suite de leur recours à la conciliation ou si le conciliateur ne réussit pas à présenter son rapport dans le délai déterminé, ou si les deux parties ne s'accordent pas sur les solutions proposées, chaque partie aura le droit de recourir au tribunal arbitral pour trancher le litige. »

*should be able to hear closely connected investment counterclaims arising under the investment contract. Otherwise the maxim pacta sunt servanda operates in only one direction ... The Tribunal found that [...] if the dispute is not resolved amicably then "each party" [...] may resort to arbitration. A party may exercise 'a right to resort to arbitration' either by commencing the arbitration itself, or making a counterclaim if the other party commences the arbitration first. »*<sup>423</sup>

**263.** La possibilité donnée aux deux parties d'introduire une demande est ici utilisée comme un indice parmi d'autres pour constater l'existence d'un consentement implicite de l'investisseur aux demandes reconventionnelles. Le tribunal *Al-Warraq* a élargi son investigation au regard d'autres éléments dans le traité permettant d'identifier un consentement implicite des parties à la compétence sur les demandes reconventionnelles. Il a analysé l'objet de la clause compromissoire se référant aux « *disputes* ». Selon lui, la référence « aux différends » sans précision supplémentaire « *d[id] not limit the type of disputes* »<sup>424</sup> et pouvait être considérée comme « *includ[ing] disputes between States and investors* »<sup>425</sup>. Il a également renforcé le principe de sa compétence sur les réclamations de l'Etat, du fait de l'existence d'obligations à la charge de l'investisseur dans le traité de l'Organisation des Etats de la conférence Islamique<sup>426</sup> ainsi que par la désignation du Règlement CNUDCI qui prévoit la possibilité de présenter des demandes reconventionnelles<sup>427</sup>.

**264.** Innovante sur l'analyse substantielle des demandes reconventionnelles et celle de la connexité<sup>428</sup>, le Tribunal *Urbaser c. Argentine* a également présumé sa compétence sur les demandes reconventionnelles argentines au motif que la clause de règlement des différends étendue aux « *disputes in connection with investments* »<sup>429</sup> donnait aux deux parties le droit d'introduire une procédure arbitrale :

« *It further follows from the dual possibility to initiate an arbitration that the BIT does*

---

<sup>423</sup> *Al Warraq c. Indonésie*, Affaire CNUDCI, sentence, 15 décembre 2014, paras. 663, 669.

<sup>424</sup> *Ibid*, par. 667

<sup>425</sup> *Ibid*, par. 661.

<sup>426</sup> En vertu de l'article 9 du Traité : « L'investisseur s'engage à respecter les lois et règlements en vigueur dans le Pays Hôte et devra s'abstenir de tout ce qui est de nature à perturber l'ordre public et les mœurs et à porter atteinte à l'intérêt public. Il devra s'abstenir aussi d'entreprendre des activités contraignantes ou de réaliser des gains par des moyens illicites. »

<sup>427</sup> *Al Warraq c. Indonésie*, *op. cit.*, note n°423, par. 664.

<sup>428</sup> *Infra*, Chapitre 3, note n° 1038; Chapitre 4, paras.835- 836; Chapitre 6, paras.1096-1101

<sup>429</sup> Article X du TBI entre l'Argentine et l'Espagne (3 octobre 1991) : « *Disputes arising between a Party and an investor of the other Party in connection with investments within the meaning of this Agreement shall, as far as possible, be settled amicably between the parties to the dispute. Where a dispute within the meaning of paragraph 1 cannot be settled within six months from the date on which one of the parties to the dispute instigated it, it shall, at the request of either party, be submitted to the competent tribunals of the Party in whose territory the investment was made.* »

*include in the dispute resolution mechanisms retained in Article X the hypothesis of a counterclaim... Indeed, when both parties are entitled to lodge a claim, it cannot happen that in acting first one party could prevent the other from raising its claim... Article X of the BIT provides for a possibility of a host State submitting a claim or a counterclaim to international arbitration. Therefore when seized with such a claim, the Tribunal must assume its competence provided that Respondent submits a claim based prima facie on a dispute relating to an investment covered by the BIT and to facts that if established as alleged may constitute violations of rights and obligations that are within the scope of the arbitration agreement governed by Article X. »<sup>430</sup>*

**265.** Mais contrairement aux affaires *Al-Warraq*, *Saluka* et *Paushok*, la réciprocité du droit d'engager une procédure arbitrale a été appréhendée comme un critère déterminant pour établir un consentement implicite de l'investisseur sans qu'il ne soit nécessaire d'élargir le champ des investigations à d'autres dispositions conventionnelles.

**266.** Ainsi, les affaires *Al-Warraq*, *Saluka*, *Paushok* et *Urbaser* déduisent que le consentement de l'investisseur aux prétentions reconventionnelles de l'Etat est implicitement présent lorsque la clause de règlement des différends permet à chacune des parties d'avoir des réclamations contre l'autre. Hormis la sentence *Urbaser*, qui n'a pas poussé plus loin l'examen, le lieu d'énonciation de la compétence sur les prétentions reconventionnelles ne s'est pas limité à la manière dont la procédure arbitrale pouvait être engagée, mais a bien été étendu à d'autres considérations telles que l'étendue de la clause de règlement des différends ou la présence d'obligations au sein même du traité et lorsqu'elle est applicable, l'esprit de la Convention CIRDI<sup>431</sup>.

**267.** La mise en œuvre d'un processus de « soupesage » des éléments pour apprécier l'existence d'un consentement est une opération justifiée au regard de la nature incidente de la demande reconventionnelle qui mobilise l'arbitre sur sa fonction d'administrateur de la justice. Dès lors, *sauf accord contraire des parties*, aucune exclusion de principe ne serait applicable

---

<sup>430</sup> *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016, paras. 1144, 1153 (ci-après « *Urbaser c. Argentine* »).

<sup>431</sup> *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan*, décision sur la compétence et la responsabilité, Affaire CIRDI n° ARB/12/1, 10 novembre 2017, paras. 1417-1418 : « *The language used in Article 13(1) and (2) of the Treaty makes clear that both sides, i.e., the investor and the host State, may initiate ICSID proceedings with regard to disputes relating to an investment ... while the Tribunal agrees with Claimant that Article 13(5) does not explicitly authorize a State to raise counterclaims, the provision is nevertheless premised on the assumption that the State may in fact do so ... In the Tribunal's view, not only the language used in Article 13 itself, but also the expressed intention of the authors of the ICSID Convention not to provide for a « one-way street » for investors... As to the further question whether the scope of consent extends to counterclaims that are not based on violations of the Treaty, the Tribunal considers that the language used in Article 13(1) of the Treaty, i.e., « dispute ... relating to an investment, » indicates that the scope of consent is not limited to disputes based on Treaty violations. »*

lorsque la clause de règlement des différends comporte une limite matérielle – relative à la catégorie des différends – ou une limite personnelle – relative au titulaire du droit d'introduire une demande d'arbitrage.

***B. Compétence reconventionnelle « de principe » en vertu des clauses d'arbitrage plaçant l'Etat dans une position de perpétuel défendeur***

**268.** Les clauses d'arbitrage qui limitent la compétence matérielle ou personnelle du tribunal arbitral peuvent forger la perception que l'Etat est placé dans la position de perpétuel défendeur et ne saurait avoir de prétentions contre l'investisseur. Toutefois, pour une partie des tribunaux, cette perception n'est pas absolue et ne saurait exclure la compétence sur les demandes reconventionnelles. Suivant une mise en balance des éléments présents dans le traité, une lignée jurisprudentielle admet le principe de sa compétence sur les demandes reconventionnelles de l'Etat lorsque la clause d'arbitrage, tout en permettant aux deux parties de saisir les tribunaux arbitraux, limite la compétence du tribunal aux différends relatifs au traité (2) ou lorsque le traité octroie une compétence matérielle étendue « aux différends d'investissement » mais ne donne qu'à l'investisseur le droit d'introduire une requête d'arbitrage par une clause d'arbitrage « optionnelle non-réciproque »<sup>432</sup> (1). Sans préjuger de la réalité du lien de connexité et du succès de la prétention reconventionnelle, cette approche maintient la présomption de consentement implicite de l'investisseur aux demandes reconventionnelles.

***1. Clauses d'arbitrage non-réciproques et compétence matérielle étendue***

**269.** Certains tribunaux ont également accepté le principe de leur compétence lorsque le traité ne donne qu'à l'investisseur la possibilité de saisir les tribunaux arbitraux. Même dans ces cas-là, le consentement serait implicitement présent par le recours à l'arbitrage. Dans un différend opposant un investisseur américain à l'Estonie<sup>433</sup>, le Tribunal a rejeté la demande reconventionnelle de l'Etat pour défaut de connexité et d'identité des parties<sup>434</sup>, sans faire cas d'un problème de consentement de l'investisseur. Le traité ne donnait qu'à l'investisseur la

---

<sup>432</sup> W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, op. cit., note n° 362, p. 8.

<sup>433</sup> *Alex Genin c. Estonie*, Affaire CIRDI n° ARB99/2, sentence, 25 juin 2001, par. 376.

<sup>434</sup> *Ibid*, par. 51 : « A question also arises, which need not be and is not answered here, as to whether Respondent is the proper party to the request set out in its counterclaim. Without deciding the issue, the Tribunal notes that, even if the facts alleged by Respondent in support of its counterclaim were true, the proper claimant of the sums in question is arguably not the Republic of Estonia but the Liquidation Committee of EIB. ».

possibilité d'engager une procédure arbitrale pour les différends « *relating to: an investment agreement between that Party and such national or company; an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority to such national or company; or an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment* »<sup>435</sup>. L'investisseur n'a pas contesté la compétence du tribunal sur la réclamation reconventionnelle. Ce point n'a pas été mentionné par le tribunal dans l'analyse de sa compétence mais a été interprété comme un exemple de consentement tacite de l'investisseur<sup>436</sup>, en cours de procédure, aux demandes reconventionnelles de l'Etat. Sans entrer dans une discussion sur la réalité du consentement de l'investisseur, le Tribunal s'est contenté de rejeter les prétentions reconventionnelles de l'Etat réclamant le remboursement des sommes transférées à l'investisseur à la suite d'une opération de privatisation d'une banque<sup>437</sup>.

**270.** De même, dans l'affaire *Inmaris c. Ukraine*, la clause de règlement des différends du TBI entre l'Allemagne et l'Ukraine ne permettait qu'à l'investisseur de saisir l'arbitre pour toute « *divergencies with regards to investments* »<sup>438</sup>. Sans focaliser sur le fait que seul l'investisseur pouvait engager la procédure contre l'Etat, le Tribunal a reconnu en un paragraphe sa compétence, se fondant notamment sur l'étendue de la clause compromissoire :

« *The Tribunal has jurisdiction to decide Respondent's counterclaim. Article 11 of the BIT confers on the Tribunal jurisdiction over disputes 'with regard to investments between either Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party.'* Respondent's counterclaim is a dispute between it and Claimants 'with regard to [Claimants'] investments'; further, it is a component of the larger dispute that Claimants have consented to submit to this arbitration. Therefore, Respondent's counterclaim is within the scope of the Tribunal's jurisdiction. »<sup>439</sup>

**271.** Enfin, dans l'affaire *Muhammet Çap Turkmenistan* le Tribunal n'a pas fait cas d'une absence de consentement de l'investisseur aux demandes reconventionnelles de l'Etat alors que le traité prévoyait une clause d'arbitrage non-réciproque pour les « *disputes..in connection with*

---

<sup>435</sup> TBI Etats-Unis - Estonie, article VI (1) (19 avril 1994).

<sup>436</sup> H. E. Kjos, « Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, note n°165, p. 24.

<sup>437</sup> *Alex Genin c. Estonie*, sentence, *op. cit.*, note n° 433, par. 377.

<sup>438</sup> Traduction du Tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et autres c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB 08/8, décision sur la compétence, 8 mars 2010 : « *Divergencies with regards to investments between either Contracting party and a national or company of the other contracting party, if they cannot be settled amicably within a period of six months, shall be subjected to arbitration proceedings at the request of the national or the company of the Contracting Party* ».

<sup>439</sup> *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et autres c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB 08/8, sentence, 1 mars 2012, par. 432 (sentence partiellement publiée, ci-après « *Inmaris c. Ukraine* »). La demande reconventionnelle de l'Etat réclamant le remboursement des coûts de maintien du navire de tourisme pour lequel l'investisseur alléguait avoir été exproprié a été rejetée au motif que l'Etat était à l'origine de son propre dommage.

*his investment* ». Pour refuser de se prononcer au fond sur les demandes reconventionnelles du Turkmenistan relatives aux violations des contrats le liant à l'investisseur turc pour la construction de plusieurs infrastructures, le Tribunal est directement entré dans l'analyse de la connexité des demandes reconventionnelles avec l'objet du différend<sup>440</sup>.

**272.** Succinctement rédigés, ces extraits des affaires *Alex Genin c. Estonie* et *Inamris c. Ukraine* et *Cap c. Turkmenistan* font ressortir que la compétence sur des prétentions reconventionnelles s'apprécie plutôt au regard de l'étendue matérielle de la clause de règlement des différends qu'au regard de la manière dont l'arbitrage peut être activé. Il existerait donc un consentement implicite de l'investisseur aux prétentions nées en cours de procédure, qui sera renforcé par l'étendue de l'offre juridictionnelle. D'après cette interprétation, la non-réciprocité du droit d'introduire une requête d'arbitrage n'a pas pour effet de renverser la présomption de consentement implicite de l'investisseur à la compétence d'un tribunal sur les demandes reconventionnelles, qui existe notamment lorsque le traité<sup>441</sup> ou le contrat<sup>442</sup> donne aux deux parties le droit d'introduire une requête contre l'autre. En introduisant une action contre l'Etat, le demandeur sous-entend qu'il investit le tribunal d'une compétence pour se prononcer sur l'ensemble des réclamations entrant dans le champ de la clause de règlement des différends.

**273.** Décidée la même année, l'affaire *Goetz c. Burundi*<sup>443</sup> confirme de manière plus décisive<sup>444</sup> la théorie du consentement implicite de l'investisseur aux demandes reconventionnelles<sup>445</sup>. A l'instar du Tribunal *Inmaris c. Ukraine*, le Tribunal CIRDI a accepté d'étudier la demande reconventionnelle sur le fond alors que seul l'investisseur était habilité à introduire une procédure contre l'Etat. Le traité donnait compétence au tribunal pour tout différend relatif à l'investissement, défini « *notamment* comme toute allégation de la violation

---

<sup>440</sup> *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti.c. Turkmenistan*, Affaire CIRDI n°ARB/12/6, sentence, 4 mai 2021, par. 713: « *The subject-matter of the present dispute is limited to international claims and excludes claims arising out of the Disputed Contracts. The Tribunal has not considered the contractual differences between the Parties arising from the Disputed Contracts. As the Tribunal has not accepted jurisdiction over Claimants' contractual claims, Respondent's condition for its counterclaims to be determined by the Tribunal is not satisfied. Accordingly, the Tribunal will not consider Respondent's counterclaims based on the same contractual arrangements. The Tribunal will only address the Disputed Contracts' claims in context of Claimants' expropriation claim. For this reason, the Tribunal's jurisdiction to determine Respondent's counterclaims is moot; the merits of the counterclaims are properly to be determined in the Arbitration Court of Turkmenistan.* »

<sup>441</sup> *Supra*, par. 257 et suiv.

<sup>442</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 119 et suiv.

<sup>443</sup> *Antoine Goetz et consorts SA Affinage des métaux c. République du Burundi* (Goetz II), Affaire CIRDI n°ARB/01/2, sentence, 21 juin 2012, paras. 279-280 (ci-après « *Goetz c. Burundi* (II) »).

<sup>444</sup> T. Kendra, « State Counterclaims in Investment Arbitration- A new lease of life? », *Arbitration International*, vol. 29, n° 4, 2013, p. 576.

<sup>445</sup> A. M. Steingruber, « *Antoine Goetz and others v Republic of Burundi* Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-based ICSID Arbitrations », *ICSID Review - FILJ*, 2013, vol. 28, n° 2, pp. 291-300.

du traité »<sup>446</sup>. L'affaire se distingue comme un exemple du cas où l'Etat formulait une demande reconventionnelle sur le fondement d'un rapport « quasi contractuel » relatif à l'octroi d'un certificat de zone franche, alors qu'il était poursuivi à titre principal sur la base d'un traité<sup>447</sup>. Le tribunal a considéré que l'investisseur ne pouvait limiter son consentement aux griefs imputables à l'Etat et qu'au contraire, le consentement des parties pouvait viser tout différend relatif à l'investissement, peu importe que le traité n'en prévoie expressément la possibilité<sup>448</sup>.

**274.** Pour asseoir son interprétation, le Tribunal a endossé la théorie du consentement implicite de l'investisseur exprimée par M. Reisman dans l'affaire *Spyridon Roussalis*<sup>449</sup> et prêté à l'article 46 de la Convention CIRDI une filiation avec l'article 80 du Règlement de la C.I.J.<sup>450</sup> :

« Le Tribunal observe que l'article 46 de la Convention et l'article 40 du Règlement d'arbitrage sont directement inspirés de l'article 80 du Règlement de procédure de la Cour internationale de Justice qui, à l'époque de l'élaboration du Règlement d'arbitrage, disposait qu'[u]ne demande reconventionnelle peut être présentée pourvu qu'elle soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse et qu'elle relève de la compétence de la Cour'. Modifiant légèrement cette rédaction, les auteurs de la Convention ont précisé que le consentement des parties était en outre requis pour que le Tribunal arbitral ait compétence. Mais cette condition n'ajoute rien puisque ce consentement est l'une des conditions de la compétence du Tribunal. »<sup>451</sup>

**275.** En jugeant que la condition du consentement mentionnée à l'article 46 « n'ajoute rien », le tribunal *Goetz c. Burundi* exprime l'idée que le consentement de l'investisseur à l'arbitrage

---

<sup>446</sup> « Pour l'application du présent article, un différend relatif à un investissement est défini comme un différend concernant : a) l'interprétation ou l'application d'un accord particulier d'investissement entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante ; b) l'interprétation ou l'application de toute autorisation d'investissement accordée par les autorités de l'Etat hôte régissant les investissements étrangers ; c) l'allégation de la violation de tout droit conféré ou établi par la présente Convention en matière d'investissement. 2. Tout différend relatif aux investissements fait l'objet d'une notification écrite, [...] établi à l'initiative de l'investisseur de l'une des Parties, à l'autre Partie contractante. »

<sup>447</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 269. *Infra*, Chapitre 4, section 2, par. 789.

<sup>448</sup> *Ibid.*, par. 278.

<sup>449</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 171 : « when the parties contingently consent, inter alia, to ICSID jurisdiction, the consent component of Article 46 of the Washington Convention is ipso facto imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue »

<sup>450</sup> Pour justifier ce lien, le Tribunal présidé par G. Guillaume, s'est référé en note de bas de page au Règlement de la Cour en ces termes : « Règlement du 14 avril 1978. Le texte actuel entré en vigueur le 1er février 2001 contient des dispositions identiques. Logiquement, il place seulement la condition de compétence de la Cour avant la condition de recevabilité de connexité directe », sans relever qu'au moment de l'adoption de la Convention de Washington (1965) en 1965, la version du règlement de 1946 était celle applicable. « Lorsque l'instance a été introduite par requête, une demande reconventionnelle peut-être présentée dans les conclusions du contre-mémoire pourvu que cette demande soit en connexité directe avec l'objet de la requête et qu'elle entre dans la compétence de la Cour. Si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la requête n'est pas apparent, la Cour, après examen, décide s'il y a lieu ou non de joindre cette demande à l'instance primitive. » ; *Supra*, Introduction, par.53.

<sup>451</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, paras. 273-274.

exprimé dans la requête suffit pour transférer au tribunal saisi une compétence implicite pour décider ou non de se saisir de prétentions reconventionnelles. Ce raisonnement repose sur la nature incidente de la reconvention en vertu de laquelle : « le consentement des parties à l'instance principale, perd de son importance. [pour les questions incidentes].. Les parties sont censées, sauf stipulation contraire dans l'instrument de leur consentement à la juridiction du tribunal, avoir attribué au tribunal les pouvoirs juridictionnels nécessaires à l'accomplissement de sa mission sans que leur consentement *ad hoc* soit requis. »<sup>452</sup>. En outre, la position prise par le tribunal *Goetz c. Burundi* est conforme à la lettre de l'article 46. Ce dernier n'exige pas un consentement *sur* les demandes reconventionnelles, mais simplement que les demandes reconventionnelles « soient *couvertes* par le consentement *des parties* »<sup>453</sup>. Rien ne permet donc de supposer que l'objet du différend tel que défini par la requête de l'investisseur prime sur les termes de l'offre.

**276.** Toutefois, lorsque l'offre est plus précise ou plus restreinte, l'administration de la justice sur les prétentions reconventionnelles requiert un examen plus approfondi mais la présomption de consentement de l'investisseur à la compétence du tribunal n'est pas automatiquement exclue. Le propos vaut en particulier dans le cadre des arbitrages CIRDI puisque l'article 46 relatif aux « demandes accessoires » qui est inclus dans la section sur les « fonctions et pouvoirs du tribunal » et rédigé en termes impératifs (« le tribunal *doit* statuer sur les demandes reconventionnelles »).

## **2. Compétence matérielle plus restreinte**

**277.** La reconnaissance d'un consentement implicite de l'investisseur aux demandes reconventionnelles déduit de l'acceptation de l'offre d'arbitrage est également perceptible dans les cas où la clause de règlement des différends, tout en donnant aux deux parties le droit de recourir à l'arbitrage, limite la catégorie des différends à ceux relatifs à l'application du traité. Puisque la plupart des TBI se concentre sur les obligations de l'Etat à l'égard de l'investisseur, les chances qu'un tribunal accepte d'exercer sa compétence sur les demandes reconventionnelles s'amenuisent. Toutefois, les justifications retenues pour écarter les prétentions reconventionnelles ne se placent pas sur le terrain du consentement de l'investisseur. Présument ce consentement implicitement présent par le recours à l'arbitrage, certains

---

<sup>452</sup> M. Stellakatos Loverdos, *Les procédures incidentes devant les juridictions internationales*, Thèse de doctorat Paris 1, 1993, p. 91.

<sup>453</sup> Article 46 de la Convention CIRDI : « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre. ». (Italiques ajoutés).

tribunaux, en application de leurs pouvoirs implicites, opèrent un examen plus approfondi du rapport entre les prétentions reconventionnelles et l'objet du différend. Deux sentences permettent d'illustrer ce propos.

**278.** Dans l'affaire *Hamester c. Ghana*, le Tribunal était chargé de l'application d'un TBI dont la clause compromissaire limitait la compétence aux différends nés de la violation par l'Etat hôte de ses obligations en vertu du traité, mais donnait aux deux parties le droit d'introduire une requête contre l'autre<sup>454</sup>. Le Tribunal a reconnu l'existence d'une compétence « théorique » sur les demandes reconventionnelles<sup>455</sup>. La demande reconventionnelle a été rejetée au motif que l'Etat n'avait pas suffisamment fondé ses prétentions mais le principe d'une compétence sur ces demandes a bien été retenu :

« *Despite the restricted scope of covered disputes, the BIT recognises that the State party may be 'aggrieved' and 'shall have the right to refer the dispute to arbitration' ... however, in the absence of any submissions on the nature of respondent counterclaim under the BIT, the Tribunal is unable to analyse whether it is capable, in accordance with Article 46 of the Convention, of falling within the parties' scope of consent* »<sup>456</sup>.

**279.** Se référant à la jurisprudence *Saluka* et à l'article 46 de la Convention CIRDI, le Tribunal a donc vérifié la possibilité qu'il se prononce sur des réclamations reconventionnelles « *despite the restricted scope of covered disputes* » puisque « *it has in theory been accepted that a respondent State could have a right of action to file a counterclaim against an investor under a bilateral investment treaty* »<sup>457</sup>.

**280.** Il est difficile d'établir avec précision le sens de l'expression « admission théorique » des demandes reconventionnelles, mais en se référant à l'insuffisance des arguments de l'Etat, le Tribunal semble prendre pour acquis le principe de sa compétence, qui serait essentiellement déterminée de manière casuistique au regard des éléments probants et des considérations d'administration de la justice. Il n'y aurait donc *a priori* aucune raison d'exclure la possibilité

---

<sup>454</sup> TBI entre l'Allemagne et le Ghana (4 février 1995), article 12: « *Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Treaty in relation to an investment of the former shall as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute. "If the dispute cannot be settled ... it shall be submitted for arbitration if either party to the dispute so requests.* »

<sup>455</sup> *Gustav F. W. Hamester GMBH & Co KG c. République du Ghana*, Affaire CIRDI n° ARB/07/24, sentence, 18 juin 2010, par. 353 (ci-après « *Hamester c. Ghana* ») : « *It has in theory been accepted that a respondent State could have a right of action to file a counterclaim against an investor under a bilateral investment treaty* ».

<sup>456</sup> *Ibid.*, par. 365. Voir aussi *Mr. Franz Sedelmayer c. Fédération de Russie*, CCS, sentence, 10 octobre 1995, par. 39. L'article 10 (2) du TBI liant l'Allemagne à l'URSS autorisait explicitement l'expropriation à condition d'une compensation permettant l'arbitrage à l'initiative des deux parties pour tout différend relatif aux violations des dispositions relatives à l'expropriation et au libre transfert de l'investissement (ci-après « *Sedelmayer c. Russie* »).

<sup>457</sup> *Hamester c. Ghana*, sentence, *op. cit.*, note n° 455, par. 353.

qu'un différend relatif à l'application d'un traité qui ne contient pas d'obligations à la charge de l'investisseur puisse couvrir des réclamations de l'Etat contre l'investisseur.

**281.** C'est pourquoi, pour d'autres tribunaux saisis d'un mandat arbitral restrictif, il paraît plus prudent de régler la question de la compétence reconventionnelle sur le terrain de sa recevabilité. Ainsi, pour dépasser l'ambiguïté créée par une clause compromissoire restrictive, les arbitres analysent la connexité juridique en vérifiant que l'action reconventionnelle est, elle aussi, relative au traité.

**282.** Par exemple, dans le différend *Oxus c. Ouzbékistan*, le Tribunal a décliné sa compétence reconventionnelle pour défaut de connexité juridique, expliquant que : « *The wording of Article 8(1) of the BIT is for this Arbitral Tribunal a clear indication that the Parties' consent to arbitration under the BIT only cover claims from investors against the host State, but not claims from the host State against the investors, to the possible exception of counter-claims having a close connection with the investor's claims* »<sup>458</sup>. Tout en acceptant d'adopter l'interprétation la plus favorable au défendeur, le Tribunal a analysé sa compétence au regard de la nature des obligations invoquées par l'Etat et considéré que toute réclamation ne portant pas exclusivement sur une disposition du traité serait en dehors du mandat arbitral, réduit par la clause compromissoire aux différends nés de la violation des obligations de ce traité<sup>459</sup>.

**283.** Cette approche a le mérite de ne pas exclure la possibilité que, même en présence d'une clause d'arbitrage restreinte aux violations des obligations du traité et non réciproque, un Etat puisse avoir des réclamations reconventionnelles couvertes par le consentement des parties. Sans remettre en cause la théorie du consentement implicite, l'analyse de la compétence reconventionnelle se polarise sur la réalité du lien entre les demandes croisées des parties par rapport aux termes du traité. En effet, certaines clauses des traités peuvent attirer des différends non conventionnels, relatifs à des contrats<sup>460</sup>, ou relatifs à la conformité de l'investissement au droit national. En tout état de cause, l'investisseur est également tenu de respecter les normes impératives telles que l'interdiction de la corruption<sup>461</sup>. Surtout, il n'est pas impossible de déceler au sein des clauses substantielles des traités, telles que le traitement juste et équitable, des obligations à l'égard de l'investisseur<sup>462</sup>.

---

<sup>458</sup> *Oxus Gold plc c. Ouzbekistan, the State Committee of Uzbekistan for Geology Mineral Resources*, Affaire CNUDCI, sentence, 12 décembre 2015, par. 948 (ci-après « *Oxus c. Ouzbekistan* »).

<sup>459</sup> *Ibid.*, par. 954 : « ...in order for the Arbitral Tribunal to have jurisdiction over the counter-claims, it is necessary that there be a close connection between them and the primary claim from which they arose in the sense that the counter-claims must be sufficiently connected to the claims, i.e. arise out of the investment and thereto relating obligations, and may not be matters merely covered by the general law of the Respondent ».

<sup>460</sup> *Infra*, au présent chapitre par. 405 et suivant.

<sup>461</sup> *Infra*, Chapitre 5, paras. 982-996 ; Chapitre 6, paras. 1148-1156

<sup>462</sup> *Infra*, Chapitre 6, par.1067, Chapitre 7, paras. 1278-1281.

**284.** A ce titre, l'apport jurisprudentiel de la sentence *David Aven and al. c. Costa Rica*<sup>463</sup> est digne de mention. Alors que l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, la République Dominicaine et les États-Unis ne donnait compétence au tribunal que pour régler les différends nés de la violation par le *défendeur* du traité ou de tout accord relatif à l'investissement<sup>464</sup>, le Tribunal a accepté le principe de sa compétence sur les demandes reconventionnelles du Costa Rica, reprochant à l'investisseur la violation des normes environnementales applicables à son projet touristique.

**285.** Tout en reconnaissant que le terme « défendeur » faisait référence à l'Etat hôte<sup>465</sup>, le Tribunal en a déduit néanmoins que « *[b]y the same token, however, if only a State that is a Party to DR-CAFTA can be a « respondent», then the Treaty Parties also contemplated the possibility of counterclaims* »<sup>466</sup>.

**286.** Pour parvenir à établir le principe de sa compétence sur les prétentions reconventionnelles, le Tribunal a opéré une analyse inédite des clauses substantielles du traité. Selon lui, il y aurait deux manières de voir les clauses de protection de l'investissement. Celles-ci pouvaient naturellement être appréhendées comme des obligations seulement à la charge de l'Etat suggérant que « *only States can be sued* »<sup>467</sup>. Mais par une interprétation suffisamment rare pour être remarquée, le Tribunal a d'ajouté que « *It could be argued that Section A [national treatment] also contains, at least implicitly, some obligations to investors, especially with respect to the environmental laws of the host State.* »<sup>468</sup>

**287.** C'est donc en explorant le contenu des dispositions normatives et l'existence

---

<sup>463</sup> *David Aven et autres. c. Costa Rica*, Affaire CNUDCI n° UNCT/15/13, sentence finale, 18 septembre 2018. (ci-après « *Aven c. Costa Rica* »).

<sup>464</sup> Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, la République Dominicaine et les États-Unis (« ci-après CAFTA-DR »), Article 10.16 : « *In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation: (a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim (i) that the respondent has breached (A) an obligation under Section A, (B) an investment authorization, or (C) an investment agreement; and (ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and (b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim (i) that the respondent has breached an obligation under Section A, (B) an investment authorization, or (C) an investment agreement. And (ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.* »

<sup>465</sup> *Aven c. Costa Rica* (CNUDCI) sentence finale, *op. cit.*, note n°463, par. 731: « *The Tribunal agrees that, in general, the dispute settlement under DR-CAFTA is conceived for claims against host States* »

<sup>466</sup> *Ibid.*

<sup>467</sup> *Ibid.*, par. 732 : « *In general, Section A of Article 10 sets out only State's obligations, so it may be deducted that only States can be sued and that the investors cannot be respondents even in a counterclaim.* »

<sup>468</sup> *Ibid.*

d'exceptions permettant à l'Etat d'adopter des mesures de protection environnementales<sup>469</sup> que le Tribunal, d'après une interprétation inédite, a envisagé la possibilité qu'un traité puisse contenir des obligations implicites à la charge de l'investisseur dont la violation pourrait être mise à jour par des prétentions reconventionnelles.

**288.** En conséquence, bien que celles-ci aient été rejetées<sup>470</sup>, le Tribunal n'a laissé planer aucun doute sur le principe de sa compétence et considéré que de telles clauses n'exigeaient pas un consentement spécial de l'investisseur dans la mesure où la reconvention de l'Etat portait sur un différend d'investissement<sup>471</sup>. Il y aurait donc une compétence de principe sur les demandes reconventionnelles en lien avec les demandes principales dès lors qu'un investisseur choisit d'unilatéralement introduire une requête contre l'Etat.

**289.** Ainsi, on constate que la théorie du consentement et de la compétence implicites sur les prétentions reconventionnelles, introduite par la voie dissidente de M. Reisman dans l'affaire *Spyridon Roussalis*<sup>472</sup> et confirmée par la sentence *Goetz c. Burundi*<sup>473</sup>, convainc une partie des tribunaux comme étant l'approche la plus appropriée.

**290.** La particularité de cette approche est d'établir que la qualité à agir de l'Etat à titre reconventionnel contre l'investisseur n'est pas déterminée par sa capacité à être demandeur mais bien par sa qualité de défendeur à l'instance. En conséquence, la non-réciprocité des clauses d'arbitrage n'éteint pas les droits procéduraux de la partie défenderesse, dont l'exercice dépend précisément de l'introduction d'une instance. Il n'y a donc pas lieu de déduire que l'impossibilité pour un Etat d'attaquer un investisseur à titre principal correspond à une incapacité de contre-attaquer à titre reconventionnel. L'acceptation de l'investisseur d'une offre implique un consentement au principe d'une compétence arbitrale pour régler les différends couverts par la clause d'arbitrage – fut-elle restrictive – sans préjudice de sa recevabilité. Il

---

<sup>469</sup> CAFTA-DR, articles 10.9.3 et 10.11: «... paragraphs 1(b), (c), and (f), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: (i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; (ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or (iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources. » ; « Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns. »

<sup>470</sup> *Infra*, Chapitre 6, paras. 1096-1107.

<sup>471</sup> *David Aven c. Costa Rica*, sentence finale, *op. cit.*, note n°463, par. 740: « Moreover, Article 10.15 is referred in general to « an investment dispute » while Article 10.16 is applicable when an « investment dispute cannot be settled by consultation or negotiation », which covers the disputes giving rise to counterclaims. The language of Articles 10.15 and 10.16 of DR-CAFTA is in principle wide enough to encompass counterclaims and that Article 10.16 does not imply that it applies only to disputes in which it is an investor which initiates claims ».

<sup>472</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 171 : « when the parties contingently consent, *inter alia*, to ICSID jurisdiction, the consent component of Article 46 of the Washington Convention is *ipso facto* imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue ».

<sup>473</sup> *Supra*, par. 273.

serait alors superflu de rechercher un consentement exprès de l'investisseur sur les demandes reconventionnelles puisque l'objet du consentement à l'arbitrage ne porte pas sur *l'exercice* de la compétence mais sur le principe qu'un tribunal arbitral détient le pouvoir de décider ou non de l'exercer.

**291.** La doctrine a commenté la théorie du consentement implicite notamment développée dans l'affaire *Goetz c. Burundi* de manière contrastée. Certains ont salué la manière dont le tribunal a interprété la condition du consentement telle qu'énoncée à l'article 46 et celle de la compétence<sup>474</sup>, d'autres ont vu dans cette interprétation le risque de créer une confusion entre la possibilité de formuler une demande reconventionnelle *per se* et la possibilité qu'un tribunal reconnaisse que la demande entre dans le champ de sa compétence.<sup>475</sup>

**292.** Il est difficile de déterminer pourquoi ce risque serait de nature à remettre en cause la théorie du consentement implicite aux demandes reconventionnelles. Comme la plupart des demandes principales et incidentes (demandes additionnelles, demandes d'intervention, demandes d'indication de mesures provisoires) l'objet des demandes porte moins sur l'existence ou la titularité des droits procéduraux que sur les conditions pour lesquelles le requérant considère que les conditions d'exercice de ce droit sont remplies.

**293.** Toutefois, force est de reconnaître que l'existence d'un consentement implicite de l'investisseur aux demandes reconventionnelles est loin de faire l'unanimité. Un examen plus fourni de la jurisprudence montre en réalité que l'appréciation de la compétence reconventionnelle et l'identification du consentement de l'investisseur sont bâties sur la perception que les TBI ne sont pas des instruments destinés à protéger des réclamations de l'Etat contre l'investisseur. Ainsi, à rebours de la théorie du consentement implicite, une partie de la jurisprudence considère que l'unilatéralité procédurale ou substantielle des TBI est une donnée si significative qu'elle remettrait en cause le droit de l'Etat de présenter des demandes reconventionnelles.

---

<sup>474</sup> A. M. Steingruber, « *Antoine Goetz and others v Republic of Burundi* Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-based ICSID Arbitrations », *op. cit.*, note n° 445, p. 294 : « *the Goetz Tribunal reached, in my opinion, the correct conclusion that it was competent to hear the counterclaim, because both disputing parties had consented to arbitrate any kind of dispute related to an investment.* »

<sup>475</sup> A. de Nanteuil, « Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers? », *op. cit.*, note n° 211, p. 379 : « *In Goetz, the tribunal also added that, by giving their consent to the jurisdiction of an ICSID tribunal, the parties had given their consent to the application of the ICSID rules, which include recognition of counterclaims. However, it is doubtful that this position is really admissible as it creates a confusion between the possibility to file a counterclaim per se- which is obviously established in ICSID in accordance with Article 46 of the Convention- and the possibility in a given case to admit that the counterclaim falls within the scope of the tribunal's jurisdiction.* »

### *III. L'asymétrie des instruments de protection des investisseurs comme indice de renonciation de l'Etat aux prétentions reconventionnelles*

**294.** Un courant jurisprudentiel établit une présomption d'incompétence reconventionnelle lorsque le traité n'octroie qu'à l'investisseur le droit d'introduire une procédure et que la catégorie des différends dont le tribunal peut être saisi est limitée à un contrôle de légalité de l'action étatique (A). Ce résultat, qui pourrait *a priori* s'expliquer au regard de la rédaction particulièrement limitative de certains TBI, a néanmoins été étendu aux situations dans lesquelles les tribunaux disposaient d'un mandat plus large relatif « aux différends d'investissement ». La non-réciprocité du droit de recourir à l'arbitrage se présenterait donc comme un obstacle à l'exercice de la compétence reconventionnelle. Elle devient l'élément central d'énonciation de l'incompétence. En sondant les fondements juridiques qui permettraient de justifier l'incompétence, il ressort que ce courant jurisprudentiel semble appréhender la non-réciprocité de la clause d'arbitrage comme une renonciation de l'Etat au droit de présenter des demandes reconventionnelles (B).

#### *A. La présomption d'incompétence reconventionnelle par le prisme de l'unilatéralité procédurale et de l'asymétrie substantielle des TBI*

**295.** Le terme d'asymétrie est fréquemment utilisé pour décrire le contenu des droits substantiels donnés à l'investisseur dans les TBI<sup>476</sup>. Bien que toutes les dispositions d'un TBI soient réciproques au niveau interétatique, la plupart sont jugées asymétriques dans la mesure où elles ne feraient peser que sur l'Etat des obligations et qu'elles ne donneraient qu'à l'investisseur des droits.

**296.** Ce sont les tribunaux arbitraux CIRDI qui ont précisé les contours de leur compétence reconventionnelle dans l'affaire *Spyridon Roussalis c. Roumanie*<sup>477</sup> dans le cas où le traité limite la compétence aux « différends nés de la violation des obligations d'un traité ». Le différend introduit par un investisseur grec contre la Roumanie était relatif à l'exécution d'un accord d'achat d'action conclu avec l'agence de privatisation roumaine pour acquérir le

---

<sup>476</sup> *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonésie*, sentence finale (CNUDCI), 15 décembre 2014, par. 659. En référence à J. Crawford, « Treaty and Contract in investment Arbitration », *Arbitration internationale*, vol. 24, n° 3, 2008, p. 366 : « *Despite the inherently asymmetrical character of a BIT, BIT tribunals should be able to hear closely connected investment counterclaims arising under the investment contract.* »

<sup>477</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/06/1, sentence, 7 décembre 2011 (ci-après « *Spyridon Roussalis c. Roumanie* »).

contrôle sur une entreprise publique gestionnaire de larges entrepôts. L'investisseur invoquait plusieurs violations du traité nées de l'engagement de procédures pénales et fiscales à son encontre, y compris la violation de son droit à un procès équitable, en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Par la voie reconventionnelle, la Roumanie reprochait notamment à l'investisseur ne pas avoir respecté ses engagements contractuels.

**297.** La clause compromissoire du TBI entre la Grèce et la Roumanie ne donnait qu'à l'investisseur le droit d'introduire une demande d'arbitrage pour les différends « relatifs aux obligations de l'Etat prévues par le traité »<sup>478</sup>. La lecture croisée de l'analyse de la majorité et de la dissidence de l'arbitre Reisman cristallise les tensions d'interprétation qui sont toujours d'actualité.

**298.** S'appuyant sur les termes restreints de la clause d'arbitrage, la majorité a jugé que la clause d'arbitrage figeait l'Etat dans une position de de perpétuel défendeur « *undoubtedly limit[s] jurisdiction to claims brought by investors about obligations of the host State. Accordingly, the BIT does not provide for counterclaims to be introduced by the host state in relation to obligations of the investor. The meaning of the "dispute" is the issue of compliance by the State with the BIT.* »<sup>479</sup>

**299.** Pour renforcer le constat d'incompétence, la majorité a constaté qu'elle était limitée en vertu du traité à appliquer le droit international. Ainsi, il serait nécessaire d'assortir au consentement général à l'arbitrage un consentement spécial de l'investisseur au moment de la saisine, puisque le traité ne contenait pas d'obligation à la charge de ce dernier. Le Tribunal a donc décliné sa compétence au motif que l'investisseur n'avait pas consenti aux demandes reconventionnelles, expliquant que:

« *The BIT imposes no obligations on investors, only on contracting States. Therefore, where the BIT does specify that the applicable law is the BIT itself, counterclaims fall outside the tribunal's jurisdiction. Indeed, in order to extend the competence of a tribunal to a state counterclaims 'the arbitration agreement should refer to disputes that can also be brought under domestic law for counterclaims to be within the tribunal's jurisdiction [...]. [T]he host State commits itself to comply with obligations it has entered into with regards to investments*

---

<sup>478</sup> Traduction de l'article 9 du Traité du TBI entre la Grèce et la Roumanie (23 mai 1997) : « *Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement, in relation to an investment of the former, shall, if possible, be settled by the disputing parties in an amicable way [...] If such disputes cannot be settled within six months from the date either party requested amicable settlement, the investor concerned may submit the dispute either to the competent courts of the Contracting Party in the territory of which the investment has been made or to international arbitration. Each Contracting Party hereby consents to the submission of such dispute to international arbitration...* »

<sup>479</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, sentence, *op. cit.*, note n°477, par. 869.

*of investors. It does not permit that claims be brought about obligations to the investor. »*<sup>480</sup>

**300.** A rebours de cette interprétation, M. Reisman s'est inscrit en dissidence, expliquant que la désignation du CIRDI par les parties valait incorporation des dispositions de la Convention et consentement implicite aux demandes reconventionnelles. Dans une courte opinion dissidente précédemment évoquée<sup>481</sup>, il a développé la théorie du consentement implicite de la façon suivante :

*« In my view, when the States Parties to a BIT contingently consent, inter alia, to ICSID jurisdiction, the consent component of Article 46 of the Washington Convention is ipso facto imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue. It is important to bear in mind that such counterclaim jurisdiction is not only a concession to the State Party: Article 46 works to the benefit of both respondent state and investor. In rejecting ICSID jurisdiction over counterclaims, a neutral tribunal - which was, in fact, selected by the claimant - perforce directs the respondent State to pursue its claims in its own courts where the very investor who had sought a forum outside the state apparatus is now constrained to become the defendant »*<sup>482</sup>.

**301.** Par cette déclaration, M. Reisman semble utiliser l'article 46 de la Convention CIRDI comme une disposition cadre, incorporée par référence, en vertu de laquelle le tribunal est tenu de se prononcer sur les prétentions reconventionnelles « sauf accord contraire des parties »<sup>483</sup>. Au contraire, la position retenue par la majorité déduit une absence de consentement de l'investisseur en se fondant sur la nature unilatérale du droit de saisine et sur l'absence d'obligations incluses dans le traité. Conjuguées, ces deux positions ont posé le cadre du débat qui enrobe la question de la compétence reconventionnelle dans les jurisprudences ultérieures<sup>484</sup>.

**302.** Par trois fois au moins, les tribunaux ont ainsi confirmé que la nature restrictive du mandat arbitral, limité aux différends nés de la violation du traité par l'Etat, s'opposait à la possibilité de soumettre une demande reconventionnelle fondée sur la violation du contrat de concession<sup>485</sup>.

**303.** Dans l'affaire *Rusoro Mining c. Venezuela*, la clause d'arbitrage du traité entre le Canada et le Venezuela était restrictive puisqu'elle limitait la compétence du tribunal à : « *Any dispute ... relating to a claim by the investor that a measure taken or not taken by the former*

---

<sup>480</sup> *Ibid*, par. 871.

<sup>481</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 171 .

<sup>482</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, sentence, *op. cit.*, note n°477, opinion dissidente de M. Reisman.

<sup>483</sup> Article 46 de la Convention CIRDI.

<sup>484</sup> J. E. Kalicki, M. B. Silberman, « *Spyridon Roussalis v Romania* », *ICSID Review – FILJ*, 2012, vol. 27, n° 1, p. 9.

<sup>485</sup> *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/5, sentence, 22 août 2016, par. 628 (ci-après « *Rusoro Mining c. Venezuela* »).

*Contracting Party is in breach of this Agreement, and that the investor ...has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach ... may be submitted by the investor to arbitration* »<sup>486</sup>.

**304.** Saisi de demandes reconventionnelles du Venezuela invoquant un préjudice environnemental causé par l'exploitation préjudiciable d'une mine d'or par l'investisseur, le Tribunal a jugé de manière catégorique que :

*« The literal wording of Art. XII does not leave room for doubt: the Treaty affords investors, and only investors, standing to file arbitrations against host States; and the purpose of the arbitrations is for arbitrators to adjudicate disputes relating 'to a claim by the investor that a measure taken or not taken by [the host State] is in breach of this Agreement', by applying the Treaty and applicable rules of international law. »*<sup>487</sup>

**305.** D'après le Tribunal, en ne donnant qu'à l'investisseur qualité pour agir contre l'Etat, le traité prive l'Etat d'une « *cause of action against an investor of the other Contracting Party, be it by way of claim or of counter-claim.* »<sup>488</sup>

**306.** A lire cet extrait, c'est bien l'impossibilité pour l'Etat d'engager une procédure arbitrale à titre principal plutôt que le caractère restreint des différends susceptibles d'évaluation qui serait l'élément déterminant d'une incompétence sur les prétentions reconventionnelles. Prépondérance est ainsi donnée aux conditions de mise en œuvre de la procédure arbitrale par rapport au champ d'application matériel de la clause d'arbitrage. Si le Tribunal se garde bien de formuler son incompétence en termes d'interdiction pour l'Etat de soumettre des prétentions reconventionnelles, ces extraits n'en remettent pas moins en cause le droit même de l'Etat d'avoir des prétentions reconventionnelles.

**307.** Suivant une rédaction similaire, le Tribunal dans l'affaire *Vestey Group Limited c. Venezuela* a jugé que la demande vénézuélienne était théoriquement inenvisageable dans la mesure où la clause de règlement des différends du TBI entre l'Angleterre et le Venezuela se contentait de limiter les différends à ceux nés de la violation des obligations conventionnelles par l'Etat. Le Venezuela demandait au tribunal de prononcer en sa faveur le transfert de

---

<sup>486</sup> TBI Canada–Venezuela (1<sup>er</sup> juillet 1996), Article XII : « *Any dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, relating to a claim by the investor that a measure taken or not taken by the former Contracting Party is in breach of this Agreement, and that the investor or an enterprise owned or controlled directly or indirectly by the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach, shall, to the extent possible, be settled amicably between them. 2. If a dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date on which it was initiated, it may be submitted by the investor to arbitration* ».

<sup>487</sup> *Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela*, sentence, *op. cit.* note n°485, par. 627.

<sup>488</sup> *Ibid.*, par. 628. *In casu*, le tribunal s'est également référé à la clause de droit applicable qui ne désignait que le droit international et qui ne permettait de résoudre le différend reconventionnel né de la violation du droit minier.

propriété des avoirs pour lesquels il serait condamné à payer indemnisation. Le Tribunal a déclaré que la demande du Venezuela tendant à obtenir la restitution du titre de propriété du bien établi sur le territoire indirectement exproprié n'était donc pas couverte par le consentement des parties :

« *The Respondent's request to be awarded title over Agroflore's [l'investisseur] assets does not concern an obligation of Venezuela under the BIT and thus falls outside the scope of the consent to arbitrate. In the Tribunal's view, this is a matter to be dealt with by the local courts in application of municipal property law.* »<sup>489</sup>

**308.** En l'espèce, la clause d'arbitrage était particulièrement restrictive puisqu'elle limitait la compétence du Tribunal « *to determining whether there has been a breach by the Contracting Party concerned of any of its obligations under this Agreement, whether such breach of its obligations has caused damage to the national or company concerned, and, if such is the case, the amount of compensation.* »<sup>490</sup>

**309.** Cette même clause a fait l'objet d'une interprétation similaire énoncée de manière plus catégorique dans l'affaire *Anglo American c. Venezuela*. Le différend introduit par un actionnaire anglais portait sur la révocation des concessions d'exploitation de ferronickel. L'investisseur estimait avoir été exproprié et lésé dans ses droits au traitement juste et équitable en raison du refus par le Venezuela de rembourser certains montants de TVA. Dans sa demande reconventionnelle, l'Etat hôte demandait au contraire le remboursement d'impayés d'impôts. Le Tribunal a décliné sa compétence sur la demande reconventionnelle au motif que la clause d'arbitrage « *must be interpreted in the sense of excluding counter-claims from the State* »<sup>491</sup>.

**310.** Un extrait de la sentence retient toutefois l'attention. En effet, endossant l'interprétation de l'investisseur selon laquelle la clause devait être interprétée comme « *an express agreement* »<sup>492</sup> visant à exclure les demandes reconventionnelles, le Tribunal a jugé que « *as the Claimant rightly emphasized, Article 8(3) not only excludes claims from the host State, but also limits jurisdiction to disputes related to obligations of that State. Therefore, the wording*

---

<sup>489</sup> *Vestey Group Limited c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/06/4, sentence, 15 avril 2016, par. 333.

<sup>490</sup> TBI Royaume Uni-Venezuela (15 mars 1994), article 8 : « *Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the latter which has not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification of a claim be submitted to international arbitration if the national or company concerned so wishes...The jurisdiction of the arbitral tribunal shall be limited to determining: whether there has been a breach by the Contracting party concerned of any of its obligations under this Agreement, whether such breach of its obligations has caused damage to the national or company concerned, and if such is the case, the amount of compensation.* »

<sup>491</sup> *Anglo American PLC c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/14/1, sentence, 18 janvier 2019, par. 526 (ci-après « *Anglo American c. Venezuela* », italiques ajoutées).

<sup>492</sup> *Ibid*, par. 511.

*of the arbitration offer itself excludes the possibility that the Counter-claim is 'within the scope of the arbitration agreement of the parties. »*<sup>493</sup>

**311.** Ces solutions rendues en application du mécanisme supplémentaire CIRDI<sup>494</sup> peuvent se comprendre bien qu'elles semblent régler sur le terrain du consentement un problème qui relève plutôt de la connexité et de la recevabilité. Même en des cas où la clause d'arbitrage restreint considérablement le contentieux à un contrôle de la légalité du comportement de l'Etat et/ou que seul l'investisseur détient les clefs d'activation de la procédure, il semble catégorique de conclure que le consentement de l'investisseur à ces demandes fait défaut. La doctrine n'est d'ailleurs pas fixée sur la question.

**312.** Alors qu' E. Gaillard explique par exemple que, « [l]es formules de ce type ['tout différend portant sur une violation alléguée des dispositions du traité'] font obstacle à toute demande reconventionnelle. Quels que soient les griefs que l'Etat peut avoir à l'égard de l'investisseur, il ne s'agit jamais que de la méconnaissance du traité, qui, par définition, ne fait peser d'obligations sur la tête de l'Etat. »<sup>495</sup>, d'autres refusent de présumer qu'en restreignant la catégorie des différends et en encadrant la manière dont ceux-ci peuvent être portés à la connaissance de l'arbitre, l'Etat aurait exclu toute possibilité d'avoir à son tour des réclamations contre l'investisseur.

**313.** Ainsi, pour l'*Institut de droit international*, même si l'investisseur est celui qui engage unilatéralement la procédure et que le traité ne contient pas d'obligation, « *[s]till it is possible to envisage that the State can submit a counterclaim against the investor, based on the fact that the latter failed to comply with some obligations of public international law, like the obligation to act in good faith, or avoid corruption, ... Therefore, counterclaims are not in principle excluded...Such counterclaims should be encompassed in the jurisdiction of the tribunal, within the scope of the consent of the parties »*<sup>496</sup>. De même, P. Lalive considère que les clauses limitant la compétence du Tribunal aux différends « relatifs aux obligations de l'Etat en vertu du traité » « *would in all likelihood not suffice for counterclaims to be introduced, as BITs*

---

<sup>493</sup> *Ibid*, paras. 527-528.

<sup>494</sup> Article 47 du Mécanisme supplémentaire CIRDI (10 avril 2006) : « Sauf accord contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle à condition que cette demande accessoire soit couverte par la clause compromissoire entre les parties. » (Italiques ajoutés).

<sup>495</sup> E. Gaillard, L'avenir des traités de protection des investissements, in *Droit international des investissements et de l'arbitrage international*, C. Leben (dir.), Pedone, 2015, p. 1038.

<sup>496</sup> Rapport de la 18ème Commission, « Les aspects juridiques du recours à l'arbitrage par un investisseur contre les autorités de l'Etat hôte en vertu d'un traité interétatique » (A. Giardina), *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Tokyo, Travaux préparatoires, 2013, Pedone, p. 25.

*generally impose no obligation on investors, only States* »<sup>497</sup>.

**314.** En écartant la théorie du consentement implicite qui découle du recours à l'arbitrage, le risque est grand d'assimiler toutes les clauses d'arbitrage non-réciproques avec des limitations matérielles à une interdiction de principe des demandes reconventionnelles. Or, toutes les clauses qui restreignent la catégorie des différends pouvant être soumis au tribunal ne sont pas formulées de manière identique. Ainsi, les clauses qui limitent la compétence aux différends relatifs *aux violations par l'Etat* des dispositions du traité ou celles qui précisent que « [l]a sentence arbitrale *se limitera à établir* si la Partie Contractante en cause a failli à une obligation en vertu du présent Accord, s'il en a résulté un dommage pour l'investisseur et fixera, le cas échéant, le montant de l'indemnité que cette Partie Contractante devra payer à l'investisseur. »<sup>498</sup> ne sont pas équivalentes à celles qui la limitent aux « différend relatif aux investissements survenant entre l'Etat et l'investisseur concernant les questions régies par la présent Accord »<sup>499</sup>.

**315.** Quoique restrictives, ces dernières pourraient couvrir les demandes reconventionnelles d'un Etat qui mettraient en cause le comportement de l'investisseur pour justifier une mesure que l'investisseur prétend contraire aux obligations substantielles du traité. Par exemple, en s'inspirant des faits de l'affaire précitée *Anglo American c. Venezuela* il n'est pas impossible qu'une demande reconventionnelle relative au montant dû par l'investisseur aux autorités fiscales entre dans la compétence du tribunal saisi pour déterminer le montant de la compensation due par l'Etat en raison d'une obligation du traité.

**316.** Ainsi que le Tribunal dans l'affaire *Aven c. Costa Rica* a pu l'observer<sup>500</sup>, les obligations à la charge d'un Etat dans un TBI ne présument pas de l'absence d'obligations à la charge de

---

<sup>497</sup> P. Lalive, L. Halolen, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, note n° 32, p. 147 (italiques ajoutés). Voir aussi, H. E. Kjos, « Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, note n°165 p. 19 (ces clauses « *would consequently seem to fall outside the jurisdiction of the tribunal* »).

<sup>498</sup> TBI Suisse – Venezuela (18 novembre 1993), article 9 (4).

<sup>499</sup> TBI Espagne – Guatemala (9 décembre 2002), article XI : « *Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de la Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión. 2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma ...la controversia podrá someterse, a elección del inversor: 2.a. a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o a un tribunal de arbitraje [CNUDCI ou CIRDI ] El arbitraje se basará en las disposiciones del presente Acuerdo, el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de Ley, así como también en las reglas y los principios de derecho internacional que pudieran ser aplicables. 4. La Parte Contratante que sea parte en la controversia no podrá invocar en su defensa el hecho de que el inversor, en virtud de un contrato de seguro o garantía, haya recibido o vaya a recibir una indemnización u otra compensación por el total o parte de las pérdidas sufridas... ») (traduction libre).*

<sup>500</sup> *Supra*, dans ce chapitre, par. 283 et suiv.

l'investisseur, ni de l'absence d'attentes légitimes de l'Etat<sup>501</sup>. La notion de la légalité interne pouvant être exigée dans la clause de définition de l'investissement peut notamment être présente dans d'autres dispositions du traité et s'appliquer pendant la vie de l'investissement<sup>502</sup>.

**317.** Partir de la présomption du consentement des parties à la compétence reconventionnelle qui serait associée à l'introduction unilatérale d'une procédure contentieuse permet d'opérer un contrôle plus casuistique de la question. Une telle approche serait en outre une garantie du droit de tout défendeur de présenter des demandes reconventionnelles, lequel est, pour rappel, reconnu dans le cadre de la convention CIRDI et du Mécanisme supplémentaire « sauf accord contraire des parties ».

**318.** Les sentences *Spyridon Roussalis* et la dissidence de M. Reisman, et avec elles, le trio d'affaires impliquant le Venezuela, ont néanmoins permis de caractériser le nœud gordien de la compétence reconventionnelle qui creuse l'écart entre deux lignées jurisprudentielles. Ce problème, qui ne trouve pas de solution apparente, peut donc être tranché de manière radicale sur le terrain du consentement. Ainsi, à parcourir certaines sentences, la prépondérance donnée à la clause par laquelle les Etats ne donnent qu'à l'investisseur le soin d'introduire une requête d'arbitrage prend des allures de renonciation implicite au droit de soumettre des demandes reconventionnelles. Puisque cette approche est également appliquée lorsque la compétence matérielle des tribunaux couvre une catégorie plus large de différends d'investissement, il est permis de déduire que c'est en réalité le droit de l'Etat d'avoir des réclamations contre l'investisseur qui serait remis en cause. L'unilatéralité de certain TBI serait donc appréhendée comme une renonciation implicite aux demandes reconventionnelles.

### ***B. L'unilatéralité procédurale comme obstacle au droit de présenter des demandes reconventionnelles***

**319.** Pour une partie de la jurisprudence, l'exercice de la compétence sur les demandes

---

<sup>501</sup> *Sempra Energy International c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 289 : « *The Respondent has argued that the Government also had many expectations in respect of the investment that were not met or were otherwise frustrated. Apart from the question of investment risk, it is alleged that there was, inter alia, the expectation that the investor would bear any losses resulting from its activity, work diligently and in good faith, not claim extraordinary earnings exceeding by far fair and reasonable tariffs, resort to local courts for dispute settlement, dutifully observe contract commitments, and respect the regulatory framework. The Tribunal notes that to the extent that any such issues would be within the Tribunal's jurisdiction to decide, and could have resulted in breaches of the Treaty, the Respondent would be entitled to raise a counterclaim. While this right has been resorted to by Respondent States only to a limited extent in cases submitted to ICSID tribunals, nothing prevents its exercise in the light of Article 46 of the Convention and Rule 40 of the Arbitration Rules. This right was not exercised in the present case.* »

<sup>502</sup> TBI Argentine – Emirats arabes unis, (16 avril 2018), article 14 : « *The Parties acknowledge that: (a) the investors and investments of each Party shall comply with the laws, regulations, and policies of the host Party with respect to the management, operation, and disposition of investments* ».

reconventionnelles est soumis à des conditions encore plus exigeantes. L'arbitre se montre réticent à identifier le consentement de l'investisseur, à moins que le traité ne prévoie expressément le droit de formuler des demandes reconventionnelles ; ou qu'il ne donne le droit aux deux parties d'introduire une procédure arbitrale. L'absence de ces éléments qui sont reconnus de manière marginale prête le flanc à des appréciations qui résolvent parfois de façon bien absolue la question de la compétence.

**320.** L'importance donnée à la manière dont la clause d'arbitrage peut être activée est telle qu'il est permis de parler de prépondérance puisque les autres éléments pouvant participer à énoncer la compétence reconventionnelle, tels que le règlement applicable à la procédure, l'étendue de la clause compromissoire ou les dispositions substantielles, jouent en réalité un rôle secondaire, voire inexistant. Derrière le constat de l'incompétence, se dessine l'argument que l'asymétrie des droits procéduraux et/ou substantiels serait équivalente à une renonciation de l'Etat d'avoir des réclamations contre l'investisseur devant un tribunal arbitral (1) qui repose sur des considérations fragiles (2).

#### *1. L'asymétrie des TBI comme indice d'une renonciation implicite de l'Etat du droit d'action reconventionnelle ?*

**321.** Au renfort d'un pouvoir d'appréciation, le Tribunal dans l'affaire *Marco Gavazzi et Stephano c. Roumanie* a repoussé sa compétence reconventionnelle alors que le TBI lui donnait compétence pour « *[a]ny dispute...concerning an investment* »<sup>503</sup>. Le différend était relatif à la résiliation d'un contrat d'achat d'action entre investisseurs italiens et une agence de privatisation roumaine chargée de privatiser le secteur de l'acier. Le différend contractuel avait été tranché par un tribunal arbitral présidé par L. Lalive au bénéfice des investisseurs, lesquels avaient, en leur qualité de défendeurs, présenté et obtenu réparation pour leurs demandes reconventionnelles formulées à l'encontre de l'agence de privatisation roumaine. La sentence fut néanmoins annulée par les juridictions roumaines. Dans le cadre de la procédure conventionnelle, les investisseurs invoquaient notamment la violation des clauses de traitement juste et équitable et de la clause de couverture. A titre reconventionnel, la Roumanie demandait dédommagement pour les fautes de gestion de l'investisseur ayant causé la perte du projet de privatisation.

**322.** Pour parvenir au constat d'incompétence sur les demandes reconventionnelles, le

---

<sup>503</sup> TBI Roumanie – Italie, (6 décembre 1990), article 8 (1) : « *[a]ny dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of that investor in the territory of the former Contracting Party' shall be settled amicably, and, when it fails, 'the investor in question may submit the dispute . . . to' investor–state arbitration.* »

Tribunal a recherché les raisons pour lesquelles le TBI ne contenait aucune référence au droit d'en présenter :

« *The Tribunal has considered whether the omission of any express mention of the Host State's right to file a counterclaim is due to the fact that the drafters of the BIT focused on the protection of the investor. It has also considered whether this omission actually excludes any counterclaim by the Host State against the investor before the arbitration forum provided for by the BIT. It has been considered whether the Respondent's counterclaim is for damages caused by the investor, which, in the Respondent's contention, arise from the investment - or more precisely the failure of investments - and thus allegedly from the same subject matter as the Parties' dispute (...). The majority further observes that the counterclaim submitted by the Respondent is an entirely independent claim based upon Romanian law and unrelated to the Claimants' claim based upon breaches of the BIT. Both in form and substance, it is a free-standing counterclaim not operating merely as a defense to the Claimants' claim* ». <sup>504</sup>

**323.** Le Tribunal a estimé que l'étendue de la clause lui donnant compétence pour « tout différend relatif à l'investissement » « *may seem to indicate that also the claims of the Host State against the investor should be covered by the BIT* » <sup>505</sup>, mais a choisi de renverser la présomption de compétence en assumant pleinement la nature « asymétrique » de l'arbitrage d'investissement :

« *The Tribunal (by a majority), however, does not accept that the right of the Host State to file a free-standing counterclaim in an investment treaty arbitration should be presumed unless expressly excluded by the BIT. The majority considers that it is the letter of the BIT, interpreted under international law, that binds the Parties. Where there is no jurisdiction provided by the wording of the BIT in relation to a counterclaim, no jurisdiction can be inferred merely from the 'spirit' of the BIT. For the majority, it is not unusual for parties to be in asymmetrical positions when a dispute relating to a BIT arises.* » <sup>506</sup>

**324.** A lire ces extraits, tout se passe comme si les termes de l'article 46 de la Convention CIRDI exigeant que le tribunal se prononce sur les demandes reconventionnelles « *sauf accord contraire des parties* » s'effaçaient au profit de la clause d'arbitrage ne donnant qu'à l'investisseur le droit de recourir à l'arbitrage <sup>507</sup>. Cette interprétation repose toute entière sur

---

<sup>504</sup> *Marco Gavazzi et Stephano Gavazzi c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/12/25, décision sur la compétence l'admissibilité et la responsabilité, 21 avril 2015, par. 154 (ci-après « *Gavazzi c. Roumanie* »).

<sup>505</sup> *Ibid*, par. 151.

<sup>506</sup> *Ibid*, par. 154.

<sup>507</sup> *Ibid*, par. 152: « *whereas Article 8(1) of the BIT suggests amicable consultation and negotiations with respect to "[a]ny dispute between one Contracting Party and an investor," Article 8(2) of the BIT only grants the investor the right to claim against the Host State* ».

deux éléments : l'absence de mention expresse du droit de formuler des demandes reconventionnelles dans le traité et la présence d'une clause d'arbitrage non réciproque. D'après cette interprétation, la finalité de la procédure arbitrale opposant un Etat à l'investisseur serait donc exclusivement limitée à la protection des droits de l'investisseur et au contrôle de légalité des actes étatiques à son égard.

**325.** Un autre exemple saillant d'interprétation restrictive d'une clause d'arbitrage gouvernée par l'unilatéralité de la saisine se retrouve dans le raisonnement de la majorité du Tribunal *Karkey c. Pakistan*. A peine ralenti par l'étendue du champ matériel de la clause compromissoire<sup>508</sup>, le Tribunal a vu dans l'unilatéralité de la saisine un élément suffisant pour neutraliser le droit d'action reconventionnelle de l'Etat :

*« The Tribunal finds that the text of the BIT is decisive in determining its jurisdiction over the counterclaims. In the present case, however, there is no provision in the BIT that contemplates the possibility of counterclaims. ...References to the « investor » highlighted above in the dispute resolution clause of the BIT means that the BIT is intended to enable arbitration only at the initiative of the investor. The BIT imposes no obligation on investors, only on the Contracting State. The BIT contains no particular or general language that would enable the Tribunal to conclude, if interpreted in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, that the arbitral agreement between Pakistan and Karkey includes consent by Karkey to the submission of counterclaims by Pakistan. »*<sup>509</sup>

**326.** Ces deux affaires considèrent que la compétence reconventionnelle est soumise à l'existence d'une clause expresse dans le traité, et qu'en son absence, l'Etat serait privé de ce droit chaque fois que le traité ne donne qu'à l'investisseur qualité pour agir contre l'Etat. Loin d'être isolé, ce raisonnement continue d'être appliqué en pratique.

**327.** Dans l'affaire *Iberdrola c. Guatemala*, le tribunal CNUDCI, habilité à trancher « tout différend relatif aux investissements survenant entre l'Etat et l'investisseur concernant les questions régies par la présent Accord »<sup>510</sup> a rejeté sa compétence sur les demandes

---

<sup>508</sup> TBI Pakistan –Turquie (3 décembre 1997), article VII : « 1. *Disputes between one of the Parties and an investor of the other Party, in connection with the investment, shall be notified... by the investor to the recipient Party of the investment....* 2. *If these disputes cannot be settled..., the dispute can be submitted, as the investor may choose, to (a) the ICSID...* »

<sup>509</sup> *Karkey c. République Islamique du Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/13/1, sentence, 22 août 2017, paras. 1112-1114 (ci-après « *Karkey c. Pakistan* »).

<sup>510</sup> TBI Espagne – Guatemala (9 décembre 2002), article XI : « *Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de la Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo... 2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma ...la controversia podrá someterse, a elección del inversor: 2.a. a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo*

reconventionnelles du Guatemala invoquant un préjudice moral du fait de la multiplication des procédures à son encontre sur le fondement du même traité, au motif que le traité ne donnait qu'à l'investisseur le droit d'introduire une procédure arbitrale contre l'Etat. Exprimant des réserves quant à la pertinence de la théorie du consentement implicite<sup>511</sup>, le Tribunal a jugé au contraire qu'un tel raisonnement n'était pas applicable « *where the wording of the Treaty provision indicates, to the contrary, that only the investor can claim* »<sup>512</sup>.

**328.** Selon le Tribunal, les clauses d'arbitrage non réciproques créent un conflit entre le TBI et le règlement de procédure qui devrait se résoudre en faveur du traité :

« *While the Tribunal agrees that arbitration rules referred to in a treaty are incorporated by reference, this is only to the extent that they are not contradicting the treaty ...if there is a contradiction between the arbitration rules and the treaty language (as is the case here), the treaty prevails.* »<sup>513</sup>

**329.** Ainsi, chaque fois que le traité ne permet qu'à l'investisseur de saisir les tribunaux arbitraux, il faudrait déduire une absence de consentement de l'investisseur à l'analyse des demandes reconventionnelles. Le Tribunal a donc endossé l'approche suivie par Tribunal *Karkey c. Pakistan*<sup>514</sup>, et jugé que : « *the Treaty wording showing that only the investor is entitled to file claims must prevail over any contrary meaning that the arbitration rules to which the Treaty refers may suggest* »<sup>515</sup>. Ajoutant que si « *the Tribunal appreciates that counterclaims are a useful procedural tool to promote the concentration of claims and thus enhance the efficiency of the dispute settlement system, it notes that its role is limited to applying the treaty on the basis of which it is seized in accordance with its terms. It cannot go beyond or else it would engage in policy choices which are the domain of the States.* »<sup>516</sup>

---

*territorio se realizó la inversión; o a un tribunal de arbitraje [CNUDCI ou CIRDI ] El arbitraje se basará en las disposiciones del presente Acuerdo, el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de Ley, así como también en las reglas y los principios de derecho internacional que pudieran ser aplicables. 4. La Parte Contratante que sea parte en la controversia no podrá invocar en su defensa el hecho de que el inversor, en virtud de un contrato de seguro o garantía, haya recibido o vaya a recibir una indemnización u otra compensación por el total o parte de las pérdidas sufridas... »* (traduction libre).

<sup>511</sup> *Supra*, par.273, opinion dissidente M. Reisman dans *Spyridon Roussalis*, sentence, *op. cit.*, note n°477 et *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443.

<sup>512</sup> *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, Affaire C.P.A n° 2017-41, sentence finale, 24 août 2020, par. 389 (ci-après « *Iberdrola c. Guatemala* ») : « *Faced with this question, the tribunal in Goetz c. Burundi II, citing Prof. Reisman's dissent to the award in Roussalis v. Romania, expressed the opinion that "when the States Parties to a BIT contingently consent, inter alia, to ICSID jurisdiction, the consent component of Article 46 of the Washington Convention is ipso facto imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue". The Tribunal has difficulty following this line of reasoning in a situation such as the present one and the one in Roussalis, where the wording of the Treaty provision indicates, to the contrary, that only the investor can claim.* »

<sup>513</sup> *Ibid*, par. 389.

<sup>514</sup> *Ibid*, par. 390 ; *Supra*, au présent chapitre, par. 324.

<sup>515</sup> *Ibid*, par. 391.

<sup>516</sup> *Ibid*, par. 392.

**330.** Ce raisonnement est critiquable dans la mesure où l'action reconventionnelle du Guatemala se fondait sur la violation de la clause *electa una via* par l'investisseur qui avait porté deux recours successifs devant les tribunaux CIRDI et CNUDCI sur le fondement du même traité<sup>517</sup>. Formellement, la demande reconventionnelle entraine donc bien dans la catégorie des différends « concernant les questions régies par la présent Accord »<sup>518</sup>. Ainsi, en rejetant sa compétence sur ses demandes reconventionnelles au motif que seul l'investisseur est investi du pouvoir d'engager la procédure, cette jurisprudence et avec elles, les sentences *Marco Gavazzi et Karkey c. Pakistan* poussent donc plus loin la présomption d'incompétence sur les demandes reconventionnelles.

**331.** En effet, en dépit d'un champ de compétence matérielle étendu, le constat d'absence de consentement de l'investisseur sur les prétentions reconventionnelles se dégage comme un automatisme au regard d'un seul élément : les conditions de mise en œuvre de la procédure arbitrale. En conséquence, lorsque le traité ne donne pas aux deux parties un droit réciproque de saisine, seul le consentement exprès de l'investisseur en cours de procédure pourrait établir la compétence d'un tribunal arbitral. Mais dans la mesure où le traité n'interdit pas les demandes reconventionnelles et que la Convention CIRDI<sup>519</sup> comme les règlements de procédure reconnaissent ce droit à tout défendeur, le seul moyen de parvenir à ce résultat est de considérer qu'en ne donnant qu'à l'investisseur le droit d'introduire une demande d'arbitrage, l'Etat aurait donc implicitement renoncé à son droit d'avoir des prétentions reconventionnelles. L'interrogation mérite d'être posée mais ne résiste pas à un examen plus approfondi de la question.

## ***2. La renonciation aux demandes reconventionnelles comme fondement juridique inopérant***

**332.** Une partie de la doctrine comme la jurisprudence considèrent que la rédaction limitative des clauses d'arbitrage dans certains traités aurait pour conséquence de priver l'Etat de toute réclamation contre l'investisseur. S. Dudas explique ainsi que « *Although, most times, parties*

---

<sup>517</sup> Les fondements juridiques invoqués par l'Etat dans cette affaire sont étudiés plus en détails *Infra*, Chapitre 8, paras. 1435-1450.

<sup>518</sup> TBI entre l'Espagne et le Guatemala (9 décembre 2002), article XI : « *Toda controversia relativa a las inversiones ...respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo ...* » (traduction libre).

<sup>519</sup> Dans le cadre des arbitrages CIRDI, l'arbitre a « une compétence liée » par les termes de la Convention de Washington pour l'appréciation de la compétence reconventionnelle. De la même manière que l'arbitre vérifie systématiquement sa compétence au regard de l'article 25 de la Convention (indépendamment de la qualification juridique du différend choisie par l'investisseur dans sa requête) il lui appartient de vérifier au regard de l'article 46, si son mandat couvre la contre-réclamation et distinguer quand il le faut, question de compétence, de recevabilité et de substance. L'expression « compétence liée » est ici empruntée à G. Guillaume, *Les procédures incidentes devant la Cour internationale de Justice : exercice ou abus de droit*, J.-M. Sorel et F. Poirat, (dir.) Pedone, 2001, p. 99.

*will not have an explicit agreement excluding counterclaims, they may have an implicit one. A narrow arbitration agreement giving the tribunal material jurisdiction solely over BIT violations or giving legal standing to initiate proceedings only to the investor, may amount to such an agreement* »<sup>520</sup>.

**333.** L'idée que de telles clauses constituent un accord implicite d'exclusion des demandes reconventionnelles est également visible dans la jurisprudence. Pour rejeter sa compétence sur les demandes reconventionnelles du Venezuela, le Tribunal dans l'affaire *Anglo American c. Venezuela* a endossé l'approche de l'investisseur d'après laquelle le fait qu'un traité donne exclusivement à ce dernier le droit d'introduire une procédure constitue « *an express agreement* »<sup>521</sup> au niveau interétatique d'exclusion des demandes reconventionnelles.

**334.** Sans l'avoir formulé de manière aussi explicite, les sentences *Iberdrola c. Guatemala*, *Karkey c. Pakistan* et *Marco Gavazzi c. Roumanie*, ayant jugé cet aspect déterminant pour exclure les prétentions reconventionnelles de l'Etat, semblent également considérer qu'en ne donnant qu'à l'investisseur le droit d'activer la procédure arbitrale, les Etats auraient renoncé à leur droit de présenter à leur tour des réclamations contre lui.

**335.** La renonciation est une « [e]xpression unilatérale ou conventionnelle de la volonté d'abandonner un droit, une faculté, une prétention ou une réclamation »<sup>522</sup>. Elle peut être unilatérale ou réciproque lorsqu'elle est exprimée par plusieurs Etats dans un accord. Il faut distinguer la renonciation expresse de la renonciation tacite. Certains TBI contiennent par exemple des clauses de renonciation expresse à l'immunité de juridiction<sup>523</sup> ou à la résolution diplomatique des différends transnationaux<sup>524</sup>. La piste de la renonciation expresse au droit de soumettre des demandes reconventionnelles supposerait une exclusion explicite des demandes reconventionnelles. Or, à s'en tenir à la pratique suisse et française et aux TBI applicables dans les différends analysés ici, aucune exclusion de ce genre n'est apparente.

**336.** Il arrive néanmoins que le traité limite effectivement *certaines* demandes reconventionnelles lorsque l'investisseur a bénéficié d'une indemnisation par son Etat de nationalité à travers un fond d'indemnisation spécialement prévu à cet effet. Ces clauses

---

<sup>520</sup> S. Dudas, « Treaty Counterclaims under the ICSID Convention », *op. cit.* note n° 154, p. 392.

<sup>521</sup> *Anglo American c. Venezuela*, sentence, *op. cit.* note n° 491, par. 511.

<sup>522</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n° 1, p. 968 ; J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 527 : « Action de renoncer à un droit, à une faculté, à une prétention, à une réclamation, de l'abandonner, de l'éteindre par là. »

<sup>523</sup> TBI Suisse – Madagascar (19 novembre 2008), article 12 (5) ; TBI Suisse – Kenya (14 novembre 2006), article 9 (5) ; TBI Suisse – Tunisie (16 octobre 2012), article 11 (7) : « La Partie Contractante qui est partie au différend [transnational] ne pourra, à aucun moment de la procédure, exciper de son immunité ».

<sup>524</sup> TBI Suisse – Tunisie (16 octobre 2012), article 11 (8) : « Aucune Partie contractante ne poursuivra par la voie diplomatique un différend soumis à l'arbitrage international, sauf au cas où l'autre Partie contractante ne se conforme pas à la sentence arbitrale. »

interdisent que l'Etat hôte se prévale reconventionnellement d'une indemnisation dont aurait déjà bénéficié l'investisseur par l'Etat de nationalité. Dans ces cas-là, il y aurait bien une renonciation expresse limitée à une *catégorie* de demandes reconventionnelles. Ainsi, il n'est pas rare de rencontrer des clauses par lesquelles les Etats s'interdisent d'« invoquer, comme motif de défense, une demande reconventionnelle... [relative au fait d'] avoir perçu une indemnité en compensation des pertes ou une partie de ces dernières qu'elle prétend avoir subies, en vertu d'un contrat d'assurance ou de garantie »<sup>525</sup>.

**337.** La présence d'une telle clause dans un traité pourrait non seulement être perçue comme une renonciation à *certaines* demandes reconventionnelles, mais simultanément confirmer l'existence d'un droit de l'Etat d'avoir des réclamations reconventionnelles contre l'investisseur<sup>526</sup>. Lorsque les Etats parties à un traité spécifient dans une clause les conditions d'exclusion de la demande reconventionnelle elles ne font en réalité qu'en confirmer la possibilité<sup>527</sup>. Ces clauses constituent un autre lieu d'énonciation de la compétence reconventionnelle des tribunaux et du consentement de l'investisseur qui ne saurait être remis en cause par le caractère unilatéral du droit de saisine des tribunaux arbitraux.

**338.** A défaut d'une renonciation expresse, c'est donc la piste d'une renonciation tacite qui pourrait expliquer le raisonnement des tribunaux arbitraux refusant de manière catégorique la

---

<sup>525</sup> TBI Algérie – Suède, (15 février 2003), article 8 (8) : « Au cours de toute procédure concernant un différend relatif à un investissement, aucune des parties contractantes ne peut invoquer, comme motif de défense, une demande reconventionnelle, le droit de poursuite judiciaire ou, pour toute autre raison, avoir perçu une indemnité en compensation des pertes ou une partie de ces dernières qu'elle prétend avoir subies, en vertu d'un contrat d'assurance ou de garantie ; toutefois, la partie contractante peut exiger une preuve que la partie chargée d'indemniser consent à l'investisseur d'exercer le droit d'exiger l'indemnisation. ». Les traités de ce type sont nombreux notamment dans la pratique conventionnelle du Koweït, d'Israël et de la Suède : TBI Ethiopie - Suède (10 décembre 2004) ; Afrique du sud–Suède (25 mai 1998) ; Chine–Trinité-et-Tobago (22 juillet 2002) ; Danemark–Monténégro (11 février 2009) ; Danemark–Ouganda (26 novembre 2001) ; Philippines–Suède (17 août 1999) ; Croatie–Danemark (5 juillet 2000) ; Maurice–Suède (23 février 2004) ; Ethiopie–Israël (26 novembre 2003) ; Israël–Mongolie (25 novembre 2003) ; Danemark–Indonésie (22 janvier 2007) ; Koweït–Kenya (12 novembre 2013) ; Koweït–Maurice (18 avril 2013) ; Koweït–Pakistan (14 février 2011) ; Guatemala–Israël (7 novembre 2006) ; Israël–Afrique du Sud (20 octobre 2004) ; Argentine–Qatar (6 novembre 2016) ; Etats-Unis–Jamaïque (4 février 1994) ; Etats-Unis–Lettonie (13 janvier 1995) ; Japon–Maroc (8 janvier 2020) ; Australie–Hong Kong (26 mars 2019). Voir aussi L'article 1136 (2) de l'ALENA, l'article 15 (3) du Traité de la Charte de l'Energie de 1994 ; Accord de libre-échange UE–Viet Nam (30 juin 2019) ; Accord de libre-échange UE – Singapour (19 octobre 2018) ; Accord de partenariat économique Australie – Corée (12 décembre 2014), article 11.20 : « *A respondent may not assert as a defense, counterclaim, or right of set-off, or for any other reason, that the claimant has received or will receive indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages pursuant to an insurance or guarantee contract, except with respect to any subrogation as provided for in Article 11.14.* ».

<sup>526</sup> W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, *op. cit.*, note n° 362, pp. 177-178.

<sup>527</sup> *David Aven c. Costa Rica*, sentence finale, , *op. cit.*, note n°463. Dans cette affaire précitée l'Accord CAFTA-DR contenait une clause rédigée comme suit : « *A respondent may not assert as a defense, counterclaim, right of set-off, or for any other reason that the claimant has received or will receive indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages pursuant to an insurance or guarantee contract* » qui n'a pas été utilisée pour justifier le principe de compétence.

compétence reconventionnelle au motif que le traité ne permet pas à l'Etat d'avoir des réclamations contre l'investisseur.

**339.** Est tacite, la renonciation qui « est-sous entendue ou impliquée, ou découle du silence gardé par l'Etat détenteur du droit »<sup>528</sup>. Par exemple, le droit international reconnaît une renonciation tacite à l'immunité lorsque l'Etat qui se prévaut de son immunité formule dans cette même instance une demande reconventionnelle<sup>529</sup>. Il serait également possible de sous-entendre une renonciation tacite aux demandes reconventionnelles dans les clauses d'arbitrage particulièrement restrictives qui prévoient que « [l]a sentence arbitrale se limitera à établir si la Partie Contractante en cause a failli à une obligation en vertu du présent Accord, s'il en a résulté un dommage pour l'investisseur et fixera, le cas échéant, le montant de l'indemnité que cette Partie Contractante devra payer à l'investisseur. »<sup>530</sup>

**340.** Ce serait néanmoins faire une application très extensive de la renonciation implicite que de déduire qu'en ne donnant qu'à l'investisseur le droit de saisir les tribunaux arbitraux, l'Etat aurait renoncé à toutes prétentions contre ce dernier. En effet, le constat d'une renonciation tacite est guidé par la prudence. Ainsi qu'il fut observé par le tribunal dans l'affaire *Campbell*, « il est de principe, admis par le droit de tous les pays, que les renonciations ne se présument jamais et que, constituant des abandons de droit, d'une faculté ou même d'une espérance, elles sont toujours de stricte interprétation »<sup>531</sup>.

**341.** Si le droit international admet la possibilité d'une renonciation tacite ce n'est qu'à la condition que celle-ci ne puisse « s'induire que des faits non susceptibles d'une autre interprétation dans les circonstances de l'affaire »<sup>532</sup> c'est-à-dire que la renonciation à des prétentions soit faite de manière claire et non-équivoque<sup>533</sup>. Ceci ressort d'ailleurs très clairement de la jurisprudence de la C.I.J qui a observé que toute renonciation à des droits procéduraux doit être expresse « ou bien pouvoir être déduite sans équivoque du comportement de l'Etat qui aurait renoncé à son droit »<sup>534</sup>, faute de quoi l'action reconventionnelle est en

---

<sup>528</sup> *Ibid*, p. 969.

<sup>529</sup> Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (18 avril 1961), article 32 (3) : « Si un agent diplomatique ou une personne bénéficiant de l'immunité de juridiction en vertu de l'art. 37 engage une procédure, il n'est plus recevable à invoquer l'immunité de juridiction à l'égard de toute demande reconventionnelle directement liée à la demande principale. »

<sup>530</sup> TBI Suisse –Venezuela (18 novembre 1993), article 9 (4).

<sup>531</sup> *Campbell (Royaume-Uni c. Portugal)*, sentence arbitrale, 10 juin 1931, *RSA*, vol. II, p. 1156.

<sup>532</sup> *Ibid*.

<sup>533</sup> C.I.J, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, C.I.J Recueil 2005, par. 293.

<sup>534</sup> *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, *exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 247-250, par. 12-21, spéc. par 13 : « [l]a Cour n'estime pas nécessaire d'entrer dans les diverses questions

principe recevable.

**342.** L’*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo* opposant la République démocratique du Congo (RDC) à l’Ouganda est particulièrement éclairante à cet égard. La RDC s’opposait à la recevabilité de la demande reconventionnelle ougandaise invoquant la responsabilité de la RDC à raison de multiples incursions sur son territoire<sup>535</sup> au motif que par divers comportements l’Ouganda avait « renoncé » à ses réclamations reconventionnelles. La C.I.J a rejeté cet argument expliquant que :

« toute renonciation à des prétentions ou à des droits doit ou bien être expresse, ou bien pouvoir être déduite sans équivoque du comportement de l’État qui aurait renoncé à son droit... Selon la Cour, rien dans le comportement de l’Ouganda ... ne peut être considéré comme impliquant une renonciation sans équivoque par celui-ci à son droit de présenter une demande reconventionnelle pour ce qui concerne les événements intervenus durant le régime Mobutu »<sup>536</sup>.

**343.** L’organe de règlement des différends (ORD) de l’Organisation Mondiale du Commerce (OMC) se montre également très prudent en matière de renonciation. Ainsi, nul ne saurait présumer qu’un Etat, étant parvenu à une solution mutuellement convenue avec un autre dans le cadre des consultations, ait renoncé à son droit d’exercer une action de mise en conformité devant l’ORD<sup>537</sup>.

**344.** Pas plus que la renonciation à un droit d’action ne peut se déduire d’une solution amiable, le fait pour deux Etats de donner à l’investisseur un droit de se porter demandeur dans une

---

de droit que soulève cette argumentation [...]. Il lui suffira de constater qu’en fait ces autorités n’ont jamais renoncé à leurs prétentions de manière claire et non équivoque, que l’on considère tant les négociations ayant mené à l’accord du 14 novembre 1967 que l’accord lui-même ou les discussions au sein de l’Organisation des Nations Unies » ; voir aussi le Rapport de la CDI, dans son commentaire de l’article 45 du *Projet d’articles sur la responsabilité de l’Etat pour fait internationalement illicite*, p. 308 : « [s’il] est possible d’inférer une renonciation du comportement des Etats concernés ou d’une déclaration unilatérale, ce comportement ou cette déclaration doivent être sans équivoque ».

<sup>535</sup> *Infra*, Chapitre 4, paras. 675 et suivant.

<sup>536</sup> *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, C.I.J Recueil 2005, par. 293.

<sup>537</sup> Rapport de l’Organe d’appel, *Régime applicable à l’importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, 26 novembre 2008, par. 212 : « une solution convenue d’un commun accord au titre de l’article 3:7 peut comprendre un accord prévoyant de renoncer au droit d’engager une procédure de mise en conformité. Elle peut aussi prévoir la suspension du droit de recourir à l’article 21:5 jusqu’à ce que les dispositions convenues dans une solution convenue d’un commun accord aient été mises en œuvre. Cependant, cela ne doit pas toujours en être ainsi. Nous ne considérons par conséquent pas que le simple fait d’être d’accord sur une "solution" suppose nécessairement que les parties renoncent à leur droit d’avoir recours au système de règlement des différends en cas de désaccord au sujet de l’existence ou de la compatibilité avec les accords visés d’une mesure prise pour se mettre en conformité. Nous considérons plutôt qu’il doit y avoir une indication claire dans l’accord entre les parties quant au renoncement au droit d’avoir recours à l’article 21:5. À notre avis, l’exigence énoncée par le Groupe spécial selon laquelle les Mémoires d’accord [les solutions convenues] doivent constituer "une solution positive et un règlement efficace" du différend en question pour empêcher le recours à une procédure au titre de l’article 21:5 ne constituait pas une interprétation correcte de ce qu’exige le Mémoire d’accord. »

procédure et ne saurait être interprété comme une renonciation de l'Etat à ses droits propres en tant que défendeur. Au regard du niveau élevé d'exigence requis pour caractériser une renonciation tacite, plusieurs éléments conduisent au contraire à conclure que la non-réciprocité des droits procéduraux ou substantiels des TBI ne permet pas de déduire que l'Etat aurait renoncé à son droit d'avoir des réclamations contre l'investisseur et de demander à un tribunal arbitral de s'en saisir.

**345.** Premièrement, le fait de renoncer au droit d'introduire une procédure contre l'investisseur ne saurait être assimilé *sans équivoque* à une renonciation au droit d'avoir des réclamations propres. S'il en allait ainsi, l'Etat serait privé du droit de présenter des demandes de bifurcation, d'intervention, de mesures conservatoires ou de compensation. Bien que ces demandes soient adressées au tribunal saisi, elles constituent des demandes qui font sortir l'Etat de sa posture simplement défensive<sup>538</sup> et qui ne sont pas plus explicitement reconnues dans les traités, ni pour la plupart dans les règlements de procédure.

**346.** Deuxièmement, c'est une chose de dire que l'Etat ne saurait être un demandeur principal, c'en est une autre de dire qu'il ne peut être un demandeur reconventionnel. En supposant que la capacité de se porter demandeur reconventionnel, et l'exercice du pouvoir juridictionnel sur de telles prétentions, dépendent de la capacité d'être demandeur à titre principal une partie de la jurisprudence assimile la demande reconventionnelle à un acte de saisine juridictionnelle. Or, cette assimilation est critiquable puisque la demande reconventionnelle ne fait que riposter à la demande principale. Puisque par nature, elle se greffe sur la demande principale, un Etat ne saurait être présumé avoir renoncé à un droit qui ne prend naissance qu'avec l'introduction d'une procédure arbitrale contre lui. L'Etat ayant consenti à l'avance à l'arbitrage peut avoir des réclamations contre l'investisseur nées pendant la vie de l'investissement, réclamations qu'il peut au demeurant avoir évoquées lors de la phase de négociations préalables avec l'investisseur et qu'il peut choisir de concentrer devant le tribunal arbitral saisi du différend. La piste de la renonciation implicite est d'autant plus fragile que les traités peuvent désigner le droit de l'Etat hôte comme droit applicable aux différends et qu'en cas de silence ce droit peut également être appliqué<sup>539</sup>.

**347.** Dans le cadre du CIRDI, cette renonciation implicite est d'autant moins convaincante que les Etats y ont inclus une disposition sur les demandes reconventionnelles. Surtout, elle n'est pas calibrée sur l'esprit de la Convention qui entendait mettre les deux parties sur un pied

---

<sup>538</sup> H. Hellio, « L'Etat, un justiciable de second ordre ? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *op. cit.*, note n° 5.

<sup>539</sup> *Infra*, Chapitre 5, paras. 888-894.

d'égalité<sup>540</sup>. Cette égalité procédurale est un point qu'A. Broches n'avait pas manqué de rappeler aux Etats parties<sup>541</sup>. L'article 46 inséré dans la section sur les « pouvoirs du tribunal » a été volontairement rédigé en termes impératifs (« le tribunal doit statuer ») « *so as to avoid parallel proceedings [or] the need for another Tribunal* »<sup>542</sup> afin de « dispense[r] seulement les parties qui présentent des demandes additionnelles ou reconventionnelles d'entamer une nouvelle procédure »<sup>543</sup>. Le fait de ne donner qu'à l'investisseur le droit d'activer l'arbitrage ne préjuge pas du droit de la partie défenderesse d'avoir des réclamations, elle pourrait au contraire le renforcer.

**348.** En réalité, la pratique conventionnelle nous enseigne qu'il n'y a pas de coïncidence entre la manière dont un traité organise la mise en œuvre d'une procédure arbitrale et l'étendue du consentement à l'arbitrage. Un traité peut donner aux deux parties le droit d'introduire une demande et limiter la compétence du tribunal aux violations spécifiques des dispositions dudit traité, alors qu'un autre pourrait réserver ce droit à l'investisseur et par ailleurs conférer une compétence plus étendue à l'arbitre et prévoir des obligations à la charge de l'investisseur. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'un traité contient des obligations à la charge de l'investisseur ou qu'il donne compétence pour « tout différend relatif à l'investissement » que ce traité donnera aux deux parties le droit de s'attaquer mutuellement.

**349.** Comme l'a observé la C.I.J., dans l'affaire *Nottebohm*.: « [c]e serait gêner l'emploi des méthodes de règlement recommandées par l'article 33 de la Charte des Nations Unies, que d'interpréter l'offre d'y recourir, le consentement à y prendre part ou le fait d'y participer comme impliquant renonciation à tel moyen de défense qu'une partie croit avoir ou comme impliquant acceptation de telle prétention de l'autre partie alors que cela n'a pas été exprimé ou ne résulte pas d'une façon incontestable de l'attitude adoptée »<sup>544</sup>. Ainsi, si un doute peut effectivement naître en présence de clauses d'arbitrage particulièrement limitatives, la

---

<sup>540</sup> G. Laborde, « The Case Of Host State Claims In Investment Arbitration », *JIDS*, vol. 1, n° 1, 2010, p. 99.

<sup>541</sup> *Report of the Executive Directors of the international Bank for Reconstruction and development of the convention*, en ligne <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>, p. 41, par. 13. « *While the broad objective of the Convention is to encourage a larger flow of private international investment, the provisions of the Convention maintain a careful balance between the interests of investors and those of host States. Moreover, the Convention permits the institution of proceedings by host States as well as by investors and the Executive Directors have constantly in mind that the provisions of the Convention should be equally adapted to the requirements of both cases.* »

<sup>542</sup> Doc n° 82 SID/LC/SR/15, Proposition des représentants du Salvador et de l'Equateur adoptée par la majorité des voix, *ICSID History*, vol II-2, pp. 810-811.

<sup>543</sup> Compte Rendu Sommaire des Travaux, Réunion Consultative d'Experts Juridiques, Addis-Abeba, 16-20 décembre 1963, *ICSID History*, vol. III, p. 95.

<sup>544</sup> *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt, 5 avril 1955, deuxième phase, *C.I.J Recueil 1955*, p. 20. En l'espèce la C.I.J a refusé de considérer que le Guatemala avait renoncé à la possibilité de contester la nationalité d'un ressortissant pour lequel le Liechtenstein exerçait la protection diplomatique.

formulation d'une demande reconventionnelle par un Etat dans une procédure l'opposant à l'investisseur devrait suffire à l'anéantir.

**350.** Au regard de ce qui précède, l'on constate que la méthode d'identification du consentement aux demandes reconventionnelles nécessaire à l'exercice du pouvoir juridictionnel clive les tribunaux arbitraux. Une partie se montre réticente à accepter une compétence sur les demandes reconventionnelles surtout lorsque c'est l'investisseur qui détient le pouvoir de déclencher l'arbitrage. L'étendue de la compétence matérielle s'efface au profit des conditions de mise en œuvre de la procédure et l'exercice du droit est remis en cause. Un autre courant jurisprudentiel tend à reconnaître un consentement implicite aux demandes reconventionnelles lorsque la clause d'arbitrage définit l'objet du différend par « compréhension »<sup>545</sup>, c'est-à-dire « seulement par sa relation avec l'investissement »<sup>546</sup>. L'acceptation de la compétence se mue en acceptation de « principe » du droit de formuler une demande reconventionnelle lorsque la clause ne donne qu'à l'investisseur le droit d'introduire une action contre l'Etat.

**351.** Aussi, pour lever l'incertitude créée par ces divergences jurisprudentielles, il est proposé d'exposer les raisons pour lesquelles la théorie du consentement implicite est la plus convaincante. Les tribunaux arbitraux ne devraient pas polariser l'analyse sur le caractère unilatéral de la saisine, mais plus généralement déterminer leur compétence au regard de l'objet du différend qu'il leur revient de déterminer de manière objective indépendamment de la qualification subjective faite par l'investisseur dans sa requête.

### *Section 2 Le consentement implicite de l'investisseur à la compétence reconventionnelle par le prisme de l'offre interétatique*

**352.** Le choix fait par l'investisseur de recourir à la procédure arbitrale internationale implique une présomption de consentement à la compétence d'un tribunal sur les prétentions reconventionnelles de l'Etat qui ne préjuge pas de leur recevabilité. Cette présomption s'articule autour de deux particularités du contentieux de l'investissement. L'arrière-plan interétatique de la relation transnationale relative à l'investissement donne à voir que les Etats sont ceux qui disposent du consentement de leur ressortissants. L'octroi par l'Etat du droit optionnel de recourir au règlement international des différends à l'investisseur tapisse toute l'organisation et les finalités de la procédure transnationale. L'investisseur, fût-il directement titulaire des droits

---

<sup>545</sup> Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, Ch. Leben (dir.), L.G.D.J Anthémis, 2010, p. 16.

<sup>546</sup> *Ibid.*

octroyés dans les traités, n'est donc pas en mesure d'altérer les droits procéduraux fondamentaux de l'Etat défendeur (I). Deuxièmement, la teneur du droit de recourir à l'arbitrage concédé au niveau interétatique à l'investisseur est également plus large que celui dont bénéficie l'Etat de nationalité de l'investisseur. En effet, le « génie » des accords internationaux en matière d'investissement est de rarement limiter la compétence du tribunal au traité qui contient la clause d'arbitrage. Contrairement aux clauses de règlement des différends interétatiques, l'objet du différend *transnational* peut « déborde[r] »<sup>547</sup> le cadre strictement conventionnel et couvrir des prétentions non-conventionnelles. C'est pourquoi la présomption de consentement de l'investisseur aux demandes reconventionnelles de l'Etat peut également se déduire de l'étendue de la compétence juridictionnelle des tribunaux arbitraux (II).

### *I. L'arrière-plan interétatique du contentieux transnational*

**353.** L'arrière-plan interétatique de la relation transnationale relative à l'investissement nous enseigne que l'investisseur n'est pas en mesure de disposer des droits de l'Etat défendeur. Parce que ce sont les Etats qui disposent du consentement des investisseurs<sup>548</sup> en signant des accords internationaux d'investissement, l'exercice du droit optionnel donné à l'investisseur de recourir à l'arbitrage ne peut avoir pour effet de réduire les droits de l'Etat défendeur, pays hôte de l'investissement. Le consentement de l'investisseur à l'arbitrage opère donc dans les limites fixées au niveau interétatique (A). Or, un regard sur le contentieux interétatique de l'investissement permet de mettre à jour que les Etats demeurent investis du droit de présenter des demandes reconventionnelles en l'absence de toute disposition à cet effet. En outre, en accordant aux investisseurs un droit de recourir à l'arbitrage plus étendu que celui dont l'Etat dispose dans le cadre de la protection diplomatique, les Etats s'accordent réciproquement le droit d'avoir des prétentions à l'égard des ressortissants étrangers (B).

#### *A. Le recours à l'arbitrage, un droit encadré au niveau interétatique*

**354.** Le droit de l'investisseur de recourir à l'arbitrage est un droit encadré au niveau interétatique par les Etats signataires des traités. Les Etats s'accordent mutuellement pour conférer à leurs ressortissants un droit direct d'action contre l'Etat hôte de l'investissement. Si l'engagement juridictionnel de l'Etat dans le TBI est obligatoire, le droit pour l'investisseur de recourir à l'arbitrage ne l'est pas, puisqu'« [a]ucune obligation d'arbitrage n'est posée dans le

---

<sup>547</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, op. cit., note n° 35, p. 131, par. 206.

<sup>548</sup> *Ibid.*, p. 129, par. 204 « rien n'empêche qu'un traité dispose du consentement des individus ».

chef des particuliers »<sup>549</sup>. Le caractère non-obligatoire du recours à l'arbitrage pour l'investisseur contraste avec la force obligatoire de l'engagement juridictionnel de l'Etat hôte. Ainsi que l'explique W. Ben Hamida dans le cadre des arbitrages CIRDI :

« si l'investisseur est demandeur...l'Etat défendeur qui a donné son consentement de façon générale et par avance ne peut se dérober. Mais si l'Etat est demandeur devant le CIRDI, l'investisseur défendeur peut se dérober : il peut refuser de donner son consentement écrit et spécial qu'exige le texte [article 25 de la Convention CIRDI]. L'Etat et l'investisseur se trouvent en situation de dissymétrie. »<sup>550</sup>

**355.** Lorsque l'investisseur choisit d'échapper à la compétence « naturelle »<sup>551</sup> du juge national et d'introduire une demande d'arbitrage, l'efficacité de la procédure est assurée au niveau interétatique par la renonciation aux recours parallèles. Aussi, les articles 26 et 27 de la Convention CIRDI relatifs à la renonciation étaient clairement envisagés comme une règle d'interprétation de la clause compromissoire liant un Etat à un investisseur étranger<sup>552</sup>.

**356.** Comme nous l'avons vu dans le cadre des arbitrages transnationaux contractuels CIRDI<sup>553</sup>, la faculté de compromettre implique un renoncement des parties aux voies alternatives de résolution des différends. Aussi, l'obligation de renonciation s'applique avec la même force dans le cadre des procédures arbitrales initiées par la voie des traités<sup>554</sup>. En s'engageant dans la voie arbitrale du CIRDI, les deux parties renoncent à la poursuite de voies alternatives<sup>555</sup>. La renonciation aux procédures parallèles et notamment à la compétence du juge

---

<sup>549</sup> W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, *op. cit.*, note n° 362, p. 162.

<sup>550</sup> P. Juillard, « Chronique de droit international économique – Investissement », *A.F.D.I.*, 1995, vol. 41, p. 609.

<sup>551</sup> G. Sacerdoti, « Bilateral and Multilateral Instruments on Investment Protection », *op. cit.*, note n° 362, p. 437.

<sup>552</sup> *Historique de la Convention CIRDI, Documents Relatifs à l'Origine et à l'Elaboration de la Convention*, vol. III, doc. n° 142, Articles du projet de Convention modifié par la Commission Plénière (R65-37), 10 mars 1965, p. 805.

<sup>553</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 154 et suivant.

<sup>554</sup> *Burlington Resources, Inc. c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5, ordonnance n° 1 sur les demandes en indications de mesures provisoires, 29 juin 2009, par. 58.

<sup>555</sup> *Banro American Resources, Inc Société Aurifère du kivu et du Maniema SARL c. République démocratique du Congo*, *ICSID Review – FILJ*, vol. 17, 2000, p. 19 : « *The fact that Article 27 is not addressed to the investor but to the State parties to the ICSID Convention is explained by the fact that diplomatic protection is a prerogative of the State and not a right of the injured party. It does not mean that the investor has complete freedom of action. By virtue of the principle of customary international law expressed in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a clause of a treaty shall be interpreted 'in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.'* It is for this reason, as noted by Schreuer, that Article 27 should be read in view of Article 26, which constitutes its actual context and according to which the consent to ICSID arbitration 'shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. It is clear from the travaux préparatoires of the Convention that the prohibition from seeking at the same time or successively diplomatic protection and ICSID arbitration applies equally to the investor as much as to the State, and that Article 27 of the ICSID Convention, read in the context of

national participe à la présomption de consentement à la compétence du tribunal arbitral sur les demandes reconventionnelles de l'Etat<sup>556</sup>.

**357.** La raison en est que, contrairement au contentieux transnational en matière de droits de l'homme, l'investisseur est, sauf disposition contraire dans le TBI, exempté de l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes<sup>557</sup>. Combinées, ces deux singularités du contentieux de l'investissement que sont la renonciation et l'exemption de l'épuisement des voies de recours internes attestent de la volonté des Etats, au niveau interétatique, de substituer autant que possible l'arbitre au juge national et supposer entre les deux une compétence interchangeable *en matière d'investissement étrangers*. C'est en substance ce que laisse entendre le préambule de la Convention CIRDI par lequel les Etats « [r]econnaiss[e]nt que si ces différends doivent normalement faire l'objet de recours aux instances internes, des modes de règlement internationaux de ces différends peuvent être appropriés dans certains cas »<sup>558</sup>.

**358.** Se fixant pour objectif de renforcer l'internationalisation du contentieux, certains traités organisent plus précisément le principe de concentration des demandes devant l'arbitre. Par exemple, l'article 1121 de l'Accord de libre-échange nord-américain encadre le droit de l'investisseur de recourir à l'arbitrage par certaines conditions, y compris celle de « renonc[er] à [son] droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation interne d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante »<sup>559</sup>. Cette renonciation, selon J. Paulsson, permettrait à l'Etat attaqué qui le souhaite de soumettre une demande reconventionnelle<sup>560</sup>.

**359.** Cette volonté de concentrer les réclamations transnationales relatives aux investissements devant l'arbitre transparait très tôt dans les premières versions de l'article consacré aux

---

*Article 26, and in light of the purpose and aim of the ICSID Convention, ought to be interpreted as foreclosing the investor from using a plurality of channels. » Voir aussi les Travaux préparatoires de la Convention CIRDI : « Once an investor has been given the right to direct access to a foreign State, he should not have the right to seek the protection of his own State, and his State should not have the right to intervene on his behalf. The purpose...was to remove disputes from the realm of diplomacy and bring them back to the realm of law. » History of the ICSID Convention, vol. II, p. 273.*

<sup>556</sup> Etant entendu que la question de la compétence ne préjuge en rien, ni de la recevabilité ni du fond de celle-ci.

<sup>557</sup> Article 35 (1) [ancien article 26] de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, (ci-après « CEDH ») : « 1. La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive. »

<sup>558</sup> Préambule de la Convention CIRDI.

<sup>559</sup> ALENA (17 décembre 1992), article 1121.

<sup>560</sup> J. Paulsson, « Arbitration Without Privity », *op. cit.*, note n° 164, p. 247 : « The point just considered of course becomes particularly acute whenever the State wishes to raise a counterclaim. Such a counterclaim would most naturally arise when the State is in a position to assert breaches of contractual duties owed by the investor to the State. It is therefore logical to find that NAFTA requires in Article 1121 that an investor wishing to initiate arbitration waive any right to [parallel proceedings] ».

demandes reconventionnelles de la Convention CIRDI. Tel que proposé aux délégations régionales, l'article 49 du projet du Comité Juridique donnait aux arbitres la compétence pour trancher une demande reconventionnelle en ces termes :

« Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut connaître et résoudre des demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, pour autant néanmoins que celles-ci rentrent dans la juridiction du Centre. »<sup>561</sup>.

**360.** Suivant une proposition de l'Espagne et du Salvador, les rédacteurs ont finalement décidé de remplacer le mot « peut » par le mot « doit » afin d'obliger le Tribunal à statuer sur les demandes reconventionnelles et éviter notamment un déni de justice. Les délégations favorables à l'adoption d'une formule impérative estimaient que les demandes additionnelles, incidentes ou reconventionnelles « ont pour but... de tracer le cadre à l'intérieur duquel le tribunal exercera ses pouvoirs et il serait logique de l'obliger à les exercer de façon à n'avoir pas besoin d'un autre tribunal. »<sup>562</sup>. L'exonération d'épuisement de voies de recours internes dans les accords d'investissement devait également permettre à l'investisseur de soumettre son différend national devant un tribunal international<sup>563</sup>.

**361.** Le droit d'action directe de l'investisseur contre l'Etat n'est donc pas complémentaire d'éventuelles recours parallèles, mais plutôt envisagé comme un « substitut »<sup>564</sup> des recours en protection diplomatique ou devant les juridictions internes. Les réclamations que l'Etat hôte pourrait avoir devant le juge interne peuvent être présentées à l'arbitre lorsque l'investisseur choisit d'y recourir, pour autant qu'elles entrent dans le champ matériel de la clause de règlement des différends. Lorsque les Etats choisissent d'exempter l'investisseur de l'épuisement des voies de recours internes, les réclamations que l'Etat auraient pu avoir dans le cadre d'une procédure interne ne sont pas épuisées ou éteintes parce l'investisseur choisit unilatéralement de recourir à l'arbitrage. Celles-ci peuvent être élevées dans le cadre de la procédure arbitrale introduite par l'investisseur contre l'Etat, puisque le droit d'action reconventionnelle est un droit appartenant au défendeur. Il n'est pas déterminé par la possibilité théorique d'être demandeur mais par la qualité de défendeur. En conséquence, rien ne permet

---

<sup>561</sup> *Historique de la Convention CIRDI, Documents Relatifs à l'Origine et à l'Elaboration de la Convention*, vol. III, Projet de Convention : Document de Travail pour le Comité Juridique, Document N° 43 (Z-12 du 11 septembre 1964), article 49, p. 431.

<sup>562</sup> *Ibid*, Procès-verbal de la réunion du Comité juridique, doc. n° 82 (SID/LC/SR/15), 15 décembre 1964, p. 639 (suivant la proposition du délégué du Salvador Monsieur Broches a mis au vote, avec succès, l'option d'une rédaction impérative « doit » pour remplacer la formulation facultative « peut »).

<sup>563</sup> *Ibid*, Projet Préliminaire de Convention : Document de Travail pour les Réunions Consultatives d'Experts Juridiques, doc. n° 24 (COM/AF/WH/EU/AS/1), 15 octobre 1963, p. 38.

<sup>564</sup> C. Santulli, « Diversité des procédures : protection diplomatique, action directe et représentation », in S.F.D.I., *Le sujet en droit international – Colloque du Mans*, Pedone, 2005, p. 89.

de conclure qu'en donnant à l'investisseur un droit d'action directe contre l'Etat hôte de l'investissement, les Etats parties au TBI auraient entendu restreindre leur droit respectif d'avoir des réclamations à l'encontre de l'investisseur. Dire le contraire reviendrait à priver d'effet le principe même de l'internationalisation des litiges et aboutit sur un résultat absurde en ce qu'il encourage l'Etat à recourir à ses juridictions internes<sup>565</sup>. Or, ainsi que l'explique B. Stern :

« [i]l ne faut jamais perdre de vue le fait que la principale raison d'être de la convention [CIRDI] était de garantir que les clauses d'arbitrage ou les compromis d'arbitrage acceptés par un Etat ne puissent être répudiés par lui... L'idée n'était pas de donner un recours à l'investisseur contre l'Etat dans tous les cas, mais seulement de lui donner un recours efficace lorsqu'il existait une clause ou un compromis d'arbitrage »<sup>566</sup>.

**362.** De la même manière que l'investisseur n'est pas en mesure de neutraliser les recours en protection diplomatique de son Etat<sup>567</sup>, il ne peut neutraliser les réclamations que l'Etat hôte pourrait avoir contre lui. La reconnaissance d'un droit d'action directe de l'investisseur contre l'Etat hôte n'altère pas, sauf accord contraire au niveau interétatique le droit de l'Etat d'avoir des prétentions contre l'investisseur. Comme l'observe D. Burriez, dans l'arbitrage d'investissement, « la faculté d'agir en justice procède du seul consentement de l'Etat défendeur à la juridiction »<sup>568</sup>, c'est-à-dire que le consentement de l'investisseur « ne constitue pas une formation de l'engagement juridictionnel, seul le consentement des Etats étant déterminant »<sup>569</sup>. La finalité du consentement de l'Etat à l'arbitrage est bien d'élever les réclamations *respectives* devant un tribunal plus neutre en offrant une option que l'investisseur peut choisir d'élire sans que son utilisation n'altère les droits procéduraux de l'Etat défendeur.

**363.** Dans le cadre du CIRDI, les Etats parties entendaient mettre les deux parties sur un pied d'égalité. De l'aveu de ses architectes, « [l]a Convention est destinée à régler les demandes

---

<sup>565</sup> W. Ben Hamida, « L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique », *op. cit.*, note n° 362, p. 181 : « En privant l'Etat du droit de recourir à l'arbitrage...on l'encourage à se faire justice lui-même....c'est oublier que la méfiance généralisée à l'égard de juridictions étatiques qui a conduit à utiliser l'arbitrage transnational. »

<sup>566</sup> B. Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? » dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 232.

<sup>567</sup> A. Broches, *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Springer, 1995, pp. 374-375 (Commentant les propos d'O'Connell « *The investor may instantly invoke the protection of his State* », A. Broches explique « *While this statement may be too sweeping, it correctly describes the situation of arbitration based on international agreement. Admittedly there is no need to invoke protection in an ICSID arbitration since the Convention itself provides all the safeguards to ensure that an agreement to arbitrate will be implemented up to the point of obtaining an award. But that does not exclude the possibility that the investor might opt for diplomatic protection, and this is exactly what the drafters wanted to exclude.* »)

<sup>568</sup> D. Burriez, *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, Thèse de doctorat, Paris II, 2014, p. 63.

<sup>569</sup> *Ibid.*, p. 82.

faites par des Etats hôtes contre des investisseurs, aussi bien que les demandes faites par les investisseurs contre les Etats hôtes »<sup>570</sup>. Le fait que l'Etat ait rarement pris l'initiative d'une procédure contentieuse devant un tribunal arbitral international contre un investisseur étranger<sup>571</sup> ou le fait qu'il décide de ne donner qu'à l'investisseur l'initiative de le faire, ne veut pas dire que le consentement de l'investisseur aux demandes reconventionnelles soit absent. Il est donc pour le moins surprenant de constater que la préoccupation de certains tribunaux arbitraux saisis de demandes reconventionnelles de l'Etat se soit polarisée sur la vérification du consentement de l'investisseur<sup>572</sup> puisque celui-ci peut être présumé par l'introduction d'une requête unilatérale.

**364.** Pour renforcer l'idée d'une présomption de consentement aux demandes reconventionnelles dans le cadre du contentieux international de l'investissement, il n'est pas inutile d'explorer la teneur des droits dont dispose l'Etat hôte de l'investissement dans le cadre des procédures interétatiques. Si l'existence d'un consentement exprès de l'investisseur aux demandes reconventionnelles était nécessaire pour qu'un tribunal exerce sa compétence, une même exigence devrait exister lorsque le différend est élevé au niveau interétatique. Or, bien que la pratique se fasse très rare, le contentieux interétatique de l'investissement donne à voir que les droits de l'Etat hôte de l'investissement – y compris celui d'avoir des prétentions reconventionnelles – ne requièrent pas de mention spéciale dans les traités et qu'en donnant à l'avance le consentement à la résolution arbitrale des différends, les Etats n'ont pas exclu la possibilité d'avoir en tant que défendeurs, des réclamations contre l'investisseur étranger protégé.

---

<sup>570</sup> *Historique de la Convention CIRDI, Documents Relatifs à l'Origine et à l'Elaboration de la Convention*, « Compte-rendu sommaire des travaux de la réunion consultative d'experts juridiques d'Addis-Abeba sur le Projet Préliminaire de Convention », p. 62 ; Report of the Executive Directors of the international Bank for Reconstruction and development of the convention, article 13, 18 mars 1965, article 13 : « *While the broad objective of the Convention is to encourage a larger flow of private international investment, the provisions of the Convention maintain a careful balance between the interests of investors and those of host States. Moreover, the Convention permits the institution of proceedings by host States as well as by investors and the Executive Directors have constantly in mind that the provisions of the Convention should be equally adapted to the requirements of both cases.* »

<sup>571</sup> *Tanzania Electric Supply Company limited c. Independent Power Tanzania Limited*, Affaire CIRDI n° ARB/98/8, sentence, 12 juillet 2001 ; *Gabon c. Société Serete S.A.*, Affaire CIRDI n° ARB/76/1, requête du 5 octobre 1976 suivie d'une ordonnance de désistement du Tribunal rendue le 27 octobre 1978 ; *Gouvernement de la province du Kalimantan occidental c. PT Kaltim Prima Coal*, Affaire CIRDI n° ARB/07/3, décision relative à la compétence, 28 décembre 2009.

<sup>572</sup> *Supra*, au présent chapitre, par. 319 et suiv.

### ***B. Une compétence reconventionnelle implicitement consentie au niveau interétatique***

**365.** Rarement utilisées<sup>573</sup>, les clauses de règlement des différends interétatiques coexistent avec la clause de règlement des différends Etat-investisseur et permettent d'élever au niveau interétatique le différend de l'investissement. Sans être parfaitement identiques entre elles, les clauses de règlement des différends interétatiques d'investissement ont pour point commun de porter sur les différends relatifs à l'interprétation et à l'application du traité<sup>574</sup>. Elles peuvent donner lieu à plusieurs formes de contentieux. Premièrement, l'Etat peut faire valoir son intérêt propre en tant qu'Etat partie et introduire un différend relatif à l'interprétation ou l'application d'un TBI<sup>575</sup>. D'autre part, la clause de règlement des différends interétatiques insérée dans un TBI peut également et simultanément être utilisée par l'Etat pour exercer la protection diplomatique, c'est-à-dire « prendre fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur... l'action judiciaire internationale... »<sup>576</sup>. La différence entre ces deux formes de réclamations élevées au niveau interétatique porte sur l'exigence d'épuisement des voies de recours internes. Lorsque l'Etat introduit une réclamation au nom et pour le compte de son ressortissant, il est tenu de prouver que la condition d'épuisement des voies de recours internes a été remplie<sup>577</sup>. Cette exigence disparaît naturellement dans le cadre d'un contentieux purement interétatique lorsque l'Etat fait valoir ses droits propres<sup>578</sup>.

**366.** Si l'on tient pour acquis qu'en donnant à l'investisseur le droit de directement saisir un

---

<sup>573</sup> M. Potesta, « State-to-State Dispute Settlement Pursuant to Bilateral Investment Treaties: Is there Potential? », in *International Courts and the Development of International Law*, N. Boschiero et al. (dir.), Asser, 2013, p. 753.

<sup>574</sup> G. Sacerdoti, « Bilateral and Multilateral Instruments on Investment Protection », *op. cit.*, note n° 362, p. 429.

<sup>575</sup> *Equateur c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire C.P.A n° 2012-5, 29 mars 2012. Voir aussi *Industria Nacional de Alimentos, S.A. et Indalsa Perú, S.A. (anciennement Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/03/4, sentence, 7 février 2005, par. 9. Le tribunal transnational mentionne l'existence d'une procédure parallèle au niveau interétatique entre le Chili et le Pérou relative au TBI et refuse de suspendre la procédure transnationale. La procédure interétatique n'est pas publique.

<sup>576</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine, exceptions d'incompétence, arrêt du 30 août 1924, série A*, p. 12. Voir aussi, CDI, Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaire y relatifs, article premier, *Annuaire de la CDI*, 2006, vol. II (2), p. 22 : « [l]a protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité. »

<sup>577</sup> *Italie c. Cuba*, sentence préliminaire, 15 mars 2005, par. 91 : « dans les hypothèses où [l'Etat de nationalité de l'investisseur] demande la condamnation de l'Etat [hôte de l'investissement] à indemniser des préjudices qu'auraient subis des investisseurs... le Tribunal Arbitral devra examiner si le principe de l'épuisement des voies de recours internes (i.e. les tribunaux ou organes judiciaires ou administratifs, ordinaires ou spéciaux, en ce compris les tribunaux arbitraux) a été respecté. » ; Voir aussi *Affaire de l'Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Arrêt du 21 mars 1959, C.I.J Recueil 1959*, pp. 28-29.

<sup>578</sup> *Italie c. Cuba*, sentence préliminaire, 15 mars 2005, par. 88 : « Il est indiscutable...que l'Etat agissant pour la défense de ses droits internationaux subjectifs ne peut être obligé à épuiser une quelconque voie de recours dans l'ordre juridique d'un autre Etat, aucune juridiction n'y ayant compétence pour recevoir son action. »

tribunal arbitral, les Etats envisagent l'arbitrage transnational comme un « substitut »<sup>579</sup> de la protection diplomatique, il n'est pas inutile de regarder si, au niveau du contentieux interétatique, les tribunaux requièrent un consentement exprès de l'Etat demandeur pour retenir leur compétence sur les demandes reconventionnelles. La question qui se pose est donc celle de savoir si l'Etat hôte de l'investissement dans une position de défendeur dispose de droits analogues dans le cadre d'une procédure interétatique d'investissement et dans le cadre d'une procédure transnationale, et s'il peut formuler des demandes reconventionnelles en l'absence de consentement exprès de la partie demanderesse. Une réponse positive confirmerait que le droit de formuler des demandes reconventionnelles est inhérent à la qualité de défendeur et qu'il n'y a pas lieu de rechercher un consentement spécial du demandeur à l'instance (Etat ou investisseur). Une réponse négative pourrait laisser entendre que la compétence des tribunaux arbitraux saisis de différends relatifs à l'application des TBI<sup>580</sup> se limite bien à un contrôle de la légalité du comportement de l'Etat hôte ce qui aurait pour effet d'exclure les demandes reconventionnelles à moins que les parties n'y consentent expressément. Pour répondre à cette question, il convient de distinguer les recours interétatiques, où l'Etat fait valoir ses droits propres, des recours en protection diplomatique.

**367.** Le différend interétatique d'investissement entre l'Italie et Cuba est à cet égard riche d'enseignements. Endossant le préjudice subi par plusieurs entreprises italiennes implantées dans les secteurs de l'industrie, des services et du tourisme à Cuba, l'Italie avait simultanément agi en sa qualité de sujet directement lésé dans ses droits subjectifs, et sollicitait au titre de la protection diplomatique la réparation du préjudice subi par ses ressortissants en violation de l'Accord de protection des investissements liant les deux Etats<sup>581</sup>. Ces préjudices étaient notamment relatifs aux impayés contractuels, et aux tentatives d'éviction et d'intimidation à

---

<sup>579</sup> Ch. Leben, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, t. 302, p. 344 : « [L]e recours à l'arbitrage *ad hoc* joue le même rôle de substitut à la protection diplomatique que l'arbitrage CIRDI. Et le droit appliqué est souvent, même si c'est parfois moins net que devant les instances du CIRDI, le droit international ou les principes généraux de droit »

<sup>580</sup> Les recours interétatiques relatifs à l'interprétation des TBI sont exclus de la présente analyse. Le différend d'interprétation n'implique pas nécessairement une allégation de violation du traité mais la recherche d'une interprétation judiciaire du traité en cause. Seul un différend de cette nature existe, pour lequel le tribunal a refusé d'exercer sa compétence au motif que l'Equateur n'avait pas invoqué de violation du TBI *Equateur c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire C.P.A n° 2012-5, 29 mars 2012.

<sup>581</sup> *Italie c. Cuba*, sentence finale, 15 janvier 2008, par. 139 : « La République d'Italie agit à double titre : elle poursuit la défense des droits propres que lui confère l'Accord de 1993 et le droit international. Cette action vise à faire constater par le Tribunal Arbitral que la République de Cuba a violé la lettre, l'esprit et la finalité de l'Accord de 1993 ainsi que les normes de droit international sur le traitement et la protection des étrangers et à ce que le Tribunal Arbitral lui ordonne de mettre fin à ces violations et de donner toutes garanties qu'elle respectera à l'avenir ses obligations internationales ; elle exerce la protection diplomatique de personnes physiques et morales italiennes en vue d'obtenir la condamnation de la République de Cuba à l'indemniser des préjudices divers qu'elles auraient subis du fait de la violation des droits que leur conférerait l'Accord de 1993. »

l'égard de ces sociétés par les autorités cubaines. Le Tribunal a néanmoins rejeté l'ensemble des réclamations italiennes.

**368.** L'affaire est digne de mention puisque le Tribunal arbitral *ad hoc* a été saisi d'une demande reconventionnelle. Cuba, Etat défendeur, avait sollicité à titre reconventionnel que l'« Italie soit condamnée à se rétracter publiquement et diplomatiquement de ses allégations à titre de réparation du préjudice moral qu'elle lui a causé en présentant sa demande d'arbitrage »<sup>582</sup>. Aucune disposition du TBI entre Cuba et l'Italie ne prévoyait la possibilité de formuler de demande reconventionnelle. Pourtant, contrairement aux exigences posées par certains tribunaux dans le cadre des procédures transnationales<sup>583</sup>, le Tribunal dans cette affaire n'a pas identifié de difficulté particulière quant au principe de sa compétence reconventionnelle et s'est directement prononcé sur le fond et la substance de celle-ci. Il s'est donc contenté de relever que les dispositions du TBI « confèrent à chacune des parties contractantes le droit de soumettre à l'arbitrage les litiges relatifs à l'interprétation et à l'application de l'Accord. A moins qu'il ne soit abusif, l'exercice d'un tel droit ne peut être illicite et donc causer un préjudice donnant lieu à réparation. »<sup>584</sup>

**369.** Le fait pour le Tribunal de relever que les deux parties ont un droit de recours à l'arbitrage est utilisé ici pour expliquer que l'exercice d'un droit reconnu dans un traité, à moins d'être abusif, ne saurait constituer *une violation* du traité, et non pas comme un argument pour investir l'Etat de son droit de présenter des demandes reconventionnelles. Contrairement à la position adoptée par certains tribunaux transnationaux<sup>585</sup>, il en ressort qu'au niveau interétatique le consentement exprès du demandeur sur les demandes reconventionnelles est présumé inclus dans l'introduction d'une requête, non pas parce que les deux parties peuvent introduire une demande, mais parce que la demande reconventionnelle entre dans le champ matériel de la clause de règlement des différends à laquelle elles ont consenti. On voit donc mal pourquoi l'interprétation de deux clauses de règlement des différends insérées dans un *même traité* d'investissement aboutirait sur deux résultats si contradictoires du point de vue de la compétence reconventionnelle et de l'exigence du consentement des parties. Alors que l'Etat défendeur engagé dans la procédure interétatique prévue par le TBI peut, sans difficulté

---

<sup>582</sup> *Ibid*, par. 253.

<sup>583</sup> *Supra*, Chapitre 2, par.319 et suivant.

<sup>584</sup> *Italie c. Cuba*, arbitrage *ad hoc*, sentence finale, 15 janvier 2008, par. 254 : « Les dispositions pertinentes de l'Article 10 de l'Accord de 1993 confèrent à chacune des parties contractantes le droit de soumettre à l'arbitrage les litiges relatifs à l'interprétation et à l'application de l'Accord. A moins qu'il ne soit abusif, l'exercice d'un tel droit ne peut être illicite et donc causer un préjudice donnant lieu à réparation. Bien que la République d'Italie succombe dans toutes ses demandes, le Tribunal Arbitral n'estime pas que son droit de recourir à l'arbitrage selon les dispositions de l'Accord de 1993 a été abusif. »

<sup>585</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 321 et suiv.

particulière, exercer un droit d'action reconventionnelle, ce même Etat serait, sinon privé de ce droit, du moins contraint de rechercher le consentement exprès de l'investisseur lorsqu'il est engagé dans une procédure transnationale pour que son action reconventionnelle soit considérée.

**370.** Plus complexe est la question de savoir si un Etat défendeur peut soulever des demandes reconventionnelles dans le cadre d'une action en protection diplomatique intentée contre lui. L'Etat ferait valoir son « droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »<sup>586</sup>. Une telle action est soumise à l'épuisement des voies de recours internes, phase pendant laquelle l'investisseur et l'Etat hôte sont censés avoir formulé leurs prétentions respectives, y compris par exemple en formulant des demandes reconventionnelles<sup>587</sup>. Si deux positions sont envisageables, il faut se garder de tirer des conclusions tranchées sur la possibilité qu'un Etat défendeur d'une action en protection diplomatique soumette des demandes reconventionnelles.

**371.** Dans la mesure où l'action en protection diplomatique est soumise à l'obligation coutumière d'épuisement des voies de recours internes<sup>588</sup>, l'Etat hôte de l'investissement aurait donc eu l'occasion de faire valoir ses propres réclamations à l'égard de l'investisseur ; il y aurait dès lors matière à considérer que l'Etat hôte serait privé du droit de faire valoir d'éventuelles prétentions envers l'investisseur. Ainsi que l'a observé la C.I.J, la finalité de l'exigence d'épuisement des voies de recours internes est de permettre qu'« avant de recourir à la juridiction internationale, il [est] nécessaire que l'Etat où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne. »<sup>589</sup>. La doctrine de l'*estoppel*<sup>590</sup> pourrait servir de fondement juridique pour faire échec à de telles prétentions<sup>591</sup>. En raison de l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, l'Etat demandeur pourrait s'opposer aux prétentions reconventionnelles de l'Etat hôte, arguant que celui-ci a eu l'occasion

---

<sup>586</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine, exceptions d'incompétence, arrêt du 30 août 1924, série A*, p. 12.

<sup>587</sup> Il est intéressant de relever que dans le différend opposant l'investisseur italien à Cuba, l'investisseur poursuivi par l'Etat dans une procédure avait effectivement présenté, sans succès, des demandes reconventionnelles. *Italie c. Cuba*, arbitrage *ad hoc*, sentence finale, 15 janvier 2008, par. 58.

<sup>588</sup> *Affaire de l'Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 21 mars 1959, C.I.J Recueil 1959, p. 27 : « Avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'Etat où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne » ; La règle est « un important principe du droit international coutumier ».

<sup>589</sup> *Ibid.*

<sup>590</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n° 1, p. 450 : « Objection péremptoire, souvent analysée comme exception procédurale qui s'oppose à ce qu'un Etat partie à un procès puisse faire valoir une prétention ou soutienne un argument contredisant son comportement antérieur...Ce comportement antérieur peut éventuellement être inféré d'un silence. »

<sup>591</sup> Voir notamment dans le cadre d'action en protection diplomatique *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, jugement, 20 juillet 1989, par. 54 : « bien qu'on ne puisse exclure qu'un estoppel puisse, dans certaines circonstances, découler d'un silence, lorsqu'il aurait fallu dire quelque chose, il est évidemment difficile de déduire l'existence d'un estoppel du simple fait de n'avoir pas mentionné une question à un moment donné au cours d'échanges diplomatiques assez intermittents. »

de faire valoir ses prétentions contraires contre l'investisseur devant ses juridictions ou en cas de silence, aurait dû le faire.

**372.** Deuxièmement, le doute est permis quant à la question de savoir si l'Etat hôte de l'investisseur pourrait, à titre reconventionnel, introduire une réclamation qui ne viserait pas directement l'Etat de nationalité de l'investisseur demandeur à l'instance mais directement le comportement de l'investisseur. Certes, l'Etat défendeur, dans une action de protection diplomatique, peut toujours invoquer les manquements des investisseurs, mais il ne le fait qu'à des fins défensives et probatoires, afin par exemple d'établir l'irrecevabilité de la demande<sup>592</sup>. Or, la question de savoir si l'Etat hôte pourrait à des fins offensives chercher à obtenir lui-même réparation d'un préjudice causé par l'investisseur en introduisant une demande reconventionnelle peut laisser dubitatif. Tout en étant un contentieux de la responsabilité, le contentieux de la protection diplomatique à la singularité de postuler l'existence d'un dommage de l'acteur privé suffisamment important pour que l'Etat de nationalité décide discrétionnairement d'endosser son préjudice afin « de faire respecter le droit international en la personne de son ressortissant »<sup>593</sup>. Il semble donc « imposer sans nuance la solution au fond »<sup>594</sup> puisqu'il postule l'existence *d'une violation* du droit international dans la mesure où sa finalité est « de faire respecter le droit international » en la personne de son ressortissant. Ainsi que l'explique P. de Visser « [p]our qu'il y ait matière à protection diplomatique il faut nécessairement que le droit international ait été violé à l'occasion d'un acte ou d'un fait qui a atteint une personne autre que l'Etat lui-même. »<sup>595</sup>. Ainsi, à s'en tenir à une analyse littérale de la définition de l'action en protection diplomatique, il apparaît que sa finalité est principalement de vérifier si l'Etat défendeur s'est ou non conformé à ces obligations internationales, après avoir donné à l'Etat hôte l'occasion de « remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne. »<sup>596</sup>. En somme, il ne s'agit pas de vérifier la réalité du préjudice mais son lien avec la violation des obligations de l'Etat défendeur. Ces particularités confortent l'Etat hôte dans une posture défensive qui laisserait peu d'espace pour

---

<sup>592</sup> Dans l'affaire *ELSI* par exemple, l'Italie faisait valoir que l'investisseur n'ayant pas mis en œuvre tous les recours à sa disposition, il ne pouvait être admis que le recours aux voies de recours internes avait été épuisé. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, jugement, 20 juillet 1989, par. 61.

<sup>593</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine, exceptions d'incompétence, arrêt du 30 août 1924, série A*, p. 12.

<sup>594</sup> C. Santulli, « Travaux de la Commission du droit international », *A.F.D.I.*, 2000, vol. 46, p. 425.

<sup>595</sup> P. De Visser, « La Protection Diplomatique Des Personnes Morales », *R.C.A.D.I.*, 1961, vol. 102, p. 418.

<sup>596</sup> *Affaire de l'Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 21 mars 1959, *C.I.J Recueil 1959*, p. 27.

des prétentions reconventionnelles offensives<sup>597</sup>. Néanmoins, rien ne permet d'affirmer que si un Etat défendeur d'une action en protection diplomatique présentait une demande reconventionnelle, celle-ci nécessiterait d'obtenir le consentement exprès de l'Etat demandeur. Tout porte à croire que l'essentiel de la discussion ne concernerait pas la question du consentement de l'Etat de nationalité, mais la vérification qu'une telle demande entre dans le champ de la clause de règlement des différends du traité.

**373.** Bien que cela semble hypothétique, un autre raisonnement peut également se tenir. Il serait possible de considérer qu'au contraire, l'Etat hôte poursuivi dans le cadre d'une action en protection diplomatique sur le fondement d'un TBI pourrait formuler des demandes reconventionnelles visant l'investisseur. Cette possibilité serait reconnue comme la dimension négative du droit dont dispose l'Etat de nationalité d'introduire une demande pour préserver les droits de ses ressortissants. Si l'Etat peut « endosser » le préjudice subi par son ressortissant, en raison du lien de nationalité, il pourrait *a contrario*, répondre des actes de celui qu'il entend protéger. Surtout, la possibilité que l'Etat hôte de l'investissement, défendeur dans une procédure interétatique présente des réclamations contre l'investisseur, n'est pas à exclure compte tenu de l'évolution de l'institution de la protection diplomatique. En effet, le fait que les particuliers soient directement titulaires de droits subjectifs octroyés dans les traités<sup>598</sup> a participé, selon la doctrine, à une diversification des recours interétatiques. L'Etat agirait *en représentation* des droits subjectifs de son ressortissant : « [c]omme dans l'action en protection diplomatique, c'est l'État qui agit mais, comme dans l'action directe, les droits subjectifs internationaux du sujet interne sont adjugés dans la procédure internationale »<sup>599</sup>.

**374.** Dans l'affaire opposant l'Italie à Cuba, le Tribunal n'a pas formellement qualifié le recours italien comme une action en représentation mais il a bien fait prévaloir « une conception [nouvelle] de la protection diplomatique qui « rompt avec le fameux *dictum* de la Cour

---

<sup>597</sup> La nature des droits violés en la personne du ressortissant peut en outre s'avérer déterminante pour savoir si l'Etat défendeur pourrait avoir des prétentions reconventionnelles. Lorsque le préjudice endossé par l'Etat concerne la violation de droits humains, il est difficile de concevoir l'existence de prétentions croisées de l'Etat défendeur. Pour la plupart, ces droits sont dits « objectifs » et exempts de condition de réciprocité. Voir Commission européenne des droits de l'homme, *Autriche c. Italie* (requête n° 788/60), 11 janvier 1961, *Annuaire de la CEDH*, vol. 4, 1961, p. 139 et suiv. : « Considérant...qu'en concluant la Convention, les Etats contractants n'ont voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs... que les obligations souscrites par les Etats ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers... »

<sup>598</sup> Z. Douglas, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *op.cit.*, note n°171, p. 168

<sup>599</sup> C. Santulli, « Diversité des procédures : protection diplomatique, action directe et représentation », *op. cit.*, note n° 564, p. 92. (Lorsqu'il agit en représentation de son ressortissant, la condition d'épuisement des voies de recours internes ne serait pas exigée)

permanente de Justice internationale »<sup>600</sup> puisqu'en l'espèce, le Tribunal admet que « l'État exerçant la protection diplomatique fait valoir le droit propre de l'investisseur »<sup>601</sup>. Ainsi, puisque les investisseurs étrangers sont les titulaires de droits subjectifs reconnus dans les accords d'investissement, la protection diplomatique exercée par l'Italie dans le domaine des investissements étrangers « se réduit à une action en remplacement de l'action directe de l'investisseur »<sup>602</sup>.

**375.** Si on admet que l'Etat puisse directement faire valoir *les droits* de son ressortissant, investisseur étranger, il n'est pas exclu d'envisager que cette conception nouvelle de la protection diplomatique permette que ce même Etat puisse répondre d'éventuelles violations d'obligations de son ressortissant. L'Etat hôte de l'investissement, défendeur à l'instance pourrait alors mettre en cause le comportement de l'investisseur protégé dans une demande reconventionnelle. De la même manière que l'Etat devrait transférer l'indemnisation obtenue à son ressortissant<sup>603</sup>, il pourrait exiger de lui le paiement d'une dette envers l'Etat défendeur. Toutefois, même à admettre la possibilité qu'une demande reconventionnelle soit accueillie, l'Etat hôte de l'investissement (défendeur à l'instance interétatique) serait sans doute limité dans l'exercice de ce droit, puisqu'il lui faudrait démontrer que l'investisseur a violé une règle de droit international. En effet, de même que la clause interétatique de règlement des différends du TBI est limitée aux différends relatifs à l'application ou l'interprétation du traité, le contentieux de la protection diplomatique, contrairement au contentieux transnational, est un contentieux limité au respect du droit international<sup>604</sup>.

**376.** En réalité, aucune de ces approches ne permet de savoir si d'hypothétiques demandes reconventionnelles contre l'investisseur présentées par l'Etat défendeur dans le cadre d'une action en protection diplomatique nécessiteraient de recueillir le consentement de la partie demanderesse pour entrer dans la compétence du tribunal saisi, ainsi que le suggère une partie des tribunaux transnationaux<sup>605</sup>. Même dans l'impossibilité de trancher la question de la

---

<sup>600</sup> Y. Nouvel, « L'exercice de la protection diplomatique sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement : l'arbitrage Italie contre Cuba », *Cahiers de l'arbitrage*, 2012, n° 2, p. 387.

<sup>601</sup> *Ibid.*

<sup>602</sup> *Ibid.*, p. 388.

<sup>603</sup> CDI, *Projet d'articles sur la protection diplomatique*, 2006, article 19 : « Un État en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait... Transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenu de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables ». Voir aussi, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 344, par. 57 : « La Cour tient à rappeler que l'indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice par celle-ci de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, est destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci. » ; il ne s'agit toutefois pas d'une obligation J. Wong, « The Subversion of State-to-State Investment Treaty Arbitration », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, n°1, 2004, p. 16.

<sup>604</sup> *Concessions Mavrommatis en Palestine*, exceptions d'incompétence, arrêt du 30 août 1924, *série A*, p. 12.

<sup>605</sup> *Supra*, au présent chapitre, par. 319 et suiv.

manière définitive, cette esquisse du contentieux interétatique de l'investissement permet de dégager un enseignement utile qui confirme qu'une partie des tribunaux transnationaux de l'investissement impose un niveau élevé d'exigence pour caractériser la présence du consentement de l'investisseur aux demandes reconventionnelles.

**377.** Premièrement, lorsque l'Etat introduit une procédure interétatique « classique » en vertu d'un TBI et qu'il agit pour son faire valoir ses droits propres, le consentement des parties aux demandes reconventionnelles ne semble pas remis en cause. Deuxièmement, les droits de l'Etat de nationalité de l'investisseur à l'égard de l'Etat hôte sont moins étendus que ceux directement détenus par l'investisseur en vertu du traité. Sur le plan procédural, l'Etat de nationalité est tenu de prouver que son ressortissant a bien épuisé les voies de recours internes, ce dont l'investisseur est le plus fréquemment exempté<sup>606</sup>. L'existence d'un TBI et d'un droit de recours direct donné à l'investisseur n'exempte pas l'Etat qui souhaite utiliser la clause de règlement interétatique du traité pour recourir à la protection diplomatique de satisfaire cette exigence pour que sa requête soit recevable<sup>607</sup>. En outre, sur le plan substantiel, l'Etat demandeur qui souhaite protéger ses droits propres ou ceux de son ressortissant est limité à faire valoir des réclamations liées à l'application du traité et au droit international, limitation qui n'est que très rarement applicable à l'investisseur. Il faut y voir une différence avec le contentieux transnational en matière des droits de l'homme où le droit de l'Etat et le droit de l'individu de saisir la CEDH porte sur un objet identique. Les Etats peuvent saisir la Cour de « tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles »<sup>608</sup> et les individus « qui se prétendent victime d'une violation...des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles »<sup>609</sup> peut également le faire, à condition d'avoir épuisé les voies de recours internes.

**378.** Ce détour par le contentieux interétatique de l'investissement nous enseigne donc qu'il n'existe pas de stricte identité entre la nature d'un recours interétatique en protection

---

<sup>606</sup> G. Sacerdoti, « Bilateral and Multilateral Instruments on Investment Protection », *op. cit.*, note n° 362, p. 437.

<sup>607</sup> *Italie c. Cuba*, sentence préliminaire, 15 mars 2005, par. 88 : « le fait que les voies de recours n'aient pas été épuisées par les investisseurs, qu'il s'agisse ou non de voies de recours existant dans l'ordre juridique cubain, est de nature à constituer un obstacle à l'exercice de la protection diplomatique... le Tribunal Arbitral ne peut retenir l'argumentation de la République d'Italie selon laquelle il ressortirait de l'Accord de 1993 une volonté évidente des parties d'exclure l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. La République d'Italie base cette conclusion sur l'Article 9 de l'Accord, mais rien dans cette disposition n'indique que les parties aient renoncé au principe de l'épuisement des voies de recours internes. Il offre simplement, ainsi que le Tribunal Arbitral l'a déjà souligné, une option aux investisseurs entre une action devant les tribunaux de l'Etat d'accueil ou devant un tribunal arbitral international. C'est d'ailleurs le fait qu'il ne s'agisse que d'une option, sans obligation pour l'investisseur de porter le litige au plan international, qui permet au droit à la protection diplomatique de subsister. Mais dans ce cas les principes applicables à l'exercice de la protection diplomatique et, notamment l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes, doivent être respectés. »

<sup>608</sup> Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Série des traités européens*, n° 5, article 33.

<sup>609</sup> *Ibid.*, article 34.

diplomatique et celle d'un recours transnational. Le fait que l'investisseur, contrairement à son Etat de nationalité, puisse agir directement sans épuiser les voies de recours internes pour un différend dont l'objet est relatif à un investissement devrait donc suffire à avaliser la théorie du consentement implicite de l'investisseur<sup>610</sup> aux demandes reconventionnelles de l'Etat qu'il choisit de poursuivre. Du simple choix d'activer la procédure contentieuse, l'investisseur devrait être présumé consentir aux réclamations qui entrent dans l'objet du différend. Ainsi, la comparaison avec le contentieux interétatique de l'investissement donne à voir que la position adoptée par certains tribunaux arbitraux transnationaux semble avoir complexifié à outrance l'exigence du consentement au détriment des droits de l'Etat défendeur. Cette théorie du consentement implicite aux demandes reconventionnelles est aussi celle qui opère lorsque l'Etat fait valoir ses droits propres dans le cadre d'une procédure interétatique en vertu d'un TBI.

**379.** C'est pourquoi, dès lors qu'il saisit un tribunal d'une requête, le consentement de l'investisseur à la résolution de l'ensemble du différend – et donc à la demande reconventionnelle – peut être présumé sans que cette présomption soit contraire au droit international. La raison en est que l'acceptation de l'offre conventionnelle par un investisseur ne définit pas à elle seule l'étendue du consentement des parties, puisqu'elle est déterminée par l'objet du différend qu'il appartient aux tribunaux arbitraux de déterminer de manière objective. Or, la compétence que détient le tribunal arbitral en vertu d'un TBI n'est pas seulement limitée au traité sur lequel s'appuie l'investisseur dans sa requête puisque, contrairement aux clauses interétatiques de règlement des différends, l'objet du différend transnational que les parties consentent à soumettre à l'arbitrage peut « déborder » le cadre strictement conventionnel et couvrir des prétentions non-conventionnelles. Cette singularité renforce la présomption de compétence implicite sur les demandes reconventionnelles.

## ***II. La compétence reconventionnelle au regard de l'objet du différend***

**380.** A moins que les demandes reconventionnelles ne soient explicitement exclues par l'instrument servant de base à la demande de l'investisseur, la théorie du consentement implicite de l'investisseur aux demandes reconventionnelles, appliquée par une partie de la jurisprudence<sup>611</sup>, est l'approche la plus appropriée. La phase d'acceptation par l'investisseur de l'engagement juridictionnel de l'Etat permet de formaliser le consentement des deux parties sur le principe de la compétence d'un tribunal arbitral. La rencontre des volontés sur le principe de la compétence ne préjuge pas de l'exercice de cette compétence par le tribunal. Contrairement

---

<sup>610</sup> *Supra*, par. 300.

<sup>611</sup> *Supra*, par. 255 et suiv.

au compromis, qui concentre simultanément l'engagement juridictionnel et la caractérisation du différend par les deux parties, la phase d'acceptation de l'investisseur et le dépôt de la requête est une formalité qui permet de formaliser l'attribution de juger donnée par les Etats au tribunal arbitral. La requête à elle seule, ne suffit pas à déterminer les conditions d'exercice et l'objet de la compétence du tribunal arbitral. Cette mission est celle qu'il revient à l'arbitre de déterminer de manière objective. En effet, le consentement des parties à investir le tribunal arbitral d'un pouvoir de détermination objective du différend se vérifie sous deux aspects : d'une part, celui-ci vérifie qu'il est bien saisi d'un différend *d'investissement*, faute de quoi la demande reconventionnelle succombe (A). D'autre part, la clause de règlement des différends ne précise que très rarement les obligations sur lesquelles elle porte et caractérise son objet « seulement par sa relation avec l'investissement »<sup>612</sup>. La phase d'acceptation par l'investisseur n'a donc pas pour effet de circonscrire la compétence matérielle du tribunal aux seules demandes de l'investisseur. Le consentement à l'arbitrage se donne pour objectif d'habiliter un tribunal à trancher les différends relatifs aux investissements. Puisque les parties n'ont pas déterminé à l'avance l'objet de leur différend, elles consentent implicitement à ce que le tribunal ait à connaître des prétentions qui dépassent le cadre subjectivement déterminé par l'acceptation de l'investisseur demandeur (B).

#### ***A. La compétence reconventionnelle tributaire d'un investissement protégé***

**381.** Dans l'arbitrage transnational conventionnel, l'exercice de la compétence exige que l'arbitre constate l'existence d'un investissement protégé. Comme l'a rappelé le Tribunal dans l'affaire *Patrick Mitchell* : « [l]e tribunal doit constater tout d'abord que la définition de l'investissement en tant qu'élément matériel de définition de la portée du consentement à l'arbitrage...est celle que contient le TBI complétée le cas échéant par une interprétation appropriée »<sup>613</sup>. L'existence d'un investissement est donc relevée d'office par l'arbitre pour qu'il puisse exercer sa compétence sur les prétentions principales comme sur les prétentions reconventionnelles ; il n'est pas un élément laissé à la disposition des parties.

**382.** La méthodologie pour constater l'existence d'un investissement diffère sensiblement selon que le différend est porté ou non au CIRDI. Dans le cas des arbitrages autres que CIRDI,

---

<sup>612</sup> Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrat, traité, et clause parapluie », *op. cit.*, note n°545, p. 16 : « Dans la pratique conventionnelle, on observe néanmoins que les États règlent l'objet du différend pour lequel la compétence est attribuée au tribunal. Ils le font en définissant le différend de deux façons : soit en compréhension, en le caractérisant seulement par sa relation avec l'investissement, soit en extension, en précisant à l'application de quelle norme il se rapporte. La définition en extension du différend forme une pratique conventionnelle très minoritaire. »

<sup>613</sup> *Patrick Mitchell c. République Démocratique du Congo*, affaire CIRDI n° ARB/99/7, 9 février 2004, par. 50.

la caractérisation d'un investissement se fait au regard du traité invoqué à l'appui de la demande de l'investisseur<sup>614</sup>, alors que pour les arbitrages CIRDI, cette caractérisation se fait non seulement au regard du traité mais encore au regard de l'article 25 de la Convention donnant compétence au Centre pour « les différends d'ordre juridique...qui sont en relation directe avec un investissement ». Dans le cas des arbitrages CIRDI, la mission de l'arbitre est tenue par les exigences du renvoi inter-conventionnel<sup>615</sup> entre deux traités, la Convention CIRDI et l'accord d'investissement auquel il renvoie. La vérification de l'existence d'un investissement a ainsi pu être désignée parfois comme « le test à double-entrée »<sup>616</sup>.

**383.** L'exercice de la compétence reconventionnelle, qui se greffe à l'action principale, exige que l'arbitre caractérise l'existence d'un investissement *protégé* par le traité. L'interprétation du critère de compétence pour les demandes reconventionnelles mentionné à l'article 46 de la Convention (« à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître ») ne peut se faire en isolation de l'article 25 relatif à la compétence du Centre. En raison de sa nature incidente, la compétence reconventionnelle requiert donc du tribunal d'établir sa compétence au regard des deux articles :

« *The competence of ICSID tribunals to hear investment claims stems from article 25 of the ICSID Convention (primary competence). The competence of ICSID tribunals to hear investment counterclaims stems from Article 25 of the ICSID Convention in conjunction with Article 46 of the ICSID Convention, in other words, the competence to hear counterclaims is a derivative competence, because it presupposes the competence of the tribunal (and jurisdiction of the Centre).* »<sup>617</sup>

**384.** Dans le cas d'arbitrage non-CIRDI, l'exercice de la compétence reconventionnelle

---

<sup>614</sup> A moins qu'un autre instrument connexe ne soit applicable entre les parties.

<sup>615</sup> M. Forteau, « Les renvois inter-conventionnels », *A.F.D.I.*, 2003, vol. 49, n° 1, pp.71, 76 (le renvoi est entendu comme « technique de formulation de textes juridiques consistant à se référer expressément à d'autres textes juridiques, sans les reproduire ... [ils] visent à assurer non pas l'application parallèle de deux conventions, ni à plus forte raison l'application exclusive de l'une au détriment de l'autre, mais leur application conjointe et solidaire. Les renvois inter-conventionnels visent en effet, et cela les caractérise, à instituer un lien juridique entre normes conventionnelles de façon à ce qu'elles soient liées dans leur mise en œuvre. »).

<sup>616</sup> *Metal-Tech LTD c. Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013, par. 127 : « *The Tribunal does not share the view expressed for instance in Phoenix pursuant to which compliance with the laws of the host State and respect of good faith are elements of the objective definition on investment under Article 25 (1) of the ICSID Convention. In the Tribunal's view, the Contracting parties to an investment treaty may limit the protections of the treaty to investments made in accordance with the laws and regulations of the host State. Depending on the wording of the investment treaty, this limitation may be a bar to jurisdiction, i.e to the procedural protections under the BIT, or a defense on the merits, i.e to the application of the substantive treaty guarantees* ».

<sup>617</sup> A. M. Steingruber, « *Antoine Goetz and others v Republic of Burundi Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-based ICSID Arbitrations* », *op. cit.*, note n° 445 , p. 292.

présuppose l'existence d'un investissement protégé en vertu du traité<sup>618</sup>.

**385.** Pour faire échec à la compétence du tribunal arbitral, il n'est pas rare que l'Etat invoque la non-conformité de l'investissement au droit national. Par exemple, l'argument que l'investissement a été réalisé de manière frauduleuse peut être utilisé pour faire échec à l'application du traité et priver l'investisseur de sa protection<sup>619</sup>. Que la légalité soit utilisée comme un élément de définition de l'investissement, et donc comme une condition pour en caractériser l'existence, ou comme une limite au critère d'interprétation du consentement de l'Etat<sup>620</sup> d'offrir une protection internationale, dans les deux cas, le constat d'une illégalité au moment de la réalisation de l'investissement aboutit sur une décision d'incompétence qui éteint automatiquement les demandes reconventionnelles de l'Etat sans que ne soit engagée la responsabilité de l'investisseur<sup>621</sup>.

**386.** Lorsque l'illégalité de l'investissement est appréhendée comme un motif d'incompétence à titre principal, elle se présente comme un obstacle à l'exercice de la compétence reconventionnelle<sup>622</sup>.

**387.** L'affaire *Metal-Tech c. Ouzbékistan* offre un exemple concret de cette conséquence. Au cours de la réalisation de l'investissement dans une usine fabriquant des produits de molybdène, le demandeur a payé plusieurs individus afin de faciliter l'obtention des autorisations gouvernementales nécessaires à l'exploitation. Environ trois millions de dollars auraient ainsi été versés par l'investisseur à des consultants, sommes que le Tribunal a pu qualifier sans grande difficulté d'actes de corruption<sup>623</sup>. Attaqué sur le fondement du TBI signé avec Israël qui donnait compétence pour « *any legal dispute concerning an investment* »<sup>624</sup>, l'Ouzbékistan se

---

<sup>618</sup> *Inceysa Vallisoletana, SL c. Salvador*, Affaire CIRDI n° ARB/03/26, sentence, 2 août 2006, par. 209 : « *it is important to repeat that, as the legality of the investment is a premise for this Tribunal's jurisdiction, the determination of such legality can only be made by the tribunal hearing the case, i.e. by this Arbitral Tribunal.* » (ci-après « *Inceysa c. El Salvador* »).

<sup>619</sup> *World Duty Free Company c. Kenya*, Affaire CIRDI n° ARB/00/7, sentence, 4 octobre 2006, par. 139 (ci-après « *World Duty Free c. Kenya* »).

<sup>620</sup> *Inceysa c. El Salvador*, sentence, par. 257 : « *The Tribunal considers that because the Inceysa's investment was made in a manner that was clearly illegal, it is not included within the scope of consent expressed by [the parties] in the BIT and consequently, the disputes arising from it are not subject to the jurisdiction of the Center* ».

<sup>621</sup> En revanche, lorsque l'illégalité a lieu postérieurement à la réalisation de l'investissement, l'Etat pourrait contre-attaquer l'investisseur ou établir sa contribution fautive en vertu de l'article 39. *Infra*, Chapitre 3, par. 606 suivant; Chapitre 5, paras. 897-914; Chapitre 8, paras.1366-1385.

<sup>622</sup> I. C. Popova, F. Poon, « From Perpetual Respondent to Aspiring Counterclaimant? State Counterclaims in the New Wave of Investment Treaties », *BCDR International Arbitration Review*, 2015, vol. 2, n° 2, p. 228.

<sup>623</sup> *Metal-Tech LTD c. Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013, par. 351 (ci-après « *Metal-Tech LTD c. Ouzbékistan* »).

<sup>624</sup> TBI Israël-Ouzbékistan (4 juillet 1994), article 8 : « *1. Each Contracting Party hereby consents to submit to the [ICSID] any legal dispute arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former. [...] 3. If any such dispute*

prévalait de la corruption à double titre. Il entendait faire échec à la compétence du tribunal et demandait à titre reconventionnel, la condamnation de l'investisseur pour manque à gagner fiscal ainsi que pour les pertes d'emplois subies du fait de l'échec de l'investissement.

**388.** Le tribunal devait répondre à la question de savoir si le critère de la légalité inséré dans la clause de définition de l'investissement<sup>625</sup> s'appliquait seulement à la phase de réalisation de l'investissement ou s'il l'accompagnait tout au long de son existence. Selon le défendeur, une interprétation correcte du mot « *implemented* » (réalisé) devait aboutir à la perte de la protection du traité dès lors qu'il est établi que l'investissement, contrevenant au droit de l'Etat d'accueil, est illégalement réalisé. Suivant l'interprétation proposée par l'Etat, le Tribunal a conclu que l'illégalité avérée au moment de la réalisation d'un investissement contrevenait au consentement donné par l'Etat<sup>626</sup>.

**389.** De tout investissement illégal n'entrant pas dans la définition de l'investissement prévue par le traité, résulte une inapplicabilité du traité privant le tribunal de sa compétence principale et reconventionnelle :

« *It follows from the foregoing discussion that the first requirement set in Article 46 of the ICSID Convention which relates to jurisdiction, including consent, is not met. As a consequence of it having no jurisdiction over the claims, this Tribunal has no jurisdiction over the counterclaims. It will thus abstain from reviewing whether the counterclaims meet the second requirement of Article 46 dealing with admissibility and demanding a connection with the claims. It will also abstain from analyzing whether the counterclaims are well-founded and in particular whether they were sufficiently pled.* »<sup>627</sup>

**390.** Ainsi, la compétence d'un tribunal sur l'action reconventionnelle est anéantie par l'illégalité d'un investissement puisque le différend perd son objet. Il ne suffit pas que les parties aient consenti à l'arbitrage pour que les réclamations de l'investisseur entrent dans la

---

*should arise and cannot be resolved, amicably or otherwise, within three (3) months from written notification of the existence of the dispute, then the investor affected may institute conciliation or arbitration proceedings by addressing a request to that effect to the Secretary-General of the Centre...»*

<sup>625</sup>*Ibid*, article 1 : « *The term 'investments' shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, including, but not limited to...* »

<sup>626</sup> *Metal-Tech LTD c. Ouzbékistan*, par. 373 : « *Uzbekistan's consent to ICSID arbitration, as expressed in Article 8(1) of the BIT, is restricted to disputes 'concerning an investment'. Article 1(1) of the BIT defines investments to mean only investments implemented in compliance with local law. Accordingly, the present dispute does not come within the reach of Article 8(1) and is not covered by Uzbekistan's consent. This means that this dispute does not meet the consent requirement set in Article 25(1) of the ICSID Convention. Accordingly, failing consent by the host state under the BIT and the ICSID Convention, this Tribunal lacks jurisdiction over this dispute.* »

<sup>627</sup> *Ibid*, par. 413. Voir aussi *Oxus c. Ouzbékistan*, *op. cit*, note n°458, par. 707 : « *In order to lose the protection under the BIT, it is however necessary, as largely agreed in the above cited cases, that the illegality affects the "making", i.e. arises when initiating the investment itself and not just when implementing and/or operating it.* »

compétence du tribunal. Il lui revient de déterminer objectivement la réalité d'un différend d'investissement.

**391.** La justification donnée par le Tribunal *Metal-Tech c. Ouzbékistan* pour rejeter les demandes reconventionnelles confirme *a contrario* qu'il existe un consentement implicite de l'investisseur sur la compétence reconventionnelle induit par l'activation de l'arbitrage. En effet, le Tribunal ne les rejette parce que l'investisseur n'y aurait pas expressément consenti, ni parce que la clause d'arbitrage ne permettait pas à l'Etat d'introduire une réclamation principale. Il les rejette en raison du lien de dépendance qu'elles entretiennent avec l'objet et le maintien de l'instance principale puisque « [l]es demandes reconventionnelles étant des incidents de la procédure, elles suivent (sans préjudice du fond), le rejet préliminaire des demandes principales »<sup>628</sup>. Ainsi, il appartient aux tribunaux de déterminer objectivement l'objet du différend dont ils sont saisis indépendamment de la qualification subjective faite par les parties.

### ***B. L'impossible prédétermination de l'étendue de la compétence arbitrale***

**392.** En vertu du principe de la compétence-compétence, c'est au tribunal qu'il appartient de déterminer objectivement si les prétentions relatives à l'investissement concernant des opérations connexes telles que le contrat ou l'agrément peuvent jouer un rôle dans la caractérisation de l'objet du différend et par ricochet, sur la compétence reconventionnelle. A moins que le TBI ne limite la compétence d'un tribunal arbitral à l'application des termes du TBI, ses dispositions ont le potentiel d'attirer sous sa protection des relations non conventionnelles relatives à l'investissement<sup>629</sup>. En arrimant l'objet du différend à l'opération d'investissement, les TBI peuvent avoir pour effet la compétence du Tribunal au-delà de la sphère conventionnelle de deux manières. D'une part, la clause de règlement des différends peut donner une compétence au tribunal arbitral qui déborde l'instrument contenant le consentement à l'arbitrage, dès lors, « [i]l n'y a aucune exigence ...requérant que les arguments juridiques qui sous-tendent un différend doivent se référer seulement au droit international ; ils peuvent en effet se rattacher tant au droit international qu'au droit national »<sup>630</sup>. D'autre part,

---

<sup>628</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.* note n° 35, p. 343, par. 541 ; G. Cornu & J. Foyer, *Procédure civile*, Puf, 3<sup>ème</sup> éd., 1996, p. 669 : « [t]oujours les demandes reconventionnelles présupposent une instance contradictoire : pour que le défendeur contre-attaque, il faut d'abord qu'il compare. »

<sup>629</sup> M. Audit & M. Forteau, « Investment Arbitration without BIT: Toward a Foreign Investment Customary Based Arbitration? », *Journal of International Arbitration*, 2021, n° 5, pp. 581-604 ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.* note n°35, p. 182, par. 281.

<sup>630</sup> *ABCI Investments Limited c. Tunisie*, Affaire CIRDI n° ARB/04/12, décision sur la compétence, 18 février 2011, par. 177.

le traité peut contenir des dispositions telles que la clause parapluie couvrant la matière non-conventionnelle. Cela suppose que « le contenu objectif du procès »<sup>631</sup> ne s'apprécie pas seulement au regard des termes de l'acceptation faite par l'investisseur mais bien au regard de la clause de règlement des différends (1) de sorte que la flexibilité des termes du traité ne permet pas de fixer à l'avance et de manière définitive, l'étendue de l'objet du différend (2).

### 1. La détermination du contenu objectif de l'instance

**393.** Lorsque l'investisseur est ciblé par une demande reconventionnelle, il arrive fréquemment qu'il conteste la compétence du tribunal pour en connaître au motif qu'il n'y aurait pas consenti. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*, l'investisseur expliquait que :

« *[T]he State's offer to arbitrate can be large, but this does not mean that such extended scope of the commitment to arbitrate is imposed upon the investor, whose obligation to arbitrate is determined in its substantial content by the terms of its own consent. In the instant case, the acceptance of that offer by CABB and Urbaser restricted its scope, by limiting their consent to disputes arising from damage caused to their investment, thereby ruling out any potential losses sustained by the Argentine Republic.* »<sup>632</sup>

**394.** D'après une approche similaire, l'investisseur dans l'affaire *Karkey c. Pakistan* considérait que: « *the submission of its claims to arbitration cannot be construed as an expression of consent to the arbitration of counterclaims; nor has [the investor] otherwise expressed such consent* »<sup>633</sup>. Si dans l'affaire *Urbaser c. Argentine* le Tribunal a rejeté l'argument de l'investisseur et retenu sa compétence<sup>634</sup>, le Tribunal dans l'affaire *Karkey c. Pakistan* a jugé au contraire l'argument pertinent, expliquant que: « *The BIT contains no particular or general language that would enable the Tribunal to conclude... that the arbitral agreement between Pakistan and Karkey includes consent by Karkey to the submission of*

---

<sup>631</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 21, p. 344 : « C'est donc à la Cour seule qu'il revient d'établir le contenu objectif du procès...elle ne sera pas liée par les termes du différend tels que fixés par le demandeur, surtout si des réclamations ou contre-réclamations d'autres Etats rentrent dans l'objet du procès ».

<sup>632</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1145.

<sup>633</sup> *Karkey c. Pakistan*, sentence, *op. cit.*, note n° 148, par. 271.

<sup>634</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1146 : « *[I]t would seem surprising to give effect to the contradiction appearing in Claimants' position: when Claimants accept that Article X of the BIT retains a right for the Argentine Republic to raise a claim against the investor, how could it be possible to also admit that Claimants would be entitled to render this right nonexistent merely by restricting their acceptance of arbitration to their own claims? [...] When allowing additional counterclaims to be raised 'within the scope of the consent of the parties,' this provision does not open the door for any unilateral determination of the Tribunal's competence.* ».

*counterclaims by Pakistan.* »<sup>635</sup>

**395.** En se plaçant sur le terrain du consentement pour faire échec aux prétentions reconventionnelles de l'Etat, les investisseurs font valoir que ce sont les termes de leur requête qui déterminent l'étendue de la compétence du tribunal arbitral. Tout se passe comme si à la manière d'un compromis, les termes de l'acceptation par l'investisseur fixaient de manière définitive l'étendue et l'objet du différend et la compétence d'un tribunal. La requête concentrerait donc simultanément l'accord des parties à l'arbitrage et les points de désaccord formant l'objet du différend. Puisque celle-ci se limite à énoncer les violations commises par l'Etat, il faudrait pouvoir déduire que l'investisseur n'a pas consenti à ce que les contre-réclamations de l'Etat entrent dans la compétence du tribunal à moins qu'il ne consigne à l'écrit un consentement explicite<sup>636</sup>.

**396.** Relayée par certains arbitres<sup>637</sup> et par une partie de la doctrine<sup>638</sup>, cette approche surprend. Elle interroge sur la question de savoir laquelle de l'offre ou de l'acceptation détermine le champ du consentement à l'arbitrage<sup>639</sup>.

**397.** Même dans une configuration dissociée des consentements, rien ne permet d'affirmer que la requête de l'investisseur est l'instrument qui définit l'étendue de la compétence de l'arbitre ni le contenu objectif du procès. A ce titre, les mots de P. Lalive sont plus convaincants: «*[t]he*

---

<sup>635</sup> *Karkey c. Pakistan*, sentence, *op. cit.*, note n°509, paras. 1112-1114,

<sup>636</sup> J. A. Rivas, « Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution », in *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, *op. cit.*, note n° 369, p. 784 : « A possible reading of the requirement of Article 25 of the Convention that the disputing parties consent 'in writing' to submit their dispute to ICSID arbitration would be that pursuant to Article 46 (which relies on Article 25). The consent to the submission of an ICSID counterclaim should be in writing, not implicit. »

<sup>637</sup> H. C. Alvarez, « Arbitration Under the North American Free Trade Agreement », *Arbitration International*, 2000, vol. 16, n° 4, p. 410: « [S]ince the investor's consent will usually be given after the dispute has arisen, the scope of its consent can be expected to be quite narrow, thus limiting the possibility of counterclaims by the disputing State party ».

<sup>638</sup> C. Schreuer, L. Malintoppi et A. Reinisch, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2ème éd., CUP, 2009, p. 756 : « In cases where jurisdiction is based on a general offer by the host State contained in its legislation or a treaty, the possibility for counterclaims may be limited. Consent will be restricted to the extent of the investor's acceptance of the offer. If the investor accepts the offer only in respect of its specific claims, consent will be restricted by the terms of the acceptance. If the investors accept the offer of jurisdiction by instituting proceedings, consent exists only to the extent necessary to deal with the investor's request. But if a counterclaim of the host State is closely connected to the investor's complaint, it is arguable that it will be covered by the mutual consent of the parties. ». Plus nuancé, Z. Douglas considère que la requête de l'investisseur ne peut aller au-delà des termes de la clause d'arbitrage. Si la clause limite la compétence *ratione materiae* aux violations des obligations contenues dans le traité « then the investor's acceptance of that offer cannot expand that scope to include counterclaims by the respondent host state. » ; Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, *op. cit.*, note n° 165, p. 258.

<sup>639</sup> A. M. Steingruber, « *Antoine Goetz and others v Republic of Burundi* Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-based ICSID Arbitrations », *op. cit.*, note n° 445, p. 291 « Who determines the 'scope of the consent of the parties' is it the host State alone or both disputing parties...? This question is fundamental in deciding the competence of the tribunals to hear counterclaims in treaty-based ICSID arbitrations. »; H. E. Kjos, *Applicable law in investor-State arbitration: the Interplay between national and international law*, O.U.P., 2013, p. 109 : « an important question that arises is whether it is sufficient for the investor to characterize its claims in light of an international norm [...] or whether it falls upon the tribunal to ascertain the 'true' nature of the claim in accordance with objective criteria. »

*investor cannot pick and choose from the dispute resolution of a BIT, just like it cannot pick and choose from other provisions of the investment agreement* »<sup>640</sup>.

**398.** L'engagement arbitral de l'Etat dans le traité constitue le cadre de référence au sein duquel la requête doit s'inscrire, c'est lui qui détermine le droit d'action individuelle. La requête de l'investisseur ne réduit pas le champ du différend à la caractérisation subjective présentée par le demandeur puisque le contenu objectif du procès s'apprécie au regard des prétentions des deux parties, y compris au regard des demandes incidentes. Telle est en substance la position prise dans l'affaire *Urbaser c. Argentine* dans un considérant qu'il convient de reproduire ici dans son intégralité :

*« When allowing additional or counterclaims to be raised 'within the scope of the consent of the parties', [article 46 on] does not open the door for any unilateral determination of the Tribunal's competence. The consent given by Claimants on the basis of Article X of the BIT, which has been invoked by them as basis of this proceeding, covers all disputes in connection with investments within the meaning of the BIT, exactly as the scope of the Argentine Republic's offer to arbitrate has been defined in the very same provision. Even if it is argued that Claimants' acceptance was more restricted in its scope than the Argentine Republic's offer to arbitrate contained in Article X of the BIT, the appropriate conclusion would have been that no agreement had been concluded between the Parties* »<sup>641</sup>.

**399.** L'idée que la requête ne peut pas à elle seule servir de prisme par lequel un tribunal arbitral appréciera sa compétence a été confirmée par l'*Institut de droit international* à La Haye en 2019. Le Rapporteur C. Mc Lachlan d'un projet de résolution portant sur « l'égalité des parties en arbitrage d'investissements »<sup>642</sup>, membre du Tribunal dans l'affaire *Urbaser*, a confirmé que la compétence d'un tribunal sur les demandes reconventionnelles « n'est pas limitée par l'étendue du différend telle que formulée par le demandeur dans sa demande d'arbitrage »<sup>643</sup>.

**400.** Comme on le voit, l'acceptation de l'offre par l'investisseur peut être plus restrictive ou plus large que l'offre elle-même<sup>644</sup>. Alors qu'un traité peut octroyer plusieurs protections substantielles, l'investisseur peut choisir de n'engager la responsabilité de l'Etat que sur l'une

---

<sup>640</sup> P. Lalive, L. Halolen, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.* note n° 32, p. 150.

<sup>641</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1146.

<sup>642</sup> *Infra*, Chapitre 4, section 2, par.842 et suivant.

<sup>643</sup> « Rapport de la 18<sup>ème</sup> Commission : égalité des parties dans l'arbitrage d'investissements », *Annuaire de l'Institut de droit international, travaux préparatoires*, session de La Haye 2019, Pedone, p. 480.

<sup>644</sup> *Hamester c. Ghana*, sentence, *op. cit.*, note n° 455, par. 337: « *it is not sufficient for a claimant to invoke contractual rights that have allegedly been infringed to sustain a claim for a violation of the FET standard* ».

d'entre elle ou tenter de l'élargir à des instruments contractuels<sup>645</sup>. Mais s'il est important que l'acceptation entre dans le champ matériel de l'offre, la compétence arbitrale n'est pas limitée au champ matériel de l'acceptation puisqu'un tribunal « *is not limited by reference to the legal classification of the claim that is made* »<sup>646</sup>.

**401.** En exprimant son consentement à la résolution d'un différend futur – fût-il relatif aux dispositions du traité ou à un investissement – l'Etat n'exprime pas une volonté de consentir à la résolution du différend tel que défini par l'investisseur. Le cadre de référence de la compétence est celui donné par l'instrument servant de fondement à la demande. L'offre d'arbitrage est une reconnaissance d'un droit d'action<sup>647</sup>. La mise en mouvement de ce droit n'altère pas l'étendue de l'attribution de juger que l'Etat donne à l'investisseur. C'est en ce sens que la juge Higgins s'est exprimée dans une opinion individuelle annexée à l'ordonnance de la C.I.J dans l'affaire *Plates-formes pétrolières*, expliquant que le libellé de l'article 80 paragraphe 1 du Règlement de la Cour exigeant que la demande reconventionnelle « relève de la compétence de la Cour » ne doit pas être entendu comme « relev[ant] de la compétence établie par la Cour à l'égard des réclamations du demandeur. »<sup>648</sup>

**402.** De même, dans le différend opposant Djibouti à la France, la Cour a rappelé avec clarté que lorsqu'elle est « appelée à déterminer l'objet du différend, [la Cour] ne se cantonnerait pas à la formulation employée par le demandeur... [puisque] l'objet du différend ne devait pas être déterminé exclusivement par référence aux questions énoncées dans la rubrique correspondante de la requête »<sup>649</sup>. Au fil de sa jurisprudence, elle a notamment pris soin de distinguer les termes « requête » et « objet du différend » en rappelant que « ces expressions ne sont pas équivalentes »<sup>650</sup> et qu'il lui appartenait de « circonscrire le véritable problème en cause » puisqu'il lui revient « de définir, sur une base objective, l'objet du différend qui oppose les parties »<sup>651</sup>. En conséquence, « l'objet d'un différend n'est pas limité par les termes

---

<sup>645</sup> *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, sentence, 4 avril 2016, par. 475.

<sup>646</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/02/6, décision sur les objections à la compétence, 29 janvier 2004, par. 131 ; *Inmaris c. Ukraine*, sentence, *op. cit.*, note n° 439, par. 57 : « *A tribunal cannot in all circumstances assume the facts as alleged by Claimants to be true in order to decide on its jurisdiction* ».

<sup>647</sup> D. Burriez, *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, *op. cit.*, note n° 568, p. 86 : « l'existence du droit d'action n'est pas conditionnée par l'expression du consentement individuel. Le consentement individuel apparaît alors comme une simple « activation » d'une prérogative procédurale déjà reconnue »

<sup>648</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, demande reconventionnelle, ordonnance du 10 mars 1998, C.I. J. Recueil 1998, p. 219.

<sup>649</sup> *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J Recueil 2008, p. 207, par. 70.

<sup>650</sup> *Ibid.*, par. 83.

<sup>651</sup> *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 262, par. 29.

expressément utilisés par l'Etat demandeur dans sa requête. »<sup>652</sup>

**403.** La seule finalité d'une requête est de formaliser la rencontre des consentements des parties et non pas de poser le périmètre de la compétence du tribunal. Dire le contraire reviendrait à appréhender l'acceptation de l'investisseur comme ayant les effets d'un compromis dans lequel les parties auraient listé l'ensemble des points de désaccord. Or, à moins que la clause de règlement des différends ne soit particulièrement restrictive ou que les demandes reconventionnelles soient exclues, il n'y a pas lieu de rechercher un consentement spécial de l'investisseur aux demandes reconventionnelles.

**404.** Ainsi que l'observe W. Ben Hamida « la phase d'acceptation ne doit pas être celle de l'affirmation d'un pouvoir déraisonnable des personnes privées »<sup>653</sup> qui permettrait d'exclure les demandes reconventionnelles. Son acceptation ne limite pas *a priori* la compétence reconventionnelle d'un tribunal arbitral puisque c'est à lui qu'il revient de déterminer, à la lumière de l'offre, et dans une moindre mesure de l'acceptation l'objet du différend sur lequel portera l'action reconventionnelle. L'objet du consentement des parties exprimé tant dans l'offre arbitrale que dans l'acceptation de l'investisseur porte donc sur le principe de la compétence d'un tribunal arbitral pour trancher le différend d'investissement, qui peut être élargi par les prétentions respectives des parties.

## ***2. Facteurs d'élargissement de compétence arbitrale et leurs incidences sur les demandes reconventionnelles***

**405.** Il arrive qu'un même investissement soit à la fois protégé par un traité et par une loi nationale et fasse par ailleurs l'objet d'un contrat. Lorsqu'un arbitre est saisi sur le fondement d'un traité lui donnant compétence pour résoudre « les différends relatifs à l'investissement », la situation de cumul entre un traité et un engagement ou encore un traité et une loi nationale peut aboutir à un élargissement de l'objet du différend et corrélativement un élargissement de sa compétence principale et reconventionnelle (a). De même, la présence d'une clause parapluie, en ce qu'elle permet de couvrir les engagements de l'Etat, peut élargir l'objet du différend (b).

### ***a. Pouvoir d'extension matérielle de l'objet du différend***

---

<sup>652</sup> Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales (*Qatar c. Emirats arabes unis*), exceptions préliminaires, arrêt, 4 février 2021, par. 61.

<sup>653</sup> W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, op. cit., note n° 362, p. 200.

### *par l'offre d'arbitrage*

**406.** Les engagements qu'un Etat peut prendre à l'égard d'un investisseur sont protéiformes. Licence, certificat, accréditation ou contrat, tous sont susceptibles d'entrer en jeu lors de la détermination de l'objet du différend. Plusieurs tribunaux saisis sur le fondement d'un traité ont pris appui sur l'étendue des termes de la clause de règlement des différends pour intégrer les différends contractuels dans leur office<sup>654</sup>. Cela n'est pas surprenant puisque « [d]ifférends d'ordre contractuel et d'ordre conventionnel peuvent s'analyser comme des espèces relevant d'un même genre, celui des 'différends relatifs à l'investissement' »<sup>655</sup>. Cette extension de compétence *ratione materiae* est une pratique courante fidèle aux termes de l'offre d'un traité<sup>656</sup> qui trouve rarement de réciprocité au plan reconventionnel.

**407.** L'affaire *Goetz c. Burundi* est une des illustrations d'extension de l'objet du différend permise par le cumul d'un traité et d'une autorisation administrative ayant eu des répercussions sur la compétence reconventionnelle. La clause de règlement des différends du TBI permettait clairement d'attirer des instruments non-conventionnels dans le différend d'investissement. Elle le définissait comme un différend concernant :

« a. l'interprétation ou l'application d'un accord particulier d'investissement entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante ; b. l'interprétation ou l'application de toute autorisation d'investissement accordée par les autorités de l'Etat hôte régissant les investissements étrangers ; c. l'allégation de la violation de tout droit conféré ou établi par la présente Convention en matière d'investissement. »<sup>657</sup>.

**408.** Saisi par des actionnaires belges d'une demande en indemnisation du préjudice résultant du retrait d'un certificat de zones franches, le Tribunal a considéré que l'octroi d'un certificat

---

<sup>654</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay*, Affaire CIRDI n° ARB/07/29, décision sur la compétence, 12 février 2010, par. 129 ; *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. et Agurdino-Chimia JSC c. République de Moldavie (I)*, Affaire CCS 093/2004, sentence, 22 septembre 2005, par. 32 : « *The language of article 10(1) permits to extend the jurisdiction of the Arbitral Tribunal to any dispute between qualified parties... as long as it arises in connection with an investment as defined in the BIT, and irrespective of whether the dispute is based on an alleged breach of the BIT, an alleged breach of a contract between the parties, or other alleged breach of obligation* » ; *Inmaris c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB/08/8, décision sur la compétence, 8 mars 2010, par. 84.

<sup>655</sup> Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », *op. cit.*, note n°545, p. 18.

<sup>656</sup> Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, *op. cit.*, note n° 165, pp. 274, 277 : « *Where the host state party's consent to arbitration is stipulated in an investment agreement rather than in an investment treaty, then, subject to the terms of the arbitration clause, the tribunal's jurisdiction ratione materiae may extend to claims founded upon an international obligation on the treatment of foreign nationals and their property in general international law, an applicable investment treaty obligation, a contractual obligation, a tort, unjust enrichment or a public act of the host state party in respect of measures of the host state relating to the claimant's investment.* »

<sup>657</sup> Traité entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Burundi, article 8 (1), 13 avril 1989 ; Voir aussi TBI Etats-Unis - Estonie, (19 avril 1994), article VI (1) relatif aux différends « *relating to: an investment agreement between that Party and such national or company; an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority to such national or company; or an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment* », *Supra*, au présent chapitre, par. 273.

est une situation de type contractuel qui « s'analysait en une relation *sui generis* comparable à un contrat »<sup>658</sup>. Il a donc estimé qu'en acceptant l'offre de l'Etat incluse dans le TBI, « [les investisseurs] ont à leur tour accepté [de] donner compétence au Tribunal pour connaître des demandes reconventionnelles »<sup>659</sup> qui étaient fondées, non pas sur le traité, mais sur la violation du certificat de zones franches par l'entité locale contrôlée par l'actionnaire investisseur<sup>660</sup>. En conséquence d'une extension de l'objet du différend à titre principal, le Tribunal a accepté d'exercer sa compétence reconventionnelle sur l'instrument contractuel<sup>661</sup>.

**409.** Par deux fois au moins, les tribunaux ont accepté le principe de leur compétence reconventionnelle formulée sur des contrats après les avoir intégrés dans leur champ de compétence principale, confirmant que le consentement de l'investisseur aux demandes reconventionnelles serait implicitement acquis par l'activation de la procédure arbitrale contre l'Etat.

**410.** Dans l'affaire *Desert Line c. Yémen*, le Tribunal a accepté de réduire le montant de la réparation de l'investisseur du montant déjà payé dans le cadre d'un arrangement contractuel<sup>662</sup>. Il a néanmoins écarté la demande reconventionnelle fondée sur l'inexécution du contrat en se fondant sur la doctrine de l'estoppel. L'Etat ne pouvait réclamer dédommagement pour inexécution d'un contrat dont il avait obtenu la nullité dans un accord de résolution amiable<sup>663</sup>. En se plaçant ainsi, sur le terrain de l'estoppel pour rejeter l'action reconventionnelle, le Tribunal n'en a pas moins reconnu le principe de sa compétence qu'il avait élargi à titre principal par l'admission des réclamations contractuelles entre les parties, et ce, sans interroger l'existence d'un consentement de l'investisseur.

**411.** De même, dans l'affaire *Inmaris c. Ukraine*, le Tribunal a considéré que l'Etat pouvait

---

<sup>658</sup> *Goetz c. Burundi (I)*, sentence CIRDI, 10 février 1999, paras. 74-76.

<sup>659</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 278.

<sup>660</sup> La non-identité des parties entre action principale et reconventionnelle est une question qui sera étudiée dans le cadre de la connexité factuelle et qui relève de l'admissibilité, *supra*, Chapitre 3.

<sup>661</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 287. Le tribunal les a rejetées au fond pour défaut de preuve : « Le Tribunal observe en premier lieu que le Burundi n'apporte pas le moindre commencement de preuve des dommages qui lui auraient été causés de fait que le comportement d'ABC aurait porté atteinte à la concurrence et à la stabilité financière du pays. Il relève en second lieu que le manque à gagner dont se plaint le Défendeur en ce qui concerne la perception de droits et taxes n'a pas pour cause la méconnaissance par ABC des obligations qui lui avaient été imposées par le certificat de zone franche. La demande reconventionnelle du Burundi doit par suite être écartée. », *Supra*, par. 273.

<sup>662</sup> *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, affaire CIRDI n° ARB/05/17, sentence, 6 février 2008, par. 223 (ci-après : « *Desert Line c. Yémen* »).

<sup>663</sup> *Ibid.*, par. 224: « *the Arbitral Tribunal holds that the Respondent cannot claim benefit from the nullity of a document - i.e. the Settlement Agreement - that it imposed on the Claimant. In the present case, the doctrine of estoppel (venire contra factum proprium) serves as a shield to prevent the Respondent from obtaining compensation for the failure of the Claimant to execute its maintenance and repair obligations as well as for its failure to maintain the two bank guarantees. The Respondent - while imposing the Settlement Agreement that provided for the release of all these obligations - had clearly and unmistakably represented that it no longer treated the Claimant's aforementioned obligations as extant* ».

formuler sa reconvention sur le fondement d'un contrat dans la mesure où le contrat entre les parties « *is a component of the larger dispute* » couvert par la clause compromissoire du TBI<sup>664</sup>.

**412.** Mais la simplicité avec laquelle certains tribunaux se sont saisis de la matière extra-conventionnelle pour exercer leur compétence sur des demandes reconventionnelles ne s'impose pas comme une évidence lorsque l'Etat s'appuie sur un instrument non contractuel tel qu'une licence d'exploitation, ou encore sur le droit national. Les chances sont grandes qu'une telle demande soit jugée irrecevable pour défaut de connexité<sup>665</sup>. Toutefois, le refus d'exercice de compétence sur les prétentions reconventionnelles pour défaut de connexité ne remet pas en cause la thèse d'un consentement implicite de l'investisseur aux prétentions reconventionnelles. La question de la compétence se déplace seulement sur le terrain de la recevabilité.

**413.** A lire certaines sentences sur la compétence (principale et reconventionnelle), il n'est pas rare d'observer que dans les situations de cumul, la compréhension de ce qui constitue l'objet du différend d'investissement est devenue un exercice de dépeçage juridique qui complexifie à outrance la question de la compétence même en des cas où l'arbitre est compétent pour « tout différend relatif à l'investissement »<sup>666</sup>.

**414.** Dans l'affaire *Gavazzi c. Roumanie*, la Roumanie considérait que la réclamation de l'investisseur était maquillée en réclamation conventionnelle alors qu'elle concernait fondamentalement un contrat entre les deux parties<sup>667</sup>. Pour décliner sa compétence sur l'action reconventionnelle, la majorité du Tribunal, *s'appuyant sur la qualification choisie par l'investisseur*, a considéré qu'il était incompétent pour se prononcer sur les manquements contractuels, et la violation du droit local et qu'en tout état de cause, de telles prétentions étaient

---

<sup>664</sup> *Inmaris c. Ukraine*, sentence, *op. cit.*, note n° 439, par. 432: « *The Tribunal has jurisdiction to decide Respondent's counterclaim. Article 11 of the BIT confers on the Tribunal jurisdiction over disputes "with regard to investments between either Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party." Respondent's counterclaim is a dispute between it and Claimants "with regard to [Claimants'] investments"; further, it is a component of the larger dispute that Claimants have consented to submit to this arbitration. Therefore, Respondent's counterclaim is within the scope of the Tribunal's jurisdiction. However, as the Tribunal explained above, [X] was responsible for the winter costs, and, therefore, the Tribunal dismisses Respondent's counterclaim on the merits* ».

<sup>665</sup> *Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, par. 695. Le Tribunal a refusé d'exercer sa compétence sur les prétentions reconventionnelles de l'Etat poursuivi pour avoir résilié une licence d'exploitation de mines d'or, qui reprochait à l'investisseur de ne pas avoir respecté certaines réglementations fiscales. Le tribunal a appréhendé l'argument reconventionnel fondé sur la violation de la licence par l'investisseur comme une question de violation du droit national, sur laquelle le tribunal s'estimait incompétent par sa contrariété avec le « *generally accepted principle of the non-extraterritorial enforceability of national public laws* ».

<sup>666</sup> TBI Royaume-Uni – Colombie (1994), article 1(a) iii) ; TBI Royaume-Uni – Inde (1994), article 1(a) iii).

<sup>667</sup> *Marco Gavazzi et Stephano c. Roumanie*, décision sur la compétence et la responsabilité, *op. cit.*, note n° 504, par. 183.

exclues<sup>668</sup>.

**415.** Cette position, critiquée par la voie dissidente comme une violation de la « *natural justice* »<sup>669</sup> ajoute une limitation à la compétence du tribunal arbitral qui n'est pas présente dans la clause de règlement des différends. Elle suggère qu'un tribunal arbitral d'investissement serait seulement habilité à trancher les différends relatifs au traité concernant la violation du droit international par l'Etat et encouragerait à ce titre l'atomisation du différend devant différents tribunaux. Or, comme l'observait C. Leben, il « est paradoxal de limiter la compétence des tribunaux arbitraux CIRDI aux seuls conflits fondés sur les traités, pour réserver les conflits contractuels aux juridictions étatiques, alors même que la convention de Washington de 18 mars 1965, avait précisément pour but de constituer une instance arbitrale pour les litiges contractuels entre Etats et investisseurs. »<sup>670</sup>

**416.** Au risque de se répéter, la compétence d'un tribunal en cas de cumul d'un engagement et d'un traité est une question qui dépend de la rédaction de la clause de règlement des différends du traité<sup>671</sup> et de la présence d'une clause attributive de juridiction dans le contrat.

---

<sup>668</sup> *Ibid*, par. 156-157: « *The Tribunal notes that the BIT does not indicate that Romanian law applies to the substance of disputes. Article 8(2) of the BIT does not import Romanian law as substantive law to decide claims and counterclaims. By concluding the BIT, the Contracting Parties agreed to apply the BIT and international law to disputes for breaches of the BIT. Further, for the Tribunal, it is difficult to accept that two States, parties to a treaty, have agreed to be subject to a domestic law chosen in a later contract, concluded by one of the States and private third persons. As for the ICSID Convention, Article 42 of the ICSID Convention – to which the Respondent also refers – only recognises that, in the absence of an agreement of the parties on the applicable law, the law of the Host State may apply to investment contracts, which are the direct subject-matter of the ICSID arbitration. However, in the present proceedings, not breaches of the Share Purchase Contract, but breaches of the BIT are the subject-matter of the present arbitration. Therefore, the reference to the domestic law of the Host State as the law on the merits in Article 42 of the ICSID Convention, is irrelevant in the present case* ».

<sup>669</sup> *Marco Gavazzi c. Roumanie*, décision sur la compétence et la responsabilité, *op. cit.*, note n° 504, opinion dissidente de M. Rubino-Sammartano, par. 42: « *It would be hard to accept that the BIT's Contracting Parties intended to give rise to parallel proceedings before different courts and tribunals, by preventing the Host State from asserting its rights against the investor in a counterclaim. It has also to be considered whether such exclusion would be a breach of natural justice. -In my opinion, in the present proceedings a free-standing counterclaim is admissible on the above grounds, due process includes the right to defend a claim and in my opinion natural justice requires that such defence may include making a counterclaim related to such issues. Furthermore the opposite solution would give rise to parallel proceedings which may provide conflicting results and this may not be the purpose of an international convention.* »

<sup>670</sup> C. Leben, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *op. cit.*, note n° 362, p. 706.

<sup>671</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay*, Affaire CIRDI n° ARB/07/29, décision sur la compétence, 12 février 2010, par. 129 : « *Claimant has not asked this Tribunal to decide claims by SGS under the Contract for breach of that Contract. We note in passing that the Treaty's dispute resolution provisions are arguably broad enough that Claimant would have been entitled to do so: Article 9 provides for the resolution of "disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party," and, as discussed in Section IV.A above, Article 9(2) contains Paraguay's consent to international arbitration of such a dispute. There is no qualification or limitation in this language on the types of "disputes with respect to investments" that a Swiss investor may bring against the Republic of Paraguay. The ordinary meaning of Article 9 would appear to give this Tribunal jurisdiction to hear claims for violation of Claimant's rights under the Contract—surely a dispute "with respect to" Claimant's investment—should Claimant have chosen to bring them before us. But Claimant has not done so* ».

**417.** En présence d'une clause attributive de juridiction dans un contrat entre les mêmes parties, le tribunal arbitral pourrait être privé de compétence contractuelle à titre principal comme à titre reconventionnel, peu importe l'étendue du mandat dont il bénéficie en vertu du traité. Comme l'a observé le tribunal *Kontinental Ingénierie c. Gabon* : « la clause attributive de juridiction du contrat signifie en substance que la République gabonaise n'offre pas de choix à l'investisseur concernant la juridiction compétente pour connaître des réclamations au titre des [contrats]. Ce serait vider les clauses attributives de juridiction exclusives de leur portée que de permettre à l'investisseur de soumettre des réclamations purement contractuelles à un tribunal saisi sur le fondement du traité »<sup>672</sup>. En conséquence de l'exclusion de la matière contractuelle dans l'objet du différend à titre principal, le défendeur ne pourrait pas formuler de demande reconventionnelle sur le contrat<sup>673</sup>.

**418.** Si au contraire, le tribunal accepte de se prononcer sur les réclamations contractuelles de l'investisseur malgré la présence d'une clause compromissoire dans le contrat, il pourrait également accepter d'analyser le bien-fondé des prétentions reconventionnelles de l'Etat relatives à ce contrat.

**419.** La possibilité que la clause d'arbitrage d'un traité couvre les différends relatifs à des instruments non conventionnels présents dans les situations de cumul (contrats/traités/licence), confirme que la caractérisation de l'objet du différend dont l'arbitre peut se saisir dépasse parfois l'objet du titre de compétence choisi par l'investisseur. L'étendue de la clause de règlement des différends du traité qu'il choisit d'activer contre l'Etat devrait donc permettre de présumer l'existence d'un consentement de l'investisseur sur le principe de la compétence du tribunal arbitral pour se prononcer sur les demandes relatives à l'objet du différend, y compris, s'il en est, les demandes reconventionnelles. C'est là l'originalité du système CIRDI et de l'arbitrage d'investissement où « l'instance juridictionnelle a été pragmatiquement configurée sur la base de la relation juridique objet du différend (l'opération d'investissement, qui se rattache à plusieurs ordres juridiques) au lieu d'être organisée en fonction d'un ordre juridique

---

<sup>672</sup> *Kontinental Conseil Ingénierie c. République gabonaise*, Affaire C.P.A n° 2015-25 (CNUDCI), 23 décembre 2016, par. 182.

<sup>673</sup> *CAP c. Turkmenistan*, sentence, *op.cit.*, note n°440, par. 711: « By corollary, if the Tribunal decides that it does not have jurisdiction to determine the contractual claims of Claimants, then the Tribunal should not determine Respondent's counterclaims arising out of the same issues. » Le Tribunal a rappelé que les parties avaient inséré une clause d'arbitrage dans leurs contrats et que les réclamations (reconventionnelles) relatives à ces contrats devaient être tranchées par les tribunaux désignés dans ce contrat. « In this Arbitration, the Tribunal has decided that its jurisdiction is limited to claims arising out of the BIT to the exclusion of contractual claims for which the Parties agreed to the exclusive jurisdiction of the Arbitration Court of Turkmenistan. »

donné exclusif duquel elle se serait déployée. »<sup>674</sup>

**b. Effet de l'appropriation du contrat par le traité sur la compétence reconventionnelle**

**420.** La clause parapluie est une disposition renvoyant à un engagement (contractuel ou unilatéral) que l'Etat s'engage à respecter vis-à-vis de l'investisseur ou de l'investissement<sup>675</sup>. L'effet des clauses parapluie sur la compétence principale des tribunaux arbitraux fait l'objet d'un contentieux fourni donnant lieu à des interprétations contradictoires<sup>676</sup>. La possibilité que la clause parapluie puisse attirer dans le différend un engagement contractuel est soumis à plusieurs conditions. Il requiert une identité des parties. L'investisseur protégé par le traité doit être l'investisseur partie au contrat, l'Etat partie au contrat doit également être partie au traité (à moins que l'engagement couvert soit contracté envers l'investissement et non pas l'investisseur<sup>677</sup>). En conséquence, un investisseur ne peut utiliser la clause parapluie pour étatiser un engagement conclu par une entité distincte de l'Etat<sup>678</sup> à moins d'établir que l'entité agissait au nom et pour le compte de l'Etat<sup>679</sup>. Certains tribunaux ont néanmoins élargi la portée des clauses parapluie en couvrant les contrats conclus par des entités distinctes de l'Etat, se fondant notamment sur les règles coutumières de l'attribution telles que consacrées par les Articles de CDI sur la responsabilité pour fait internationalement illicite<sup>680</sup>. Plusieurs tribunaux ont ainsi accordé aux investisseurs qui souhaitent s'en prévaloir le bénéfice de la clause parapluie. L'on peut se demander si le bénéfice procuré à l'investisseur par la clause parapluie

---

<sup>674</sup> 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 *Le procès international, Liber amicorum J. P. Cot*, R. Badinter (dir.), Bruylant, 2009, p. 116.

<sup>675</sup> TBI Suisse-Philippines (31 mars 1997), article X : « Chacune des Parties contractantes se conformera à toutes ses obligations à l'égard d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur de l'autre Partie contractante. »

<sup>676</sup> A. Pellet, « Adieu Philippines – Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international », in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle – Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, J. M. Sorel (dir.), Pedone, 2009, pp. 97-110.

<sup>677</sup> La clause de couverture prévue dans le traité sur la Charte de l'énergie de 1994 fait partie de ces clauses ambivalentes.

<sup>678</sup> *Hamester c. Ghana*, sentence, *op. cit.*, note n° 455 par. 348 (La clause « *will not extend the Treaty protection to breaches of an ordinary commercial contract entered into by the State or a State-owned entity, but will cover additional investment protections contractually agreed by the State as a sovereign — such as a stabilization clause — inserted in an investment agreement.* »).

<sup>679</sup> *Infra*, Chapitre 3, par. 540 et suivant.

<sup>680</sup> *Noble Venture c. Roumanie*, sentence 12 octobre 2005, paras. 68, 79-80, *Eureko c. Pologne*, sentence partielle, 19 août 2005, paras. 115-134. Pourtant, l'attribution des actes d'une entité paraétatique à l'Etat est une question distincte de l'attribution de l'engagement. Voir Y. Nouvel, « Les Entités Paraétatiques dans la Jurisprudence du CIRDI », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, coll. Bibliothèque de l'Institut des hautes études internationales de Paris, LGDJ, 2006, pp. 25-52.

se prolonge lors du procès reconventionnel et trouve une quelconque réciprocité pour l'Etat au plan reconventionnel.

**421.** L'invocation d'une clause parapluie par l'investisseur à titre principal offre une voie intéressante pour établir la compétence reconventionnelle d'un tribunal<sup>681</sup>. En effet, la prise en compte du contrat par la présence d'une clause parapluie devrait permettre que l'Etat se fonde sur ce même instrument contractuel pour formuler une demande reconventionnelle contre l'investisseur. L'effet de la clause n'est pas de transformer l'engagement qu'elle « couvre » en un instrument de droit international. Au contraire, la force obligatoire cet engagement demeure appréciée au regard de l'ordre juridique dans lequel il est né (le plus souvent dans l'ordre juridique interne). Autrement dit, la violation de l'engagement n'aboutit pas automatiquement à une violation de la clause parapluie, de même que la violation du traité par l'Etat ne vaut pas violation de cet engagement<sup>682</sup>.

**422.** Cette distinction a été rappelée par le Tribunal dans l'affaire *KCI c. Gabon* :

« L'obligation contractuelle ne peut pas changer de source, elle reste soumise à la *lex contractus* et aux clauses – y compris juridictionnelles – du contrat. Cette obligation n'est pas soumise au droit international dans ses contours, ses causes d'expiration ou de suspension, etc. Le rôle du traité est de renvoyer aux obligations contractuelles ; celles-ci conservent leur nature mais l'investisseur obtient le droit de les invoquer devant le tribunal du traité, à condition toutefois, et notamment, de ne pas avoir renoncé à cette compétence au profit d'une autre. »<sup>683</sup>

**423.** Refusant d'élever le différend contractuel à titre principal en raison de la présence d'une clause de règlement des différends insérée dans le contrat, le tribunal a, en conséquence, rejeté la demande de l'Etat défendeur de prononcer la nullité du contrat en raison de prétendues manœuvres dolosives de la part de l'investisseur. En se plaçant sur le terrain du manque de preuve de la corruption, le Tribunal n'a toutefois pas exclu la possibilité que l'élévation du différend contractuel permette aux deux parties de faire valoir leurs prétentions respectives.<sup>684</sup>

---

<sup>681</sup> A. Bjorklund, « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *op. cit.*, note n° 194, p. 470.

<sup>682</sup> *Joy Mining Machinery Limited c. Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/03/11, sentence, 6 août 2004, par. 81.

<sup>683</sup> *Kontinental Conseil Ingénierie c. République gabonaise*, Affaire C.P.A n° 2015-25 (CNUDCI), 23 décembre 2016, par. 180.

<sup>684</sup> *Ibid.*, paras. 296-297 : « la République gabonaise n'a pas explicité la question essentielle qui est de savoir si le présent Tribunal arbitral, constitué sur le fondement de l'article 17 de l'Accord, a le pouvoir de prononcer la nullité de contrats conclus entre l'État et l'investisseur et qui contiennent une clause attributive de juridiction désignant les juridictions gabonaises (ainsi que l'a relevé la Défenderesse elle-même à maintes reprises durant cet arbitrage). Au surplus, le Tribunal considère que la preuve des faits allégués comme constitutifs de dol n'est pas suffisamment rapportée, en particulier au regard des allégations de tentative de corruption. A cet égard, il ne peut être accordé un crédit suffisant aux différents témoignages entendus à l'audience, peu précis et parfois contradictoires, pour conclure que les faits (graves) allégués sont établis. Au demeurant, ces prétendues tentatives auraient eu lieu au cours de l'exécution, et non de la conclusion des contrats, et ne seraient donc pas de nature à entraîner la nullité de ceux-ci. »

**424.** Ainsi, la clause parapluie est susceptible de faire entrer dans l'instance un contentieux contractuel. Lorsqu'elle le fait, les chances sont grandes que l'Etat s'appuie sur l'engagement couvert à des fins reconventionnelles et choisisse de concentrer le contentieux devant une même instance en s'appuyant sur les violations contractuelles ou du droit applicable au contrat. En effet, « la responsabilité et les remèdes résultant de la violation d'un contrat, aspects qui rentrent dans la compétence du tribunal arbitral en vertu de *l'umbrella clause* doivent ainsi être gouvernés par le droit applicable au contrat. »<sup>685</sup>.

**425.** Dans l'affaire *Hamester c. Ghana*, l'Etat défendeur invoquait subsidiairement à un argument d'incompétence la violation de l'accord de joint-venture par l'investisseur, qui souhaitait engager à titre principal la responsabilité de l'Etat pour violation de la clause parapluie insérée dans le traité. Le Tribunal a limité la portée de la clause parapluie en refusant d'imputer à l'Etat l'engagement signé par une entité paraétatique distincte agissant à titre commercial<sup>686</sup>. Selon le Tribunal, l'élévation de « tout engagement » par l'effet d'une clause parapluie risquerait de porter atteinte à la distinction des ordres juridiques internes et internationaux, ce qui contreviendrait au but et à l'objet de la Convention CIRDI<sup>687</sup>. En l'absence de protection du contrat par la clause parapluie, la demande reconventionnelle – au demeurant très succinctement argumentée – du Ghana, notamment fondée sur celui-ci, n'a pas pu prospérer.

**426.** L'affaire *SGS c. Pakistan*, première sentence CIRDI à s'être prononcée sur les effets d'une clause parapluie insérée dans le TBI entre la Suisse et le Pakistan<sup>688</sup>, nous enseigne que lorsque le contrat signé par l'entité est imputable à l'Etat, la couverture du différend contractuel par la clause parapluie pourrait trouver une réciprocité procédurale en faveur de l'action reconventionnelle. Offrant une interprétation restrictive de la clause, le Tribunal, saisi par l'investisseur d'une demande de suspension des procédures parallèles engagées par l'Etat hôte, a apprécié sa compétence *prima facie* sur les réclamations contractuelles au regard du principe

---

<sup>685</sup> E. S. Romero et A. C. Simões e Silva, « L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un Etat ou une entité étatique », in *Contrats publics et arbitrage international*, Mathias Audit (dir.), Bruylant, 2011, p. 44.

<sup>686</sup> *Hamester c. Ghana*, sentence, *op. cit.*, note n° 455, par. 347 : « Applying the actual words of Article 9(2) of the BIT, the contractual obligations which the Claimant seeks to impose upon the ROG were not « assumed by it ». Given that the umbrella clause in this BIT is specifically delimited by reference to obligations that have been « assumed by the State » the Tribunal sees no basis to ignore these words, and to extend the ambit of the provision to contractual obligations assumed by other separate entities ».

<sup>687</sup> *Ibid.*, par. 349 : « As a concluding remark, the Tribunal wishes to point out that the consequence of an automatic and wholesale elevation of any and all contract claims into treaty claims risks undermining the distinction between national legal orders and international law. In the Tribunal's view, this is not a result that is in line with the general purpose of the ICSID/BIT mechanism for the international protection of foreign investments. »

<sup>688</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/01/13, décision sur la compétence, 6 août 2003, par. 164.

de l'égalité des parties :

« *The source of jurisdiction to consider such a counter-claim and the governing law applicable to such a claim is of capital importance. It would be inequitable if, by reason of the invocation of ICSID jurisdiction, the Claimant could on the one hand elevate its side of the dispute to international adjudication and, on the other, preclude the Respondent from pursuing its own claim for damages by obtaining a stay of those proceedings for the pendency of the international proceedings, if such international proceedings could not encompass the Respondent's claim.* »<sup>689</sup>

**427.** Bien que les arbitres aient ultérieurement refusé d'accorder le bénéfice de la clause parapluie, l'ordonnance procédurale confirme que si l'engagement avait été couvert par la clause parapluie, le Tribunal aurait accepté d'exercer sa compétence reconventionnelle formulée sur le contrat. Il est intéressant de relever que les investisseurs souhaitant revendiquer le bénéfice d'une clause parapluie sont d'ailleurs plus enclins à consentir, en cours de procédure, à la compétence reconventionnelle du tribunal saisi<sup>690</sup>.

**428.** Dans la mesure où la violation du contrat est une question distincte de la violation du traité, la protection de l'engagement par la clause parapluie offre donc une voie à l'Etat défendeur pour formuler une demande reconventionnelle. Ainsi, il ressort que le bénéfice de la clause parapluie peut se prolonger tout au long de l'instance, y compris, s'il en est, lors du procès reconventionnel, de sorte que l'Etat pourrait à titre reconventionnel s'appuyer sur la violation du contrat par l'investisseur. Cela dit, le bénéfice de la clause parapluie ne veut pas dire réciprocité. Autrement dit, l'Etat ne peut pas opposer à l'investisseur la violation de la clause parapluie en formulant une demande reconventionnelle. Ces tentatives sont restées vaines.

**429.** Dans l'affaire *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, le Tribunal saisi pour régler les différends « relatifs à la violation des dispositions du traité » n'a pas cédé à l'interprétation pour le moins extensive offerte par l'Etat de la clause parapluie<sup>691</sup>. Aux fins de se prévaloir à titre reconventionnel des manquements contractuels de l'investisseur, l'Etat avait invoqué que

---

<sup>689</sup>SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan, ordonnance n° 2, 16 octobre 2002, p.16.

<sup>690</sup> H. E. Kjos, « Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, note n°165, p. 23. Voir *SGS c. Pakistan*, sentence sur les objections à la compétence, par. 108 ; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/02/6, décision sur les objections à la compétence, 29 janvier 2004, par. 40 ; *Burlington Resources, Inc. c. Equateur*, décisions sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155, par. 6.

<sup>691</sup> L'article 2 (6) du TBI entre la Grèce et la Roumanie obligeait les parties dans les termes suivants : « [e]ach Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the Contracting Party ». Article 9 du TBI Grèce-Roumanie: « Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement, in relation to an investment of the former ».

comme lui, l'investisseur était lié par la clause de couverture. Cette interprétation contraire aux termes de la clause du traité a été écartée dans des termes clairs : « *in the text of Article 2(6) of the BIT to "any other obligation... with regard to investments of investors" confirms that the host State commits itself to comply with obligations it has entered into with regard to investments of investors. It does not permit that claims be brought about obligations of the investor.* »<sup>692</sup>

**430.** Suivant une logique similaire, le Tribunal dans l'affaire *Oxus c. Ouzbékistan* a également écarté l'opposabilité de la clause parapluie à l'investisseur au motif que la clause parapluie se référait exclusivement « aux obligations de l'Etat » et non pas celles de l'investisseur et qu'en conséquence, l'Etat : « *Respondent may not rely on the umbrella clause to transform a breach of contract by Claimant into a breach of the BIT. Therefore, it is not clear how the non-performance of this contractual undertaking would trigger a liability of Claimant under international law...* »<sup>693</sup>.

**431.** Ces interprétations sont conformes aux termes des clauses parapluie qui offrent une protection consentie au niveau interétatique aux investisseurs. Mais l'obligation de respecter les engagements ne s'impose qu'à l'Etat et ne peut pas être utilisée par l'Etat contre l'investisseur. Néanmoins, il est intéressant de remarquer que ces stratégies contentieuses de l'Etat visent à injecter une forme de réciprocité dans des clauses de protection des accords d'investissement et sont porteuses d'un germe de responsabilisation de l'investisseur.

**432.** La rédaction de la clause de couverture de l'accord d'investissement conclu entre l'Union belge et luxembourgeoise et les Émirats Arabes Unis en est la meilleure illustration puisqu'elle introduit précisément une réciprocité à la clause parapluie dans les termes suivants : « *Each Contracting Party undertakes to ensure at all times that the commitments it has entered into vis-à-vis investors of the other Contracting Party shall be observed and investors should on the other hand respect and comply with the terms and conditions of their commitments* »<sup>694</sup>. On admettra sans grande difficulté que la rédaction d'une telle clause est propice à l'élargissement de l'objet du différend et pourrait servir de fondement pour une demande reconventionnelle<sup>695</sup>.

**433.** Les investisseurs n'ont pas manqué d'ingéniosité pour élargir le champ de leur protection. Certains ont par exemple essayé, sans succès, d'importer une clause parapluie *via* la clause de

---

<sup>692</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, sentence, *op. cit.*, note n°477, par. 875.

<sup>693</sup> *Oxus Gold plc c. Ouzbékistan*, sentence, *op. cit.*, note n°458, par. 958.

<sup>694</sup> Accord sur la protection des investissements entre l'Union Economique Belge et Luxembourgeoise et les Emirats Arabes Unis, (5 mars 2004), article 11 (2).

<sup>695</sup> *Supra*, Chapitre 7, par.1284.

la nation la plus favorisée<sup>696</sup> (« CNPF »). Par cette manœuvre, l'investisseur cherche à obtenir une extension de compétence du Tribunal à la matière contractuelle et ainsi bénéficier d'une élévation totale du contrat, tant substantielle que juridictionnelle<sup>697</sup>. La possibilité d'étendre les effets de la CNPF aux avantages juridictionnels fait l'objet de jurisprudences divergentes et controversées<sup>698</sup> qui sortent des limites assignées à la présente étude<sup>699</sup>. L'approche à laquelle nous adhérons est celle d'une utilisation limitée à l'importation des protections substantielles *équivalentes* à l'exclusion des droits procéduraux<sup>700</sup>. Ainsi que la jurisprudence a pu le rappeler, le principe *ejusdem generis* constitue la limite externe de l'interprétation de la clause CNPF<sup>701</sup>. En conséquence, même en des cas où l'importation d'un traitement substantiel plus favorable est accordée, elle n'aura point d'incidence sur l'appréciation de la compétence reconventionnelle du Tribunal qui demeure liée par les termes de l'offre arbitrale prévue par le traité de base à moins, comme on l'a vu, qu'un tribunal accepte par son biais d'importer une clause de couverture incluse dans un autre traité<sup>702</sup>.

**434.** En conclusion, plusieurs clauses dans le TBI sont susceptibles d'élargir l'objet du différend entre les parties en permettant d'intégrer des instruments contractuels, législatifs ou plus généralement des engagements de l'Etat à l'égard de l'investisseur. Ces instruments ne recourent pas nécessairement les protections substantielles du traité dont l'investisseur invoque la violation dans sa requête mais demeurent pertinents pour déterminer l'objet du différend entre les parties et l'étendue de la compétence arbitrale sur les prétentions principales et reconventionnelles.

---

<sup>696</sup> *Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, par. 563.

<sup>697</sup> Voir par exemple Tribunal fédéral suisse, arrêt 4A\_34/2015, 6 octobre 2015 portant sur l'annulation d'une sentence arbitrale CNUDCI (« la clause de couverture place le contrat conclu par l'investisseur avec l'État d'accueil directement sous la protection du traité bilatéral ou multilatéral touchant les investissements, lequel traité vient abriter en quelque sorte le contrat sous son parapluie, si bien que toute méconnaissance d'une obligation contractuelle se double, *ipso facto*, d'une violation d'un engagement international et que les *contract claims* en découlant peuvent être invoquées devant l'organe juridictionnel prévu par le traité. Ledit organe sera le plus souvent un tribunal arbitral statuant sous l'égide d'une institution d'arbitrage internationale, tel le CIRDI »).

<sup>698</sup> Certains tribunaux ont accepté d'importer les droits procéduraux de traité de référence dans le traité de base (*Mafezzini c. Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/97/7, décision sur la compétence, 25 janvier 2000 ; *Gas natural c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/3110, décision sur la compétence, 17 juin 2005) ; d'autres ont exclu cette possibilité et limité l'importation aux protections substantielles équivalentes (*Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, Affaire CIRDI n° ARB/03/24, décision sur la compétence, 8 février 2005 ; *Tza Yap Shum c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/7/06, décision sur la compétence et la juridiction, 19 juin 2009).

<sup>699</sup> Pour une étude exhaustive de la question : Claire Crépet Daigremont, *La clause de la nation la plus favorisée*, Thèse de doctorat, Université Panthéon Assas, 2009.

<sup>700</sup> Affaire *Impregilo S.p.A. c. République Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/17, opinion dissidente de B. Stern, 21 juin 2011.

<sup>701</sup> *Doutremepuich c. Maurice*, Affaire C.P.A n° 2018-37, sentence sur la compétence, 22 août 2019, par. 229.

<sup>702</sup> Toutefois, si un tribunal accepte d'importer la clause parapluie par le jeu d'une CNPF et ainsi porter le contrat sous la protection du traité, réciproquement, l'Etat serait en mesure de s'appuyer sur le contrat pour formuler une demande reconventionnelle. En effet, la nature synallagmatique du contrat se trouverait également élevée devant l'arbitre devenu à la fois juge du contrat et juge du traité.

## Conclusion du chapitre 2

435. Contrairement aux arbitrages transnationaux introduits sur le fondement d'un contrat, la compétence reconventionnelle des tribunaux saisis sur le fondement d'un traité est soumise à des interprétations divergentes. Un examen plus approfondi de la question donne à voir que les tribunaux arbitraux ont complexifié à outrance la question de leur compétence sur les demandes reconventionnelles. Le fait pour un traité de ne donner qu'à l'investisseur le droit de saisir un tribunal arbitral n'altère pas la présomption de consentement de l'investisseur qui découle du recours à l'arbitrage. La non-réciprocité du droit de recourir à l'arbitrage ne constitue pas une différence si significative par rapport au contentieux interétatique ou contractuel qu'elle remettrait en cause le droit de l'Etat défendeur de soumettre des prétentions contraires. Le consentement de l'investisseur aux demandes reconventionnelles est implicitement présent par l'introduction d'une requête d'arbitrage et le droit du défendeur de contre attaquer est inhérent à la qualité de défendeur et non pas à la capacité de se porter demandeur. C'est pourquoi la théorie du consentement implicite de l'investisseur à la compétence de principe du tribunal arbitral sur les demandes reconventionnelles est la plus convaincante. Comme l'observe W. Ben Hamida : « [e]n privant l'Etat du droit de recourir à l'arbitrage...on l'encourage à se faire justice lui-même...c'est oublier la méfiance généralisée à l'égard de juridictions étatiques qui a conduit à utiliser l'arbitrage transnational. »<sup>703</sup>

---

<sup>703</sup> W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, op. cit., note n° 362, p. 181.

### *Conclusion du Titre 1*

**436.** Ces deux chapitres avaient pour ambition de montrer que la question de la compétence reconventionnelle fait l'objet d'un traitement différencié selon la nature contractuelle ou conventionnelle de l'arbitrage d'investissement. Relativement aisée à identifier dans le cadre des arbitrages contractuels, le consentement de l'investisseur à la compétence reconventionnelle est soumis à un niveau élevé d'exigence dans les procédures conventionnelles. Cette réalité est d'autant plus surprenante que le champ des différends susceptibles d'être couverts par les traités est souvent plus étendu que la matière contractuelle. En écartant parfois de manière catégorique les prétentions reconventionnelles sur le terrain du consentement, les tribunaux arbitraux suggèrent que le contentieux conventionnel de l'investissement serait limité à un contrôle de la légalité du comportement de l'Etat. Les difficultés d'appropriation par l'arbitre de sa compétence reconventionnelle dans les arbitrages introduits par la voie des traités renforcent ainsi la perception d'un déséquilibre entre les droits des parties, souvent favorable à l'investisseur.

**437.** Pourtant, par sa nature incidente, la demande reconventionnelle mobilise davantage l'arbitre sur sa fonction d'administrateur de la justice que sur son rôle d'agent des parties. Disposant des pouvoirs implicites lui permettant de vider le différend, c'est à lui qu'il revient de déterminer au regard des arguments respectifs des parties et des limites de sa compétence, si les prétentions reconventionnelles sont si étroitement liées qu'elles sont « couvertes par le consentement des parties »<sup>704</sup> et justifient d'être examinées conjointement. Aussi, à quelques rares exceptions près, la question de la compétence se rapproche au point parfois de se confondre avec la question de la recevabilité de la demande reconventionnelle (Titre 2).

---

<sup>704</sup> Article 46 de la Convention CIRDI.

## ***TITRE 2 La recevabilité de l'action reconventionnelle dans le procès transnational par le prisme de la connexité***

**438.** Dans l'ordre juridique interne et international<sup>705</sup>, la connexité est une condition de recevabilité<sup>706</sup> entendue comme un argument « de nature à empêcher juridiquement toute condamnation [qui] ne porte pas sur le fond en ce sens que l'irrecevabilité à laquelle [le juge] conclut peut être prononcée alors même que l'obligation réclamée existerait »<sup>707</sup>. En procédure civile comme dans le règlement des différends internationaux, la connexité « est une des notions procédurales les plus vagues »<sup>708</sup>.

**439.** L'exigence de connexité entre une demande principale et reconventionnelle et l'objet du différend est appréhendée comme un principe général de procédure par les tribunaux transnationaux<sup>709</sup>. Certains semblent même enclins à l'ériger en une condition coutumière<sup>710</sup>. Elle compte résolument parmi les sujets où le fait et le droit se côtoient au point parfois de se

---

<sup>705</sup> L'article 80 du Règlement de la C.I.J dans sa version actuelle dispose : « 1. Une demande reconventionnelle peut être présentée pourvu qu'elle soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse et qu'elle relève de la compétence de la Cour. 2. La demande reconventionnelle est présentée dans le contre-mémoire de la partie dont elle émane et figure parmi ses conclusions. 3. Si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse n'est pas apparent, la Cour, après avoir entendu les parties, décide s'il y a lieu ou non de joindre cette demande à l'instance initiale. »

<sup>706</sup> *Metal-Tech Ltd. c. Ouzbékistan*, sentence, par. 407: « as the 'connectedness' requirement [it] supposes a connection between the claims and the counterclaims. It is generally deemed an admissibility and not a jurisdictional requirement. »

<sup>707</sup> J. C. Witenberg, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales, *RCADI*, vol. 41, 1932, pp. 17-18.

<sup>708</sup> J. P. Fourcade, *La connexité en procédure civile*, Domat Montchrestien, 1938, p. 15.

<sup>709</sup> Arbitrage relatif à l'incident de l' « *Enrica Lexie* », (*Italie c. Inde*), sentence C.P.A, 21 mai 2020, par. 235 : « *It is a general principle of procedural law, consistently applied by international courts and tribunals, that a counter-claim may be admitted only if it comes within the jurisdiction of the court or tribunal concerned and is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party.* » ; *Saluka c. République tchèque*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 413, par. 76 : « *Nevertheless, Article 19.3 of the UNCITRAL Rules, Articles 25(1) and 46 of the ICSID Convention and Article 11(1) of the Iran-US Claims Settlement Declaration, all reflect essentially the same requirement: the counterclaim must arise out of the "same contract" (UNCITRAL Rules, Article 19.3), or must arise "directly out of an investment" and "directly out of the subject-matter of the dispute" (ICSID, Articles 25(1) and 46), or must arise "out of the same contract, transaction or occurrence that constitutes the subject matter of [the primary] claims" (Article 11(1) of the Claims Settlement Declaration). The Tribunal is satisfied that those provisions, as interpreted and applied by the decisions which have been referred to, reflect a general legal principle as to the nature of the close connexion which a counterclaim must have with the primary claim if a tribunal with jurisdiction over the primary claim is to have jurisdiction also over the counterclaim.* »

<sup>710</sup> *Saluka c. République tchèque*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 413, par. 61 : « *in relation specifically to counterclaims, it is necessary that they must also satisfy those conditions which customarily govern the relationship between a counterclaim and the primary claim to which it is a response. In particular, a legitimate counterclaim must have a close connection with the primary claim to which it is a response.* ». Cet autre considérant de l'affaire *Saluka* a été repris dans deux autres affaires CNUDCI, *Oxus Gold plc c. Ouzbékistan*, sentence, *op. cit.*, note n° 458, par. 952; *Sergei Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, par. 689.

confondre, sans qu'il ne soit toujours possible de les départager<sup>711</sup>.

**440.** Pour être recevables devant les tribunaux CIRDI, les demandes reconventionnelles doivent être en lien avec l'objet du différend. Ce lien de connexité est « la colonne vertébrale »<sup>712</sup> de la reconvention, « sortie tout droit de la jurisprudence »<sup>713</sup>. Elle constitue la principale préoccupation des juristes qui se sont intéressés à l'institution des demandes reconventionnelles. Plusieurs expressions que le juge et l'arbitre ont regroupées sous le vocable de « connexité » sans en prendre le nom (« être en rapport avec », « être en lien ») ont ainsi été appréhendées avec plus ou moins de rigueur par les cours et tribunaux internationaux puisque l'étendue de la notion contrarie toute tentative de définition<sup>714</sup>. Comme a pu le faire remarquer S. Torres Bernárdez au sujet de l'action reconventionnelle devant la C.I.J : « [à] la différence de celle de la compétence de la Cour, la condition suivant laquelle la demande reconventionnelle doit être en connexité directe avec l'objet de la demande principale de la partie adverse est, à la fois, une condition de recevabilité et un élément de la définition juridique de ce type de demandes »<sup>715</sup>.

**441.** Loin d'avoir fortifié la notion de manière décisive, les tribunaux transnationaux ont eu du mal à dessiner le cadre de la connexité au sein duquel une demande reconventionnelle est susceptible de s'inscrire. Allant parfois au-delà de la lettre des règlements arbitraux<sup>716</sup>, les

---

<sup>711</sup> J-M. Sorel, F. Poirat, *Les procédures incidentes devant la Cour internationale de justice : exercice ou abus de droits ?*, Pedone, 2001, p. 99 : « Le concept de connexité relève moins du droit que du fait [...] En effet, personne n'a jamais su ce que c'était qu'une connexité directe et il est vraisemblable que le personne ne le saura jamais. ». Voir aussi A. De Nanteuil, « Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers ? », *op. cit.*, note n° 211, p.388.

<sup>712</sup> R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, note n°36, p. 680.

<sup>713</sup> L. Savadogo, « La renaissance de la procédure des demandes reconventionnelles », *RBDIP*, 1999, n° 1, p. 252 ; *Supra*, Introduction, par. 20 et suivant.

<sup>714</sup> *Saluka c. République tchèque*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 413, par. 63 : « *The nature and extent of the necessary close connection may be variously expressed. No single attempt to define this requirement with universal effect is likely to be satisfactory, since so much will always turn on the particular circumstances of individual cases, including not only their facts but also the relevant treaty and other texts.* »

<sup>715</sup> S. T. Bernárdez, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n° 14, p. 243 ; Voir aussi G. Distefano, « La demande reconventionnelle au fil des textes régissant le fonctionnement de la Cour de La Haye et de sa jurisprudence », *RSDIE*, vol. 18, 2008, p. 45.

<sup>716</sup> Pour une présentation détaillée des instruments internationaux permettant l'action reconventionnelle, *Supra*, Introduction par. 44 et suivant. Le Règlement CIRDI ne précise pas que le tribunal a l'obligation d'en connaître, puisqu'il se contente d'en laisser la faculté à une partie de la formuler : « [s]auf accord contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que cette demande soit couverte par le consentement des parties et qu'elle relève par ailleurs de la compétence du Centre ». Sa rédaction se distingue notamment de celle de l'article 19 (3) du Règlement CNUDCI de 1976 qui limite la demande reconventionnelle à celle « fondée sur le même contrat ou [sur] un droit fondé sur le même contrat comme moyen de compensation. ». Dans sa version de 2010, l'article 21 (3) ne limite plus seulement les demandes reconventionnelles au « même contrat » puisqu'il dispose : « Dans son mémoire en défense, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale, si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître ».

tribunaux transnationaux offrent une appréciation stricte du lien de connexité que d'aucuns jugent « *unreasonable and restrictive* »<sup>717</sup>. Cette rigidité contraste notamment avec la malléabilité de la notion prescrite par la Convention et le Règlement CIRDI qui arriment la connexité à « l'objet du différend »<sup>718</sup>.

**442.** Malgré l'incertitude entourant la notion laissée délibérément vague, la C.I.J a clarifié la méthode d'évaluation de la connexité, observant que le lien requis entre une demande principale et une demande reconventionnelle devait « être appréci[é] aussi bien être en fait qu'en droit »<sup>719</sup>. Cette méthode, commune aux juridictions internes et internationales, est la plus adaptée pour passer en revue les manifestations et les singularités de la connexité dans le cadre de l'arbitrage transnational.

**443.** Suivant la méthode d'appréciation prescrite par la C.I.J et appliquée comme telle par les tribunaux d'investissement, le présent titre étudie la connexité dans sa dimension factuelle et juridique. Ainsi qu'il ressort de cette analyse, une majorité des sentences appréhende la connexité factuelle comme une condition nécessaire mais insuffisante (Chapitre 1) tout en imposant un niveau d'exigence élevé pour satisfaire la connexité juridique, créant un décalage entre la méthode à suivre et la méthode suivie (Chapitre 2).

---

<sup>717</sup> M. Anning, « Counterclaims Admissibility in Investment Arbitration, the case of Environmental Dispute », *op. cit.*, note n° 364, p. 1.

<sup>718</sup> Article 46 de la Convention CIRDI. Voir aussi, *Supra*, introduction, par. 53.

<sup>719</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo*, ordonnance du 29 novembre 2001, *C.I.J Recueil* 2001, p. 678, par. 36 : « Considérant que le Règlement ne définit cependant pas la notion de 'connexité directe' ; qu'il appartient à la Cour d'apprécier, compte tenu des particularités de chaque espèce, si le lien qui doit rattacher la demande reconventionnelle à la demande principale est suffisant ; et que, en règle générale, l'existence du lien de connexité directe requis entre ces demandes doit être appréciée aussi bien en fait qu'en droit. »

### Chapitre 3 La connexité factuelle, une dimension à la fois nécessaire et insuffisante

**444.** La dimension factuelle de la connexité est déterminante pour apprécier la recevabilité des demandes reconventionnelles. Elle n'est pas une notion « mécanique »<sup>720</sup>. Son appréciation tient compte « des particularités de chaque espèce »<sup>721</sup>. La demande reconventionnelle doit donc opérer dans un « ensemble factuel »<sup>722</sup> comportant une certaine unité de nature, d'objet, de temps et de lieu avec l'objet de l'instance sur lequel elle se greffe. Dans le cadre du CIRDI, les articles 46 de la Convention et 47 du Règlement exigent que pour être recevables, les demandes reconventionnelles doivent se rapporter à l'objet du différend. Aussi, pour déterminer si cette condition est satisfaite « il faut déterminer *si le lien de fait* entre la demande initiale et la demande accessoire est tellement étroit qu'il est nécessaire de se prononcer sur la demande accessoire en vue de parvenir au règlement du différend, l'objectif étant de disposer de toutes les sources d'un différend se rapportant à un même objet »<sup>723</sup>.

**445.** Réduite à l'essentiel, l'analyse de la dimension factuelle de la connexité dans le contentieux de l'investissement requiert de déterminer qu'il existe un lien entre les prétentions des parties à l'instance. Il faut vérifier que la demande reconventionnelle vise la partie adverse à l'instance et qu'elle concerne les événements donnant naissance au différend. Concrètement, cela suppose d'établir que la demande reconventionnelle porte sur l'investissement objet du différend, détenu par l'investisseur étranger partie à l'instance. Cette détermination correspond à une analyse du champ *ratione personae* et *ratione materiae* de la reconvention. Derrière une apparente simplicité, la détermination de la cible de la reconvention est rendue complexe en raison du phénomène de démembrement des parties impliquées dans l'opération d'investissement (Section 1). De même, si la vérification de l'existence d'un investissement, objet du différend, est une opération familière pour les tribunaux, la nature offensive des demandes reconventionnelles suppose que l'Etat utilise la notion à d'autres fins qu'un argument d'incompétence (Section 2).

---

<sup>720</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, Opinion dissidente du Juge C. Trindade, par. 14, p. 335.

<sup>721</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, demandes reconventionnelles, ordonnance du 18 avril 2013, *C.I.J. Recueil 2013*, p. 211-212, par. 32.

<sup>722</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, Opinion dissidente du Juge C. Trindade, par. 17, p. 336.

<sup>723</sup> CIRDI, Règlement d'arbitrage CIRDI avec notes explicatives à caractère non contraignant, 1968, p. 112 (italiques ajoutés).

## *Section 1 Dramatis personae et le phénomène du démembrement des parties*

**446.** Dans le contentieux transnational, nombreuses sont les questions de recevabilité qui exigent la recherche de l'identité des parties. Les tribunaux vont notamment rechercher si les parties au différend dont ils sont saisis sont les mêmes que celles qui ont été impliquées dans la procédure de règlement amiable préalable, ou encore celles qui peuvent bénéficier d'une clause de choix irrévocable<sup>724</sup>. Le principe d'identité des parties, composante de la règle de la triple identité, s'applique aux demandes reconventionnelles dans le contentieux interne, international et transnational<sup>725</sup>. Qualifié de principe « cardinal »<sup>726</sup> par les tribunaux, il faut que la partie visée par une demande reconventionnelle soit la même que la partie à l'instance directe. C'est notamment ce qui distingue l'action reconventionnelle de la demande en intervention d'un tiers au différend. Bien que reconvention et intervention soient toutes deux des procédures incidentes soumises à une forme de connexité, à la différence de l'intervention, la fonction offensive de l'action reconventionnelle exige que l'action soit dirigée contre l'auteur de la réclamation principale, qualifié ici « d'investisseur demandeur ». Néanmoins, l'entité impliquée dans la réalisation et la gestion d'un investissement à l'étranger agit rarement seule. Qu'il soit détenu par des capitaux étrangers, établi en filiale d'une société étrangère, actionnaire ou associé, l'investisseur demandeur à l'instance n'est pas la seule entité impliquée dans la réalisation et la gestion de l'investissement sur le territoire de l'Etat hôte. En dehors des cas où l'action reconventionnelle est dirigée contre l'investisseur demandeur et pour lesquelles le principe ne pose pas de difficultés, le risque d'une non-identité de parties est multiplié dans les cas de démembrements de la partie privée comme de la partie étatique. Aussi, le démembrement des parties se présente comme un obstacle qui pose plusieurs difficultés procédurales.

**447.** La question posée dans le cadre de cette section est donc celle du champ *ratione personae* de la reconvention lorsque l'opération d'investissement implique une série d'intermédiaires. L'Etat est-il limité dans son action reconventionnelle à ne viser que la partie « plaignante », ou

---

<sup>724</sup> *Víctor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, Affaire CIRDI n° ARB/98/2, sentence, 8 mai 2008, par. 486.

<sup>725</sup> R. Genet, « Les demandes reconventionnelles et la procédure de la Cour permanente de Justice internationale », *op.cit.*, note n° 57, p. 148 : « Un nouveau litige s'ouvre devant la même juridiction, avec une parfaite identité dans les comparants » ; J-P. Fourcade, *La connexité en procédure civile*, *op.cit.*, note n° 708, p. 91 : « que dans la demande reconventionnelle les parties, tout en restant les mêmes changent de position, l'une de demanderesse devenant défenderesse et inversement, il importe peu ; mais ces parties doivent conserver dans leur nouvelle position la qualité qu'elles possédaient antérieurement dans la demande principale. S'il en était autrement, on ne pourrait plus voir dans cette demande nouvelle l'incident appelé reconvention mais bien celui d'intervention. »

<sup>726</sup> *Saluka c. République Tchèque*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 413, par. 49 : « *It is a cardinal principle relating to the bringing of counterclaims, however, that the necessary parties to the counterclaim must be the same as the parties to the primary claim.* »

peut-il étendre son action aux acteurs possédant et/ou contrôlant l'opération d'investissement ? En principe, le champ *ratione personae* de la reconvention est limité à la partie plaignante et doit respecter l'autonomie des personnalités juridiques impliquées dans l'investissement (I). Néanmoins, la pratique des demandes reconventionnelles participe au développement normatif favorable à l'assimilation des entités apparentées permettant, de manière limitée, d'élargir les cibles de la contre-réclamation (II).

### ***I. L'autonomie des personnalités juridiques impliquées dans l'opération d'investissement***

**448.** Adoptant une approche formaliste à la fois des parties et des fondements de la cause, le contentieux de l'investissement est un contentieux propice au cumul des recours. En effet, l'autonomie des personnalités juridiques freine l'assimilation des comportements adoptés par les actionnaires et les personnes morales (A), et plus généralement l'assimilation des actes des personnes morales d'une même chaîne, que cette chaîne soit publique ou privée (B).

#### ***A. Le cumul des recours des actionnaires et des personnes morales contre l'Etat***

**449.** Le principe de séparation entre l'actionnaire et la personne morale tel que reconnu par le droit international général (1) est confirmé en droit international des investissements (2) et permet un cumul des recours contre l'Etat que l'outil reconventionnel ne permet de consolider que de manière exceptionnelle.

#### ***1. La distinction entre l'actionnaire et la personne morale en droit international général***

**450.** Par un principe qui continue de conférer sa célébrité à l'affaire de la *Barcelona Traction*, la C.I.J a distingué les droits de l'actionnaire et ceux d'une personne morale dans laquelle il peut détenir des actions. Chacun possède des droits et des intérêts propres qui ne sont pas protégés de manière identique. Le considérant adopté dans le cadre d'une action en protection diplomatique assure la force de cette distinction en établissant que « [l]a responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé, de sorte que des actes qui ne visent et n'atteignent que les droits de la société n'impliquent aucune responsabilité à l'égard des actionnaires même si leurs intérêts en souffrent »<sup>727</sup>.

**451.** L'apport jurisprudentiel de l'affaire de la *Barcelona Traction* a notamment été repris par

---

<sup>727</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J Recueil 1970, p. 36, par. 46.

la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui a rappelé que l'action est un objet complexe. Grâce à elle, l'actionnaire peut toucher des dividendes, être propriétaire de ses actions ou de ses parts sociales, disposer d'un droit d'action dérivé lorsque la société liquidée fait une réclamation, ou encore un droit d'actif de reliquat lors de la liquidation d'une société<sup>728</sup>. A ces droits peuvent s'ajouter le droit de vote et de regard sur l'orientation stratégique de l'entreprise. Ces droits des actionnaires se distinguent toutefois des droits dont dispose une personne morale<sup>729</sup>.

**452.** Le droit international général opère donc une distinction nette entre les droits des actionnaires et les droits d'une entreprise, personne morale. L'atteinte aux intérêts des actionnaires n'est pas en elle-même suffisante pour qu'un actionnaire se prétende victime d'une violation des mesures adoptées par un Etat ayant des effets sur l'entreprise. En application de ce principe, la CEDH a ainsi rejeté la demande d'un actionnaire et confirmé la force de la règle en déclarant : « *[I]t is to be reiterated that whenever a shareholder's interests are harmed by a measure directed at the company, it is up to the latter to take appropriate action. An act infringing only the company's rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected. Such responsibility arises only if the act complained of is aimed at the rights of the shareholder as such or if the company has been wound up* »<sup>730</sup>.

**453.** La distinction cardinale entre l'actionnaire et la personne morale est appliquée dans le contentieux transnational de l'investissement. *A priori*, elle empêche l'Etat, poursuivi par un actionnaire, de diriger son action reconventionnelle contre la société dans laquelle l'actionnaire dispose de certaines actions.

## ***2. Une distinction confirmée en droit international des investissements***

**454.** En droit international des investissements, l'actionnaire peut posséder des actions de manière majoritaire ou minoritaire. Il existe autant de formes d'actionnariat que d'intérêts mais il n'en demeure pas moins que « l'action-investissement est toujours une action et non pas une fraction de la personne morale. »<sup>731</sup>

**455.** Ainsi que l'a démontré D. Müller, le fait que certains, voire la plupart des TBI aient étendu

---

<sup>728</sup> *Ibid.*, par. 47.

<sup>729</sup> CEDH, *Albert et autres c. Hongrie*, Affaire n° 5294/14, arrêt, 29 janvier 2019, par. 66 : « *the Court reiterates that a share in a company is a complex object which certifies that the holder possesses a share in the company together with the corresponding rights. This encompasses an indirect claim over the company's assets, including the right to a share in them in the event of it being wound up, but also other unrestricted rights, especially voting rights and the right to influence the company's conduct and policy.* »

<sup>730</sup> *Ibid.*, par.70.

<sup>731</sup> D. Müller, *La protection de l'actionnaire en droit international*, Pedone, 2015, p. 450.

leur protection aux investisseurs indirects ou à « toute autre forme de participation dans des sociétés »<sup>732</sup>, dont peuvent faire partie les actions, ne remet nullement en cause la distinction établie en droit international général entre les droits des actionnaires et ceux des sociétés<sup>733</sup>. En effet, chacun est titulaire de droits propres qui demeurent séparés<sup>734</sup> et chacun peut être titulaire d'un droit de réclamation contre l'Etat.

**456.** Bien que ces droits soient distincts, il n'est pas rare qu'une certaine confusion soit entretenue en pratique et soit source de préoccupation des Etats favorables à une réforme du contentieux de l'investissement<sup>735</sup>. En effet, les droits et intérêts de l'actionnaire peuvent se dédoubler et faire l'objet de deux formes de protection. Lorsqu'il est protégé par un traité, l'actionnaire peut choisir de faire valoir ses droits propres (sur ses actions) mais il peut également faire valoir une atteinte « indirecte » et invoquer une perte « par ricochet » relative au préjudice causé à l'entreprise dans laquelle il possède des actions<sup>736</sup>.

**457.** En outre, il arrive que l'investisseur puisse à la fois invoquer le bénéfice d'un traité en tant qu'actionnaire et/ou en tant qu'investisseur indirect lorsque, à l'acquisition d'actions, s'est ajoutée l'acquisition des biens propres d'une société. Le cas d'un actionnaire détenant des actions dans une personne morale de droit local, propriétaire de l'investissement direct, se distingue du cas où l'actionnaire possède des actions dans une personne morale possédant indirectement l'investissement en cause. Le tribunal *Siemens c. Argentine* explique la teneur de la distinction dans les termes suivants : « *The arguments on indirect investments revolve around two different meanings of indirect: indirect meaning that the shareholder of the local company controls it through another company, and indirect meaning that a shareholder may claim*

---

<sup>732</sup> Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement du Sultanat d'Oman concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 17 août 2004, *Recueil officiel de la Confédération suisse*, février 2005, pp. 929-934.

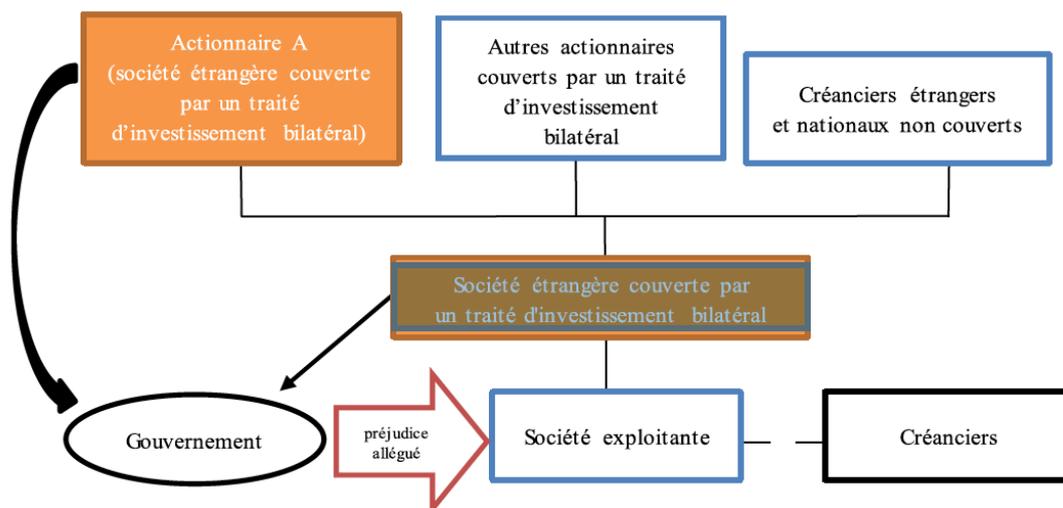
<sup>733</sup> H. Wehland, *The Coordination of multiple proceedings in Investment treaty Arbitration*, OUP, 2013, p. 29.

<sup>734</sup> D. Müller, *La protection de l'actionnaire en droit international*, *op. cit.*, note n° 731, p. 332 ; *Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, par. 598. : « Respondent contends that Claimants do not have standing to bring claims in connection with the SCSA because GEM did not exhaust the contractual remedies provided by the Agreement. But the right of an investor to claim under a BIT is a separate right from that of a company it controls to sue under the dispute resolution of a particular commercial contract and there is no obligation for such an investor to require that company to resort first to the dispute resolution procedure of its contract, before the investor can exercise its own rights available to it under the provisions of a BIT. »

<sup>735</sup> CNUDCI, Groupe de travail III, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) – Demande présentée par des actionnaires et pertes par ricochet, Note du Secrétariat, doc. n° A/CN/WG.III/WP.170, p. 6.

<sup>736</sup> *Ibid.*, p. 2, par. 4 : « Les actionnaires d'une société peuvent être lésés pour l'essentiel de deux manières différentes. Premièrement, ils peuvent subir une atteinte 'directe' à leurs droits en tant qu'actionnaires (par exemple, saisie d'actions ou ingérence dans les dividendes déclarés), ce qui peut les conduire à faire valoir des droits directs. Le deuxième type de préjudice est une atteinte 'indirecte' – dénommée 'perte par ricochet', en raison d'un préjudice subi par 'leur' société. Une mesure gouvernementale qui cause un préjudice à une société peut affecter sa valeur globale et, partant, entraîner par exemple une perte de valeur de ses actions. »

*damage suffered by a company in which it holds shares.* »<sup>737</sup>. Lorsqu'il existe une entreprise intermédiaire entre l'actionnaire et le titulaire de l'investissement dans l'Etat hôte, l'objet protégé par le traité n'est plus l'action, mais les avoirs indirectement détenus par une personne physique ou morale. Mais même dans ce cas, « l'action-investissement reste toujours une action et ne s'assimile pas, en tant que telle à une fraction de la société, de ses droits ou de ses biens. La distinction entre la société et l'actionnaire n'est aucunement altérée et l'actionnaire-investisseur reste toujours dans la position d'un actionnaire, même si les droits dont il dispose dans le cadre d'un instrument conventionnel sont plus importants et plus diversifiés que ceux conférés par le droit international général »<sup>738</sup>. Pour simplifier, le cumul des recours contre l'Etat des entités apparentées peut se représenter de la manière suivante<sup>739</sup> :



**458.** L'élargissement de la notion d'investissement a donc permis aux actionnaires de faire valoir leurs droits au point que les tribunaux ne voient « aucun obstacle, en droit international contemporain, à l'idée d'accueillir les demandes d'actionnaires indépendamment de celles de la société concernée, même dans l'hypothèse où ces actionnaires sont minoritaires ou non titulaires du contrôle. »<sup>740</sup>

**459.** Mais loin d'avoir consolidé le contentieux de l'investissement, cet élargissement a également encouragé le cumul des recours pour un même fait internationalement illicite de

<sup>737</sup> *Siemens c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/8, décision sur la compétence, 17 juillet 2002, par. 136.

<sup>738</sup> D. Müller, *La protection de l'actionnaire en droit international*, op. cit., note n° 731, p. 334.

<sup>739</sup> CNUDCI, Groupe de travail III, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) – Demande présentée par des actionnaires et pertes par ricochet, Note du Secrétariat, doc. n° A/CN/WG.III/WP.170, p. 4, Figure 3 : Demandes multiples présentées par des entités apparentées – Deux actionnaires étrangers de niveau différent ayant tous deux accès au RDIE.

<sup>740</sup> *CMS c. Argentine*, décision sur la compétence, 17 juillet 2003, par. 48 ; *Goetz c. Burundi (I)*, sentence, par. 89 : « le Tribunal observe que la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs. »

l'Etat. C'est notamment ce qui s'est passé dans un différend où l'Etat hôte a été poursuivi par l'actionnaire et la personne morale dans laquelle ce dernier possédait des actions. La succession de contentieux, impliquant la République tchèque, était relative à la suppression d'un droit de radio diffusion d'un investisseur immatriculé aux Pays Bas. Un premier recours<sup>741</sup> a été formulé par l'actionnaire, sur le fondement du TBI signé les Etats-Unis et la République Tchèque. Les arbitres constitués sous l'égide des règles de la CNUDCI ont considéré que la République tchèque avait manqué à son obligation de traitement juste et équitable et octroyé au demandeur-actionnaire une compensation. Toutefois, la condamnation de l'Etat hôte n'a pas éteint le droit d'action dont disposait la société étrangère, immatriculée aux Pays-Bas et dont l'actionnaire possédait une part minoritaire d'actions.

**460.** Dans ce deuxième arbitrage, le demandeur revendiquait la protection de son investissement, constitué d'actions et d'intérêts de participation (*ownership interest*) lui conférant le contrôle sur dans l'entreprise locale. Ainsi, dans cette deuxième procédure, la République tchèque fut une nouvelle fois poursuivie par la personne morale néerlandaise sur le fondement d'un autre TBI entre la république Tchèque et les Pays-Bas, pour les mêmes faits devant un autre tribunal CNUDCI<sup>742</sup>. Le principe de *res judicata*<sup>743</sup>, âprement débattu entre les parties, fut écarté au motif que les demandeurs à l'initiative des procédures arbitrales respectives, bien que liés entre eux par un rapport de dépendance économique, n'étaient pas moins considérés comme des parties distinctes poursuivant chacune leur intérêt propre<sup>744</sup>.

**461.** Loin de remédier au « désordre procédural »<sup>745</sup>, les traités d'investissement gardent intacte la distinction entre actionnaires et personnes morales, et quelque séduisantes qu'elles puissent être, les considérations d'équité ne priment pas toujours sur les termes des instruments conventionnels consentis par les Etats et auxquels les tribunaux donnent plein effet<sup>746</sup>. Toutefois,

---

<sup>741</sup> *Lauder c. République tchèque*, Affaire CNUDCI, sentence, 3 septembre 2001.

<sup>742</sup> *CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, Affaire CNUDCI, sentence, 14 mars 2003.

<sup>743</sup> *Ibid*, par. 208: « *The Respondent submits that the standard of "virtual identity" or "essentially the same" identity is appropriate in this case. This standard implies that, where closely related parties (in a financial and legal sense) are present, res judicata applies.* »

<sup>744</sup> *Ibid*, par. 412: « *Should two different Treaties grant remedies to the respective claimants deriving from the same facts and circumstances, this does not deprive one of the claimants of jurisdiction, if jurisdiction is granted under the respective Treaty. A possible abuse by Mr. Lauder in pursuing his claim under the US Treaty as alleged by the Respondent does not affect jurisdiction in these arbitration proceedings.* »

<sup>745</sup> W. Ben Hamida, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *A.F.D.I.*, vol. 51, 2005, pp. 564-602.

<sup>746</sup> *HICEE B.V. c. République slovaque*, Affaire C.P.A n° 2009-11, sentence partielle, 23 mai 2011, par. 147 : « *[G]iven the default position in international law that the corporate form is recognized as legally distinct from the shareholders, and confers on the corporate entity the capacity to assert claims for damage suffered to it or its property. The true position, as the Tribunal understands it, is that the admissibility of shareholder claims depends*

la distinction empêche par exemple qu'un Etat poursuivi par un actionnaire faisant valoir un préjudice par ricochet, puisse mettre en cause dans une demande reconventionnelle le comportement de cette entreprise puisqu'elle n'est pas formellement partie au différend. Or, cette approche peut surprendre car l'évaluation d'un préjudice subi par la société sur lequel l'actionnaire s'appuie pour caractériser son dommage « par ricochet », dépend non seulement de l'actif mais également de son passif. Si l'Etat considère que la société a manqué à certaines de ses obligations ou que la société a contribué à son préjudice, il devrait pouvoir être en mesure de faire valoir des prétentions reconventionnelles contre celle-ci dans l'évaluation globale du préjudice par ricochet. Une application stricte du principe de l'identité des parties exclut que la demande reconventionnelle cible la partie demanderesse à l'instance pour les agissements de l'entité apparentée.

**462.** *A fortiori*, la préservation de l'autonomie juridique des entités impliquées dans l'opération d'investissement s'applique aux actionnaires entre eux. Ainsi, un Etat attaqué par un actionnaire ne peut pas formuler sa reconvention à l'encontre de plusieurs actionnaires, personnes physiques d'une même personne morale. C'est le message le plus significatif des arbitres dans la sentence *Al-Warraq c. Indonésie*, pour lesquels le succès d'une action reconventionnelle, déjà favorisée par l'existence d'obligations à la charge des investisseurs dans la Charte de l'Organisation des Etats Islamiques<sup>747</sup>, nécessitait que l'Etat singularise ses griefs de corruption envers l'investisseur *demandeur*. Or, en formulant une demande de compensation conjointe contre deux actionnaires dont l'un n'avait pas la nationalité d'un Etat partie au traité, l'Etat ne pouvait obtenir réparation à titre reconventionnel<sup>748</sup>.

**463.** La possibilité que plusieurs entités impliquées dans l'opération d'investissement puissent tour à tour attaquer l'Etat pour contester la licéité d'une mesure « l'expose au risque d'être

---

*upon the provisions of the investment protection treaty in question, and that investment protection treaties very frequently make provision to allow for shareholder claims, either explicitly or by necessary implication.* » ; *American Manufacturing & Trading, Inc. c. Zaire*, Affaire CIRDI n° ARB/93/1, sentence, 21 février 1997, par. 5.15 : « *It is not called into question whether, as Zaire suggests, AMT can act in the name of SINZA. AMT acts in its own name and in its capacity as an American enterprise having invested in Zaire, that is to say, a national of a State party having a dispute with another State party which has welcomed his investments on its territory.* » ; Antoine Goetz (I), sentence, par. 89 : « le Tribunal observe que la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs. »

<sup>747</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 262.

<sup>748</sup> *Al Warraq c. Indonésie*, sentence, *op. cit.*, note n°423, par. 669 : « *The counterclaim does not distinguish the actions of the Claimant from the actions of Mr. Rizvi, who is not a party to this arbitration. Further, they involve various other entities, including FGAH, Tell Tale Holdings Limited and First Capital Management Limited, not parties to this arbitration. As made clear in the Saluka Investments B.V. v The Czech Republic decision referred to above, it is a 'cardinal principle' that the necessary parties to the counterclaim must be the same as the parties to the primary claim, and while this might be formally so in the present case there are many other entities that are either primarily or jointly responsible for the alleged frauds. The Respondent has failed to define the Claimant's personal liability, and the counterclaim must fail.* »

obligé de se défendre à plusieurs reprises pour essentiellement le même préjudice allégué causé à la même entité économique, même s'il a déjà obtenu gain de cause dans l'une des procédures. »<sup>749</sup>. Cette réalité crée donc une situation défavorable pour l'Etat que la demande reconventionnelle ne permet de corriger que de manière exceptionnelle puisqu'est exigée une identité des parties entre demandeur principal et reconventionnel. Il en résulte que la distinction cardinale entre actionnaire et personne morale ne permet pas qu'un Etat attaqué par l'un puisse lui opposer reconventionnellement les agissements de l'autre, sauf si le contrôle permet d'établir une assimilation<sup>750</sup>. Le risque de cumul des recours entre actionnaire et personne morale existe également entre les entités apparentées d'un même ensemble.

### *B. Le cumul des recours des personnes morales d'une même chaîne privée ou publique*

**464.** La protection accordée à des investissements indirects n'éteint pas l'action des investisseurs directs et chacun peut décider de se prévaloir du traité dont il peut revendiquer la protection, sans que l'Etat puisse remonter la chaîne du groupe (1). Du côté de l'Etat, l'autonomie des personnalités juridiques des entités autres que les organes demeure également préservée sans qu'il soit toujours possible de les assimiler (2). Autrement dit, le principe d'identité des parties entre action principale et reconventionnelle ne permet pas à l'Etat de formuler une demande reconventionnelle contre une société membre d'un même groupe si celle-ci n'est pas formellement partie à l'instance. Selon la même logique, le principe d'identité des parties l'empêche également de se subroger dans les droits d'une entité paraétatique, c'est-à-dire de se « substituer [à cette entité] en vue d'exercer tout ou partie des droits »<sup>751</sup> que celle-ci peut détenir envers l'investisseur.

#### *1. L'autonomie des investisseurs d'un même groupe*

**465.** L'absence de définition de la notion d'investissement dans la Convention de Washington de 1965 a permis de laisser libre cours aux Etats pour déterminer le type d'investisseur qu'ils entendent protéger. De l'élargissement du champ matériel et personnel de protection dans les traités, résulte un élargissement du champ personnel des titulaires d'un droit de réclamation contre l'Etat. L'hypothèse du cumul n'est donc pas exclusivement cantonnée aux recours des

---

<sup>749</sup> CNUDCI, Groupe de travail III, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) – Demande présentée par des actionnaires et pertes par ricochet, Note du Secrétariat, doc. n° A/CN/WG.III/WP.170, p. 6, par. 15.

<sup>750</sup> *Infra*, au présent Chapitre, par. 494 et suivant.

<sup>751</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n° 1, p. 1055. Subrogation : « Substitution d'un sujet de droit à un autre dans un rapport juridique en vue de permettre au premier d'exercer tout ou partie des droits qui appartiennent au second. »

actionnaires et des personnes morales, mais se pose au sujet des investissements indirectement contrôlés par des personnes morales ou physiques étrangères (investisseurs indirects).

**466.** Même en des cas où l'investissement est réalisé au moyen d'une structure ou de sociétés intermédiaires, plusieurs recours peuvent exister. Chacune, séparément, dispose d'un potentiel droit de recours contre l'Etat puisque chacune des entités dispose d'une personnalité juridique propre. Alors, en plus de la situation de cumul possible du recours d'un actionnaire et d'une personne morale se profile pour les entités d'un même groupe le choix du bénéficiaire d'un TBI entre l'Etat hôte et un Etat dont l'une de ces entités aurait la nationalité. Le recours de l'investisseur indirect (celui qui contrôle indirectement l'investissement) peut se cumuler avec le recours de l'investisseur « direct » (celui qui possède l'investissement).

**467.** Mais là encore, l'extension d'une protection conventionnelle aux investissements indirects ne permet pas que l'Etat contre-attaque l'entité de droit local détenue indirectement<sup>752</sup> par l'investisseur demandeur. Dans l'affaire *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c. Algérie*, le Tribunal a rappelé qu'« [i]l est évident [qu'un] tribunal ne peut entrer en matière sur une réclamation si celle-ci lui est soumise par un sujet de droit qui n'est pas lié par le contrat sur lequel elle repose. L'affirmation est si essentielle qu'elle n'a pas besoin d'être spécialement documentée. Peu importent les liens économiques qui peuvent exister entre les entreprises ; ainsi, la société-mère ne pourrait réclamer des prestations revenant contractuellement à sa société-fille, même si celle-ci dépend totalement d'elle, à moins de circonstances très particulières... »<sup>753</sup>.

**468.** Comme on le voit, le groupe de personnes morales dispose d'un large choix de recours contre l'Etat puisqu'il peut choisir d'introduire sa réclamation sur l'un ou l'autre des accords existants, et ainsi bénéficier de celui qui lui serait le plus favorable. De son côté, l'Etat ne peut pas choisir son adversaire parmi les membres d'une même opération d'investissement et demeure lié par les termes de l'accord en vertu duquel il est poursuivi. Le cumul des recours peut donc aboutir à des résultats contradictoires.

**469.** Or, l'Etat demandeur reconventionnel n'a pas manqué d'ingéniosité pour forcer des techniques d'assimilation entre personnes morales. Le différend opposant *Saluka*, investisseur

---

<sup>752</sup> D. Müller, *La protection de l'actionnaire en droit international*, op. cit., note n° 731, p. 459 : « Les droits internationaux conventionnels accordés à ces investissements [biens meubles ou immeubles, des actions, des obligations, ou des droits contractuels d'exploitation ou de propriété intellectuelle] ne sont pas différents en raison de leur caractère immédiat ou indirect. Seule la question du titulaire de ces droits internationaux, le créancier des obligations internationales de l'Etat hôte, trouve une réponse à travers le lien établi. » ; Voir aussi, C. H. Schreuer, « Shareholder Protection in International Investment Law », *Transnational Dispute Management (TDM)*, 2005, p. 2.

<sup>753</sup> *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c. Algérie*, Affaire CIRDI n° ARB/03/8, sentence, 10 janvier 2005, par. 37.

direct hollandais, à la République tchèque, est un exemple de tentative d'assimilation à des fins reconventionnelles qui s'est avéré infructueux mais qui contribue au développement normatif en faveur d'une assimilation. Dans ce différend conventionnel, les arbitres ont laissé envisager l'assouplissement de l'exigence d'identité formelle des parties en s'emparant de la question de la relation entre une la société mère et la société fille, toutes deux étrangères.

**470.** Le différend portait sur les événements consécutifs à la réorganisation du secteur bancaire de la République tchèque après la chute de l'union soviétique. Après avoir acheté des actions auprès des entités étatiques en charge de la restructuration, les investisseurs japonais avaient transféré leurs avoirs à leur filiale *Saluka*, entreprise immatriculée aux Pays-Bas. Selon *Saluka*, demandeur à l'instance, l'Etat avait violé diverses dispositions du TBI en transférant ses avoirs à un tiers. En l'espèce, se posait la question de savoir si l'Etat pouvait diriger son action reconventionnelle contre la société mère de l'investisseur (*Nomura*, immatriculée au Japon) qu'elle contrôlait entièrement, et qui avait transféré ses actions (objet de l'investissement protégé)<sup>754</sup> à la société fille (*Saluka*, immatriculée aux Pays Bas), demandeur à l'instance arbitrale. Le Tribunal devait décider si la violation alléguée du contrat d'achat d'actions par la société mère était ou non imputable à la société fille, et si l'Etat défendeur pouvait invoquer les violations du contrat par la société mère dans une procédure l'opposant à la société fille devenue entre-temps titulaire de toutes les actions. Pour infléchir les inconvénients de ce démembrement mais sans véritablement pouvoir y remédier, le Tribunal a offert un raisonnement porteur d'originalité.

**471.** Tout en reconnaissant que le principe d'identité des parties au différend principal et reconventionnel est un principe « cardinal »<sup>755</sup> de procédure, les arbitres ont néanmoins posé une présomption d'assimilation entre une maison-mère et sa filiale, présomption « favorable à l'Etat » dans les termes suivants : « *for that purpose the Tribunal finds it appropriate to proceed in the first place on the basis that the question of the relationship between Saluka [la société fille partie à l'instance] and Nomura [la société mère] is assumed to be determined on the basis most favorable to Respondent* »<sup>756</sup>.

---

<sup>754</sup> Une société japonaise (*Nomura*) avait signé un contrat d'achats d'actions avec une entité étatique tchèque qu'elle a ultérieurement transféré à sa filiale hollandaise (*Saluka*) et demandeur à l'instance. Bénéficiant de la protection du TBI existant entre les Pays-Bas et la République tchèque, l'investisseur initia une procédure au motif que l'Etat aurait manqué à ses obligations conventionnelles. La République Tchèque avait soulevé onze demandes reconventionnelles dont trois étaient dirigées contre la société mère, *Nomura*.

<sup>755</sup> *Saluka Investment c. République tchèque, décision sur les demandes reconventionnelles, op. cit., note n° 413, par. 49: « It is a cardinal principle relating to the bringing of counterclaims, however, that the necessary parties to the counterclaim must be the same as the parties to the primary claim. »*

<sup>756</sup> *Ibid*, par. 44.

**472.** Cette solution lui permettait de reconnaître sa compétence – « de principe »<sup>757</sup> – sur les demandes reconventionnelles formulées contre la société mère de l’investisseur car elles concernaient bien l’investissement couvert par le traité (en l’espèce des actions dans une société du secteur bancaire). Mais puisque les parties au contrat dont l’Etat invoquait la violation n’étaient pas les parties à l’arbitrage, le tribunal a refusé d’imputer à la société fille les violations de la société mère, *antérieures* à la cession.

**473.** Timidement consacrée, l’apparente souplesse d’appréciation du principe d’identité des parties n’a pas suffi pour que l’action reconventionnelle de l’Etat contre la maison-mère soit accueillie. Ainsi, la présomption d’un lien entre les entités mère et fille n’a pas permis de faire entrer l’action reconventionnelle de l’Etat dirigée contre l’une dans le différend l’opposant à l’autre. Le Tribunal a rappelé qu’il devait donner plein effet aux termes du contrat d’achat d’action liant l’Etat à la société mère: « *The Tribunal thus cannot in this arbitration entertain a counterclaim based on a dispute arising out of or in connection with, or the alleged breach of, an agreement which both contains its own mandatory arbitration provision and is an agreement which the Tribunal is expressly required to take into account.* »<sup>758</sup>

**474.** En conséquence, le principe d’identité des parties entre demandes principales et reconventionnelles prime sur les considérations d’économie procédurale et ne permet pas d’opposer un instrument juridique à un tiers. Si bien que la formulation de demandes reconventionnelles ne permet pas de concentrer les différends que l’Etat peut avoir avec divers démembrements de l’investissement. Toutefois, les termes employés par les arbitres pour exclure l’action reconventionnelle tchèque suggèrent qu’une solution plus souple aurait pu être envisagée, si le contrat en question ne contenait pas de clause compromissoire obligatoire et si les parties n’avaient pas parallèlement introduit une procédure en application de celle-ci<sup>759</sup>.

**475.** Comme on le voit, les efforts déployés par les arbitres pour permettre d’assimiler les actes de la société mère à la société fille au moyen d’une présomption font face à de sérieux obstacles juridiques. En effet, les cas dans lesquels le contrôle d’un investisseur étranger permet de conférer une personnalité juridique à la société locale contrôlée par l’investisseur étranger se distinguent du cas où le contrôle est utilisé pour lever le voile corporatif d’une société fille afin d’atteindre la personnalité juridique de la société mère.

---

<sup>757</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 258.

<sup>758</sup> *Saluka Investment c. République Tchèque*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 413, par. 52.

<sup>759</sup> *Ibid.*, par. 51: « *Even if the Tribunal were to make an assumption to the contrary (but without so deciding), i.e., to the effect that identity between the NPF and the Czech Republic could be established so that the parties to the counterclaim based on the Share Purchase Agreement were the same as the parties to the primary claim, the Tribunal would be prevented from exercising jurisdiction on another ground which is of overriding importance.* »

**476.** Exception issue du droit interne et admise en droit international, la levée du voile social est permise dans des cas où « on abuse des privilèges de la personne morale, comme dans des cas de fraude ou d'agissements coupables, pour protéger des tiers tels que le créancier ou l'acheteur, ou pour assurer le respect de prescriptions légales ou d'obligations »<sup>760</sup>. Elle demeure néanmoins « un procédé exceptionnel »<sup>761</sup> qui ne remet pas en cause l'autonomie des personnalités juridiques. Le fait qu'un groupe choisisse d'organiser sa structure pour bénéficier de la protection d'un traité n'est pas en soi constitutif d'un abus dans la mesure où une telle intention n'est pas frauduleuse<sup>762</sup>. Les différentes acceptions de l'abus de droit<sup>763</sup> y compris l'interdiction de l'abus de procédure ne couvrent pas les situations où un plaideur a l'intention objective de pouvoir bénéficier d'un forum arbitral.

**477.** C'est pourquoi le contrôle étranger exercé sur une personne physique ou morale elle-même étrangère ne rend pas inapplicable les dispositions d'un traité auxquelles un Etat a par ailleurs consenti. Alors que l'investisseur indirect peut profiter du contrôle pour provoquer l'application d'un TBI conclu par l'Etat de sa nationalité, l'Etat ne peut pas utiliser la notion de contrôle pour contourner les règles d'attribution de la nationalité d'une personne morale puisque « la nationalité des actionnaires, ou le contrôle exercé par des étrangers autrement qu'en raison de leur participation au capital, n'est pas normalement un critère pour la nationalité d'une société, étant entendu que le législateur peut mettre ces critères en jeu pour des cas d'exception. »<sup>764</sup>

**478.** Il résulte du principe d'identité des parties, ainsi que du caractère obligatoire des traités, que l'Etat ne peut pas, à titre reconventionnel, remonter indéfiniment la chaîne du contrôle, l'instrumentaliser en sa faveur, pour viser une entité étrangère qui aurait une autre nationalité que l'entité demanderesse. Le respect de l'autonomie des personnes morales s'applique avec la même force pour les entités publiques si bien que les démembrements pouvant exister du côté étatique compliquent également l'appréciation de la connexité factuelle des demandes reconventionnelles.

---

<sup>760</sup> *Ibid*, par. 56.

<sup>761</sup> *Ibid*, par. 58.

<sup>762</sup> *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd. c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/07/27, décision sur la compétence, 10 juin 2010, par. 204 ; *Renée Rose Levy c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/11/17, sentence, 9 janvier 2015, par. 184 ; *Tidewater c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/10/5, décision sur la compétence, 8 février 2013, par. 184 : « *It is a perfectly legitimate goal, and no abuse of an investment protection treaty regime, for an investor to seek to protect itself from the general risk of future disputes with a host state in this way.* »

<sup>763</sup> R. Kolb, *La bonne foi en droit international public contribution à l'étude des principes généraux de droit*, (1<sup>ère</sup> éd.), I.H.E.I.D., 2000, pp. 464- 469, 637 : « L'interdiction de l'abus de procédure est une application particulière du principe général interdisant l'abus de droit à la procédure d'organes internationaux. »

<sup>764</sup> *SOABI c. Sénégal*, Affaire CIRDI n° ARB/82/1, décision sur la compétence, 8 novembre 1982, par. 29.

## 2. L'autonomie de certaines entités paraétatiques par rapport à l'Etat

**479.** La question de l'autonomie juridique de l'entité paraétatique<sup>765</sup> par rapport à l'Etat est une question qui intéresse autant l'instance principale et l'instance reconventionnelle. La notion d'entité paraétatique peut être décrite comme « une gamme d'institutions qui, sans être rattachée organiquement à l'Etat...lui sont néanmoins reliées par d'autres facteurs. »<sup>766</sup>

**480.** A l'instar de la condition de nationalité des personnes physiques, le droit international ne prévoit pas de règles de rattachement formel d'une entité à un Etat. C'est vers le droit interne de l'Etat qu'il convient de se tourner pour déterminer la nature de ce lien<sup>767</sup>. En somme, tant du point de vue de l'investisseur que de celui de l'Etat, « rattachement et imputation sont deux questions distinctes »<sup>768</sup> et de la même manière « le rattachement de l'entité à l'Etat ne se confond pas avec le rattachement du comportement de l'entité à l'Etat »<sup>769</sup>.

**481.** Alors qu'une entité peut être formellement rattachée à l'Etat, « la tutelle, voire le contrôle, d'un Etat sur une personne morale exercé notamment au travers de ses dirigeants, ainsi que la mission de service public dévolue à celle-ci »<sup>770</sup> ne suffisent pas pour rattacher à l'Etat ni les

---

<sup>765</sup> Terme utilisé par la CDI comme un terme suffisamment « générique » pour inclure une diversité d'organismes pouvant notamment être habilités à exercer des prérogatives de puissance publique. Dans le cadre de notre étude, elle désigne toute entité juridiquement distincte de l'Etat pouvant intervenir dans le domaine public.

<sup>766</sup> Y. Nouvel, « Les Entités Paraétatiques dans la Jurisprudence du CIRDI », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch. Leben (dir.), Anthémis, 2006, p. 25.

<sup>767</sup> B. Stern, La responsabilité des Etats Perspectives récentes, *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. VII, 2003, p. 671 ; *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. et Cauc Holding Company Ltd. c. Mongolie et Monatom Co., Ltd.*, Affaire C.P.A n° 2011-09, décision sur la compétence, 25 juillet 2012, par. 345 ; *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, Affaires CIRDI n° ARB/10/11 et n° ARB/10/18, décision sur la compétence, 19 août 2013, par. 230 (Ci-après « *Niko Resources c. Bangladesh* »).

<sup>768</sup> Y. Nouvel, « Les Entités Paraétatiques dans la Jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*, note n° 766, p. 34.

<sup>769</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>770</sup> *Niko Resources c. Bangladesh*, décision sur la compétence, par. 235 : « *However, control by one legal entity over another does not extinguish the separation in law. Control by the Government over these two entities does not deprive them of their separate legal personality. They remain legally distinct from the Government.* » ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 1995, *Bec frères c. Office des céréales de Tunisie* ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, *Société Sihan c. société Altour*, 27 janvier 1998. Voir aussi *Jan de Nul c. Egypte*, où le tribunal conclut à l'insuffisance du rattachement formel entre l'entité et l'Etat pour qualifier l'entité d'organe au sens des articles de la CDI. La Société du Canal de Suez était bien « formellement » rattachée à l'Etat puisqu'elle était créée pour gérer les opérations consécutives à la nationalisation du Canal de Suez, mais la personnalité juridique empêchait de la qualifier comme organe. De même, le tribunal écarte l'attribution au sens de l'article 5 alors que l'entité était habilitée par la loi à exercer des actes fonctions gouvernementales : « *It is true though that the Contract was awarded through a bidding process governed by the laws on public procurement. This is not a sufficient element, however, to establish that governmental authority was exercised in the SCA's relation to the Claimants and more particularly in relation to the acts and omissions complained of. What matters is not the "service public" element, but the use of "prérogatives de puissance publique" or governmental authority (...), although the SCA is a public entity empowered to exercise elements of governmental authority, the acts of the SCA vis à vis the Claimants are not attributable to the Respondent in this arbitration on the basis of Article 5 of the ILC Articles, as they were not performed pursuant to the exercise of governmental authority.* », *Jean de Nul c. Egypte*, Affaire CIRDI n° ARB 04/13, sentence, 6 novembre 2008, par. 170-171.

actes ni les engagements d'une entité paraétatique. C'est pourquoi il faut rigoureusement distinguer la question du rattachement formel de celle de l'attribution des actes ou des engagements de l'entité à l'Etat. A rebours de certaines pratiques arbitrales internationales<sup>771</sup>, le juge français a distingué les questions de rattachement, d'assimilation et d'attribution, expliquant que les règles de l'attribution prévues par les Articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite<sup>772</sup> (ci-après les « Les articles sur la responsabilité pour FII ») ne sont pas applicables pour déterminer la *qualité* d'émanation d'un Etat : « il n'y a pas lieu d'apprécier l'assimilation d'un investisseur à un Etat partie au regard du Projet d'articles [de la CDI sur la responsabilité] dont il n'est nullement démontré que ces règles seraient consacrées par la coutume internationale dans le contexte entièrement différent de l'assimilation d'une entité à un Etat. »<sup>773</sup>

**482.** Pourtant, la tentation est grande pour l'investisseur engagé dans un contrat avec une entité paraétatique d'attribuer à l'Etat les actes et les engagements de l'entité au prétexte qu'un lien de rattachement fonctionnel, financier ou structurel existerait entre les deux. L'article 22 paragraphe 3 du Traité sur la Charte de l'Energie<sup>774</sup> est un exemple de clause que l'investisseur utilise pour « étatiser » toute entité afin d'imputer ses actes à l'autorité souveraine.

**483.** Confrontés à l'interprétation de cette clause, les arbitres dans l'affaire *Amtco c. Ukraine*<sup>775</sup> ont gardé intact le principe de l'autonomie juridique de l'entité par rapport à l'Etat et posé une présomption que toute entité ayant une personnalité juridique distincte ne peut être assimilée à l'Etat<sup>776</sup>. En l'espèce, le différend concernait la prise de participation par un investisseur dans une entité paraétatique chargée des opérations d'un site nucléaire. Il revenait donc au Tribunal de déterminer si le rattachement entre l'entité et l'Etat permettait d'assimiler l'un à l'autre.

---

<sup>771</sup> *Salini Costruttori S.P.A et Italstrade SPA c. Maroc*, Affaire CIRDI n° ARB/00/4, sentence sur la compétence, 16 juillet 2001 ; *RFCC c. Royaume du Maroc*, Affaire CIRDI n° ARB/00/6, sentence sur la compétence, 16 juillet 2011, par. 32.

<sup>772</sup> « Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs », *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2) 2001, p. 91.

<sup>773</sup> Cour d'Appel de Paris (Pôle 1, Ch.1), *Etat d'Ukraine c. société Pao Tatneft*, 29 novembre 2016 : « Considérant qu'il n'y a pas lieu d'apprécier l'assimilation d'un investisseur à un Etat partie au regard du Projet d'articles invoqué par l'Ukraine ; que ce document énonce en effet, des règles d'attribution du comportement d'une entité à un Etat afin d'engager la responsabilité de ce dernier pour des faits internationalement illicites ; qu'il n'est nullement démontré que ces règles seraient consacrées par la coutume internationale dans le contexte entièrement différent de l'assimilation d'une entité à un Etat afin de la priver d'un droit propre à l'arbitrage en application d'un TBI. ». Voir aussi L. Franc-Menget, « La notion d'émanation d'Etat en droit des investissements vue par les juges français, note sous Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 29 novembre 2016 », *Revue de l'arbitrage*, 2017, n° 2 ; p. 523.

<sup>774</sup> Article 22 (3) du TCE : « Chaque partie contractante veille à ce que, lorsqu'elle crée ou maintient une entité et lui délègue des pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres, cette entité exerce ces pouvoirs d'une manière compatible avec les obligations qui incombent à la partie contractante en vertu du présent traité ».

<sup>775</sup> *Limited Liability Company Amtco c. Ukraine*, Affaire SCC n° 080/2005, sentence finale, 26 mars 2008, par. 101.

<sup>776</sup> *Ibid*, par. 101 : « *Energoatom is a strategically significant state entity, in close communication with the State.... the Tribunal finds that Energoatom was a separate legal entity and not an organ of the Ukraine state.* »

Quand bien même certains comportements seraient attribuables à l'Etat en tant qu'ils impliquent l'usage de prérogatives de puissance publique, il est clair que les comportements de nature commerciale de l'entité liés à l'exécution d'un contrat la liant à l'investisseur ne tombent pas automatiquement sous la protection du TBI. C'est pourquoi le rattachement formel pouvant exister entre l'entité et l'Etat n'est pas systématiquement de nature à permettre une imputation, non seulement de son comportement, mais encore de ses engagements<sup>777</sup>.

**484.** Ainsi, pour les arbitres saisis de l'interprétation, l'article 22 de la Charte de l'Energie :

*« does not go so far as to impose liability on the State in the event that a state-owned legal entity does not discharge its contractual obligations in relation to an 'Investment', i.e. a subsidiary of the foreign investor.... It does not constitute an obligation of the state to assume liability for any failing of a state-owned legal entity to discharge a commercial debt in a given instance. »*<sup>778</sup>

**485.** La question de l'imputation des engagements liant une entité à un investisseur peut donc s'avérer déterminante pour établir un lien de connexité factuelle entre action principale et reconventionnelle. Si les engagements de l'entité sont imputés à l'Etat, celui-ci peut se subroger dans les droits de l'entité et faire valoir à titre reconventionnel les prétentions qu'elle aurait pu avoir à l'égard de l'investisseur. Au contraire, si l'imputation n'est pas possible, la relation existante entre l'entité paraétatique et l'investisseur qui peut se matérialiser en un contrat échappe à l'ensemble factuel (et juridique) que peut couvrir l'action reconventionnelle.

**486.** Souhaitant maintenir la distinction entre entité paraétatique et l'Etat, les conseils de l'Ukraine dans l'affaire *Amtó* étaient donc réduits à limiter leur action reconventionnelle à des griefs non-contractuels, confinant au dommage moral, qui ont été rejetés<sup>779</sup>.

**487.** Dans le différend *Alex Genin contre Estonie*, un investisseur américain souhaitait imputer à l'Etat les actes de la banque centrale (*Bank of Estonia*) dans laquelle il avait investi. L'investisseur invoquait en particulier la violation du TBI entre les Etats-Unis et l'Estonie, qui

---

<sup>777</sup> *Ibid*: « *Energoatom is a separate legal entity owned by the Respondent. It is not an ordinary private company, but a specific juridical person known as a state company... Its close links with the State are demonstrated by Article 4 that provides that 'The president, the first vice-president and the vice-president of the company are appointed and dismissed by the Cabinet of Ministers of Ukraine, and the board members are appointed and discharged from their responsibilities by the Ministry of fuel and energy.'* *The Charter of Energoatom ...provides: «3.7. SE "NNEGC "Energoatom" shall bear no responsibility for obligations of the State.... SE "NNEGC 'Energoatom'" shall bear responsibility under its obligations to the extent of the property belonging to it pursuant to the effective laws.'* *Ukrainian law provides for the separate legal responsibility of the State and state owned legal entities. The Civil Code of Ukraine provides that 'The State...shall not be responsible under the obligations of juridical persons created thereby, except for the cases established by law' ... ».*

<sup>778</sup> *Ibid.*, par. 122.

<sup>779</sup> *Limited Liability Company Amtó c. Ukraine*, sentence, par. 116: « *The Respondent makes a counterclaim for arbitration costs, and for non-material injury to the Respondent's reputation as a result of the Claimant's wrongful allegations of collusion...»*

consacrait, comme l'article 22 de la Charte de l'Energie, une obligation pour l'Etat de s'assurer que le comportement de ses agences ne soit pas contraire aux engagements internationaux du souverain<sup>780</sup>. Le Tribunal a qualifié la banque étatique « d'agence d'Etat »<sup>781</sup> et bien que l'Etat ait tenté d'obtenir le remboursement des actions transférées par l'investisseur à une entité privée, la subrogation reconventionnelle était impossible puisque ladite entité n'était pas partie à l'arbitrage. Le Tribunal a donc interrogé la question de savoir si l'Etat pouvait endosser à titre reconventionnel les griefs de l'entité paraétatique :

« *A question also arises, which need not be and is not answered here, as to whether Respondent is the proper party to the request set out in its counterclaim. Without deciding the issue, the Tribunal notes that, even if the facts alleged by Respondent in support of its counterclaim were true, the proper claimant of the sums in question is arguably not the Republic of Estonia but the Liquidation Committee of EIB.* »<sup>782</sup>.

**488.** Du défaut d'assimilation de l'entité paraétatique à l'Etat découle l'inopposabilité des instruments contractuels et conventionnels respectivement conclus par chacun<sup>783</sup>. Dans ces circonstances, l'Etat ne peut pas se subroger dans les droits de l'entité paraétatique, dont les actes ne lui sont pas imputables puisque la clause de règlement des différends insérée dans un TBI ou dans un contrat est normalement seulement opposable aux parties à cet instrument.

**489.** La lecture du différend *Hamester c. Ghana* confirme que les règles d'attribution d'un comportement de l'entité à l'Etat ne permettent d'assimiler la relation contractuelle entre une

---

<sup>780</sup> Article II 2(b) du TBI Etats-Unis – Estonie dispose: « *Each Party shall ensure that any state enterprise that it maintains or establishes acts in a manner that is not inconsistent with the Party's obligations under this Treaty wherever such enterprise exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it, such as the power to expropriate, grant licenses.* »

<sup>781</sup> *Alex Genin c. Estonie*, sentence, 25 juin 2001, *op. cit.*, note n° 433, par. 327: « *the Bank of Estonia is an agency of a Contracting State. The Estonian central bank is a « state agency», as defined by the BIT, which stipulates in Article II2(b) that « Each Party shall ensure that any state enterprise that it maintains or establishes acts in a manner that is not inconsistent with the Party's obligations under this Treaty wherever such enterprise exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it, such as the power to expropriate, grant licenses...»*

<sup>782</sup> *Ibid*, note de bas de page au par. 378.

<sup>783</sup> Le différend opposant Jean de Nul à l'Egypte en est une parfaite illustration : « *The dispute before this Tribunal relates to a project to dredge the Suez Canal... To implement this project, the Suez Canal Authority (the « SCA »), the Egyptian agency in charge of the operation of the Canal, launched an international tender process. After a series of incidents, the process eventually ended with the award of the project to the Claimants, which are among the leading dredging companies worldwide. The SCA thus entered into a contract with the Claimants for the deepening and widening of certain southern stretches of the Canal. In the course of the dredging works, the Claimants encountered a volume and distribution of the materials to be dredged and a proportion of rocks that differed significantly from their expectations. They sought additional compensation. As the SCA refused to pay more, the Claimants filed actions in court in accordance with the contractual dispute resolution clause....the Tribunal concludes that the acts of the SCA vis à vis the Claimants are not attributable to the Respondent. Therefore, the Tribunal cannot review the conduct of the SCA in the conclusion and performance of the Contract as such, since Egypt cannot be held liable for the SCA's actions and omissions.* », *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. Egypte*, Affaire CIRDI n° ARB/04/13, sentence, 6 novembre 2008, par. 43, 174.

entité et un investisseur à la volonté étatique. En l'espèce, l'opération d'investissement entre l'investisseur et le Ghana était organisée sous l'auspice d'une *joint-venture* entre une entité indépendante mais néanmoins financièrement rattachée à l'Etat et une filiale locale de l'investisseur. Dans sa requête au CIRDI, l'investisseur invoquait la violation des termes de la *joint-venture* créée pour la collecte, la transformation et la vente de cacao par cette entité. Le Tribunal devait résoudre la question de savoir si la résiliation du contrat par l'entité paraétatique et le dommage en découlant pour l'investisseur était ou non imputable à l'Etat. Pour y répondre, il s'est engagé dans une étude minutieuse du statut de l'entité pour la qualifier d'entité habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique<sup>784</sup>, précisant néanmoins que cette qualification ne valait pas d'emblée imputation à l'Etat de tous les actes de l'entité. Ainsi pour le Tribunal, il ne suffit pas qu'un investisseur déguise une réclamation purement contractuelle en une réclamation conventionnelle pour que le tribunal ait compétence<sup>785</sup>. Encore fallait-il prouver que l'acte en question entrait dans la catégorie des actes de puissance publique<sup>786</sup>. Une fois

---

<sup>784</sup> *Hamester c. Ghana*, sentence, *op. cit.*, note n° 455, par. 190: « *it appears to the Tribunal that Cocobod is indeed entrusted with governmental functions. Among others, it has the mission to regulate the marketing and export of cocoa, coffee and sheanuts; to encourage the development of all aspects of cocoa production and transformation; and to fight diseases of cocoa beans. In order to fulfil these functions, Cocobod was granted governmental powers. Section 34(1) is quite clear when it states that "(t)he Board of Directors may, by legislative instrument, make such regulations as it may see fit for the purpose of giving effect to the provisions of this Law" (Emphasis added). The purpose of these regulations can be to "prescribe the form of all licences or permits to be issued under this Law", and to "regulate the control of the issue of such licences or permits and determine the conditions under which they may be used, produced, revoked or returned" (Section 34(2)). Moreover, if the regulations enacted by Cocobod are violated, it can impose penalties. All these entitlements make it clear that, besides its economic and commercial objects, Cocobod was endowed with elements of "puissance publique" ».*

<sup>785</sup> *Ibid.*, par. 329, 348-349 : « *almost all of the allegations which make up Hamester's claim of breach of the BIT, whether relating to allegations of arbitrary or discriminatory treatment; unfair and inequitable treatment; or expropriation, concern the conduct of Cocobod, in relation to Article 7 of the JVA. This conduct was contractual and not sovereign in nature. It is the Tribunal's view that Hamester's so-called 'treaty claims', however skillfully repackaged, are inextricably linked to the JVA and are in reality contract claims. (...) In these circumstances, the contractual commitments of Cocobod, being a separate entity from the State, cannot be considered as elevated - and transformed in nature - by Article 9(2) of the BIT, into treaty commitments of the State itself. It follows that a violation by Cocobod - if such a violation had been found - could not have constituted a violation of the BIT. As a concluding remark, the Tribunal wishes to point out that the consequence of an automatic and wholesale elevation of any and all contract claims into treaty claims risks undermining the distinction between national legal orders and international law. In the Tribunal's view, this is not a result that is in line with the general purpose of the ICSID/BIT mechanism for the international protection of foreign investments. »*

<sup>786</sup> *Ibid.*, par. 193, 197 : « *Having found that Cocobod is a public entity empowered with some 'prérogatives de puissance publique' this in itself clearly does not resolve the issue of attribution. The distinction between a State organ and a separate public entity is fundamental in this context. As 'organs' participate in the structural setting of the State, all their acts are attributed to the State, whether commercial or not. In contrast, it is well established that for an act of a separate entity exercising elements of governmental authority to be attributed to the State, it must be shown that the precise act in question was an exercise of such governmental authority and not merely an act that could be performed by a commercial entity. This approach has been followed in national as well as international case law.... The conclusion that flows from these decisions is that only the acts of Cocobod utilising State prerogatives are attributable to the State for the purpose of international responsibility, and that the Tribunal therefore only has jurisdiction over acts of Cocobod that would have been performed in the exercise of elements of governmental authority. This, in turn, requires an inquiry into the nature of each and every act of which the Claimant complains. »*

écartée sa compétence sur le litige contractuel au principal en préservant l'autonomie de l'entité par rapport à l'Etat, il semblait naturel que le tribunal rejette pour les mêmes raisons la demande reconventionnelle de l'Etat fondée sur la violation du contrat signé par la même entité. Le Tribunal a admis comme une évidence que la non-identité des parties faisait obstacle à toute subrogation reconventionnelle de l'entité par l'Etat<sup>787</sup> et, du même coup, décidé que la clause parapluie ne pouvait pas être utilisée par l'investisseur pour « étatiser » les engagements d'une entité juridiquement autonome par rapport à l'Etat<sup>788</sup>.

**490.** Plusieurs éléments dans la pratique arbitrale fortifient de manière plus décisive la distinction entre rattachement et assimilation, ou plus exactement l'idée que les engagements de l'entité ne sont pas automatiquement imputables à l'Etat. En effet, soit l'entité est désignée par l'Etat au titre de l'article 25 (1)<sup>789</sup> comme défendeur<sup>790</sup> – sans pour autant le remplacer – soit elle est désignée pour agir comme demandeur contre un investisseur<sup>791</sup> ou un Etat<sup>792</sup>. En vertu de l'article 25 (3), la Convention CIRDI requiert un consentement supplémentaire de l'Etat lorsqu'une entité a préalablement consenti (la plupart du temps par contrat) à la compétence des tribunaux arbitraux CIRDI.

**491.** Mais loin d'opérer une assimilation, ce mécanisme de la désignation procédurale ne fait que confirmer l'autonomie de certaines entités par rapport à l'Etat puisque la désignation « ne constitue pas une règle d'imputation spécifique : c'est une règle optionnelle de compétence

---

<sup>787</sup> *Ibid*, par. 356 : « *In any event, it would appear that the counterclaim is based on Hamester's alleged fraudulent conduct and breach of fiduciary duty in connection with the initiation of and performance under the JVA. The ROG [i.e Republic of Guinea] is not a party to the JVA... The acts of which the Respondent principally complains concern alleged losses suffered by Cocobod- not the ROG. Since, as noted, Cocobod is neither a party to the arbitration nor an organ of the State, the Tribunal does not have jurisdiction over claims in respect of its alleged losses arising out of the JVA.* »

<sup>788</sup> *Ibid*, par. 347 : « *Applying the actual words of Article 9(2) of the BIT, the contractual obligations which the Claimant seeks to impose upon the ROG [i.e Republic of Guinea] were not 'assumed by it'. Given that the umbrella clause in this BIT is specifically delimited by reference to obligations that have been 'assumed by the State' the Tribunal sees no basis to ignore these words, and to extend the ambit of the provision to contractual obligations assumed by other separate entities* ».

<sup>789</sup> « Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire. »

<sup>790</sup> *Niko Resources c. Bangladesh*, décision sur la compétence.

<sup>791</sup> *Energy Utility Corporation Limited c. KivuWatt Limited*, Affaire CIRDI n° ARB/19/3 (affaire retirée).

<sup>792</sup> Dans l'affaire *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. Yémen*, le tribunal a considéré qu'une entité paraétatique chinoise, dont le lien de rattachement avec l'Etat chinois ne faisait aucun doute, pouvait néanmoins agir comme « investisseur » privé au sens du traité entre la Chine et le Yémen et au sens de la convention CIRDI, sans transformer le différend en un différend interétatique, sur lequel il est entendu que les tribunaux CIRDI n'ont pas compétence (*Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. c. Yémen*, Affaire CIRDI n° ARB/14/30, décision sur la compétence, 31 mai 2017). Voir également *Conseil Economique Des Pays Musulmans (Suisse) c. Koweït*, Affaire C.P.A n° 2018-35 (affaire confidentielle). Requête formulée par le Conseil Economique des Pays Musulmans, association sans but lucratif, immatriculée en Suisse, ayant initié une procédure d'arbitrage contre le Koweït sur le fondement du TBI entre la Suisse et la Koweït. Alors que dans le premier exemple se pose la question de la nature publique ou privée de l'investisseur, c'est ici la question de sa qualité qui est centrale. Les TBI ont-ils vocation à protéger des investissements réalisés pour d'autres finalités que le profit, par les ONG ?

personnelle du CIRDI »<sup>793</sup> qui n'épuise pas la possibilité d'un recours contre l'Etat pour les actes de puissance souveraine. Par la désignation, l'Etat confère à une entité la personnalité juridique pour participer à une instance arbitrale, facilitant du même coup l'identité des parties entre action principale et reconventionnelle<sup>794</sup> puisqu'elle devient partie au différend seule ou conjointement avec l'Etat<sup>795</sup>. En principe, un investisseur ne peut citer à comparaître dans une requête une entité qui n'aurait pas été préalablement désignée par l'Etat au CIRDI. Dans l'affaire *Niko Resources c. Bapex et Petrobangla*, le Tribunal a poussé loin l'affinement du processus de la désignation en jugeant qu'il pouvait être implicite lorsque l'Etat a préalablement approuvé qu'une entité signe avec l'investisseur un contrat contenant une clause compromissoire en faveur CIRDI<sup>796</sup>. Mais cette approche garde intacte la distinction entre l'entité et l'Etat sans confondre rattachement avec attribution au sens des Articles de la CDI<sup>797</sup>.

**492.** De même, la possibilité qu'une entité paraétatique puisse agir comme demanderesse pose il est vrai des questions complexes<sup>798</sup> qui sortent des limites assignées à la présente section, mais confirme au demeurant la séparation entre une entité et l'Etat du point de vue des actes comme des engagements qu'elle peut souscrire.

---

<sup>793</sup> F. Latty, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, C. Leben (dir.), Pedone, 2015, p. 430.

<sup>794</sup> *Niko Resources c. Bangladesh*, par. 282-283: « Designation of an agency thus has as a very important consequence that the distinct legal personality of the agency under domestic law is recognised at the level of ICSID. By creating in favour of an agency of domestic law a distinct capacity at the level of the Convention, designation has the advantage for the State of limiting its legal and financial exposure with respect to contracts concluded by the agency ». Voir aussi *Government of the Province of East Kalimantan c. PT Kaltim Prima Coal*, Affaire CIRDI n° ARB/07/3, décision sur la compétence, 28 décembre 2010, par. 20. Le Tribunal a rejeté sa compétence au motif que l'entité n'avait pas été valablement désignée par l'Etat. On peut relever que le défaut de désignation au titre de l'article 25 (1), prive la recherche à titre subsidiaire d'un quelconque lien de rattachement entre cette entité et l'Etat puisqu'il s'agit d'une question de compétence. « [I]t is evident from Article 25 (1) that ICSID has no jurisdiction in matters brought by or against an entity other than a contracting state unless the entity has been designated to ICSID by the contracting state as a constituent subdivision or agency of the contracting state. », *Cable Television c. Saint-Christophe-et-Niévès*, Affaire CIRDI n° ARB/95/2, sentence, 13 janvier 1997, par. 2.28.

<sup>795</sup> *Noble Energy Inc. et Machala Power Cía. Ltd. c. Equateur et Consejo Nacional de Electricidad*, Affaire CIRDI n° ARB/05/12, décision sur la compétence, 5 mars 2008, par. 6.

<sup>796</sup> *Niko Resources c. Bangladesh*, décision sur la compétence, par. 301-302 : « In the view of the present Tribunal, a particularly strong case of implicit designation occurs when the State expressly and formally approves in writing that one of its agencies enters into an investment agreement containing an ICSID clause. Since designation has as its purpose and objective to confer on the agency the competence or capacity to become party to an ICSID arbitration, the approval by the State of an ICSID arbitration commitment by one of its agencies presupposes that this agency has the capacity to conclude such a commitment, which means that it must be capable to be a party to an ICSID arbitration. If the State has not already conferred this capacity on the agency by an earlier (general) designation, the approval necessarily must include the intention to confer this capacity on the agency by an ad hoc designation. Assuming the contrary would mean that the State, when granting its approval of the agency's consent, intended to leave this approval without effect. It would require very strong evidence to establish that a State intended to act in such contradictory fashion. Even then, it is doubtful that such a contrary intention should be given effect in view of the overriding principle requiring good faith conduct. »

<sup>797</sup> C. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2ème édition, 2009, p. 150.

<sup>798</sup> Voir aussi *Energy Utility Corporation Limited c. KivuWatt Limited*, Affaire CIRDI n° ARB/19/3 (affaire pendante). Le différend a été initié par une entité paraétatique rwandaise contre un investisseur américain relatif à un contrat d'exploitation minière.

**493.** Ainsi, ce tour d'horizon du rôle joué par les entités paraétatiques confirme que la personnalité juridique distincte de l'entité fait obstacle à ce que l'investisseur se fonde sur les manquements contractuels de l'entité pour engager la responsabilité de l'Etat en vertu d'un traité. Réciproquement, l'Etat ne peut pas se fonder, à titre reconventionnel, sur des obligations contractées par cette entité. Il en résulte que la condition d'identité des parties, nécessaire pour établir le lien de connexité factuelle des demandes reconventionnelles, fait défaut à moins qu'il soit prouvé qu'elle ait agi pour le compte de l'Etat. Dans ce cas, une subrogation reconventionnelle de l'entité par l'Etat nous semble pouvoir être envisageable mais demeure limitée.

**494.** Les prononcés jurisprudentiels relatifs à la connexité entre demande principale et reconventionnelle dans sa dimension factuelle permettent d'accélérer le développement normatif du test de la triple identité, dont la rigidité continue de nourrir les préoccupations des Etats à l'égard du contentieux de l'investissement. Aussi, il n'est guère surprenant d'observer que la notion de contrôle sur les démembrements publics et privés s'invite comme un critère pertinent pour prendre en compte au sein d'une même instance le comportement de toutes les parties prenantes à l'opération d'investissement protégée.

## ***II. Les tentatives d'instrumentalisation de la notion de contrôle à des fins reconventionnelles***

**495.** Dans cette constellation de différends et de parties relatifs à l'investissement qui demeurent autonomes, la notion de contrôle peut être « instrumentalisée » c'est-à-dire qu'elle est utilisée pour élargir le champ *ratione personae* de la contre-réclamation et répondre aux exigences de la connexité. Ces tentatives d'extension de la connexité factuelle concernent autant les cibles de la reconvention (A) que les titulaires du droit d'action reconventionnelle lorsque l'entité paraétatique est assimilée à l'Etat en permettant une subrogation (B).

### ***A. La jonction des intérêts de la personne morale de droit local et de l'investisseur protégé par la preuve du contrôle étranger***

**496.** L'organisation de la structure commerciale derrière un investisseur, pour sophistiquée qu'elle puisse paraître, comporte des conséquences juridiques importantes sur la titularité des droits que chaque acteur peut revendiquer. La personne morale de droit local peut être affiliée,

possédée ou contrôlée<sup>799</sup> par des intérêts étrangers. Alors que, comme nous l'avons vu, l'affiliation et la possession d'actions dans une entité locale ne sont pas toujours susceptibles de permettre une jonction d'intérêts, le contrôle exercé par un investisseur protégé sur une personne morale de droit local peut être utilisé par l'Etat à des fins reconventionnelles. Ces tentatives d'instrumentalisation du contrôle, permettant de lever l'obstacle de la non-identité des parties entre demande principale et reconventionnelle, concernent les cas où l'investisseur demandeur exerce un contrôle spécifique dans une opération de projet commun avec l'Etat (1) et les cas plus incertains, où il contrôle directement ou indirectement l'investissement dont une personne morale de droit local est propriétaire (2).

### ***1. L'instrumentalisation du contrôle spécial de l'investisseur dans les accords de joint-venture***

**497.** Il est fréquent qu'un investissement dans un pays étranger soit formalisé par un accord de projet conjoint (ou « *joint-venture* ») avec l'Etat. Par exemple, Etat et investisseur mettent en commun des fonds et des compétences nécessaires à la réalisation d'un projet tel que la collecte et la fabrication d'une ressource naturelle, ou encore l'exploitation d'une zone à des fins touristiques. Le plus souvent, l'accord de *joint-venture* crée une personne morale établie sur le territoire de l'Etat hôte, dans laquelle l'Etat et l'investisseur ont une participation respective. La question qui a pu se poser est celle de savoir si l'Etat peut, à titre reconventionnel, reprocher à l'investisseur ses agissements dans la réalisation d'un projet auquel l'Etat est lui-même partie. La pratique arbitrale laisse envisager cette possibilité lorsque l'investisseur dispose d'un contrôle stratégique dans la conduite des opérations de cette entité.

**498.** Le différend opposant la société *Oxus* à l'Ouzbékistan, introduit sur la base d'un traité, était relatif à l'exécution d'un contrat d'exploitation de mine d'or et d'argent conclu entre une entité étatique et l'investisseur. L'accord prévoyait la création d'une personne morale de droit ouzbek, *AGF*, détenue à parts équitables par l'Etat pour l'exploitation des dépôts aurifères. *AGF* avait pour objet l'exploration à titre exclusif d'une mine d'or et bénéficiait de certains avantages fiscaux. Cette personne morale, *AGF*, a obtenu une licence d'exploitation de la part de l'Etat. En vertu du droit national, le bénéficiaire de la licence était notamment tenu au respect de certaines obligations nationales et ses activités étaient directement surveillées par les autorités

---

<sup>799</sup> TBI Japon-Pérou (21 novembre 2008), article 1. 3) c) : « *An enterprise is: (i) « owned » by an investor if more than 50 percent of the equity interest in it is owned by the investor; (ii) « controlled » by an investor if the investor has the power to name a majority of its directors or otherwise to legally direct its actions; and (ii) « affiliated » with an investor when it controls, or is controlled by, the investor; or when it and the investor are both controlled by the same investor. »*

ministérielles. A la suite d'une modification de la législation fiscale, l'investisseur anglais, qui détenait une participation à hauteur de cinquante pour cent dans AGF, a engagé une procédure arbitrale en alléguant notamment avoir été exproprié. A titre reconventionnel, l'Etat reprochait notamment à AGF, entité créée par la joint-venture, ses agissements relatifs à la vente du minerai. A grands traits, l'Etat lui reprochait d'avoir abusé de son statut fiscal privilégié en ayant conclu des transactions avec des tiers pour son propre bénéfice en violation de certaines obligations fiscales.

**499.** Le Tribunal devait ainsi apprécier s'il existait une connexité suffisante entre la demande principale, fondée sur la violation du traité, et la demande reconventionnelle, visant non pas la manière dont l'investisseur avait *réalisé* son investissement dans la *joint-venture*, mais ciblant au contraire les agissements de cette dernière dans l'activité d'exploitation des métaux précieux. La distinction avait son importance pour l'Etat puisqu'en dirigeant son action reconventionnelle contre les agissements de la personne morale de droit local, le principe de l'identité des parties ferait défaut. Au contraire, en la limitant aux conditions dans lesquelles l'investisseur avait investi dans celle-ci, le principe d'identité des parties nécessaire pour établir une connexité factuelle serait satisfait.

**500.** En appréciant ce lien de connexité de la demande reconventionnelle avec le différend, le Tribunal a apporté quelques précisions sur la portée du contrôle, qui échoit dans une large mesure à la distinction entre le « contrôle général » (existant par exemple par la détention de l'ensemble des actions) et le « contrôle spécifique » formalisé par un rôle décisionnel d'un investisseur actionnaire dans la conduite des opérations :

*« the Arbitral Tribunal is not convinced that the misconduct and silver sale counter-claims show the necessary close connection. The reason is that the underlying factual matrix refers largely to the way in which AGF [la personne morale de droit local] operated, not to the circumstances in which Claimant invested into AGF. Respondent tries to bridge this gap with the argument that Claimant [l'actionnaire-demandeur] had "total control" over AGF's operations. However, in order to succeed with this argument, it is not sufficient that Claimant had 'general control' over AGF; it is further necessary that Claimant had specific control over the very actions which are constitutive of such wrongdoings. The Arbitral Tribunal considers that Respondent has failed to establish such actual control. »*<sup>800</sup>

**501.** Bien que la demande reconventionnelle ait été rejetée pour défaut de connexité juridique, aspect ultérieurement abordé<sup>801</sup>, il est possible de conclure qu'un Etat engagé dans un

---

<sup>800</sup> *Oxus Gold plc c. Ouzbekistan*, sentence, *op. cit.*, note n°458, par. 956. (Nous soulignons).

<sup>801</sup> *Infra*, Chapitre 4, par. 765 et suivant; Chapitre 5, paras.930-936 .

partenariat avec un investisseur dans une personne morale de droit local, peut, même lorsqu'il est poursuivi sur la base d'un traité<sup>802</sup>, diriger son action reconventionnelle contre l'investisseur demandeur, mais encore contre *les agissements* de l'entité à laquelle il participe, s'il établit qu'elle était placée sous le contrôle spécifique de l'investisseur demandeur. Ainsi, la notion de contrôle spécifique justifie un assouplissement du principe d'identité des parties autant qu'il évite une atomisation du différend relatif à l'investissement. Cette approche ne remet pas en cause l'autonomie des personnalités juridiques de la personne morale et de l'investisseur contrôlant l'investissement, puisqu'elle se limite à identifier, au sein des activités de la personne morale, celles qui sont contrôlées par l'investisseur demandeur.

**502.** Le contrôle « spécial » fait écho à la notion de « contrôle effectif » développée dans les premiers arbitrages contractuels CIRDI ayant apprécié la vraisemblance du contrôle des intérêts étrangers sur l'entité locale. Ce contrôle effectif n'est pas seulement la possession de l'ensemble des actions mais la position dominante de l'intérêt étranger dans le processus décisionnel et stratégique de la personne morale qu'il contrôle.

**503.** Comme pour la *joint-venture*, la notion de contrôle permet d'élargir la cible des demandes reconventionnelles afin de mettre en cause les agissements de la personne morale de droit local établie sur le territoire du pays hôte de l'investissement.

## ***2. L'instrumentalisation du contrôle général sur l'entité locale à des fins reconventionnelles***

**504.** Il est fréquent qu'un investisseur étranger réalise son investissement en immatriculant une personne morale sur le territoire de l'Etat hôte. Une lecture formaliste du principe d'identité des parties entre demandeur principal et demandeur reconventionnel empêche que l'Etat attaqué par l'actionnaire ou l'investisseur contrôlant indirectement cette entité puisse mettre en cause dans une demande reconventionnelle les défaillances de celle-ci entité. Toutefois, la Convention CIRDI prévoit une exception conventionnelle permettant qu'une entité de droit local soit partie au différend lorsqu'il est établi qu'elle était placée sous contrôle étranger (a). En outre, certaines sentences nous enseignent que l'Etat peut s'appuyer sur le contrôle et les liens juridiques existant entre une entité locale et étrangère pour viser l'entité constituée sur son territoire dans une demande reconventionnelle même lorsque celle-ci n'est pas formellement partie au différend (b).

---

<sup>802</sup> A plus forte raison lorsque la clause de règlement des différends du traité donne compétence au tribunal pour régler « tout différend relatif à l'investissement ».

*a. Reconnaissance conventionnelle du contrôle sur une entité locale par des intérêts étrangers par la Convention CIRDI*

**505.** Conçu comme un remède au défaut de nationalité étrangère des personnes morales établies sur le territoire de l'Etat hôte de l'investissement, l'article 25 (2) (b)<sup>803</sup> de la Convention de Washington étend sa protection à toute personne morale « considér[ée] comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ». L'article 25 (2) (b) permet à une entité locale n'ayant pas accès aux prétoires internationaux de faire valoir ses droits devant un tribunal arbitral international à partir du moment où il est établi que l'Etat a consenti à la traiter comme étrangère.

**506.** Bien que la Convention CIRDI ne définisse pas la notion de contrôle, l'actionnariat simple dans une entreprise étrangère<sup>804</sup> n'est pas un instrument suffisant pour l'établir. Son appréciation se fait de manière objective<sup>805</sup>. Cela veut dire que les parties ne peuvent pas consentir à donner un contrôle qui serait objectivement inexistant pour conférer compétence à un tribunal arbitral CIRDI<sup>806</sup>. Lorsque l'Etat ne consent pas de manière explicite, les tribunaux s'appuient sur plusieurs indices permettant de caractériser la vraisemblance de la nationalité étrangère du contrôle, tels que la présence d'une clause compromissaire dans un contrat<sup>807</sup> ou

---

<sup>803</sup> L'article 25 (1) et (2) (b) se lit comme suit : « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre [...] 2. (b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. »

<sup>804</sup> *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/05/5, sentence, 19 décembre 2008, par. 121 : « *Company stockholding is not enough but must be accompanied by effective control.* ». Voir aussi *African Holding Company of America, Inc. et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. République démocratique du Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/05/21, décision sur les objections préliminaires, 29 juillet 2008, par. 96 : « La première perspective concerne la propriété. Les parties conviennent du fait que la propriété exige la détention du titre sur pratiquement toutes les actions ou autres formes d'instruments de la propriété. Il serait tout à fait absurde de penser que la famille Blattner possède SAFRICAS en raison de la détention par chaque frère d'une action de son capital. Une telle interprétation irait à l'encontre de toute logique et se prêterait à des abus dans la mesure où tout actionnaire de toute société dans le monde pourrait devenir un demandeur protégé aux termes d'un traité bilatéral sur les investissements. »

<sup>805</sup> *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. Argentine*, par. 134 : « *the parties' agreement to treat Claimant as a foreign national 'because of foreign control' does not ipso jure confer jurisdiction. The reference in Article 25(2)(b) to 'foreign control' necessarily sets an objective Convention limit beyond which ICSID jurisdiction cannot exist and parties therefore lack power to invoke same no matter how devoutly they may have desired to do so* ».

<sup>806</sup> *Vacuum Salt Products Ltd c. Republic of Ghana*, par. 36.

<sup>807</sup> *SOABI c. Sénégal*, sentence, 25 février 1988, par. 4.02 : « Tout différend entre les parties relatif à l'exécution de la présente convention ainsi que d'une façon générale, aux droits et obligations qui en résultent pour chacune d'elles est soumis à un arbitrage suspensif de plein droit, rendu dans les formes et conditions ci-après. (...) Les soussignés conviennent expressément que l'arbitrage sera soumis aux règles établies par la Convention pour le Règlement des Différends entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, élaborées par la [BIRD]. A cet effet, le Gouvernement accepte de considérer comme remplie la condition de nationalité prescrite par l'article 25 de ladite convention ».

l'attribution des pouvoirs de décisions<sup>808</sup>.

**507.** Ainsi, lorsqu'il est objectivement établi que l'entité étrangère disposait d'un contrôle - direct ou indirect<sup>809</sup> - sur l'entité locale, que l'Etat avait consenti à traiter comme étranger<sup>810</sup>, la jonction<sup>811</sup> des intérêts d'une société locale avec ceux de l'investisseur étranger est possible dans le cadre d'une demande reconventionnelle puisque, par le jeu de l'article 25 (2) (b), les deux parties sont formellement parties au différend. Il en résulte que l'Etat peut (sous réserve des dispositions du traité ou du contrat et indépendamment de l'étude de la connexité juridique) non seulement diriger son action reconventionnelle contre l'investisseur étranger mais encore contre la filiale locale. Le principe d'identité des parties nécessaire pour établir le rapport de connexité factuel est respecté et la cible de la demande reconventionnelle élargie. Les cas dans lesquels l'Etat a pu directement mettre en cause le comportement de l'entité locale placée sous contrôle étranger ne sont pas rares.

**508.** La sentence *Amco c. Indonésie* est une illustration de ce phénomène de jonction des intérêts dans une même instance où l'Etat a dirigé son action reconventionnelle contre la

---

<sup>808</sup> *Liberian Eastern Timber Corporation c. Libéria*, Affaire CIRDI n° ARB/83/2, sentence, 31 mars 1986, par. 16.5: « effective control in the sense that, apart from French shareholdings, French nationals dominated the company decision-making structure. It appears from the evidence presented that a majority, if not all, of letco's directors, as well as the General Manager, were at all times French nationals. »

<sup>809</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Equateur (Petroecuador)*, Affaire CIRDI n° ARB/08/6, décision sur les points complémentaires de compétence et de responsabilité, 12 septembre 2014, par. 510 ; *SOABI c. Sénégal*, décision sur la compétence, 8 novembre 1982, par. 29 : « La nationalité de cette société [intermédiaire n'ayant pas la nationalité d'un Etat partie] qui détenait en 1975 la totalité des actions du capital souscrit de la SOABI [filiale locale] ne serait déterminante de la nationalité des intérêts étrangers que si la convention devait être interprétée comme visant le seul contrôle immédiat. Mais le Tribunal ne peut pas accepter une telle interprétation qui va à l'encontre de l'objet de l'article 25(2)(b) *in fine*. Cet objet, il est à peine nécessaire de le rappeler, est de concilier le désir des pays hôtes d'investissements étrangers de voir ces investissements réalisés à travers des sociétés de droit local, d'un côté, et leur volonté de donner qualité à ces sociétés pour être partie à des procédures sous les auspices du Centre, de l'autre. »

<sup>810</sup> *Liberian Eastern Timber Corporation c. Libéria*, sentence, par. 16.1. Affaire dans laquelle le tribunal a considéré que l'inclusion d'une clause compromissoire dans un contrat passé entre l'Etat et une entité locale valait présomption de reconnaissance du contrôle étranger. L'exigence d'un consentement explicite est levée lorsque le TBI prévoit lui-même cette possibilité. Un exemple d'une telle clause se trouve à l'article VII (8) du TBI Argentine - Etats-Unis d'après lequel : « For purposes of an arbitration held under paragraph 3 of this Article, any company legally constituted under the applicable laws and regulations of a Party or a political subdivision thereof but that, immediately before the occurrence of the event or events giving rise to the dispute, was an investment of nationals or companies of the other Party, shall be treated as a national or company of such other Party in accordance with Article 25(2) (b) of the ICSID Convention. ». Voir aussi *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/11/17, sentence, 9 janvier 2015, par. 172 : « a juridical person constituted in the territory of one of the two Contracting Parties and which - in the original treaty languages - "antes del surgimiento de la controversia" or "avant que le différend ne soit soulevé" is controlled by nationals or companies of the other Contracting Party, shall be considered, for the purposes of Article 25(2)(b) of the ICSID Convention, as a company of the other Contracting Party. »

<sup>811</sup> Le terme de jonction est ici plus approprié que celui d'assimilation puisque les deux entités sont parties au différend.

personne morale locale indonésienne, réclamant des impayés d'impôts<sup>812</sup>. Les arbitres ont retenu leur compétence sur le recours conjointement formé par une société étrangère américaine *Amco* contrôlant une société de droit local en Indonésie, au motif que le contrôle étranger exercé sur l'investissement était connu du pays hôte<sup>813</sup>. L'investisseur contrôlant indirectement l'entité locale par l'intermédiaire d'une autre société à Hong Kong a pu saisir conjointement sur la base d'un instrument contractuel connexe les tribunaux CIRDI<sup>814</sup>. Devant les tribunaux internationaux, l'Indonésie a formulé une demande reconventionnelle sollicitant « la reconnaissance par le Tribunal que la révocation du contrat de gestion [d'un complexe hôtelier] était justifiée au regard des manquements et violations d'obligations issues du droit national et d'autres règles applicables de droit international, et qu'en conséquence PT Amco [l'entité locale indirectement contrôlée par un investisseur étranger] devrait rembourser à l'Etat le montant des exemptions fiscales par lui accordées »<sup>815</sup>.

**509.** Bien que le tribunal ait rejeté au fond la demande reconventionnelle<sup>816</sup>, l'exemple demeure pertinent pour montrer que la reconnaissance du contrôle étranger permet une consolidation du différend opposant l'Etat aux démembrements de l'opération d'investissement. Les tentatives d'instrumentalisation de la notion de contrôle permettant une jonction des intérêts de la personne morale locale à l'investisseur ont aussi été utilisées par l'Etat alors même que l'entité de droit local n'était pas formellement partie au différend.

---

<sup>812</sup> Dans les premiers arbitrages contractuels CIRDI, l'entité locale était fréquemment partie au différend porté par l'actionnaire en vertu de l'article 25 (2) (b), et plusieurs demandes reconventionnelles visaient ces entités. Voir *Holiday Inns SA et al. c. Maroc*, Affaire CIRDI n° ARB/72/1 ; *AGIP SpA c. Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/77/1 ; *Amco Asia Corporation et al. c. Indonésie*, Affaire CIRDI n° ARB/81/1, sentence, et *Klöckner c. Cameroun*, sentence, *op. cit.*, note n° 229.

<sup>813</sup> *Amco c. Indonésie*, *ICSID Reports*, vol. 1, 1993, p. 381: « *Agreements to arbitrate should be construed neither restrictively nor liberally, but so as to respect the common will of the parties and in good faith. Nothing in the ICSID Convention required the inclusion of an express clause stating that a locally incorporated company should, by virtue of its foreign control, be treated as a foreign national. Indonesia had recognized that PT Amco was a 'foreign business', and had accordingly agreed to treat it as a national of another contracting State... The Fact that the controller (Amco) of PT Amco was itself controlled by a national of a third State does not affect this conclusion* ». La particularité de l'espèce tient au fait que l'Etat hôte avait lui-même initié un recours en annulation de la licence d'exploitation d'un hôtel devant ses propres juridictions nationales contre l'entité locale de l'investisseur et que devant le juge étatique, l'investisseur avait formulé une demande reconventionnelle contre l'Etat soulevant l'illégalité des mesures prises à son encontre.

<sup>814</sup> En contrepartie de la construction d'un hôtel par l'investisseur (*Amco Asia* avec une filiale indonésienne P.T Amco), l'Indonésie devait lui concéder un bail et une fraction des profits d'exploitation de l'hôtel. Une fois la construction achevée, les parties se sont trouvées en désaccord sur l'exécution du contrat d'exploitation. Alors que la clause compromissoire du contrat de construction et d'exploitation désignait les tribunaux CCI, celle du contrat de création de la filiale indonésienne désignait les tribunaux CIRDI. Il est à noter que la loi d'investissement indonésienne de 1967 gouvernant la création de l'entité locale subsidiaire donnait le droit aux investisseurs étrangers de transférer dans la monnaie locale « les profits après paiement des impôts et autres obligations financières ».

<sup>815</sup> *Ibid*, *ICSID Reports*, vol. 1, 1993, p. 451. Voir aussi *Klöckner c. Cameroun*, sentence, *op. cit.*, note n° 229, p. 412 : « L'insertion de la clause arbitrale CIRDI sans la Convention... par elle-même, suppose et implique que les parties sont convenues de considérer [l'entité locale] comme soumise au contrôle étranger ».

<sup>816</sup> *Infra*, Chapitre 5, par. 756.

### *b. Jonction des intérêts entités locales et étrangères*

**510.** Les tentatives de centralisation des activités des multinationales n'est pas nouvelle. Dans sa résolution sur les *Entreprises multinationales* adoptée en 1977, l'I.D.I préconisait d'élaborer progressivement un régime juridique en vertu duquel les démembrements de ces entreprises seraient rattachés à un même ensemble. La résolution proposait ainsi que : « [p]our le rattachement de la société-mère ainsi que pour celui des filiales à un Etat déterminé, il conviendrait de tenir compte, selon les circonstances, des liens de la société-mère avec les pays des filiales ou des établissements dépendants, et réciproquement des liens des filiales avec le pays de la société-mère. »<sup>817</sup>

**511.** Cette stratégie visant à instrumentaliser le contrôle de la société mère sur la société fille était au cœur de la demande reconventionnelle de l'Etat dans le différend d'investissement *Spyridon Roussalis*, introduit sur le fondement des règles CNUDCI qui ne contiennent pas d'exception équivalente à l'article 25 (2) (b) de la Convention CIRDI.

**512.** Pour s'en tenir à une esquisse synthétique d'un cas complexe, il suffira de rappeler que l'investisseur actionnaire demandeur possédait 100 % des actions de la personne morale roumaine (Continental SRL), ayant contracté avec une agence étatique de privatisation roumaine (AVAS) pour acquérir 70% des parts et actions dans une entreprise étatique. Selon l'Etat, le fait pour l'investisseur actionnaire d'être directeur de la société et signataire du contrat d'achat d'action au nom de l'entité locale qu'il contrôlait faisait de l'actionnaire un *alter ego* de la personne morale, immatriculée dans le pays hôte de l'investissement. L'Etat devait donc pouvoir mettre en cause le comportement de cette entité dans l'instance l'opposant à l'actionnaire en présentant une demande reconventionnelle.

**513.** Pour permettre que le grief reconventionnel soit entendu, l'Etat a développé une argumentation juridique favorable à l'assimilation, essentiellement concentrée sur l'opération d'investissement dans son ensemble<sup>818</sup>. A ce titre, la Roumanie entendait permettre

---

<sup>817</sup> I.D.I, Résolution, « Entreprises multinationales » (Rapporteur, Goldman), III. 1 a), *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session d'Oslo, vol. 57 (II), 1977, Schmidt Periodicals, p. 340.

<sup>818</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, sentence, *op. cit.*, note n°477, par. 766-769: « *These two companies together comprise the "investment" Claimant has made and his claims seek compensation for alleged damages to his investment. In that sense, the corporate entities are interested parties in this case because the actions Claimant complains about were, with the exception of the Interdiction Claim, allegedly taken against these companies alone. Under these circumstances, it is entirely reasonable to expect that Continent SRL and Continent SA should answer for any unlawful actions they took with respect to the investment obligation. Respondent contends that the companies took such action at the direction of Roussalis. Second, there would neither be any added burden on the Tribunal nor any inequity to the parties for the Tribunal to render an award enforcing the share pledge and declaring the shareholders resolution to be ungrounded if it were to conclude that the required investment was not made by Continent SRL. If the companies are not impleaded, an award in favor of Respondent on counterclaims*

l'assimilation et imputer à l'actionnaire investisseur les manquements contractuels des sociétés sur lesquelles il avait tout le contrôle, et plus précisément le refus d'investir à hauteur des engagements contractuels<sup>819</sup>. L'Etat demandait au tribunal de reconnaître l'actionnaire et la personne morale conjointement et solidairement responsables du paiement du montant des actions vendues par l'Etat. Pour des raisons déjà exposées, la majorité du tribunal a néanmoins rejeté sa compétence au motif qu'en l'absence de disposition expresse dans le traité, l'investisseur devait explicitement consentir aux demandes reconventionnelles<sup>820</sup>.

**514.** En se déclarant incompétent pour défaut de consentement des parties<sup>821</sup>, le Tribunal nous prive d'un raisonnement sur la recevabilité de l'action reconventionnelle, et plus précisément d'observations sur la possibilité de mettre en cause le comportement d'une entité sur le fondement du contrôle exercé par l'investisseur demandeur à l'instance. Il serait juridiquement incorrect d'interpréter le silence du tribunal sur la non-identité des parties comme un aveu favorable à la jonction des intérêts de l'investisseur et de l'entité de droit local, mais on ne saurait ignorer que cette tentative d'instrumentalisation de la notion du contrôle n'est pas isolée et qu'elle a pu prospérer à des fins reconventionnelles.

**515.** Dans deux autres cas, les Tribunaux CIRDI ont en effet accepté que l'Etat attaqué par l'investisseur contrôlant une personne morale de droit local dirige sa reconvention contre les agissements de l'entité locale sans qu'elle ne soit partie au différend. L'assouplissement de la condition d'identité des parties et l'instrumentalisation du contrôle à des fins reconventionnelles

---

*brought against Roussalis alone, as alter ego, could prove extremely difficult, if not impossible, to enforce. He could interfere with enforcement of any award against him alone by using his control over Continent SRL and Continent SA to ignore or refuse to carry out any directives issued by the Tribunal. It would force Respondent to bring enforcement proceedings against Roussalis in Greece or wherever he may be found. Furthermore, such enforcement would be far more complicated and more costly than executing a money award. Impleading these corporations will greatly simplify enforcement of the Tribunal's award, as they are Romanian companies subject to the jurisdiction of the Romanian courts ».*

<sup>819</sup> *Ibid*, par. 760 : « *The Tribunal has subject matter jurisdiction over Respondent's counterclaims. Indeed, each counterclaim is a dispute that centers on whether Claimant, as investor acting through Continent SRL, made a USD 1.4 million investment in Continent SA in accordance with the Privatization Agreement. Because that investment was not made, the counterclaims are presented here to protect and enforce the State's rights under the Privatization Agreement to enforce its lien and recover the shares pledged by Continent SRL to secure performance of its investment obligation. Moreover, presenting these counterclaims here advances the goals of economy and efficiency in international dispute resolution because they will resolve disputes that need not be relitigated in the Romanian courts.* »

<sup>820</sup> *Supra*, Chapitre 2, par.296 et suivant.

<sup>821</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, sentence, *op. cit.*, note n°477, par. 869. La clause de règlement des différends était restreinte : « *Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement, in relation to an investment of the former, shall, if possible, be settled by the disputing parties in an amicable way... Pursuant to the interpretation rules of Article 31 of the Vienna Convention and the above quoted ICSID decision, the Tribunal in its majority considers that the references made in the text of Article 9(1) of the BIT to "disputes... concerning an obligation of the latter" undoubtedly limit jurisdiction to claims brought by investors about obligations of the host State. Accordingly, the BIT does not provide for counterclaims to be introduced by the host state in relation to obligations of the investor. The meaning of the "dispute" is the issue of compliance by the State with the BIT.* »

a ainsi été accueillie, que la procédure soit introduite par la voie contractuelle ou par la voie conventionnelle.

**516.** Dans l'affaire *M. Meerapfel Söhne AG c. République centrafricaine*, c'est l'actionnaire qui se prévalait du contrôle sur l'entité de droit local pour porter sa réclamation devant le tribunal arbitral. Il invoquait un préjudice tiré de la violation d'un Protocole d'accord relatif aux activités tabacoles liant l'entité locale à l'Etat. L'Etat avait objecté à la compétence du tribunal au motif que l'actionnaire n'avait pas qualité pour agir. La République centrafricaine faisait valoir que la clause compromissaire insérée au contrat liant l'Etat et la personne morale de droit local, auquel l'actionnaire n'était pas partie, ne pouvait pas lui bénéficier et qu'en conséquence, il ne pouvait pas contester devant les tribunaux arbitraux la légalité des agissements de l'Etat au regard dudit contrat.

**517.** Une tout autre interprétation a été suivie par le Tribunal, pour lequel « la jurisprudence du CIRDI retient la possibilité pour un investisseur étranger, agissant en qualité d'actionnaire d'une société de droit local, de formuler une demande d'arbitrage en son propre nom à l'encontre des mesures prises par l'Etat d'accueil à l'encontre de la société locale »<sup>822</sup>. Suivant un raisonnement discutable, le Tribunal a ainsi observé que « le fait d'accueillir les demandes d'actionnaires indépendamment de celles de la société concernée, peut être considéré comme une règle générale de droit international »<sup>823</sup>.

**518.** Sauf à considérer qu'il est loisible d'étendre à l'infini la clause compromissaire aux tiers à un contrat potentiellement lésés, on conçoit mal comment, en l'absence d'accord protégeant explicitement les avoirs détenus directement ou indirectement par des investisseurs étrangers, un Tribunal pourrait retenir sa compétence sur le préjudice subi par un actionnaire du fait de la violation du contrat auquel il n'est pas partie. Se référant à trois affaires introduites par des actionnaires sur le fondement des TBI<sup>824</sup>, le tribunal a érigé, sans véritablement l'établir, le droit

---

<sup>822</sup> *M. Meerapfel Söhne AG c. République centrafricaine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/10, sentence (partiellement publique), 12 mai 2011, par. 216 (ci-après « *M. Meerapfel Söhne AG c. République centrafricaine* »).

<sup>823</sup> *Ibid*, par. 222. Se référant à *CMS c. Argentine*, décision sur la compétence, 17 juillet 2003, par. 48 : « *The Tribunal therefore finds no bar in current international law to the concept of allowing claims by shareholders independently from those of the corporation concerned, not even if those shareholders are minority or non-controlling shareholders. Although it is true, as argued by the Republic of Argentina, that this is mostly the result of lex specialis and specific treaty arrangements that have so allowed, the fact is that lex specialis in this respect is so prevalent that it can now be considered the general rule, certainly in respect of foreign investments and increasingly in respect of other matters. To the extent that customary international law or generally the traditional law of international claims might have followed a different approach - a proposition that is open to debate - then that approach can be considered an exception* ».

<sup>824</sup> *AMT c. Zaïre*, *Goetz c. Burundi* et *AAPL c. Sri Lanka*. Le tribunal se réfère également au différend contractuel *AGIP c. Congo* sans préciser que dans cette affaire, le tribunal a reconnu la qualité pour agir de l'actionnaire pour

de réclamation de l'actionnaire en règle générale de droit international, jugeant que l'absence de TBI protégeant les investissements de cette nature « n'était pas déterminante »<sup>825</sup>.

**519.** Le Tribunal a ainsi conforté sa décision en observant que le contrat liant l'entité de droit local et l'Etat avait été signé par l'actionnaire au nom de sa société. C'est donc la caractérisation d'un « lien juridique »<sup>826</sup> entre l'actionnaire et l'entité qui permettrait qu'un actionnaire fasse valoir ses droits contre l'Etat pour les dommages subis par l'entité qu'il contrôle.

**520.** L'Etat a donc formulé des demandes reconventionnelles visant les agissements de cette entité sans que celle-ci soit partie au différend. Le Tribunal n'a pas fait cas d'un défaut d'identité des parties puisqu'il a accueilli les demandes reconventionnelles dirigées contre l'entité locale concernant les impayés d'impôts et le « manque de contribution au développement économique »<sup>827</sup> du fait de la cessation d'activité. Le lien juridique et le contrôle existant entre le demandeur et l'entité locale ont donc permis d'établir la connexité requise sur le plan factuel pour que l'Etat introduise une demande reconventionnelle. Ces demandes ont été rejetées pour défaut de connexité juridique<sup>828</sup> et non pas parce qu'elles visaient une autre partie que le demandeur.

**521.** Ainsi, la possibilité qu'un Etat s'appuie sur le contrôle pour viser les agissements de

---

contester les mesures prises en exécution du contrat auquel il n'était pas partie, après avoir constaté que le contrat pouvait être assimilé à une stipulation pour autrui permettant à l'actionnaire de se prévaloir du contrat : « La stipulation pour autrui diffère du mandat en ce que le stipulant contracte en son nom personnel et non comme représentant en faveur d'autrui. Il en résulte qu'ainsi que l'a reconnu la Cour de cassation française dans un arrêt en date du 12 juillet 1956, le stipulant dispose d'« un droit propre » à agir en exécution de la promesse souscrite par le débiteur et qu'en l'espèce, AGIP a qualité tant au fond qu'au point de vue de la compétence pour exercer devant le tribunal une action en faveur d'Hydrocarbons. », *AGIP S.p.A. c. Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/77/1, sentence, 30 novembre 1979, par. 94.

<sup>825</sup> *Ibid*, par. 227 : « En prenant en compte les termes de la Convention du CIRDI ainsi que la jurisprudence, le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire qu'un accord relatif aux investissements soit conclu par l'investisseur étranger avec l'Etat d'accueil pour établir une relation directe pouvant donner lieu à un différend sur un investissement entre un Etat contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant. Les obligations juridiques de l'Etat peuvent découler non seulement d'une convention d'investissement ou d'un accord bilatéral entre deux Etats, mais aussi des principes du droit international. »

<sup>826</sup> *Ibid*, par. 229 : « Le Tribunal observe de plus fort que la Défenderesse a conclu un Protocole d'Accord directement avec la Demanderesse et que l'en-tête dudit Accord indique que MMS [l'actionnaire demandeur] a signé « agissant pour le compte de cette Société ainsi que de [la société A]... et d'une nouvelle société de droit centrafricain en formation ». Il est donc évident que la Demanderesse a conclu ledit accord non seulement pour le compte de [la société A] et de la nouvelle société, mais aussi en son propre nom et pour son propre compte. En effet, le Protocole d'Accord stipule les droits et obligations des signataires, à savoir le Gouvernement centrafricain et MMS [l'actionnaire demandeur], établissant clairement un lien juridique entre la Demanderesse et la Défenderesse. »

<sup>827</sup> *Ibid*, par. 446.

<sup>828</sup> *Ibid*, par. 446-447 : « En ce qui concerne les conditions nécessaires à la recevabilité d'une demande reconventionnelle, qui sont les mêmes que celles applicables aux demandes additionnelles exposées ci-dessus, le Tribunal estime que la demande de la Défenderesse se rapporte directement à l'objet du présent litige. Toutefois, il n'est pas établi que tous les chefs de demandes figurant dans la demande reconventionnelle relèvent de la compétence du Tribunal. Tel est le cas, particulièrement, du non paiement d'impôts et la prétendue fraude fiscale, qui sont des sujets généralement soumis aux juridictions nationales. Le présent Tribunal n'est pas compétent pour connaître de ces demandes. »

l'entité de droit local a été de nouveau accueillie dans un deuxième différend initié sur le fondement d'un traité.

**522.** Dans l'affaire *Goetz c. Burundi (I) et (II)*, les demandeurs étaient des personnes physiques belges, actionnaires ayant le contrôle sur des sociétés de droit burundais. Cette deuxième affaire introduite sur le fondement d'un TBI devant le CIRDI était relative au retrait d'un certificat de zone franche octroyant à la société locale certains avantages fiscaux et douaniers. Le premier différend avait donné lieu à une sentence d'accord-parties. Reprochant à l'Etat de ne pas avoir correctement exécuté la sentence d'accord-parties, les actionnaires ont formulé un second recours devant les tribunaux CIRDI<sup>829</sup>.

**523.** C'est au cours de cette deuxième procédure que le Burundi a formulé une demande reconventionnelle. Après avoir analysé l'étendue de sa compétence en vertu du traité<sup>830</sup>, le tribunal a analysé l'existence d'un lien de connexité factuel entre la demande principale relative à la révocation d'un certificat de zone franche et la demande reconventionnelle dirigée non pas contre l'actionnaire demandeur à l'instance, mais contre la société de droit local invoquant notamment la violation du certificat de zones franches. Bien que l'Etat ait visé formellement les agissements de la personne morale de droit local (ABC), le Tribunal a considéré que la demande reconventionnelle entretenait un lien de connexité factuel suffisant avec l'objet du différend puisqu'elle concernait également le respect du certificat de zone franche<sup>831</sup>.

**524.** Ce sont donc principalement des considérations d'économie procédurale qui ont guidé le tribunal dans son raisonnement permettant d'inclure l'entité locale dans la cible des demandes

---

<sup>829</sup> *Goetz c. Burundi (I)*, sentence avec accord-partie, par. 89 : « Quelles que soient les raisons qui ont conduit les actionnaires belges à agir en cette qualité plutôt qu'à déposer une requête au nom de la société AFFIMET, le Tribunal observe que la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs...Ce qui est vrai d'un investisseur étranger personne morale possédant le contrôle d'une société de droit local doit l'être d'un investisseur étranger personne physique possédant le contrôle d'une société de droit local. Le Tribunal conclut que la requête des six actionnaires belges qui exercent le contrôle de la société de droit burundais AFFIMET est recevable. C'est sur cette requête que le Tribunal est appelé à se prononcer, et non pas sur une demande de la société AFFIMET, laquelle n'est pas une requérante devant le Tribunal. »

<sup>830</sup> Octroyée pour « un différend relatif à un investissement ... défini comme un différend concernant » notamment « l'interprétation ou l'application de toute autorisation d'investissement accordée par les autorités de l'Etat hôte régissant les investissements étrangers ».

<sup>831</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 277 : « Il n'est pas contesté que le différend opposant à titre principal les consorts Goetz au Burundi est en relation directe avec des investissements opérés par ceux-ci, en particulier dans ABC à la suite de la délivrance par le Burundi d'un certificat d'entreprise franche autorisant la banque à exercer ses activités selon les modalités fixées au certificat. La demande reconventionnelle est relative aux conditions dans lesquelles ABC aurait exercé ces mêmes activités en méconnaissance du certificat d'entreprise franche dont elle bénéficiait. Elle est donc relative, elle aussi, à un investissement tel que défini dans le TPI. »

reconventionnelles formulées par l'Etat<sup>832</sup>. Le tribunal a écarté l'action reconventionnelle au fond pour défaut de preuve<sup>833</sup>, mais n'en a pas moins reconnu le principe que le contrôle et les liens de dépendance existant entre l'actionnaire et l'entreprise de droit local peut être utilisé par l'Etat pour viser les agissements de l'entreprise locale. Elle revient à assouplir l'exigence d'identité des parties entre demande principale et reconventionnelle en présumant que l'implication d'une entité locale non partie au différend est une donnée factuelle susceptible d'entrer dans l'objet du différend. Le lien de connexité factuelle entre les prétentions respectives des parties serait donc davantage déterminé par l'opération d'investissement que par l'identité formelle des investisseurs.

**525.** Cette approche ne s'impose pas comme une évidence<sup>834</sup> mais alimente le besoin de développements normatifs favorables à la prise en compte du comportement de toutes les entités impliquées dans l'opération d'investissement protégé. L'atomisation des activités de l'entreprise multinationale et les écrans créés par l'addition de personnalités juridiques sont des problèmes familiers du droit international, auxquels il a tenté de remédier. La doctrine a proposé d'appréhender la multinationale comme un ensemble, en fonction des effets et des liens entre parents et filiale. Dans sa résolution sur les *entreprises multinationales* adoptée en 1977, l'I.D.I préconisait d'élaborer progressivement un régime juridique en vertu duquel les démembrements de ces entreprises seraient rattachés à un même ensemble. La résolution proposait ainsi que : « Pour le rattachement de la société-mère ainsi que pour celui des filiales à un Etat déterminé, il conviendrait de tenir compte, selon les circonstances, des liens de la société-mère avec les pays des filiales ou des établissements dépendants, et réciproquement des liens des filiales avec le pays de la société-mère. »<sup>835</sup> Ces travaux font ressortir des efforts de systématisation de la notion de « contrôle » pour mieux coordonner l'action des multinationales

---

<sup>832</sup> *Ibid.*, par. 280 : « En décider autrement serait aller non seulement contre la lettre, mais contre l'esprit de la Convention de Washington. Ce serait en effet amener les Etats à saisir les juridictions nationales des conclusions reconventionnelles dont les tribunaux arbitraux ne pourraient connaître, bien que ces conclusions se rapportent directement à l'objet du litige qui leur a été soumis. ». Sur le rôle joué par l'économie procédurale voir, *Infra*, Chapitre 4, par. 820.

<sup>833</sup> *Ibid.*, par. 287 : « Le Tribunal observe en premier lieu que le Burundi n'apporte pas le moindre commencement de preuve des dommages qui lui auraient été causés de fait que le comportement d'ABC aurait porté atteinte à la concurrence et à la stabilité financière du pays. Il relève en second lieu que le manque à gagner dont se plaint le Défendeur en ce qui concerne la perception de droits et taxes n'a pas pour cause la méconnaissance par ABC des obligations qui lui avaient été imposées par le certificat de zone franche. La demande reconventionnelle du Burundi doit par suite être écartée. »

<sup>834</sup> *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c. République populaire d'Algérie*, Affaire CIRDI n° ARB/03/8, sentence, 10 janvier 2005, par. 37 : « Un tribunal ne peut entrer en matière sur une réclamation si celle-ci lui est soumise par un sujet de droit qui n'est pas lié par le contrat sur lequel elle repose ».

<sup>835</sup> I.D.I, Résolution, « Entreprises multinationales » (Rapporteur, Goldman), III. 1 a), *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session d'Oslo, vol. 57 (II), 1977, Schmidt Periodicals, p. 340.

avec les règles de droit international en envisageant leur responsabilité internationale<sup>836</sup>.

**526.** La théorie du contrôle effectif ou la possession d'action par une entité à titre exclusif ou quasi exclusif ont été proposées comme un moyen « d'imputer la responsabilité découlant des obligations d'une société à [cette] entité »<sup>837</sup>. Ainsi, l'existence d'un contrôle effectif par une société mère a été proposée comme un moyen de permettre à un tribunal arbitral l'imputation des relations contractuelles de la société fille dès lors qu'il est établi que la société mère ou la « société de contrôle », a « participé à la négociation, à l'exécution ou la terminaison du contrat ...sur lequel se fonde l'action en responsabilité »<sup>838</sup>. Cette approche avalise la possibilité qu'un Etat attaqué par un actionnaire ou un investisseur, contrôlant directement ou indirectement une entité placée sur le territoire de l'Etat hôte, puisse directement viser cette entité dans une demande reconventionnelle.

**527.** Notons que si le principe de l'autonomie des personnes morales empêche d'imputer à la société mère le comportement de la société fille, on constate une tendance grandissante d'assimilation pour permettre la mise en œuvre des lois anti-corrupcion, de la concurrence ou du respect des droits fondamentaux<sup>839</sup>. Il n'est pas véritablement surprenant que cette tendance s'invite dans le contentieux transnational, aux prises avec des pratiques de *treaty shopping* et de cumul des recours. Certains font remarquer que l'impossibilité pour l'Etat d'attaquer à titre reconventionnel l'entité locale contrôlée par l'investisseur demandeur « *is yet another manifestation of the pro-investor asymmetry of investor-state arbitration* »<sup>840</sup>.

**528.** Conscientes des préoccupations liées à la multiplication des recours, diverses institutions

---

<sup>836</sup> Préambule de la résolution « Les obligations des entreprises multinationales et leur sociétés membres », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66, Tome II, session de Lisbonne, 1995, p. 462.

<sup>837</sup> *Ibid*, Principe II 1. de la résolution : « En règle générale, les actionnaires d'une société ou d'une entité similaire sont présumés n'être pas responsables des obligations de la société dont ils détiennent des actions. Toutefois, les Etats peuvent, dans des circonstances délimitées, comme celles qui sont illustrées aux paragraphes suivants, appliquer leur loi (y compris leurs règles de conflit) pour imputer la responsabilité découlant des obligations d'une société à une entité qui détient seule, ou en qualité de membre d'un groupe de sociétés qui constitue l'entreprise multinationale, la totalité ou la quasi-totalité des actions de la société en question ou qui exerce sur elle un contrôle effectif », p. 468.

<sup>838</sup> *Ibid*, Principe II 2 (a) « La responsabilité découlant des relations contractuelles entre une société et un tiers peut être imputée par une juridiction ou un tribunal arbitral à la société-mère ou à une autre entité de contrôle d'une entreprise multinationale lorsque : (i) l'entité de contrôle a participé à la négociation, à l'exécution ou à la terminaison du contrat sur lequel se fonde l'action en responsabilité, d'une manière telle que le demandeur puisse être raisonnablement induit à présumer la responsabilité de celle-ci ; ou (ii) la société en question ou l'entité de contrôle s'est livrée à une fraude ou à une pratique trompeuse à propos de l'obligation sur laquelle se fonde l'action en responsabilité ; ou (iii) une société membre d'une entreprise multinationale cesse ses activités, entre en liquidation, ou est mise en faillite, afin de contribuer à l'indemnisation de ses employés conformément à la loi du lieu d'activité ou d'engagement... », p. 468.

<sup>839</sup> X. Boucobza et Y-M. Serinet, « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôle national », *JDI*, Clunet, n° 1, 2019, p. 7.

<sup>840</sup> Y. Kryvoi, « Counterclaims in Investor-State Arbitration », *Minnesota Journal of international Law*, vol. 21, n° 2, 2012, p. 231.

se sont exprimées en faveur d'une plus grande transparence sur la composition d'un même groupe. Selon les membres de l'*Institut de droit international*, l'accès aux informations relevant d'un groupe de sociétés est un facteur qui participe à assurer l'égalité des parties. C'est en ce sens que l'article 9 (4) de la résolution relative à « L'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissements » stipule que :

« Lorsque l'investisseur appartient à un groupe de sociétés, les principes d'égalité et de bonne foi exigent qu'il déploie ses meilleurs efforts pour produire les documents pertinents détenus par les sociétés-mères ou affiliées ou par les actionnaires, si l'État défendeur en fait la demande et si le tribunal y fait droit. »<sup>841</sup>.

**529.** De même, les dernières propositions de modification du règlement du CIRDI « recommandent » (sans prescrire comme certains Etats l'avaient souhaité) à l'investisseur demandeur d'« indiquer les noms des personnes et entités qui possèdent ou contrôlent une partie requérante qui est une personne morale »<sup>842</sup> dans sa requête. Ces initiatives non contraignantes reflètent une volonté de dépassement de l'écran de la personnalité juridique pour permettre aux tribunaux d'appréhender le différend dans son ensemble, par la connaissance des différents acteurs contrôlant l'opération d'investissement.

**530.** La possibilité qu'un Etat soit la cible de plusieurs recours par une pluralité d'intermédiaires exigeant de lui de se défendre dans chacune des instances portées à son encontre est source de préoccupation grandissante. Par exemple, le Groupe de travail III de la CNUDCI reconnaît que le cumul des recours par les démembrements impliqués dans l'investissement crée une situation défavorable pour l'Etat puisqu' « une seule entité économique aurait plusieurs possibilités de former des demandes (y compris par l'intermédiaire de ses actionnaires), et n'aurait alors besoin d'obtenir gain de cause que pour l'une d'entre elles, alors que l'État défendeur devrait s'opposer à toutes les demandes présentées. Ce scénario expose l'État au risque d'être obligé de se défendre à plusieurs reprises pour essentiellement le même préjudice allégué causé à la même entité économique, même s'il a déjà obtenu gain de cause dans l'une des procédures. »<sup>843</sup>. Certains experts sont d'avis qu'à l'instant où il est établi que les démembrements d'un même groupe sont sous le contrôle d'une entité, les recours

---

<sup>841</sup> Résolution « L'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissements », *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de La Haye, vol. 80, 2021, Pedone, pp. 62-69 ; Voir, *Infra* Chapitre 4, par. 843 et suivant.

<sup>842</sup> *Proposition d'amendement des Règlements du CIRDI*, document de travail n° 4, vol. 2, 2020, Règlement d'introduction des instances, Règle n° 3 (informations complémentaires recommandées), p. 26.

<sup>843</sup> CNUDCI, Groupe de travail III, « Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) – Demande présentée par des actionnaires et pertes par ricochet », Note du Secrétariat, doc. n° A/CN/WG.III/WP.170, octobre 2019, p. 6, par. 15.

exercés par un démembrement à l'encontre de l'Etat devraient neutraliser le droit de recours parallèle des autres démembrements afin que l'Etat n'ait pas à se défendre dans plusieurs procédures concernant des faits identiques<sup>844</sup>.

**531.** Ainsi, certains tribunaux ne sont pas insensibles à la situation des Etats qui font face à des demandes si étroitement liées, provenant de démembrement d'un même ensemble, que les chaînes de responsabilité semblent se décupler à l'infini. Plusieurs d'entre eux s'expriment en faveur d'une concentration des demandes qui permettrait à l'Etat attaqué par un des démembrements de faire valoir les moyens de défense dont il dispose à l'égard d'un autre appartenant au même ensemble. Allant jusqu'à reconnaître que les actionnaires « font feu de tout bois », le Tribunal *Grynberg c. Grenade* a proposé que « [s]'ils veulent revendiquer la qualité pour agir en raison de leur intérêt indirect dans les actifs de la société, [les actionnaires] doivent être assujettis aux moyens de défense qui seraient disponibles contre la société »<sup>845</sup>.

**532.** Pour d'autres, il serait opportun d'utiliser la notion de contrôle vertical pour neutraliser les risques de cumul de recours. Ainsi, lorsque « la protection est activée à un niveau de la chaîne verticale, en particulier au premier niveau d'actionariat étranger...il n'y a pas lieu de permettre à d'autres entités de la chaîne verticale contrôlées par le même actionnaire d'activer elles aussi la protection pour le même préjudice subi par l'investissement »<sup>846</sup>.

**533.** Les considérations d'équité semblent ainsi nourrir le raisonnement des tribunaux arbitraux appelés à indemniser les préjudices indirectement subis par les actionnaires, du fait de la détérioration des rapports entre l'entreprise qu'ils contrôlent et l'Etat. Ces considérations d'équité justifient sans doute que le contrôle exercé par une entité étrangère sur une entité locale ait pu être pris en compte afin de permettre à l'Etat attaqué de mettre en cause le comportement de l'entité contrôlée, même lorsqu'elle n'est pas formellement partie au différend.

---

<sup>844</sup> *Alex Genin, c. Estonie*, sentence, *op. cit.*, note n° 433, par. 322, opinion de l'expert Prof. Andreas F. Lowenfeld désigné par l'Estonie : « *If I am correct that all of the corporate entities are affiliated with one another and are or have been under common control, it follows, in my view, that any resort to local administrative or judicial remedies by any member of the group is attributable to all members of the group and to the group itself... It would be wholly inconsistent with the principle [of "election of remedies"]... and in particular with the objective of avoiding inconsistent decisions, for one member of the group to try a domestic court, for another member of the group to try an administrative proceeding, and for still another member of the group (or its controlling shareholders) to submit the dispute to arbitration pursuant to the BIT and the ICSID Convention* ».

<sup>845</sup> *Grynberg et al. c. Grenade*, affaire CIRDI n° ARB/05/14, sentence, 13 mars 2009, par. 7.1.5-7.

<sup>846</sup> *Orascom TMT Investments c. Algérie*, affaire CIRDI n° ARB/12/35, sentence, par. 542. Voir aussi, par. 543 : « une telle protection supplémentaire créerait le risque de réparations multiples et de décisions contradictoires, sans parler du gaspillage de ressources qu'impliquent des procédures multiples. La réalisation de ces risques irait à l'encontre de la promotion du développement économique dans des circonstances où la protection est déjà activée. Ainsi, lorsque plusieurs traités offrent à des entités d'une chaîne verticale des droits procéduraux similaires d'accès à un tribunal arbitral et des garanties matérielles comparables, l'introduction de procédures multiples en vue d'obtenir réparation d'un préjudice économique essentiellement identique impliquerait l'exercice de droits à des fins qui sont étrangères à celles pour lesquelles ces droits ont été établis. »

**534.** Comme l’observe le tribunal *Eskosol c. Italie* : « il pourrait exister des raisons, sur le plan tant de l’efficacité que de l’équité, de préférer que tous les actionnaires d’une entité visés par une mesure étatique contestée soient entendus en une seule fois, en une même instance, conjointement avec l’entité qui leur appartient collectivement. »<sup>847</sup>.

**535.** A ce titre, la position prise par le Tribunal *Supervision c. Costa Rica* est digne de mention. Engagé dans un examen de la recevabilité de la réclamation portée par un actionnaire en vertu du TBI entre l’Espagne et le Costa Rica, le Tribunal a jugé que les recours portés devant les juridictions internes par l’entité locale neutralisaient le recours international de l’actionnaire devant les tribunaux arbitraux. Un examen plus approfondi de la teneur du contrôle de l’actionnaire faisait ressortir qu’en tant qu’actionnaire majoritaire (55% des parts), celui-ci pouvait élire les membres du comité de direction et à ce titre, l’entité locale pouvait être qualifiée de « *corporate vehicle that acts according to the interest and instructions of Claimants [actionnaire]* »<sup>848</sup>. Le Tribunal a donc dégagé une présomption d’assimilation des deux entités sur le fondement du contrôle en ces termes : « *There is a general presumption that a majority shareholder also controls the company, and this presumption can only be rebutted if there are special elements which create doubts about the owner's control.* »<sup>849</sup>

**536.** Constatant que les deux réclamations concernaient essentiellement les mêmes faits et la même origine normative, il a jugé la demande de l’actionnaire irrecevable, motif pris de ce que la procédure devant les juridictions internes constituait un choix d’option irrévocable opposable à l’actionnaire en vertu du traité<sup>850</sup>. Par un considérant suffisamment rare pour être remarqué, le Tribunal a donc justifié un assouplissement du test de la triple identité de la manière suivante :

« *In any event, the Tribunal is of the view that the strict application of the triple identity test (same parties; same object; and same normative source) applied by some investment tribunals removes all legal effects from fork in the road clauses, which contravenes the effet utile principle applicable to the interpretation of treaties. What, in the end, matters for the application of fork in the road clauses is that the two relevant proceedings under examination have the same normative source and pursue the same aim.* »<sup>851</sup>

**537.** Toutefois, ni le droit positif ni le système CIRDI « ne prévoient de modalités précises (et encore moins une disposition impérative) permettant de regrouper dans une procédure unique

---

<sup>847</sup> *Eskosol S.p.A. in Liquidazione c. Italie*, Affaire CIRDI n° ARB/15/50, décision relative à la requête du défendeur en vertu de la règle 41.5, 20 mars 2017, par. 170,

<sup>848</sup> *Supervision y Control S.A. c. Costa Rica*, Affaire CIRDI n° ARB/12/4, sentence, 18 janvier 2017, par. 325.

<sup>849</sup> *Ibid.*, par. 328 (souligné dans l’original).

<sup>850</sup> *Ibid.*, par. 330.

<sup>851</sup> *Ibid.*

toutes les parties prenantes susceptibles d'être concernées par le résultat »<sup>852</sup>. Si la possibilité de neutraliser les différents recours à titre principal sur le seul critère du contrôle vertical semble encore précaire, celle de permettre à l'Etat de s'appuyer sur le contrôle pour viser les entités placées sous le contrôle du demandeur l'est moins. Aussi, comme en témoigne les sentences *Goetz c. Burundi* ou *Saluka c. République tchèque*, la jurisprudence peut admettre cette possibilité lorsque les liens entre les démembrements sont si étroits qu'il serait inéquitable de ne pas pouvoir opposer les défaillances de l'entité contrôlée à l'entité qui la contrôle, partie à l'instance<sup>853</sup>.

**538.** L'aménagement de l'autonomie des personnes morales aux réalités économiques et l'instrumentalisation de la notion de contrôle sur la chaîne des responsabilités des entités d'un même groupe est un phénomène apparent dans les législations internes<sup>854</sup>. Manifestement, il y est fait appel dans le contentieux transnational pour rétablir une forme d'équité afin que l'avantage conféré par le contrôle à l'actionnaire ou l'investisseur indirect s'accompagne d'une forme de responsabilité et que « l'indépendance juridique des filiales s'estompe au profit de la réalité »<sup>855</sup>.

---

<sup>852</sup> *Ibid.*

<sup>853</sup> Certaines juridictions nationales ont également facilité l'assimilation des actes et des accords des sociétés mère avec les filiales, opposant à l'entité non contractante une clause compromissoire conclue par une entité d'un même groupe. La Cour suprême indienne, prenant en compte les critères de connexité factuelle entre entités mère et fille a ainsi permis qu'une entité non signataire soit liée par la clause compromissoire d'un accord auquel elle n'est pas partie : Cour suprême indienne, *MTNL c. Canara Bank*, 8 août 2019 : « *It will be a futile effort to decide the disputes only between MTNL and Canara Bank, in the absence of CANFINA, since undisputedly, the original transaction emanated from a transaction between MTNL and CANFINA – the original purchaser of the Bonds. [...] There is a clear and direct nexus between the issuance of the Bonds, its subsequent transfer by CANFINA to Canara Bank, and the cancellation by MTNL, which has led to disputes between the three parties. Therefore, CANFINA is undoubtedly a necessary and proper party to the arbitration proceedings. Given the tri-partite nature of the transaction, there can be a final resolution of the disputes, only if all three parties are joined in the arbitration proceedings [...]* ». Voir aussi Cour d'appel de La Haye, *Doooh and Milieudefensie c. Royal Dutch Shell Plc et Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, 18 décembre 2015, pour une extension de la compétence du juge à l'égard de la filiale sur le fondement du contrôle.

<sup>854</sup> *Infra*, Chapitre 6, par.1204 La loi française n° 2017-399 relative aux devoirs de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, permet à une juridiction française d'agir contre les actions d'une filiale même en l'absence de lien de rattachement au territoire français. Voir X. Boucobza et Y-M. Serinet, « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôle nationaux », *JDI*, Clunet, n° 1, 2019, p. 9. Voir aussi, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, *Société Iakovoglou Prodomos et compagnie et autre c. société Amplitude*, *JCP*, 2012 ; Cour d'Appel de Paris, *Orri c. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine*, 11 janvier 1990 ; Cour d'Appel de Paris *Société Isover-Saint Gobain c. Société Dow Chemical*, 21 octobre 1983 : « Selon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, leurs activités et leurs relations commerciales habituelles existants entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause d'arbitrage dont elles connaissent l'existence et la portée bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait ».

<sup>855</sup> A. Bencheneb, « A propos de l'extension de la clause compromissoire aux non signataires du contrat international », *Droit sans frontières*, Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin, LGDJ, 2018, p. 63 : « Pour que

**539.** Pour synthétiser, le fait que les traités octroient leur protection aux actionnaires a été interprété comme une autorisation pour réclamer les pertes indirectement subies par les entités qu'ils contrôlent en se prévalant notamment des dommages « par ricochet ». Cette interprétation creuse un décalage entre la qualité pour agir devant un tribunal international et la titularité des droits substantiels prévus par le traité. En effet, *in fine*, la matrice factuelle du différend porté par un actionnaire contre l'Etat ne concerne pas le comportement de l'Etat à l'égard de cet actionnaire mais son comportement à l'égard de l'entité qu'il contrôle. L'actionnaire s'appuie donc sur la conformité du traitement reçu par l'entité pour caractériser son propre dommage alors que l'Etat ne peut pas mettre en cause le comportement de cette entité. La ligne de partage entre les intérêts de l'actionnaire et ceux de l'entité sous son contrôle est parfois si ténue qu'elle semble artificielle. Une application stricte du principe de l'identité des parties entre action principale et reconventionnelle empêche que l'Etat mette en cause le comportement de l'entité, à moins qu'une forme de contrôle suffisamment importante pour permettre une assimilation ne soit caractérisée. Dans la mesure où certains tribunaux sont allés jusqu'à reconnaître que le droit de recours des actionnaires est « une règle générale de droit international »<sup>856</sup>, en l'absence de toute disposition à cet effet, un développement normatif favorable à l'assimilation des démembrements sur le critère du contrôle n'est pas à exclure. La problématique n'est d'ailleurs pas si éloignée de celle concernant le rapport entre l'Etat et ses démembrements.

**540.** En effet, la notion de contrôle peut également avoir vocation à régir les rapports entre l'Etat et certains de ses démembrements. Le contrôle étatique intéresse l'analyse de la connexité factuelle. L'élargissement du rapport de connexité factuelle concerne non plus la cible de l'action reconventionnelle, mais le titulaire du droit de réclamation.

### ***B. La subrogation reconventionnelle de l'entité par l'Etat***

**541.** Le mécanisme de la subrogation, c'est-à-dire la possibilité de se « substituer [à une

---

l'indépendance juridique des filiales s'estompe au profit de la réalité, encore faut-il constater une intervention dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat, l'intervention étant alors en quelque sorte l'équivalent d'une adhésion aux données contractuelles, ou si l'on préfère une acceptation tacite de la clause compromissoire. »

<sup>856</sup> *Ibid*, par. 222. Se référant à *CMS c. Argentine*, décision sur la compétence, 17 juillet 2003, par. 48 : « *The Tribunal therefore finds no bar in current international law to the concept of allowing claims by shareholders independently from those of the corporation concerned, not even if those shareholders are minority or non-controlling shareholders. Although it is true, as argued by the Republic of Argentina, that this is mostly the result of lex specialis and specific treaty arrangements that have so allowed, the fact is that lex specialis in this respect is so prevalent that it can now be considered the general rule, certainly in respect of foreign investments and increasingly in respect of other matters. To the extent that customary international law or generally the traditional law of international claims might have followed a different approach - a proposition that is open to debate - then that approach can be considered an exception* ».

entité] en vue d'exercer tout ou partie des droits »<sup>857</sup> qu'elle détient, connu en droit des assurances, n'est pas étranger au droit international des investissements. En effet, il n'est pas rare que l'Etat prévoie un mécanisme de dédommagement pour ses nationaux dont les investissements ont subi des dommages à l'étranger<sup>858</sup>. Alors, l'entité ayant dédommagé l'investisseur peut le subroger dans ses droits et réclamations. Dans le cadre de la présente section, un mécanisme similaire est envisagé du point de vue de l'Etat hôte, aux fins de savoir s'il peut se subroger dans les droits d'une entité ayant contracté avec un investisseur et endosser le grief que celle-ci pourrait avoir contre l'investisseur.

**542.** Pour qu'une subrogation reconventionnelle des engagements de l'entité juridiquement distincte de l'Etat soit possible, il faut que l'engagement conclu par l'entité soit imputable à l'Etat. L'imputation de l'engagement à l'Etat peut se faire de manière expresse (1) ou de manière tacite, soit parce que l'Etat exerce un contrôle sur la conclusion, l'exécution et l'extinction du contrat (2) soit parce qu'il est titulaire en vertu du droit international de droits et d'obligations par ailleurs couvertes par l'objet du contrat (3). Dans ces cas, l'imputation de l'engagement à l'Etat ouvre la voie d'une subrogation reconventionnelle et permet de satisfaire l'exigence d'identité des parties entre demande principale et reconventionnelle.

**543.** De la lecture des sentences comprenant des demandes reconventionnelles, il ressort que la subrogation des droits de l'entité par l'Etat et les techniques d'imputation des engagements de l'entité à l'Etat ne sont pas exhaustives mais casuistiques. En effet, le droit international ne prévoit pas de règles d'imputation des engagements à l'Etat. Toutefois, l'analyse de la connexité factuelle des demandes reconventionnelles par les tribunaux contribue à affermir les exemples de subrogation.

---

<sup>857</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n° 1, p. 1055. Subrogation : « Substitution d'un sujet de droit à un autre dans un rapport juridique en vue de permettre au premier d'exercer tout ou partie des droits qui appartiennent au second. »

<sup>858</sup> TBI France–Nigéria (27 février 1990), article 9 *Subrogation* : « 1. Si l'une des Parties contractantes, en vertu d'une garantie donnée pour un investissement réalisé sur le territoire... de l'autre Partie, effectue des versements à l'un de ses investisseurs, elle est, de ce fait, subrogée dans les droits et actions de cet investisseur. 2 Lesdits versements n'affectent pas les droits du bénéficiaire de la garantie à recourir au CIRDI ou à poursuivre les actions introduites devant lui jusqu'à l'aboutissement de la procédure. » ; TBI République Tchèque – Grèce (3 juin 1991), article 7 *Subrogation* : « *If the investments of an investor of one of the Contracting Parties are insured under a legal system of guarantee. Any subrogation of the insurer or re-insurer into the rights of the said investor pursuant to the terms of such insurance shall be recognized by the other Contracting Party* ». La subrogation était prévue dans le projet d'Accord Multilatéral sur l'Investissement de l'OCDE du 24 avril 1998 dans les termes suivants : « Si une partie contractante ou un organisme qu'elle désigne procède à un paiement au titre d'une indemnisation, d'une garantie ou d'un contrat d'assurance pour un investissement qu'un investisseur a réalisé sur le territoire d'une autre partie contractante, cette dernière reconnaît la cession de tout droit ou créance de cet investisseur à la première partie contractante ou à un organisme désigné par celle-ci et le droit pour la première partie contractante ou un organisme désigné par celle-ci d'exercer ces droits ou de faire valoir ces créances par voie de subrogation dans les mêmes conditions que le cédant. »

### 1. La subrogation reconventionnelle des engagements de l'émanation en vertu d'une habilitation expresse

**544.** Dans le contentieux transnational, la question du démembrement concerne autant l'Etat défendeur que l'investisseur. Comme l'a remarqué le Tribunal dans l'affaire *RFCC c. Maroc* : « le fait qu'un Etat puisse agir à travers une société ayant une personnalité juridique propre n'a plus rien d'inédit [puisque] l'Etat a recours à une gamme variée de formes d'organisation »<sup>859</sup>. Ainsi, en dehors des organes de l'Etat pour lesquels l'assimilation est quasi automatique, l'Etat peut s'entourer d'entités protéiformes dont « l'accordéon de l'autonomie »<sup>860</sup> sera plus ou moins étendu. Cette gamme variée d'organisations qui ne sont pas formellement des organes de l'Etat et désignée par le vocable d'entité paraétatique<sup>861</sup> est entendue au sens des *Articles sur la responsabilité*, comme tout organisme pouvant être habilité à exercer certaines prérogatives de puissance publique ou agissant sous le contrôle et la direction de l'Etat. Néanmoins, comme expliqué précédemment<sup>862</sup>, l'approche offerte par la CDI pour qualifier les entités paraétatiques concerne l'attribution et n'a pas vocation à permettre que soient imputés à l'Etat les *engagements* de l'entité paraétatique<sup>863</sup>. Le renfort des articles de l'attribution de la CDI ne suffit pas pour aborder une question à laquelle ils n'ont pas vocation à répondre : celle de l'imputation, non pas du comportement ou des actes, mais des engagements directement conclus par l'entité avec l'investisseur.

**545.** L'imputation des engagements souscrits par une entité paraétatique suppose l'existence d'une volonté subjective de rattachement qui peut résulter « de l'entité elle-même, de son comportement ou de sa volonté »<sup>864</sup> caractérisée par un faisceau d'indices permettant de déceler la volonté de contracter pour le bénéfice de l'Etat. Alors, l'imputation des engagements de l'entité à l'Etat sous l'angle de la volonté subjective « régit ici l'identification d'une règle primaire et non la mise en œuvre d'une règle secondaire [puisque] l'imputation aux fins d'attribuer un fait à l'Etat n'obéit pas aux mêmes règles que l'imputation aux fins de lui attribuer

---

<sup>859</sup> *Consortium R.F.C.C. c. Maroc*, Affaire CIRDI n° ARB/00/6, décision sur la compétence, 16 juillet 2001, par. 39.

<sup>860</sup> Emprunt à la jurisprudence de l'ORD de l'OMC relatif à la notion de similarité des produits (*Rapport de l'Organe d'appel, Japon – Taxe sur les boissons alcooliques*, 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R).

<sup>861</sup> Termes utilisés dans le Projet d'articles de la C.D.I sur la responsabilité pour fait internationalement illicite et commentaires, 2001, p. 98.

<sup>862</sup> *Supra*, par. 0 et suiv.

<sup>863</sup> R. Happ, « The Nykomb Case in Light of Recent ICSID Jurisprudence » in *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, C. Ribeiro (dir.), Brill, 2006, p. 324 : « *Contrary to a recently voiced opinion, it is not possible to attribute a contract concluded by a sub-division or state-entity to the state using the rules on state responsibility. [...] A clear distinction exists between the responsibility of a state for the conduct of an entity that violated international law (e.g breach of treaty) and the responsibility of a State for the conduct of an entity that breaches a municipal law contract.* »

<sup>864</sup> Y. Nouvel, « Les Entités Paraétatiques dans la Jurisprudence du CIRDI », *op.cit.*, note n° 766, p. 25.

une manifestation de volonté »<sup>865</sup>. La source de la volonté subjective d'assimilation peut être trouvée dans un mandat de représentation, une loi nationale<sup>866</sup>, ou encore dans les statuts de l'entité entité. Dans ces cas, l'imputation de l'engagement contractuel de l'entité envers l'Etat est expresse et ouvre la voie d'une subrogation reconventionnelle.

**546.** L'affaire *Perenco c. Equateur* offre une illustration intéressante de subrogation reconventionnelle. L'investisseur avait conclu avec une entité paraétatique ayant sa personnalité juridique propre (*Petroecuador*) un contrat d'exploitation pétrolière. En l'espèce, le mandat de représentation était exprès puisque le contrat lui-même précisait que le cocontractant de l'investisseur était « *the Ecuadorian State, through Petroecuador* »<sup>867</sup>. Réfutant l'argument d'incompétence soulevé par l'Etat sur les actes de son entité, le Tribunal a expliqué qu'en l'absence de disposition contraire, un agent ou un représentant de l'Etat ne peut pas être considéré comme une partie autonome au contrat qu'il conclut, à moins de prouver que l'entité agit pour son intérêt propre, indépendamment des instructions souveraines<sup>868</sup>. En l'espèce, les termes du contrat (« *through Petroecuador* ») étaient suffisamment clairs pour considérer que *Petroecuador* était bien une agence en charge des relations entre l'Etat et l'investisseur<sup>869</sup>.

**547.** La reconnaissance d'une assimilation de l'entité à son Etat dans la sentence préliminaire de compétence a donc permis à l'Etat d'ajuster sa stratégie contentieuse lors des débats sur le fond et de soulever avec succès une demande reconventionnelle. Tout se passe comme si la personnalité juridique de l'entité était devenue transparente, permettant une subrogation reconventionnelle dans le différend opposant l'Etat équatorien à l'investisseur.

**548.** Une solution identique impliquant l'entité *Petroecuador* avait été adoptée dans le différend *Occidental Petroleum* dans laquelle l'Etat avait à titre reconventionnel reproché la violation de l'article 22 du contrat<sup>870</sup> par lequel l'investisseur renonçait à l'exercice de tout

---

<sup>865</sup> *Ibid*, p. 13.

<sup>866</sup> Voir la loi 44 équatorienne relative aux contrats de participations dans le domaine des hydrocarbures créant *Pétoecuador* : « [C]ontracts executed by the State, by means of Petroecuador, whereby the contractor is delegated with...the right to explore and exploit hydrocarbons in the contract's area, making at its own account and risk all investments, cost and expenses necessary for the exploration, development and exploitation. »

<sup>867</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles environnementales, *op. cit.*, note n°155, Articles 3.3.22 et 3.3.25 du contrat, par. 183-189.

<sup>868</sup> *Ibid*, décision sur la compétence, 30 juin 2011, par. 188.

<sup>869</sup> *Ibid*, par. 187: « The Tribunal is confident that Perenco, Ecuador and Petroecuador all understood that the sentence "through Petroecuador" was intended to create an agency or representative relationship between Ecuador and Petroecuador. »

<sup>870</sup> L'Equateur invoquait la violation par l'investisseur de l'article 22 du contrat de participation entre l'investisseur et Petroecuador : « In the event of controversies that may arise as a result of the performance of this Participation

recours diplomatique en cas de différend lié à l'exécution du contrat. Le tribunal s'était préalablement déclaré compétent sur le différend contractuel, conventionnel et reconventionnel. Aussi est-il intéressant de relever que les motifs pour lesquels le tribunal a rejeté au fond les actions reconventionnelles ne trouvent aucun appui dans le défaut d'identité des parties<sup>871</sup>. Au contraire, en analysant le bien-fondé de la demande reconventionnelle fondée sur une violation du contrat, le tribunal a du même coup confirmé qu'une subrogation reconventionnelle de l'entité par l'Etat est possible lorsqu'il est établi que l'Etat a agi à travers une entité<sup>872</sup>.

## **2. La subrogation reconventionnelle des engagements de l'émanation par la preuve d'une volonté tacite**

**549.** L'assimilation des engagements conclus par une entité est rendue plus difficile lorsque le mandat de représentation n'est pas exprès, puisque l'existence d'une personnalité juridique distincte pose une présomption de séparabilité de l'entité par rapport à l'Etat. A défaut d'habilitation expresse par la loi ou par contrat, le renfort d'autres éléments de sources internes ou internationales est envisageable pour identifier une volonté tacite de l'entité de lier l'Etat.

**550.** En particulier, il s'agit de savoir si le contrôle d'un Etat sur l'entité peut être utilisé à des fins autres que l'attribution, comme source d'imputation des engagements. Si à première vue, la question du contrôle fait resurgir les Articles de la CDI sur l'attribution, ces articles n'épuisent pas à eux seuls toutes les questions. En effet, la question du contrôle de l'Etat sur des entités autres que des organes, « véritable casse-tête »<sup>873</sup>, se « jauge »<sup>874</sup> à l'aune du droit international général prenant en compte les spécificités du droit applicable au règlement du différend. Il faut dire que la C.I.J n'a pas été à l'abri de certaines variations sur les règles de partage entre la qualification d'organe et celle d'entité qui n'est pas un organe de l'Etat au sens de l'article 8, en jugeant qu'une situation de « totale dépendance » de l'entité envers l'Etat

---

*Contract, in accordance with Ecuadorian law, Contractor expressly waives its right to use diplomatic or consular channels, or to have recourse to any national or foreign jurisdictional body not provided for in this Participation Contract. Lack of compliance with this provision shall constitute grounds for the caducidad of this Participation Contract. »*

<sup>871</sup> *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. Equateur (II)*, Affaire CIRDI n° ARB/06/11, sentence, 5 octobre 2012, par. 860: « *The Tribunal has found no evidence in the voluminous record of this case that the Claimants ever sought assistance from the U.S. Government in connection with the caducidad dispute through diplomatic channels in breach of Clause 22.2.1. The Respondent's counterclaim in this regard accordingly fails.* »

<sup>872</sup> La Clause 1 du Contrat de participation était rédigée comme suit: « *the contracting parties were the "Republic of Ecuador, through [...] Petroecuador [...] [and] Occidental Exploration and Production Company, Ecuador Branch.* », *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Equateur (II)*, Affaire CIRDI n° ARB/06/11, sentence, 5 octobre 2012, par. 115.

<sup>873</sup> G. Distefano, A. Hêche, « L'organe *de facto* dans la responsabilité internationale : *curia, quo vadis ?* », *AFDI*, 2015, vol. 61, p. 4.

<sup>874</sup> TPIY, chambre d'appel, 15 juillet 1999, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, par. 98.

transformant son autonomie juridique en « pure fiction » permettrait de qualifier l'entité en question d'organe *de facto*, « même si une telle qualification ne résulte pas du droit interne »<sup>875</sup>.

**551.** La nature fictive de l'entité paraétatique sous contrôle étatique, développée par le juge international, est également utilisée par le juge interne pour attribuer à l'Etat les engagements souscrits par des entités privées. Il en va ainsi lorsque le juge administratif français fait application de la théorie de la transparence d'après laquelle « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs »<sup>876</sup>. La nature de la mission conférée et l'importance du contrôle étatique dans l'exécution de la mission permet donc d'imputer à l'administration les engagements de l'entité privée.

**552.** De même, le juge judiciaire reconnaît que « faute d'un mandat, l'engagement contractuel de l'entité personnalisée peut être attribué à l'Etat quand il est repris dans un ensemble plus vaste que l'on peut ramener à l'Etat. Tel est le cas lorsqu'un engagement contractuel ou conventionnel absorbe le contrat de son émanation. »<sup>877</sup>. L'imputation des engagements contractuels à l'Etat est ainsi permise « dès lors que cet Etat a pris une part active dans la négociation, l'exécution ou la terminaison du contrat entre un cocontractant étranger et une de ses émanations »<sup>878</sup>. Le contrôle et l'implication de l'Etat dans les activités d'une de ses émanations permettraient donc de lui imputer les engagements signés par celle-ci avec un investisseur et, le cas échéant, à l'Etat d'endosser les réclamations de l'émanation en formulant une demande reconventionnelle.

**553.** Bien que, selon la C.I.J., l'assimilation doit rester exceptionnelle et requiert la preuve d'un « degré particulièrement élevé de contrôle » confinant à une « totale dépendance »<sup>879</sup>, on

---

<sup>875</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *Recueil C.I.J. 2007*, p. 205, par. 392 : « selon la jurisprudence de la Cour, une personne, un groupe de personnes ou une entité quelconque peuvent être assimilés — aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale — à un organe de l'Etat 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'Etat, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument. En pareil cas, il convient d'aller *au-delà du seul statut juridique, pour appréhender la réalité des rapports entre la personne qui agit et l'Etat auquel elle se rattache si étroitement qu'elle en apparaît comme le simple agent : toute autre solution permettrait aux Etats d'échapper à leur responsabilité internationale en choisissant d'agir par le truchement de personnes ou d'entités dont l'autonomie à leur égard serait une pure fiction.* » (italiques ajoutées).

<sup>876</sup> CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*.

<sup>877</sup> Y. Nouvel, « Les Entités Paraétatiques dans la Jurisprudence du CIRDI », *op.cit.*, note n° 766, p. 19.

<sup>878</sup> Cour de Paris, 28 octobre 2014, *Gouvernement de l'Etat libyen et autres c. société Mohamen Abdel Moshen Al-Kharafi et fils*.

<sup>879</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, *Recueil C.I.J. 2007*, p. 205, par. 393.

remarque que le contentieux transnational a pu s'écarter d'une application « religieuse » des règles relatives à l'attribution, expliquant que « *the levels of control required for a finding of attribution under Article 8 in other factual contexts, such as foreign armed intervention or international criminal responsibility, may be different. [The Tribunal] believes, however, that the approach developed in such areas of international law is not always adapted to the realities of international economic law and that they should not prevent a finding of attribution if the specific facts of an investment dispute so warrant.* »<sup>880</sup>

**554.** Cela explique que l'incertitude continue d'enrober le statut de certaines entités et des engagements qu'elles peuvent conclure<sup>881</sup>, telles que les banques centrales, les agences de privatisation<sup>882</sup>, autorités administratives indépendantes ou fédérales dont on ne sait si elles sont « assimilables à un organe » et si elles agissent pour le compte de l'Etat. Ce type d'entités a, avec d'autres, fait ressortir les limites des Articles de la CDI<sup>883</sup> élaborés en des temps « où les activités considérées d'intérêt public étaient exercées directement par des personnes appartenant à l'administration de l'Etat »<sup>884</sup>. En conséquence, les flottements qui entourent le statut de ces entités en droit interne se dressent comme un obstacle à l'identification d'une volonté subjective de l'entité de lier l'Etat.

**555.** Mais la pratique arbitrale ne semble pas réfractaire à utiliser le contrôle à des fins autres que l'attribution des actes, et ouvre la possibilité pour l'Etat de se subroger dans les droits de l'entité qu'il contrôle. En effet, elle a plusieurs fois consacré une présomption d'assimilation d'entités à l'Etat aux fins de subrogation reconventionnelle.

**556.** Telle fut l'approche suivie par les tribunaux de la CCI dans l'affaire *SPP c. Egypte* introduite sur le fondement d'un contrat<sup>885</sup> liant l'investisseur à EGOH, entité paraétatique.

---

<sup>880</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/03/29, sentence, 27 août 2009, par. 130.

<sup>881</sup> L. Schicho, « Attribution and State Entities: Diverging Approaches in Investment Arbitration », *The Journal of World Investment Trade*, vol. 12, n° 2, 2011, p. 283.

<sup>882</sup> *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. et Alfa El Corporation c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/10/13, sentence, 2 mars 2015, par. 322 (au sujet d'une agence de privatisation dont les actes ont été imputés au titre de l'article 4 des articles de la CDI) ; Voir aussi *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/01/11, sentence, 12 octobre 2005, par. 79 (au sujet d'une banque centrale dont les actes ont été imputés au titre de l'article 5).

<sup>883</sup> J. Crawford, « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008 p. 363 : « *the mere fact that acts of separate entities may be attributable to the state in particular cases does not mean that the contracts of such entities are state contracts.* » ; T.B. Jardim Oliveira, « *The Authority of Domestic Courts in Adjudicating International Investment Disputes: Beyond the Distinction between Treaty and Contract Claims* », *JIDS*, 2013, vol. 4, n° 1, p. 186.

<sup>884</sup> M. Spinedi, « *Private contractors : responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l'Etat de la conduite des personnes privées* », *International Law Forum du droit international*, n° 7, 2005, p. 275.

<sup>885</sup> La sentence CCI a été annulée par la Cour de cassation française au motif que l'Egypte n'étant pas formellement partie au contrat, elle ne pouvait avoir consenti à l'arbitrage. En parallèle de ces actions, l'investisseur SPP avait introduit une requête devant les tribunaux CIRDI contre l'Egypte sur le fondement de la loi de protection des investissements.

Assimilant l'entité (EGOTH) à l'Etat, le Tribunal a jugé que l'interdépendance entre les contrats liant respectivement l'Egypte à l'investisseur et l'entité paraétatique à l'investisseur justifiait d'imputer à l'Egypte les engagements souscrits par l'entité qu'elle contrôlait. Pour ce faire, le Tribunal a noté que l'Egypte devait donner son accord à l'entité pour recourir à l'arbitrage. Le contrôle de l'Etat sur l'entité permettait d'identifier volonté subjective de l'entité de contracter pour le bénéfice de l'Etat. Ainsi, pour le Tribunal, les différents contrats liant l'Etat et l'entité paraétatique à l'investisseur devaient être traités comme un ensemble permettant l'assimilation des parties et la concentration des prétentions :

*« It does not seem in any way unlikely or improbable that the Government would have wished that all disputes concerning the same project should go to the same tribunal rather than to an entirely different tribunal linked to the Egyptian judicial system. In this connection one should remember that although structured in the form of separate agreements ... the transaction as a whole is to be viewed as a unified contractual scheme aimed at the completion of the two projects envisaged as its object. Irrespective of specific rights and obligations cast upon each individual party ...the three parties were to be involved throughout the venture.... It follows that the Claimant in future disputes might well have been either the Egyptian Government or EGOTH or both.... It would be an inconvenient situation in which one Egyptian party had to sue or claim in proceedings in an Egyptian domestic arbitration and the other in an international forum. The same would apply to claims by the foreign investor against both the Government and EGOTH, especially as in many respects the Government and EGOTH assumed identical if not joint obligations.»<sup>886</sup>*

**557.** Dans ce contexte, il n'est guère surprenant de constater que, comme l'avait fait l'entité EGOTH dans le cadre de l'arbitrage CCI, l'Egypte a ultérieurement formulé une demande reconventionnelle dans le différend introduit par l'investisseur en vertu de la loi égyptienne devant les tribunaux CCI<sup>887</sup>.

**558.** L'assimilation a également été permise dans le cadre d'arbitrage conventionnel. Le Tribunal dans l'affaire *Al Warraq c. Indonésie* était enclin à permettre une subrogation

---

<sup>886</sup>*Southern Pacific Properties Limited c. Egypt*, Affaire CCI n° YD/AS n°3493, sentence, 11 mars 1983, paras. 40-41. La Cour de cassation française a ultérieurement annulé la sentence CCI contestant la réalité du consentement de l'Egypte à l'arbitrage. *Egypt c. SPP, France*, Cour de cassation, 6 janvier 1987, *ICSID Reports*, vol. 3, p. 96.

<sup>887</sup>*Southern Pacific Properties Limited c. Egypt*, Affaire CCI n° YD/AS No. 3493, sentence, 11 mars 1983, par. 37, citant l'offre d'arbitrage : « *Investment disputes in respect of the implementation of the provisions of the law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor's home country, or within the framework of the Convention for Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of Law Number 90 of 1971, where such law applies. Disputes may be settled through arbitration.* »

reconventionnelle de la Banque Centrale par l'Etat<sup>888</sup> pour autant qu'il rapporte précisément la preuve de son dommage. De même dans le différend *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, l'agence de privatisation roumaine (AVAS), liée par contrat d'achat d'action à un investisseur, a été qualifiée d'organe étatique. Le Tribunal ayant clairement attribué la conduite contractuelle de l'entité à l'Etat, il semblerait qu'une subrogation reconventionnelle eût été possible, si la clause de règlement des différends du TBI n'avait pas été interprétée par la majorité comme un obstacle à l'exercice de sa compétence reconventionnelle<sup>889</sup>. Entrant dans l'analyse du lien de connexité factuelle entre la demande principale et reconventionnelle, le Tribunal a clairement établi que la proximité entre l'Etat et l'agence de privatisation bancaire permettait à l'Etat de s'appuyer sur le contrat liant l'agence et l'investisseur à des fins reconventionnelles :

« [A] counterclaim is admissible, where it forms "an indivisible whole" with the primary claim asserted by the claimant, invoking substantive obligations undertaken for "the accomplishment of a single goal, [so as to be] interdependent." That is the case here. Claimant's Investment Claim and Romania's counterclaim both arise out of Claimant's post-privatization obligations under the Share Purchase Agreement. Both require the Tribunal to answer the same questions: did AVAS [agence de privatisation] properly conclude that Claimant failed to make the post-privatization investment? Is Romania entitled to enforce the share pledge against Claimant and Continent SRL? That close factual connection gives rise to a presumption of admissibility of Romania's counterclaim »<sup>890</sup>.

**559.** En posant une présomption de recevabilité de la demande reconventionnelle fondée sur la violation d'un contrat signé entre une agence de privatisation et un investisseur étranger, le Tribunal envisage la possibilité que le contrôle et l'implication de l'Etat dans l'exécution du contrat lui donnent qualité pour agir à des fins reconventionnelles.

**560.** Le principe d'une subrogation de l'entité paraétatique par l'Etat à des fins reconventionnelles a été plus timidement formulé dans l'affaire *Saluka c. République tchèque*. Les arbitres ont rejeté leur compétence reconventionnelle notamment pour défaut d'identité des parties à un contrat d'achat d'action passé entre une entité et un investisseur grec. Les parties avaient respectivement reconnu que l'entité paraétatique était bien distincte de l'Etat, en conséquence selon le Tribunal, le rattachement d'une entité paraétatique à l'Etat - fût-elle

---

<sup>888</sup> *Al-Warraq c. Indonésie*, sentence, par. 670 : « Further, the counterclaim is based on frauds committed against Bank Century, and the losses were initially incurred by bank Century and only passed on to the State when a bailout of Bank Century was required. While the subrogation of the State to claims of Bank Century might be juridically possible, the legal basis of the Respondent's rights to recover these losses has not been demonstrated to the Tribunal in this case. »

<sup>889</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 296.

<sup>890</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, sentence, *op. cit.*, note n°477, par. 774.

chargée d'accomplir une mission de privatisation - ne permettait pas d'assimiler les droits et obligations contractuelles dont l'entité est titulaire. Le Tribunal a néanmoins reconnu que si l'entité était présumée assimilable à l'Etat, une subrogation reconventionnelle eût été possible<sup>891</sup>. Or en l'espèce, les parties au contrat, distinctes des parties à l'arbitrage, étaient liées par une clause de règlement des différends et étaient parallèlement engagées dans une autre procédure devant les tribunaux internes. Cette solution a été critiquée pour avoir posé un critère de connexité plus strict d'interdépendance entre la demande principale et la reconvention que ni le traité, ni les règles applicables de la CNUDCI n'imposaient<sup>892</sup>.

**561.** Au contraire, dans le différend opposant *Karkey* à la République du Pakistan, les parties étaient en désaccord sur le point de savoir si les actes des deux entités étaient ou non attribuables à l'Etat. Pour la première entité, partie au contrat de concession de service avec l'investisseur, le Tribunal a jugé que le contrôle effectué par l'Etat au moment de la conclusion et de l'exécution du contrat était suffisant pour que lui soient imputés les actes de l'entité<sup>893</sup>, même si celle-ci disposait d'une personnalité juridique propre. La présence d'une clause de garantie souveraine dans le contrat a eu raison de l'autonomie juridique de l'entité. Pour la deuxième entité, la question de l'attribution a été encore plus facilement résolue en raison d'un mandat par lequel l'Etat avait explicitement octroyé la gestion des réformes du secteur de l'énergie à l'entité mandataire. C'est donc bien le contrôle et la direction exercés par l'Etat sur ces entités qui a joué en faveur d'une imputation des actes, et bien que le tribunal soit resté silencieux sur la source de la qualification, il est évident qu'elle se rapproche de l'article 8 des Articles de la CDI<sup>894</sup>.

**562.** Mais loin de tirer les conséquences de ses propres constatations à titre principal, le tribunal a refusé d'exercer sa compétence reconventionnelle sur les engagements et de permettre une subrogation. En plus d'être critiquable du point de vue de la compétence pour les

---

<sup>891</sup> *Saluka c. République tchèque, décision sur les demandes reconventionnelles, op. cit.*, note n° 413, par. 51 : « *The other Party to the Share Purchase Agreement, the NPF, is not a party to the present arbitration. Furthermore, both Claimant and Respondent were agreed in the oral hearings in London on 6 March 2004 that NPF was an entity separate from the Czech Republic although controlled by the Czech Republic. Even if the Tribunal were to make an assumption to the contrary (but without so deciding), i.e., to the effect that identity between the NPF and the Czech Republic could be established so that the parties to the counterclaim based on the Share Purchase Agreement were the same as the parties to the primary claim, the Tribunal would be prevented from exercising jurisdiction* ».

<sup>892</sup> P. Lalive, L. Halonen, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.* note n° 32, p. 153: « *The fact that the counterclaim arose out of the same investment should have been sufficient* ».

<sup>893</sup> *Karkey c. Pakistan*, sentence, *op. cit.*, note n°509, par. 593.

<sup>894</sup> *Ibid.*, par. 583 : « *the Tribunal concludes that Lakhra's acts related to the conclusion and execution of the Contract were directed, instructed or controlled by Pakistan, and are accordingly attributable to Pakistan, irrespective of the disclaimer contained in the RFP.* »

raisons précédemment évoquées<sup>895</sup>, cette solution l'est tout autant du point de vue de la recevabilité de l'action reconventionnelle et de la connexité. En effet, en attribuant à l'Etat la *signature et l'exécution des contrats* signés par des entités en raison du contrôle, le Tribunal s'est octroyé une compétence sur le différend principal sans permettre de réciprocité à titre reconventionnel. L'Etat défendeur aurait dû pouvoir en conséquence subroger l'entité dans l'ensemble de ces droits, y compris, comme le Pakistan tentait de le faire valoir, les droits inhérents à l'exécution du contrat<sup>896</sup>.

**563.** Enfin, parmi les entités confinant à une dépendance totale avec l'Etat, l'on trouve les autorités administratives créées pour contrôler la bonne exécution des lois et confirmer le bénéfice de ses dispositions aux destinataires qu'elles visent. Tout en étant formellement distinctes de l'appareil étatique puisqu'elles disposent d'une personnalité juridique propre, elles sont néanmoins comparables à celui-ci en raison du contrôle financier et politique de l'Etat sur la conduite de ses activités. La *Gestore Servizi Energetici* (GSE) offre une illustration de ce type d'entité, désignée par l'Italie pour promouvoir les énergies renouvelables et chargée à titre exclusif d'octroyer aux investisseurs, propriétaires d'une installation photovoltaïque, le bénéfice de subventions étatiques dont le montant et la durée sont fixés par la loi. Cette entité exerçant une mission de service public a notamment signé des engagements contractuels avec des investisseurs nationaux et étrangers confirmant le bénéfice d'une rémunération avantageuse<sup>897</sup>. Bien que la force juridique de tels instruments ait pu être discutée<sup>898</sup>, l'existence d'une clause de règlement des différends en faveur des juridictions nationales ne laissait guère planer de doute sur leur nature contractuelle. En pareil cas, il nous semble que les engagements pris par l'entité sont bien des engagements pris non pas pour le compte propre de celle-ci mais

---

<sup>895</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 325.

<sup>896</sup> *Karkey c. Pakistan*, sentence, *op. cit.*, note n°509, par. 487. Voir aussi *Marco et Stefano Gavazzi c. Roumanie*, décision sur la compétence et la responsabilité, *op. cit.*, note n° 504, opinion dissidente de Mauro Rubino-Sammartano, par. 23. L'arbitre dissident a considéré que le degré d'identification entre l'entité paraétatique et l'Etat était si important que l'une devait être assimilée à l'autre. En conséquence, la procédure opposant un investisseur étranger à l'entité devant les juridictions nationales relatives à un contrat devait être assimilée à une procédure liant l'Etat et cet investisseur. Appliquant la doctrine de l'estoppel, il considérait que l'investisseur était privé du droit de poursuivre une nouvelle fois l'Etat devant les tribunaux internationaux pour un différend contractuel déjà réglé devant les juridictions nationales : « *As to the identity of the parties in this case, it is my opinion that, under international law (and not only if one follows an economic approach), a State is liable for the conduct of its agencies and instrumentalities if they act pursuant to the sovereign authority of that State. Because of the attribution of the relevant acts to the State, there is a "sufficient degree of identification between such parties", ie between the agency and the State. As AVAS' acts [entité paraétatique] and omissions are attributable to Romania, Romania must be considered as identical to AVAS. There is consequently identity of the parties in the two proceedings.* »

<sup>897</sup> *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, et NovEnergia II Italian Portfolio SA c. Italie*, Affaire SCC Case n° V 2015/095, par. 442 et Opinion dissidente de Giorgio Sacerdoti, par. 62.

<sup>898</sup> *Ibid.*

bien pour le compte de l'Etat. La source subjective de la volonté de lier l'Etat peut être déduite des dispositions contractuelles et de l'objet du contrat : celui de confirmer le bénéfice de subventions étatiques prévues par la loi. En conséquence, l'Etat poursuivi par un investisseur sur le fondement d'un accord d'investissement octroyant une large compétence aux arbitres (*i.e* « tout différend relatif à l'investissement ») pourrait instrumentaliser le contrôle exercé sur une telle entité à des fins reconventionnelles, en endossant les réclamations que cette entité pourrait tirer du rapport contractuel avec l'investisseur.

**564.** Au regard de ce qui précède, il apparaît que l'imputation des engagements de l'entité à l'Etat est acquise lorsque l'entité a, par une habilitation souveraine explicite, conclu un engagement au nom et pour le compte de l'Etat. Alors, le démembrement formel de l'entité n'est pas un obstacle à l'imputation des engagements qu'elle a pu conclure et permet de satisfaire le principe d'identité des parties. A défaut d'une habilitation expresse, la preuve d'une volonté subjective de l'entité d'engager l'Etat peut également être rapportée par un faisceau d'indices indiquant la présence souveraine au moment de la conclusion ou de l'exécution du contrat entre l'entité qu'il contrôle et l'investisseur. Cette preuve, éminemment casuistique, dépendra non seulement du moment où l'Etat exerce un contrôle (conclusion, exécution terminaison du contrat) sur le rapport contractuel mais plus encore de son objet (participation à un objectif public, octroi de subventions étatiques prévues par la loi, présence d'une clause compromissoire dans ce contrat soumettant l'arbitrage à l'autorisation étatique).

**565.** Dans les cas relatifs à l'exploitation des ressources naturelles, l'imputation des engagements et la subrogation reconventionnelle de l'entité nous semblent même être facilitées par l'existence, en droit international, du principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

### ***3. Le cas d'exploitation des ressources naturelles***

**566.** Les investissements relatifs à l'exploitation des ressources naturelles offrent un terrain de discussion fertile pour la subrogation reconventionnelle, et plus généralement pour la question de l'imputation des engagements pris par une entité paraétatique. Corollaire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>899</sup>, la souveraineté permanente de l'Etat sur ses ressources naturelles fut pour la première fois consacrée par la résolution 523 de l'Assemblée générale du 21 décembre 1952. Quelques années plus tard, la résolution 1803 adoptée le 14 décembre 1962 par l'Assemblée générale des Nations Unies a reconnu ce principe en des termes clairs :

---

<sup>899</sup> G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1987, p. 334.

« Le droit de souveraineté permanent des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé. La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources ainsi que l'importation de capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être conformes aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités ... Dans les cas où une autorisation sera accordée, les capitaux importés et les revenus qui en proviennent seront régis par les termes de cette autorisation, par la loi nationale en vigueur et par le droit international. Les bénéfices obtenus devront être répartis dans la proportion librement convenue, dans chaque cas, entre les investisseurs et l'Etat où ils investissent, étant entendu qu'on veillera à ne pas restreindre, pour un motif quelconque, le droit de souveraineté dudit Etat sur ses richesses et ses ressources naturelles. »<sup>900</sup>

**567.** Alors qu'au moment de l'adoption de la résolution, le principe de souveraineté permanente était envisagé comme une simple « doctrine »<sup>901</sup>, la valeur coutumière de l'ensemble cette résolution a été ultérieurement consacrée par les cours<sup>902</sup> et tribunaux internationaux<sup>903</sup>. De même, plusieurs résolutions<sup>904</sup> et accords internationaux ont consacré le principe<sup>905</sup>, convergeant vers une « proposition normative commune »<sup>906</sup>. Une des conséquences de la consécration conventionnelle et de l'existence coutumière de la

---

<sup>900</sup> Aux termes de cette résolution : « les pays insuffisamment développés ont le droit de disposer librement de leurs richesses naturelles... qu'ils doivent utiliser... de manière à se mettre dans une position plus favorable pour faire progresser davantage l'exécution de leurs plans de développement économique conformément à leurs intérêts nationaux, et pour encourager le développement de l'économie mondiale ».

<sup>901</sup> G. Fischer, « La souveraineté sur les ressources naturelles », *AFDI*, 1962, vol. 8, p. 518.

<sup>902</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, *C.I.J Recueil 2005*, p. 168, par. 244.

<sup>903</sup> *Texaco Overseas Petroleum c. Libye*, sentence, 19 janvier 1977, par. 87 : « En fonction des conditions de vote précédemment évoquées et traduisant une « *opinio juris communis* », la résolution 1803 (XVII) paraît au Tribunal de céans refléter l'état du droit coutumier existant en la matière. En effet, à partir du vote d'une résolution constatant l'existence d'une règle coutumière, les Etats expriment clairement leur opinion. » ; *Achmea B.V. c. République slovaque (II)*, Affaire C.P.A n° 2013-12, sentence sur la compétence et la recevabilité, 20 mai 2014, par. 244.

<sup>904</sup> Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international (résolution 3201 (S.VI) de l'Assemblée générale, en date du 1er mai 1974), Charte des droits et devoirs économiques des Etats (résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 1974).

<sup>905</sup> Le préambule de la Déclaration d'Helsinki de 1972, l'article 13 de la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités de 1978, le préambule de la Charte Européenne de l'énergie de 1991, l'article 18 du Traité sur la Charte de l'énergie de 1994, l'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, l'article 1 (4) du TBI entre la France et l'Argentine de 1991 : « Le présent Accord s'applique au territoire de chacune des Parties contractantes ainsi qu'à la zone maritime de chacune des Parties contractantes, ci-après définie comme la zone économique et le plateau continental qui s'étendent au-delà de la limite des eaux territoriales de chacune des Parties contractantes et sur lesquels elles ont, en conformité avec le droit international, des droits souverains et une juridiction aux fins de prospection, d'exploitation et de préservation des ressources naturelles. »

<sup>906</sup> G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, note n°899, p. 336.

souveraineté permanente est de rendre l'Etat seul titulaire de droits sur ses ressources naturelles non pas seulement en vertu de son droit interne, mais en vertu du droit international au point que « même s'il le voulait, un Etat [...] ne pourrait aliéner en perpétuité, ni en totalité ni en partie, les richesses et ressources naturelles présentes sur son territoire à des intérêts étrangers, publics ou privés »<sup>907</sup>.

**568.** La titularité des droits de l'Etat sur ses ressources naturelles est aux yeux du juge français un droit impératif. Celui-ci a reconnu que la résolution 1803 exprime un « consensus international sur le droit des Etats de subordonner à une autorisation préalable l'exploitation des ressources naturelles »<sup>908</sup>. En faisant entrer la loi étrangère d'admission des investissements dans son ordre public international au renfort de la résolution 1803, « véritable levier de l'intégration »<sup>909</sup>, le juge français utilise le droit international comme un « vecteur de l'introduction » jetant « un pont entre l'ordre public de l'arbitrage et la préservation des intérêts faisant l'objet d'un consensus au sein de la communauté des Etats »<sup>910</sup>. En conséquence, l'appui sur les normes internationales par le juge étatique atteste d'une certaine internationalisation de l'ordre public interne qui ne fait que renforcer la nature *erga omnes* du droit de souveraineté permanente de l'Etat sur ses ressources naturelles, puisque le juge étranger en assure le respect.

**569.** L'obligation de donner prédominance à ce droit est, nous semble-t-il, *a fortiori* plus importante pour l'arbitre international mandaté par les parties pour appliquer les règles de droit international public, à titre principal ou supplétif. La jurisprudence internationale est même allée jusqu'à s'interroger sur la nature impérative du droit d'expropriation comme corollaire du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles<sup>911</sup>.

**570.** Au vu de la prééminence du principe de souveraineté permanente, « l'Etat concédant conserve de façon permanente la jouissance de ses droits souverains »<sup>912</sup>. Tant et si bien que la privatisation ou la délégation de l'exploitation de ses ressources à des entités autres que ses organes n'a pas pour effet de transférer la titularité des droits qu'il possède sur ses ressources, que le droit international lui reconnaît de manière permanente. Alors, le contrat passé entre une entité paraétatique (comme *Petroecuador* en Equateur, PVDSA au Venezuela) et un investisseur pour l'exploitation des ressources naturelles est un contrat réputé être passé pour

---

<sup>907</sup> *Ibid.*, p. 337.

<sup>908</sup> Cour d'Appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, 16 janvier 2018, 15/217203 (*MK Group/S.A.R.L ONIX*), ajoutant que « les dispositions par lesquelles dans le respect du droit international, les Etats expriment leur souveraineté sur leurs ressources naturelles relèvent donc de l'ordre public international ».

<sup>909</sup> S. Bollée, « Chronique jurisprudence », *JDI*, n° 3, 2018, p. 896.

<sup>910</sup> *Ibid.*

<sup>911</sup> *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, 19 janvier 1977, par. 77.

<sup>912</sup> *Ibid.*

les intérêts propres de l'Etat puisque l'entité ne dispose pas de droits propres sur lesdites ressources, même si l'entité qui le conclut dispose d'une personnalité juridique distincte.

**571.** C'est donc bien le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles qui constitue la source primaire permettant d'établir la volonté subjective de rattachement des engagements de l'entité paraétatique à l'Etat. Réciproquement, ce principe permet à l'Etat de subroger l'entité dans ses réclamations contractuelles contre l'investisseur exploitant ses ressources naturelles puisque le contrat passé par une entité distincte de l'Etat « ne s'analyse pas en une aliénation de cette souveraineté. »<sup>913</sup>

**572.** Cette approche, au stade du procès incident et de l'action reconventionnelle, permet de dépasser l'écran de personnalité juridique de l'entité et d'endosser les engagements que l'entité a pu passer avec l'investisseur, non pas pour son propre compte mais pour celui de l'Etat.

**573.** Le démembrement des parties complexifie l'analyse de la connexité factuelle et plus largement de la recevabilité des demandes reconventionnelles. L'impact du contrôle de l'investisseur sur une entité locale ou de l'Etat sur une entité juridiquement distincte est encore à apprivoiser. Reste que si l'assimilation des engagements d'une entité à l'Etat a le potentiel d'élargir la connexité factuelle (et faciliter l'identité des parties) puisque l'Etat peut théoriquement endosser les droits de son entité, l'assimilation s'est principalement faite au bénéfice de l'investisseur sans toujours trouver de réciprocité sur le plan reconventionnel. Malgré certaines tentatives prétoriennes d'assimilation, le phénomène du démembrement des parties sur la question de la titularité des droits a un besoin de clarification accru. L'analyse du contentieux reconventionnel donne à voir qu'un développement normatif favorable à un assouplissement du principe de l'identité des parties n'est pas à exclure. Cet assouplissement peut se réaliser en déplaçant la focale sur l'opération d'investissement. Alors, l'appréciation du lien de connexité factuelle entre la demande reconventionnelle et l'objet du différend tend à se concentrer davantage sur la notion d'investissement que sur celle d'investisseur.

## *Section 2 L'instrumentalisation de la notion d'investissement à des fins offensives*

**574.** En arbitrage transnational, la notion d'investissement est au cœur de la relation juridique entre les parties et donc du lien de connexité factuelle entre l'action principale et reconventionnelle. Par exemple, il ressort très clairement de la lecture combinée des articles 46 et 25 de la Convention CIRDI que l'action reconventionnelle est soumise à une double

---

<sup>913</sup> *Ibid.*

connexité puisque « [l']article 25 exige une relation directe avec un investissement [et] l'article 46 un rapport direct avec l'objet du différend »<sup>914</sup>. Ainsi, le lien de connexité avéré entre la reconvention et l'action principale suppose que le différend soit « *en relation directe avec un investissement* », objet du différend<sup>915</sup>. Mais alors que l'investissement est une notion centrale de la compétence matérielle des tribunaux, elle ne fait pas l'objet de discussion particulièrement détaillée au stade de la recevabilité de la demande reconventionnelle. Le rôle joué par la notion en tant qu'objet de la connexité demeure assez flou puisque la vérification de l'existence d'un investissement est une condition-précédent de la compétence *directe* que les arbitres relèvent d'office.

**575.** En élargissant le champ des investigations, il apparaît toutefois que la notion d'investissement joue un rôle qui va au-delà de l'argument d'incompétence. En sondant comment les tribunaux apprécient la recevabilité des demandes accessoires soumises à l'exigence de connexité, il ressort que, comme la notion de contrôle, la notion d'investissement peut être utilisée par les parties pour investir des aspects substantiels du différend. Elle est « instrumentalisée », c'est-à-dire qu'elle est utilisée soit pour obtenir quelque chose de plus que le rejet de la demande principale (II) soit pour préciser et élargir l'objet du différend (I). Bien que ces stratégies ne soient pas toujours revêtues de l'habit reconventionnel, elles permettent de préciser le rapport entretenu entre la connexité et la notion d'investissement et comment cette dernière peut être utilisée à des fins offensives.

### ***I. L'investissement objet de délimitation du différend***

**576.** Puisqu'un différend s'entend notamment comme « un désaccord sur un point de droit *ou de fait* »<sup>916</sup>, il n'est pas rare que les parties soient amenées à instrumentaliser les faits à leur

---

<sup>914</sup> *Antoine Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 283.

<sup>915</sup> Pour une évocation du « test à double-entrée » *Abaclat et al. (anciennement Giovanna A. Beccara et al.) c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, sentence sur la compétence et l'admissibilité, 4 août 2011, par. 344. Pour les arbitrages autres que CIRDI, le traité est l'instrument de référence pour qualifier l'opération d'investissement protégé. Voir *Guaracachi America, Inc. et Rurelec PLC c. Bolivie*, Affaire C.P.A n° 2011-17, sentence, 31 janvier 2014, par. 364: « *The Tribunal also considers that it is not appropriate to import "objective" definitions of investment created by doctrine and case law in order to interpret Article 25 of the ICSID Convention when in the context of a non-ICSID arbitration such as the present case. On the contrary, the definition of protected investment, at least in non-ICSID arbitrations, is to be obtained only from the (very broad) definition contained in the BIT* ». Mais on observe une multiplication des emprunts à la jurisprudence CIRDI par les tribunaux CNUDCI concernant la définition de l'investissement. Voir par exemple *Alps Finance c. République slovaque*, CNUDCI, sentence, 5 mars 2011, par. 241: « *A more than abundant number of cases have contributed to elucidate the notion of investment under the ICSID Convention and, more in general, international customary law. It is now common ground that the necessary conditions or characteristics to be satisfied for attributing the quality of "investment" to a contractual relationship include: (a) a capital contribution to the host-State by the private contracting party, (b) a significant duration over which the project is implemented and (c) a sharing of operational risks inherent to the contribution together with long-term commitments* ».

<sup>916</sup> *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, CPJI., série A, n° 2, p. 11.

avantage une fois l'instance engagée afin d'élargir l'objet du différend. Comme nous l'avons observé dans le précédent Chapitre, la caractérisation de l'objet du différend n'est pas une tâche laissée à la disposition des parties<sup>917</sup>. Il est donc parfaitement compréhensible que les demandes accessoires entretenant un lien de connexité – factuel ou juridique – avec la demande principale, telles que les demandes additionnelles, reconventionnelles ou encore les demandes en intervention permettent « [l'] élargissement du contenu du procès au-delà des termes objectifs ou subjectifs de la requête initiale »<sup>918</sup>.

**577.** Dans le contentieux transnational ces demandes prennent appui sur la notion d'investissement protégé, objet du litige, pour faire entrer aux débats des considérations factuelles ou substantielles nécessaires à la résolution du différend qui n'étaient pas nécessairement présentes dans l'acte de saisine. La notion d'investissement peut donc être étendue tant sur le plan matériel (l'inexécution d'une sentence sera considérée comme étant une partie de l'investissement) que sur le plan temporel (des actes postérieurs à la saisine peuvent s'ajouter à la requête initiale) pour absorber de nouvelles réclamations auxiliaires et satisfaire la condition de connexité factuelle.

**578.** A l'instar des demandes reconventionnelles, la recevabilité de certaines demandes accessoires comme la demande additionnelle (A) ou celle de consolidation (B) exige d'établir un lien de connexité factuelle entre ces demandes et l'objet du différend. Caractérisée avec souplesse, la teneur de ce lien s'établit au regard des circonstances et des événements entourant l'opération d'investissement. Un regard sur la manière dont les tribunaux apprécient le lien de connexité entre les demandes additionnelles et de consolidation permet d'éclaircir le rôle joué par la notion d'investissement dans la délimitation de l'objet du différend et intéresse la recevabilité des demandes reconventionnelles.

#### *A. L'investissement au cœur de la connexité des demandes additionnelles*

**579.** La question du lien de connexité entre une réclamation et l'investissement intervient à plusieurs moments de la procédure de règlement du différend. En effet, les cas les plus courants de contestation du bien-fondé du rapport entretenu par une réclamation et un investissement se manifestent dès le début de l'instance, au sujet du lien entre l'objet de la requête formulée par l'investisseur et l'objet du différend. Ainsi est-il très fréquent pour l'Etat d'avancer un motif

---

<sup>917</sup> *Supra*, Chapitre 2, par.393 et suivant.

<sup>918</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 21, p. 345.

d'irrecevabilité contre une demande qui n'aurait pas été clairement détaillée dans la requête<sup>919</sup> ou exclue de la négociation préalable. Sur ce point, la jurisprudence fait montre de souplesse et accepte que la formulation d'une requête soit faite « sans préjudice » de réclamations ultérieures<sup>920</sup>.

**580.** L'investisseur peut décider d'élargir sa requête d'une demande incidente ou additionnelle entretenant un lien de connexité factuel avec le différend d'investissement. Les demandes incidentes et additionnelles offrent un prisme intéressant pour comprendre la relation entre l'investissement et la dimension factuelle de la connexité. L'étude de la recevabilité des demandes additionnelles est d'autant plus pertinente que dans le cadre des Règlements d'arbitrage applicables tant à la Convention CIRDI qu'au Mécanisme Supplémentaire, les demandes incidentes, additionnelles et reconventionnelles sont regroupées au sein d'un même article sous le vocable de « demandes accessoires »<sup>921</sup>. Deuxièmement, qu'elles soient additionnelles ou reconventionnelles, ces demandes accessoires se greffent sur l'instance principale et « viennent en cours de procédure en préciser l'étendue véritable »<sup>922</sup>. Comme pour les demandes reconventionnelles, l'investisseur qui formule des demandes additionnelles vise à obtenir « quelque chose de plus »<sup>923</sup> que sa requête initiale. Surtout, pour les arbitrages CIRDI les demandes accessoires sont soumises à la condition de connexité avec l'objet du différend. La note explicative de l'article 40 du Règlement d'arbitrage CIRDI nous enseigne que le test

---

<sup>919</sup> *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, Affaire CIRDI N° ARB/01/8, décision sur la compétence, 17 juillet 2003, par. 92-93 : « *The first question concerns the absence of a relationship between the original dispute and the dispute as stated in the Request for Arbitration. According to the Republic of Argentina, CMS, [...] prior to notifying its consent to international arbitration, requested payment [...] the appropriate adjustments to the tariffs [...]. However, the subsequent Request for Arbitration alleges loss by CMS of the expected benefits of its investments [...]. Consequently, the argument follows, the Request for Arbitration implies a claim different from the one submitted by the investor [...] The Republic of Argentina argues that CMS modified the terms of the dispute along its development. [...] Consequently, it is argued, neither a dispute related to clearly identified issues between the parties nor a concrete claim was raised until CMS submitted its Memorial.* »

<sup>920</sup> *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° (AF)/11/2, sentence, 4 avril 2016, par. 449, 450, 454 : « *is the Tribunal faced with two different disputes, which would require a new notice of dispute and new amicable settlement, or with the evolution of the same dispute? The Tribunal considers that the relevant inquiry in these circumstances is whether the disagreements at issue in the two settings relate to the same "subject-matter".... Far from giving rise to a new dispute, the [contract] rescission only entailed an enlargement of the set of facts rather than new facts giving rise to a new dispute. As a result, the [contract] rescission is in reality part and parcel of the same [treaty] dispute which had arisen with the Permit denial earlier on.* »

<sup>921</sup> Article 40 du Règlement d'arbitrage CIRDI : « Demandes accessoires : sauf accord contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle se rapportant directement à l'objet du différend à condition que cette demande accessoires soit couverte par le consentement des parties et qu'elle relève par ailleurs de la compétence du Centre. » ; Article 47 du Mécanisme supplémentaire CIRDI « Demandes accessoires : Sauf accord contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle à condition que cette demande accessoire soit couverte par la clause compromissoire entre les parties. »

<sup>922</sup> J.C Witenberg, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI*, 1932, vol. 41, p. 25.

<sup>923</sup> Pour emprunter les termes d'Anzilotti au sujet des demandes reconventionnelles.

pour satisfaire la condition de connexité est celui de savoir si la connexité factuelle entre la réclamation initiale et la réclamation accessoire est si étroite que l'adjudication de la réclamation accessoire est nécessaire pour permettre la résolution définitive du différend<sup>924</sup>. En somme, le critère de distinction entre une demande additionnelle et reconventionnelle tient essentiellement à la qualité de la partie qui la formule (demandeur ou défendeur). Il n'est donc pas surprenant que certains tribunaux considèrent que le test de la connexité applicable aux demandes reconventionnelles est identique à celui requis pour les demandes additionnelles<sup>925</sup> qui appartiennent à la catégorie des demandes accessoires.

**581.** Dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le critère décisif d'appréciation du lien était de savoir si les griefs invoqués à titre additionnel étaient de même nature que la requête initiale, et si les droits de l'investisseur en cause concernaient la même opération protégée par le traité :

« *The argument that the background to the so-called two disputes is different is also not a deciding factor as to whether there are one or two disputes. What the Tribunal has to look at is the nature of the dispute or disputes; their background may be different but again, what counts is whether the rights of the investor have been affected or not and whether the claims arise directly out of the same subject-matter.* »<sup>926</sup>

**582.** La connexité est une notion suffisamment flexible pour laisser entrer dans le différend des faits en rapport avec l'investissement sans que ceux-ci ne soient exhaustivement égrainés dans la demande principale. Comme l'a relevé le tribunal *Gran Colombia c. Colombie*, au sujet d'une demande additionnelle formulée par l'investisseur, le « test » de la connexité participe à la caractérisation de l'objet du différend :

---

<sup>924</sup> Traduction libre de « *The test to satisfy this condition is whether the factual connection between the original and the ancillary claim is so close as to require the adjudication of the latter in order to achieve the final settlement of the dispute, the object being to dispose of all grounds of dispute arising out of the same subject matter.* ». Voir aussi *Itera International Energy LLC and Itera Group NV c. Georgia (I)*, Affaire CIRDI n° ARB/08/7, décision sur l'admissibilité et les demandes accessoires, 4 décembre 2009, par. 100 : « *However, under Article 46 of the Washington Convention and Rule 40 of the ICSID Rules, efficiency considerations are not in themselves decisive for whether or not a new claim shall be accepted as an ancillary claim, but the subject-matter must be the same, which means that the link between the claims must be so strong that the examination of one claim cannot be carried out adequately without the other claim being adjudicated at the same time.* »

<sup>925</sup> *M. Meerapfel Söhne AG c. République centrafricaine*, extraits de sentence, par. 446 : « En ce qui concerne les conditions nécessaires à la recevabilité d'une demande reconventionnelle, qui sont les mêmes que celles applicables aux demandes additionnelles exposées ci-dessus, le Tribunal estime que la demande de la Défenderesse se rapporte directement à l'objet du présent litige. » ; *Lao Holdings N.V. c. Laos (II)*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/16/2, ordonnance n°3, 14 novembre 2017, par. 10 : « *First, Article 47 of the Arbitration (Additional Facility) Rules makes clear that the admissibility of ancillary claims is governed by the same regime whether the ancillary claim at issue is an incidental claim, an additional claim, or a counterclaim. m at issue is an incidental claim, an additional claim, or a counterclaim. No distinction is drawn between these three types of ancillary claims.* » , voir toutefois *infra*, par. 587 et suivant.

<sup>926</sup> *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, Affaire CIRDI N° ARB/01/8, décision sur la compétence, 17 juillet 2003, par. 111 ; *Cambodia Power Company c. Cambodge and Electricité du Cambodge*, Affaire CIRDI n° ARB/09/18, décision sur la requête du demandeur concernant Electricité du Cambodge, 19 avril 2011, par. 35.

« *the subject matter of the dispute cannot be defined strictly by the boundaries of the original legal claims, or the test would become a tautology requiring that any new claims arise directly from prior claims, which by definition any 'additional' claim (as distinct from a purely 'incidental' claim) could never satisfy. For the test to have any meaning, 'the dispute' must be defined as having an objective subject matter that is broader than the original legal claims themselves, so as to allow for the possibility of an 'additional' claim that is distinct from the prior claims, but still arises directly out of the same subject matter of the general dispute* »<sup>927</sup>.

**583.** Ainsi, pour juger recevables les demandes additionnelles ou incidentes, les tribunaux d'investissement se livrent à un examen relativement souple du lien entretenu par la demande additionnelle avec l'objet du différend, acceptant d'élargir l'analyse factuelle sur le plan matériel et temporel. La connexité factuelle permet d'étendre l'objet du différend à des faits nouveaux, au centre d'une demande additionnelle : « *[The] "factual connection" between the original and ancillary claims ... does not mean that an ancillary claim cannot involve additional facts – simply that any additional factual inquiry must have a sufficient connection to the matrix of facts already present in the dispute before the tribunal. A factual connection is not the same as an identity of facts.* »<sup>928</sup>

**584.** Il n'est donc pas nécessaire qu'une demande additionnelle soit relative à des faits identiques que ceux à l'appui d'une demande principale mais simplement qu'elle entretienne un lien suffisant avec la matrice factuelle du différend.

**585.** La question de savoir si les demandes additionnelles peuvent porter sur des investissements autres que ceux mentionnés dans la requête est plus débattue. Par exemple, au renfort d'un « objectif d'uniformité »<sup>929</sup> et d'économie procédurale, certains tribunaux ont accepté les demandes nouvelles relatives à des investissements connexes possédés par les

---

<sup>927</sup> *Gran Colombia Gold Corp. c. Colombie*, Affaire CIRDI n° ARB/18/23, décision sur la demande de bifurcation, 23 novembre 2020, par. 150.

<sup>928</sup> *Ibid*, par. 151.

<sup>929</sup> *Italie c. Cuba*, sentence intérimaire, 15 mars 2005, par. 93.

mêmes investisseurs<sup>930</sup>. D'autres arbitres ont rejeté cette possibilité<sup>931</sup>. Si l'interdépendance entre les différents investissements peut avoir un effet décisif pour l'admissibilité des demandes additionnelles, les arbitres semblent en réalité prendre des positions divergentes sur le rôle joué par les considérations d'économie procédurale dans l'interprétation de la connexité. Dans l'affaire *Itera International Energy LLC and Itera Group NV c. Géorgie*, la majorité a rejeté les demandes additionnelles fondées sur un autre investissement expliquant que l'objectif d'économie procédurale n'était pas un facteur « *decisive for whether or not a new claim shall be accepted as an ancillary claim* »<sup>932</sup>. L'arbitre dissident jugeait au contraire que « *procedural effectiveness ... has been at all times the reason behind the rule on ancillary claims, which seeks to avoid the unnecessary multiplication and duplication of proceedings.* »<sup>933</sup>

**586.** Il est intéressant de relever que la notion de connexité exigée par la Convention et le Règlement d'arbitrage CIRDI, est appliquée par analogie dans le cas des arbitrages conduits sur le fondement du Mécanisme Supplémentaire qui ne prévoit pas explicitement cette condition<sup>934</sup>. Le Tribunal dans l'affaire *ADF c. Etats-Unis* a jugé que l'exigence de connexité des demandes additionnelles est une condition « implicite »<sup>935</sup>. Avec plus de prudence quant à

---

<sup>930</sup> *Ibid.*, par. 95-96 : « Ecarter des demandes nouvelles au simple motif qu'elles n'ont pas suivi la procédure de l'Article 10(2) [clause de règlement des différends] irait à l'encontre de cet objectif d'uniformité, puisque ceci impliquerait l'initiation pour ces demandes nouvelles de procédures d'arbitrage nouvelles sans aucune garantie de ce que les mêmes arbitres seraient nommés. Il en résulterait un risque sérieux de décisions contradictoires. La nécessité d'éviter qu'un tel risque se matérialise conduit à accepter des demandes nouvelles après que la procédure d'arbitrage ait été initiée, à condition, toutefois qu'elles ne soient pas soumises à une date incompatible avec le respect d'un calendrier de procédure raisonnable et qu'il ne soit pas porté atteinte au droit d'être entendu des parties. ... Enfin, une telle solution est confortée par le souci d'économie procédurale. »

<sup>931</sup> *Itera International Energy LLC and Itera Group NV c. Georgia (I)*, Affaire CIRDI n° ARB/08/7, décision sur l'admissibilité des demandes accessoires, 4 décembre 2009, par. 101. ; *ADF Group Inc. c. Etats-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/1, sentence, 9 janvier 2003, par. 144 : « *We consider that an incidental or additional claim in the instant case must arise directly out of the Investor's claims about the Springfield Interchange Project.* ».

<sup>932</sup> *Ibid.*, par. 100.

<sup>933</sup> *Ibid.*, Opinion dissidente de F. Orrego Vicuña. Sur le rôle joué par l'économie procédurale et les principes d'administration de la justice, voir *Infra*, Chapitre 4, par. 803 et suivant.

<sup>934</sup> Article 47 du mécanisme supplémentaire « Sauf accord contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle à condition que cette demande accessoire soit couverte par la clause compromissoire entre les parties. » (italiques ajoutées). L'application par analogie confirme que la notion peut être considérée comme un principe général de procédure, *Supra*, par. 439.

<sup>935</sup> *ADF Group Inc. c. Etats-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/1, sentence, 9 janvier 2003, par. 144: « *The Investor's claims concerning "other projects" are not properly regarded as "incidental or additional" claims within the meaning of Article 47(1) of the ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules. This Article does not define or elaborate on "incidental or additional" claims. Article 46 of the ICSID Convention and Rule 40(1) of the ICSID Arbitration Rules do provide some elaboration on "incidental or additional" claims, and while these two instruments are not applicable to Additional Facility cases, like the instant case, they often do supply, in our opinion, relevant, and even close, analogues for terms used in the Additional Facility Rules. Rule 40 of the ICSID Arbitration Rules, entitled "Ancillary Claims" essentially tracks the language of Article 46 of the ICSID Convention and requires, inter alia, that ancillary claims, that is—incidental claims and additional claims— "aris[e] directly out of the subject matter of the dispute." It is not necessary to distinguish between "incidental claims" and "additional claims;" both must satisfy the requirement of a close relationship with or connection to the original or primary claim.* »

l'ajout d'une condition implicite de connexité à l'article 47 du Mécanisme supplémentaire, d'autres arbitres ont admis la possibilité qu'une telle démonstration soit faite<sup>936</sup>.

**587.** Le Tribunal dans l'affaire *Lao Holding*<sup>937</sup> a accepté la demande additionnelle d'un investisseur relative à la non-exécution d'une sentence arbitrale concernant un investissement qu'il contrôlait indirectement<sup>938</sup>. Le Tribunal a d'abord clarifié qu'il pouvait exister une différence entre les demandes incidentes et les demandes additionnelles. Pour les premières, une exigence de connexité serait implicitement requise<sup>939</sup>. Pour les secondes, cette exigence sans être apparente dans le texte du Mécanisme supplémentaire pourrait être faite par analogie avec les termes de la Convention CIRDI<sup>940</sup>. Refusant de trancher la question de manière définitive, il a néanmoins effectivement constaté que le test de la connexité entre la demande

---

<sup>936</sup> *Lao Holdings N.V. c. Laos (II)*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/16/2, ordonnance n° 2, 23 octobre 2017, (avec *Sanum Investments Limited c. République démocratique du Laos (II)*, Affaire CIRDI n° ADHOC/17/1, ordonnance n°3, par. 8 « *The question, though, is whether Article 47 implicitly contains an additional requirement - beyond the facial requirements set forth in its terms - that an ancillary claim must bear some relationship to the existing claims before it can be admitted to the proceedings ... "[a]n argument could be made that the criteria of some relationship between the existing claims and the additional claim is still implied, but that would be an inference, not drawn from the text of Article 47 itself...."* »).

<sup>937</sup> *Ibid*, ordonnance n° 2, par; 32 « *As a matter of efficiency, of course, it would be better for all concerned if the dispute over non-recognition of the 2016 SIAC Award could be decided by the same tribunal considering other disputes between the Parties. That would prevent the further multiplicity of proceedings between Parties who already have confronted one another in too many proceedings over too many years - whereas the consequence of their not agreeing to consolidate the new claim with the proceeding will likely be the filing of yet another arbitration, presumably an ad hoc case under the China-Laos BIT. The Tribunal regrets the inefficiencies and the additional burdens and costs that inevitably will result. But this calculus is for the Parties to weigh, not for the Tribunal to consider in evaluating the admissibility of an additional claim under Article 47. For purposes of the latter determination, the Tribunal is mandated by the terms of Article 47 to consider the scope of the Parties' agreement to arbitrate in this case. For purposes of claims by Sanum, at least, that agreement to the ICSID Additional Facility Rules was limited to the matters contained in Sanum's Notice of Arbitration. »*

<sup>938</sup> *Lao Holdings N.V. c. Laos (II)*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/16/2, ordonnance n° 3, par. 14 : « *The point, however, is that while the additional claims Lao Holdings now seeks to run certainly will require delving into further and different facts than the claims pleaded earlier in its Amended Notice of Arbitration, these claims still are not unrelated to the general subject matter of the earlier dispute, and certainly are presented under the same juridical instrument as the earlier claims. In these circumstances, the Tribunal is unable to conclude that even if Article 47 were interpreted as implying a « connection » test that does not appear on its face, the additional claims would not be inadmissible for failure to satisfy such a test. Of course, if the Tribunal instead were to limit itself to a textual reading of Article 47 (distinguishing it from the plain text of the Convention and Arbitration Rules), then the additional claims would be admissible in these proceedings without even having to show a connection between such claims and those earlier pleaded ».*

<sup>939</sup> *Ibid*, « *the specific wording of Article 47 with respect to ancillary claims becomes important. Article 47(1) covers two different types of ancillary claims, described as "incidental" and "additional" claims. The word "incidental" is not defined, but the plain meaning of the term connotes something that happens in connection with something else, as a minor consequence of or an accompaniment to the other matter. As a result, a connection or relationship with an existing claim is a definitional requirement of an incidental claim. By contrast, the word "additional" does not, in and of itself, require a connection to an existing claim. This may be why additional language requiring a connection was included in Article 40 of the Arbitration Rules, limiting a party's ability to present an additional claim to those claims "arising directly out of the subject-matter of the dispute ».*

<sup>940</sup> *Ibid*, « *An argument could be made that the criteria of some relationship between the existing claims and the additional claim is still implied, but that would be an inference, not drawn from the text of Article 47 itself, and generally would require a degree of evidence that the Parties have not presented here, about the intended relationship generally of the Arbitration (Additional Facility) Rules (for cases not governed by the ICSID Convention) to the Arbitration Rules (for cases so governed) ».*

additionnelle et « *the subject matter of the dispute* » serait rempli en l'espèce<sup>941</sup>. Ainsi, le Tribunal a accepté la demande additionnelle concernant la non-exécution d'une sentence arbitrale par l'Etat relative à l'investissement en cause.<sup>942</sup>

**588.** Les liens étroits pouvant exister entre les investissements au regard des objectifs qu'ils poursuivent ou des instruments applicables peuvent donc justifier l'admissibilité d'une demande additionnelle. L'appréciation de la connexité pour ces demandes se fera de manière casuistique. La notion est suffisamment souple pour permettre d'étendre le différend d'investissement à d'autres investissements connexes possédés par un même investisseur<sup>943</sup>.

**589.** Vu par le prisme de la demande additionnelle ou accessoire, il apparaît donc que la condition de connexité est satisfaite chaque fois que la réclamation est relative à l'investissement en cause entendu comme l'objet du différend entre les parties. Pour être admissibles, il n'est donc pas nécessaire que les actes en cause, objets d'une demande additionnelles, soient directement dirigés contre la propriété de l'investissement, ils peuvent concerner des actes connexes et postérieurs tels que des procédures judiciaires ou arbitrales ou encore, parfois, des investissements connexes détenus par un même investisseur. Les tribunaux recherchent donc une certaine unité dans les événements d'une même opération pour apprécier la recevabilité des demandes additionnelles.

**590.** Sensiblement distincte, la recevabilité des demandes de consolidation apporte un éclairage complémentaire sur la souplesse de l'appréciation de la connexité factuelle entre différentes procédures et le rôle joué par la notion d'investissement.

---

<sup>941</sup> *Ibid*, paras 8-9. « *The question, though, is whether Article 47 implicitly contains an additional requirement - beyond the facial requirements set forth in its terms - that an ancillary claim must bear some relationship to the existing claims before it can be admitted to the proceedings. ...al Facility) Rules, even though no such requirement is stated in its express text. ...The Tribunal has debated whether to engage in such an analysis on its own, in order to try to render a definitive decision on the issue. In the end, however, the Tribunal is persuaded that there is no need to go down this road, and therefore ultimately does not express any view on whether, with regard to the requirements for admissibility of ancillary claims, there is a difference in approach or a basic similarity between the ICSID Convention and the Additional Facility. This is because even assuming arguendo that a connection to the original claims is required implicitly for cases proceeding under the Additional Facility, that connection still could be established in this case.* »

<sup>942</sup> *Ibid*, par. 13.

<sup>943</sup> *Tokios Tokelés c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/18, décision sur la compétence, 29 avril 2004, par. 9 : « *For a dispute to arise directly out of an investment, the allegedly wrongful conduct of the government need not be directed against the physical property of the investor. The requirement of directness is met if the dispute arises from the investment itself or the operations of its investment, as in the present case. The scope of this requirement was addressed by the first ICSID tribunal, Holiday Inns S.A. c. Morocco, which found jurisdiction over loan contracts that were separate but related to the investment agreement, emphasizing 'the general unity of an investment operation'.* »

## ***B. La consolidation des demandes liées à une même opération d'investissement***

**591.** Comme pour les demandes additionnelles et reconventionnelles, les demandes de consolidation peuvent être sollicitées lorsque deux affaires entretiennent un lien de connexité suffisamment étroit pour justifier qu'elles soient réunies au sein d'une même instance. Bien que les demandes de consolidation et les demandes reconventionnelles soient des prétentions distinctes, elles répondent à une finalité identique : celle de réunir dans une même instance l'ensemble des désaccords sur des points de droit ou de fait. Plusieurs traités<sup>944</sup>, modèles d'accord<sup>945</sup> et règlements d'arbitrage<sup>946</sup> permettent que soient consolidées des réclamations ayant un rapport de connexité entre elles. C'est le cas du CIRDI qui a récemment proposé un amendement à son règlement de procédure d'arbitrage pour permettre la consolidation, soumise à l'accord conjoint des parties<sup>947</sup>. D'autres institutions arbitrales visent à inclure des dispositions expresses permettant une consolidation des arbitrages introduits dans différents forum arbitraux<sup>948</sup>. Certaines institutions vont plus loin que le CIRDI puisque la consolidation

---

<sup>944</sup> TBI France-Colombie (17 juillet 2014, entré en vigueur le 14 octobre 2020), article 15 (23) : « Si deux ou plusieurs requêtes d'arbitrage ont été déposées séparément en application du présent article, que les réclamations soulèvent des questions juridiques ou factuelles similaires et interviennent à propos des mêmes événements ou circonstances, toute partie en litige peut solliciter une ordonnance de consolidation, en accord avec l'ensemble des parties en litige pour lesquelles l'ordonnance de consolidation est sollicitée ou conformément aux termes du présent article » ; Article 29 du TBI entre le Maroc et le Nigéria : « 1) *Where two or more claims have been submitted separately to arbitration under Articles 27 and 28 respectively and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, any disputing party may seek a consolidation order in accordance with this Agreement of all the disputing Parties sought to be covered by the order.* 2) *The Parties at the Joint Committee shall agree on the procedure for consolidation and who shall be the appointing authority.* » ; Article 8.43 (1) du CETA : « 1. *When two or more claims that have been submitted separately pursuant to Article 8.23 have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, a disputing party or the disputing parties, jointly, may seek the establishment of a separate division of the Tribunal pursuant to this Article and request that such division issue a consolidation order* » (nous soulignons).

<sup>945</sup> Article 199.7 du modèle néerlandais d'accord d'investissement, mai 2019 : « *If two or more claims have been submitted separately to arbitration under this Article and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, the claimants may seek a consolidation order at a Tribunal. After giving all disputing parties the opportunity to be heard, the Tribunal shall in principle accept such request for consolidation, especially where the claimants are small and medium sized enterprises.* »

<sup>946</sup> G. Smith, « Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules », *Journal of International Arbitration*, 2018, vol. 35, n° 2, p. 176.

<sup>947</sup> Proposition d'amendement des Règlements du CIRDI, document de travail n° 4, vol. 2, 2020, Règlement d'arbitrage, article 46 (1) : « Les parties à deux ou plusieurs arbitrages en cours et administrés par le Centre peuvent convenir de consolider ou coordonner ces arbitrages », p. 56.

<sup>948</sup> Règlement de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2017, applicable au contentieux entre Etat et investisseur qui permet à une partie de soumettre une requête concernant plusieurs contrats liés à une même opération si « *the claims in the arbitration are made under multiple but compatible arbitration agreements between the same or related parties, those claims involve common questions of law or fact, and the remedy or relief claimed arises out of the same transaction or series of transactions.* ».

peut être sollicitée par une seule des deux parties<sup>949</sup>.

**592.** Le lien justifiant une consolidation peut provenir d'une même origine factuelle : un Etat adopte une série de mesures qui impactent plusieurs investisseurs ou encore, plusieurs investisseurs sont liés par divers instruments qui entretiennent un rapport de dépendance économique entre eux justifiant de concentrer les différends y afférant en une seule instance.

**593.** A l'instar des demandes reconventionnelles et additionnelles, la recevabilité d'une demande en consolidation repose donc essentiellement sur la preuve d'un lien de connexité entre les demandes et l'objet du différend. Sauf disposition contraire, elle peut être sollicitée par une des deux parties et l'opportunité de concentrer les prétentions dans une même instance relève du pouvoir souverain d'appréciation des arbitres.

**594.** En application de l'article 1126 de l'ALENA<sup>950</sup>, et sur demande des Etats Unis, un Tribunal a accepté de consolider trois procédures relatives aux mesures anti-dumping américaines restreignant l'importation de bois (*softwood*) ayant impacté plusieurs investisseurs canadiens<sup>951</sup>. Les trois investisseurs s'opposaient à la consolidation au motif que la condition exigeant que les réclamations aient « *a question of law or fact in common* » nécessitait d'établir que les faits avaient des points commun et non pas qu'ils étaient similaires (« *commonality, not similarity* »<sup>952</sup>). Examinant la réalité du lien de connexité entre les différentes procédures au regard notamment du principe de l'économie procédurale, le Tribunal a décidé que la

---

<sup>949</sup> Règlement d'arbitrage de la CCI, 1<sup>er</sup> janvier 2021, article 10 : « *The Court may, at the request of a party, consolidate two or more arbitrations pending under the Rules into a single arbitration, where: a) the parties have agreed to consolidation; or b) all of the claims in the arbitrations are made under the same arbitration agreement or agreements; or c) the claims in the arbitrations are not made under the same arbitration agreement or agreements, but the arbitrations are between the same parties, the disputes in the arbitrations arise in connection with the same legal relationship, and the Court finds the arbitration agreements to be compatible.* » ; Voir aussi l'article 4 du Règlement suisse d'arbitrage international de 2012 : « *Lorsqu'une notification d'arbitrage est soumise entre des parties déjà impliquées dans une autre procédure arbitrale pendante sous l'égide du présent Règlement, la Cour peut décider, après consultation des parties dans toutes les procédures arbitrales, ainsi que de tout arbitre que la nouvelle affaire sera consolidée avec la procédure arbitrale pendante. La Cour peut procéder de la même façon lorsqu'une notification d'arbitrage est soumise entre des parties qui ne sont pas identiques aux parties dans la procédure arbitrale pendante. En rendant sa décision, la Cour prend en compte toutes les circonstances pertinentes, y compris les liens entre les affaires et le degré d'avancement de la procédure en cours.* » ; Voir Gordon Smith, « *Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules* », *Journal of International Arbitration*, 2019, vol. 35, n° 2, p. 176. L'auteur liste les règlements d'arbitrage qui ne requièrent pas le consentement des deux parties pour la consolidation, notamment celui de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) ; du Centre d'arbitrage international de Singapour (SIAC) et du centre d'arbitrage international de Hong Kong (HKIAC).

<sup>950</sup> ALENA (17 décembre 1992), article 1126 : « *Where a Tribunal established under this Article is satisfied that claims have been submitted to arbitration under Article 1120 that have a question of law or fact in common, the Tribunal may, in the interests of fair and efficient resolution of the claims, and after hearing the disputing parties, by order: a. assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims; or b. assume jurisdiction over, and hear and determine one or more of the claims, the determination of which it believes would assist in the resolution of the others.* »

<sup>951</sup> *Canfor Corporation c. Etats-Unis ; Terminal Forest Products Ltd. c. Etats-Unis ; Tembec et al. c. Etats-Unis Affaire CNUDCI*, ordre de consolidation, 7 décembre 2005.

<sup>952</sup> *Ibid.*, par. 34.

consolidation permettait d'éviter les situations de « *procedural harassment* »<sup>953</sup> où l'Etat serait poursuivi par plusieurs investisseurs pour des différends concernant des faits identiques.

**595.** Pour parvenir à ce résultat, le Tribunal s'est appuyé sur les travaux préparatoires de l'ALENA et constaté que le droit de solliciter la consolidation était initialement réservé aux Etats avant d'être finalement étendu aux « parties » par un souci d'égalité procédurale. Mais selon lui, le fait que les deux parties soient titulaires du droit de demander une consolidation « *does not take away its intended purpose and object, which are procedural economy in the light of the position of State Parties in particular.* »<sup>954</sup>. En effet, le but de la consolidation des demandes en lien de connexité entre elles est bien « *alleviating the resources of the State Parties in defending against multiple claims* »<sup>955</sup>. La concentration des griefs au sein d'une même instance qui s'illustre dans la notion de connexité est une finalité que la consolidation partage avec la recevabilité des demandes reconventionnelles. Précisant que la réalité des faits en commun entre les différends n'est évidemment pas un examen tranché – « *black or white* »<sup>956</sup> – le Tribunal a donc fait primer les considérations d'économie procédurale et de cohérence jurisprudentielle pour consolider trois différends.

**596.** Ainsi, l'affaire *Canfor c. Etats-Unis* nous enseigne que le rapport de connexité factuelle peut être caractérisé tant du point de vue quantitatif que qualitatif. Même lorsque les faits sont sensiblement distincts et que les parties ne subissent pas un dommage identique, les liens entre les affaires peuvent justifier qu'un traitement conjoint participe à la bonne résolution du différend sans que cela ne contrevienne au principe de l'autonomie de la volonté des parties<sup>957</sup>. La connexité qui conditionne la recevabilité des demandes additionnelles, reconventionnelles et de consolidation doit être suffisamment importante pour participer de la détermination de l'objet du différend et ce, dans un souci d'économie procédurale. Il appartient à l'arbitre, en sa qualité d'administrateur de la justice, d'apprécier la force de ce lien factuel entre les différends. Aussi, la notion de connexité est la reconnaissance normative du pouvoir d'administrer la justice au regard des prétentions des parties et de l'objet du différend. Ce pouvoir est si essentiel

---

<sup>953</sup> *Ibid*, par. 73: « *The just quoted observation by Mr. Fried concerning avoidance of procedural harassment appears to be the main rationale of the provisions set forth in Article 1126 of the NAFTA.* »

<sup>954</sup> *Ibid*, par. 75.

<sup>955</sup> *Ibid*, par. 76.

<sup>956</sup> *Ibid*, par. 112.

<sup>957</sup> *Canfor Corporation c. Etats-Unis d'Amérique*, ordre de consolidation, 7 décembre 2005, par. 135 et 78 : « *Although mandatory consolidation is not widely accepted in private commercial arbitration, it makes good sense in the case of Chapter 11 of NAFTA, which is not the usual private, consensual context of international commercial arbitration. Rather, Chapter 11 creates a broad range of claims which may be brought by an equally broad range of claimants who have mandatory access to a binding arbitration process without the requirement of an arbitration agreement in the conventional sense nor even the need for a contract between the disputing parties. In view of this, some compromise of the principles of private arbitration may be justified.* »

qu'il peut être exercé en l'absence de tout mandat à cet effet.

**597.** En effet, le silence du Règlement CIRDI sur le droit de consolidation n'a pas empêché les tribunaux d'étudier l'opportunité d'une consolidation des réclamations liées à un ensemble contractuel liant les mêmes parties. Dans le cadre du CIRDI, les arbitres justifient l'opportunité d'une consolidation au regard des pouvoirs qu'ils détiennent en vertu de l'article 44 de la Convention<sup>958</sup>. Puisque la connexité est une condition de recevabilité des demandes additionnelles et reconventionnelles, il n'est pas surprenant que la partie sollicitant la consolidation se réfère à la jurisprudence relative aux demandes reconventionnelles pour guider le tribunal dans l'interprétation du lien de connexité<sup>959</sup>.

**598.** Dans l'affaire *Cambodia Power Company c. Cambodge et Electricité du Cambodge*, le Tribunal devait trancher la question de savoir si les trois réclamations relatives à trois contrats entre les mêmes parties pouvaient être consolidées en un différend. Selon le Tribunal, une consolidation des différends relatifs à trois contrats pouvait être constatée sur la base de « circonstances implicites »<sup>960</sup> permettant de déduire que les parties entendaient concentrer au sein d'une même instance leurs désaccords. Pour permettre la consolidation en l'absence de toute mention à cet effet dans le Règlement ou la Convention CIRDI et malgré l'opposition de l'Etat défendeur, le Tribunal s'est appuyé sur le lien de connexité et d'interdépendance entre ces contrats, et en particulier sur le fait que ceux-ci « *arise from a single investment project* »<sup>961</sup>.

---

<sup>958</sup> Article 44 de la Convention CIRDI : « Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal. »

<sup>959</sup> *Cambodia Power Company c. Cambodge et Electricité du Cambodge*, Affaire CIRDI n° ARB/09/18, décision sur la compétence, 22 mars 2011, par. 87 : « *In Klöckner, the tribunal decided that it had jurisdiction to hear disputes arising under two agreements in a single proceeding (but not under a third). Although there was no cross-referred dispute settlement clause, the separate agreements referred disputes arising under each to ICSID arbitration, as is the case in the present dispute.* »

<sup>960</sup> *Ibid*, par. 121-123, 133: « *The uncontroversial starting point is that the consolidation of claims in ICSID arbitration (as with most other systems) depends upon the consent of the parties. Such consent may be established before or after the dispute has arisen. Absent consent, the fundamental principle of party autonomy dictates that claims under multiple contracts may not be consolidated, however inconvenient and inefficient that result may be. Whilst such consent usually takes the form of an express provision, whether in a contract or Treaty; by way of incorporated arbitration rules; or in a submission agreement; it can also be implied from the circumstances. In the absence of an express provision on consolidation, the intentions of the parties remains the critical test in determining whether or not claims arising out of different agreements are to be heard together. (...) Were the Claimant to seek instead to commence one « umbrella » arbitration raising claims under all three agreements, it could not do so in the absence of consent of the other Parties to the agreements. That consent would necessarily have to extend to an acknowledgement that, notwithstanding any asserted incompatibilities in the three discrete arbitration agreements, no objection predicated on such a basis was raised. Such consent might be express, but there is none in this case. Alternatively, it might be implied by reference to the Parties' conduct and/or by reference to their intentions as reflected in the terms of the PPA, the IA and the DOG.* »

<sup>961</sup> *Ibid*, par. 141: « *The agreements in this case all regulate aspects of a single project, and there exists a clear connectivity and interdependence between them. Any dispute arising out of the project would almost inevitably touch upon, and give rise to claims under, each agreement, and the Tribunal finds that the Parties' intention must have been to have such claims heard together, wherever possible.* »

Le fait que chacune des clauses compromissaires du contrat donnait une compétence étendue pour les différends *en lien avec ou relatifs à ces contrats*<sup>962</sup> ne laissait « *no doubt that by these provisions, the Parties' intention was to emphasise the unity of the investment under the separate agreements.* »<sup>963</sup>

**599.** Bien qu'elle soit prononcée dans le cadre d'une demande de consolidation, cette solution nous éclaire sur le rôle et la fonction de la connexité. En premier lieu, le fait que la consolidation soit une prétention sollicitée après l'introduction d'une instance, ayant pour effet d'élargir l'objet du différend, justifie d'appliquer par analogie le « test » de la connexité applicable aux demandes reconventionnelles et additionnelles. La notion de connexité est utilisée comme un principe général du contentieux international applicable aux demandes accessoires survenues en cours de procédure<sup>964</sup>. La reconnaissance d'une volonté implicite des parties de traiter l'ensemble des points litigieux relatifs à des instruments distincts attire l'attention sur la primauté donnée à la connexité factuelle par rapport aux dispositions juridiques prévues dans les instruments applicables à l'investissement. En effet, pour constater l'intention commune de consolider l'ensemble du différend, le Tribunal n'a pas fait cas des clauses compromissaires dans chacun de ces contrats dont la présence aurait suffi à caractériser une volonté contraire des parties - c'est-à-dire, la volonté de maintenir une autonomie des différends relatifs à chacun de ces contrats. Au contraire, c'est au regard de l'unité factuelle du différend, le fait que le lien entre les différentes réclamations concerne un même investissement, que le Tribunal a proposé un raisonnement favorable à la concentration des litiges et l'économie procédurale.

**600.** La possibilité qu'un Tribunal se prononce sur le rapport de dépendance économique d'un ensemble contractuel pour identifier un consentement implicite des parties au principe de concentration des griefs fait écho à la position retenue dans l'affaire *Klöckner c. Cameroun*. Dans cette affaire, le Tribunal avait admis la demande reconventionnelle de l'Etat fondée sur

---

<sup>962</sup> *Ibid*, par.144 : « *each [clause] has a formulation which allows for a broad scope (e.g. « aris[ing] out of or in connection with" (Art 12 of the IA and Art 7.2 of the DOG); 'in connection with or arising out of' ».*

<sup>963</sup> *Ibid*, par.147 : « *The agreements in this case all regulate aspects of a single project, and there exists a clear connectivity and interdependence between them. Any dispute arising out of the project would almost inevitably touch upon, and give rise to claims under, each agreement, and the Tribunal finds that the Parties' intention must have been to have such claims heard together, wherever possible.* »

<sup>964</sup> *Noble Energy Inc. et Machala Power Cía. Ltd. c. Equateur et Consejo Nacional de Electricidad*, Affaire CIRDI n° ARB/05/12, décision sur la juridiction, 5 mars 2008, par. 191-192 : « *[W]hat test must the Tribunal apply to decide whether the claims submitted to it should all be resolved in this arbitration? Failing other guidance, the Arbitral Tribunal will seek inspiration from the law and practice on consolidation of separate proceedings. A primary requirement for consolidation is connectivity or the existence of a connection between the cases to be dealt with together. In the present case, there is an obvious interdependence between the different disputes submitted to this Tribunal. They stem from the same facts, the same overall economic transaction, and the same measures. Moreover, the measures complained of and the relief sought under the different instruments offer significant similarities.* »

un contrat distinct de celui utilisé à titre principal par l'investisseur<sup>965</sup>. La force du lien de connexité entre prétentions contraires (dans le cadre d'une demande reconventionnelle), parallèles (dans le cadre d'une demande de consolidation) ou additionnelles est telle qu'il permettrait de présumer un consentement implicite des parties au principe de concentration des demandes. C'est donc la vraisemblance du lien de connexité factuelle qui met en lumière un consentement implicite des parties sur lequel l'arbitre s'appuie pour apprécier l'opportunité d'élargir son assiette juridictionnelle. En ce sens, il peut être soutenu que plus le lien de connexité est fort, plus la présomption de consentement des parties à la concentration des demandes ou accessoires sera renforcée. Tout se passe comme si l'ordre d'analyse des critères d'admissibilité que sont le consentement et la connexité se trouvait renversé.

**601.** Appréciables dans leur ensemble, les demandes reconventionnelles, additionnelles et de consolidation interrogent sur l'émergence d'un test ou d'une exception de connexité. Inspiré du test de la triple-identité appliqué pour la litispendance qui forme « la limite supérieure de la notion de connexité »<sup>966</sup>, l'exception de connexité permettrait d'augmenter l'objet des différends relatifs à l'investissement au regard des considérations d'équité, d'économie procédurale et de bonne administration de la justice. Cette exception de connexité sous-jacente dans les demandes additionnelles, reconventionnelles et de consolidation serait fondée sur une unité d'objet (l'investissement), d'action et de temps entre les prétentions sans requérir une parfaite similarité<sup>967</sup>. Le seuil pour la connexité est celui d'un lien tellement étroit que la bonne administration de la justice exige que ces réclamations soient traitées ensemble<sup>968</sup>.

**602.** Instrument de coordination et d'administration de la justice, le test de la connexité est donc plus « discrétionnaire »<sup>969</sup> et moins rigide que celui applicable aux situations de *lis pendens* ou *forum non conveniens*<sup>970</sup>. Il n'est pas toujours nécessaire que les parties, les faits et la cause soient exactement identiques ou cumulativement réunis pour qu'une demande soit admise. Ainsi, la souplesse du test de la connexité est confirmée dans le cadre du contentieux

---

<sup>965</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 135 et suivant.

<sup>966</sup> J-P. Fourcade, *La connexité en procédure civile*, *op. cit.*, note n° 708, p. 29.

<sup>967</sup> Les affaires des *Plateformes pétrolières*, *Activités armées sur le territoire du Congo* ou *Différend frontalier* sont des exemples où la Cour a établi une connexité directe alors même que certaines des demandes reconventionnelles concernaient des faits différents de la demande principale. Voir H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de justice*, *op. cit.*, note n° 15, pp. 233-236 : « Pour juger la connexité de fait, la Cour examine les trois critères 'nature', 'temps' et 'lieu'...[elle] ne s'estime pas tenue de s'assurer que l'ensemble de ces critères sont remplis ».

<sup>968</sup> J-P. Fourcade, *La connexité en procédure civile*, *op. cit.*, note n° 708, p. 70.

<sup>969</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, Opinion dissidente du Juge C. Trindade, par. 14, p. 335.

<sup>970</sup> L. Boisson de Chazournes, « Parallel and overlapping Proceedings in International Economic Law: Towards An ordered Co-Existence », in *International Law and Litigation: A Look into Procedure*, H. Ruiz-Fabri et E. Stoppioni (dir.), Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2019, p. 340.

des demandes additionnelles qui permet d'élargir le différend entre les mêmes parties, relatif à un même instrument, à des faits différents de ceux à l'origine duquel il est né. De même, dans le cadre des demandes reconventionnelles, la connexité permet de surmonter le défaut d'identité des parties par la preuve d'un lien entre le demandeur et l'entité locale caractérisé par le contrôle. Lorsque la prétention reconventionnelle est relative à la même unité factuelle que la demande principale, c'est-à-dire un même investissement et une temporalité identique, primauté sera donnée au lien entretenu avec l'investissement et non pas seulement avec l'investisseur<sup>971</sup>.

**603.** Finalement, la force du lien de connexité factuelle permet parfois de surmonter un défaut d'identité des parties ou un défaut d'identité des causes lorsque des considérations d'administration de la justice, d'économie procédurale, d'égalité des parties le justifient.

**604.** Ce tour d'horizon des situations où la connexité influence l'étendue et l'objet du différend n'épuise cependant pas la question de la recevabilité des demandes reconventionnelles. Une question subsidiaire se pose alors : à quelle condition l'investissement peut-il être utilisé pour satisfaire la finalité offensive de la reconvention, c'est-à-dire jouer un rôle sur le « sort de la demande principale »<sup>972</sup> ? On pressent d'emblée que la réponse se trouve dans l'argument de l'illégalité ou, plus généralement, celui de la conformité de l'investissement au droit de l'Etat hôte. Il est des cas de plus en plus nombreux où la notion d'investissement, passée au crible de la compétence, s'invite lors du débat sur la recevabilité ou du débat au fond du différend. Cette hypothèse où l'investissement quitte les questions de compétence et bascule dans « l'entre-deux » de la recevabilité intéresse particulièrement l'étude de la connexité factuelle entre l'action principale et reconventionnelle car elle porte en elle le germe d'une défense offensive qui caractérise la nature des demandes reconventionnelles.

## *II. Le germe reconventionnel dans l'argument d'illégalité de l'investissement*

**605.** Pour satisfaire la finalité offensive de sa prétention, l'Etat peut mettre en cause la conformité de l'investissement à ces attentes et au regard du droit interne et international. L'objet de l'offensive reconventionnelle se concentre moins sur le comportement de l'investisseur que sur les propriétés de l'investissement. Ainsi, bien que l'Etat cantonné dans un rôle purement défensif utilise le plus souvent l'illégalité pour faire échec à la compétence, il arrive qu'elle puisse investir les débats au fond (A) et que, ce faisant, elle permette d'amoin-

---

<sup>971</sup> *Supra*, Chapitre 3, par. 522 (*Goetz c. Burundi (II)*), sentence, *op. cit.*, note n° 443).

<sup>972</sup> M. Cosnard, « Demande reconventionnelle : la notion de lien de 'lien suffisant avec la demande originaire' », *Revue judiciaire de l'ouest*, vol. 1, 1981, p. 94.

sa responsabilité en augmentant le risque porté par l'investisseur (B). L'attention est ici portée sur la manière dont l'illégalité peut muer en un argument offensif dans le débat factuel entre les parties, une question qui se distingue du bien-fondé de ces prétentions et la possibilité d'opposer la violation du droit national à l'investisseur<sup>973</sup>.

**A. Le transfert de l'argument de la conformité aux débats sur le fond : du bouclier à l'épée**

**606.** Le transfert de la question de la conformité de l'investissement au droit national aux débats sur le fond s'est fait au concours de deux facteurs : une interprétation téléologique de la notion d'investissement (1) et une classification – encore précaire – des formes « d'illégalité » entendues ici de manière générique se référant plus largement aux situations de « non-conformité » ou les manquements (2).

**1. Une interprétation téléologique de la notion d'investissement**

**607.** Le rôle joué par la notion de la légalité est abondamment discuté par la doctrine<sup>974</sup>. Qu'elle soit appréhendée comme une condition de recevabilité<sup>975</sup>, de compétence, ou de fond<sup>976</sup>, ou le tout à la fois<sup>977</sup>, la question de la légalité de l'investissement est à ramifications multiples puisque tous les accords d'investissement ne l'intègrent pas de la même manière<sup>978</sup>. Bien que l'Etat l'utilise le plus souvent comme un argument d'incompétence, il peut choisir aussi de l'invoquer subsidiairement dans un débat au fond, le cas échéant, dans une demande

---

<sup>973</sup> *Infra*, Deuxième partie, Chapitre 5, par.863 et suivant.

<sup>974</sup> S. W. Shill, « Illegal investments in Investment Treaty Arbitration », *L&PICT*, vol. 11, n° 2, 2012, pp. 281-323 ; M. M. Mbengue, « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque SFDI, Paris 8, Pedone, 2016, pp. 295-337 ; J. E. Vinuales, « Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments », *ICSID Review-FILJ*, vol. 32, n° 2, 2017, pp. 346-370 ; J. E. Vinuales, « International Investment Proceedings : Converging Principles ? », in *International Procedural Law: Common Principles of General Principles?*, E. Cannizzaro (dir.), 2017.

<sup>975</sup> J. Matringe, « La notion d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. Leben (dir.), Pedone, 2015, pp. 143.

<sup>976</sup> Z. Douglas, « The Plea of illegality in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review*, vol. 29, n° 1, 2014, pp. 155-186.

<sup>977</sup> V. Heiskanen, « Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review*, vol. 29, n° 1, 2014, pp. 231-246.

<sup>978</sup> *Consorzio Groupement L.E.S.I-DIPENTA c. Algérie*, Affaire CIRDI n° ARB 03/08, sentence, 10 janvier 2005, par. 24 : « La mention que fait le texte à la conformité... [constitue] selon une formule classique et parfaitement justifiée, l'exclusion de la protection pour tous les investissements qui auraient été effectuées en violation des principes fondamentaux en vigueur ». La légalité peut être un élément de définition de l'investissement ou une condition de sa protection; *Inceysa c. El Salvador*, Affaire CIRDI n° ARB 03/26, sentence, 2 août 2006, par. 257 : « The Tribunal considers that because the Inceysa's investment was made in a manner that was clearly illegal, it is not included within the scope of consent expressed by [the parties] in the BIT and consequently, the disputes arising from it are not subject to the jurisdiction of the Center ». L'exigence de légalité peut être implicitement reconnue par les tribunaux : *Saluka c. République Tchèque*, *op. cit.*, note n° 413 (sentence partielle), par. 204.

reconventionnelle. Cette utilisation s'inscrit dans le sillage d'« une certaine évolution axiologique du droit international de l'investissement [...] après avoir été régi quasi-exclusivement par un paradigme de pleine protection de l'investissement étranger »<sup>979</sup>.

**608.** Il est clair que le terrain sur lequel est discutée la légalité n'a pas les mêmes conséquences sur l'issue et la conduite du contentieux. Si l'argument de l'illégalité a pu faire fortune dans le cadre des objections à la compétence<sup>980</sup>, c'est qu'il permet de dessaisir le tribunal du différend et d'éviter que l'arbitre se prononce sur le fond même du procès. Ainsi, l'intérêt pour la partie qui soulève une exception d'incompétence, « réside dans la possibilité qu'elle peut offrir d'éviter non seulement une décision, mais même un débat sur le fond. »<sup>981</sup>

**609.** Dans un système principalement perçu comme un contrôle de la légalité de l'action de l'Etat, on comprend mieux pourquoi l'Etat préfère éviter un débat au fond. En effet, vu par le prisme de l'unilatéralité du contentieux, la déclaration d'incompétence d'un tribunal serait le degré de victoire le plus abouti contre l'investisseur et la solution la plus avantageuse pour l'Etat qui échappe à une condamnation. Si le droit international n'offre sa protection qu'à une opération d'investissement licite, toute illégalité de nature à exclure le bénéficiaire d'un traité serait une instrumentalisation de la notion d'investissement *quasi-offensive*. Néanmoins, ainsi qu'il a été expliqué, l'illégalité de l'investissement résultant en une décision d'incompétence prive naturellement le tribunal de sa compétence reconventionnelle<sup>982</sup>. Il faut donc quelque chose de plus pour lui conférer une finalité offensive.

**610.** L'instrumentalisation de la légalité de l'investissement a été invoquée subsidiairement à une déclaration de compétence lorsque l'illégalité intervient *pendant la vie de l'investissement*<sup>983</sup>. Cette illégalité sera le plus souvent abordée dans une discussion substantielle et non pas procédurale. Le Tribunal dans l'affaire *Hamester c. Ghana*, a pris soin de différencier les cas d'illégalité dans les termes suivants :

« *a distinction has to be drawn between (1) legality as at [sic] the initiation of the investment (« made») and (2) legality during the performance of the investment. Article 10 [i.e.,*

---

<sup>979</sup> M. M. Mbengue, « Les obligations des investisseurs étrangers », *op. cit.*, note n° 974, p. 295.

<sup>980</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 388 et suivant.

<sup>981</sup> *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, Inde c. Pakistan, arrêt du 18 août 1972, C.I.J. Recueil 1972*, p. 46, par. 18 : « une question de compétence, [...] n'en est pas moins, par nature, une importante question dont la solution intéresse de manière cruciale la position des parties à l'égard de l'affaire, bien qu'elle ne tranche pas le fond même du procès ».

<sup>982</sup> *Metal-Tech Ltd. c. Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013, par. 413 : « *As a consequence of its having no jurisdiction over the claims, this Tribunal has no jurisdiction over the counterclaims. It will thus abstain from reviewing whether the counterclaims meet the second requirement of Article 46 dealing with admissibility and demanding a connection with the claims. It will also abstain from analyzing whether the counterclaims are well-founded and in particular whether they were sufficiently pled.* »

<sup>983</sup> S. W. Shill, « Illegal investments in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, note n° 974, p. 307.

*the clause providing that the BIT applied to investment made in accordance with host State law prior to the Treaty's entry into force] legislates for the scope of application of the BIT, but conditions this only by reference to legality at the initiation of the investment. Hence, only this issue bears upon this Tribunal's jurisdiction. Legality in the subsequent life or performance of the investment ... does not bear upon ... this Tribunal's jurisdiction – albeit that it may well be relevant in the context of the substantive merits of a claim brought under the BIT. Thus, on the wording of this BIT, the legality of the creation of the investment is a jurisdictional issue; the legality of the investor's conduct during the life of the investment is a merits issue. »<sup>984</sup>*

**611.** Cet extrait illustre en quoi l'argument de l'illégalité change de finalité selon le moment où elle intervient. Son appartenance aux débats au fond se justifie lorsque l'investisseur a commis une illégalité après la réalisation de son investissement. L'argument se déporte ainsi dans les débats au fond et devient une question substantielle<sup>985</sup>. Ce transfert au fond est le produit d'une interprétation téléologique de la notion d'investissement à l'aune de l'objet et du but des traités, en vertu de laquelle il serait toujours préférable qu'un tribunal entre en matière pour se prononcer au fond plutôt qu'il se déclare incompétent.

**612.** L'opportunité de se dessaisir ou de maintenir sa compétence lorsqu'une illégalité de l'investissement est avérée a été âprement discutée par les arbitres dans l'affaire *Fraport c. Philippines*. Cette sentence a posé les jalons d'une discussion qui continue de déployer ses effets dans le contentieux actuel. Majorité et dissidence étaient en désaccord sur la question de savoir si la légalité devait être appréhendée comme une question de compétence, ou devait au contraire être transférée au fond. A rebours de la position majoritaire pour laquelle la violation de l'obligation d'annoncer les actionnaires de l'investissement (« *anti-dummy law* ») se présentait comme un obstacle à la compétence, l'arbitre dissident expliquait au contraire que l'analyse de l'illégalité au fond eût été plus fidèle à l'objet et au but du TBI entre l'Allemagne et les Philippines :

*« Of course, any illegal behaviour by an investor is likely to have consequences. [...] Illegal conduct by the investor might well excuse or limit any liability of the State Party in an arbitration pursuant to the BIT, depending on the circumstances. It is also possible for the Contracting Parties to a BIT to exclude the jurisdiction of an arbitral tribunal for illegalities committed by the investor. Investor illegality is serious, and there are many means to address it. However, in my opinion, it is an artificial, decontextualised interpretation of Article 1(1) of*

---

<sup>984</sup> *Hamester c. Ghana*, sentence, *op. cit.*, note n° 455, par. 127.

<sup>985</sup> *Metal-Tech LTD c. Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n°ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013, *Karkey c. Pakistan*, sentence, *op. cit.*, note n°509, par. 497. Il ne sera pas discuté dans le cadre de la connexité factuelle mais juridique.

*the BIT that excludes the jurisdiction of this Arbitral Tribunal for an alleged breach of the Philippine Anti-Dummy Law, and an interpretation that does violence to the object and purpose of promoting and protecting investment in the Philippines. [...] As a matter of principle, therefore, the legality of the investor's conduct is a merits issue. The inquiry at the jurisdictional phase required by the phrase « in accordance with the laws and regulations of the Host State » is limited to determining whether the type of asset is legal in domestic law. »<sup>986</sup>*

**613.** Au fond, qu'ils reposent sur la doctrine de séparabilité<sup>987</sup> ou relèvent d'une approche plus téléologique, plusieurs courants convergent à considérer que l'exercice de la fonction juridictionnelle inclut le pouvoir de se prononcer sur les conséquences de l'illégalité. Comme l'explique adroitement J. Matringe : « Nul système juridique ne dit d'un contrat irrégulier qu'il ne répond pas à la définition du mot contrat. La question de l'irrégularité éventuelle d'un investissement concerne son efficacité juridique entre les parties audit contrat, question qui relève de l'office du juge dont elle n'affecte pas la compétence »<sup>988</sup>. Ce plaidoyer en faveur du transfert de l'illégalité dans les débats au fond est palpable dans la jurisprudence.

**614.** Plusieurs sentences ont considéré qu'un tel transfert serait un exercice plus équilibré de la compétence juridictionnelle et éviterait à l'investisseur la sanction d'une incompétence<sup>989</sup>. A

---

<sup>986</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines (I)*, Affaire CIRDI n° ARB/03/25, sentence, opinion dissidente de Bernardo M. Cremades, par. 14, 38.

<sup>987</sup> Z. Douglas, « The Plea of illegality in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, note n°976, pp. 155-186.

<sup>988</sup> J. Matringe, « La notion d'investissement », *op. cit.*, note n° 975, pp. 142-143.

<sup>989</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. Albanie*, Affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence, 30 mars 2015, par. 480, 494 : « *The Tribunal finds, however, that this conclusion is not sufficient to bar its jurisdiction to hear and decide the dispute based on the general assumption that States do not consent to the arbitration of disputes relating to illegal investments. The result of such a sweeping and undifferentiated opinion might contradict the purposes of international conventions for the protection of investments.... This is exactly where the arbitral process can make a valuable contribution by ascertaining the Parties' positions objectively and neutrally. It is true that a State cannot be expected to have consented to an arbitral dispute settlement mechanism for investments made in violation of its legislation. However, it can be expected to accept the jurisdiction of an arbitral tribunal when, in that State's own appreciation, the illegality of the investment was susceptible of being cured, as that State's legalization offers show. In such circumstances, the legal significance of the absence of permits is to be determined as a question of merits - namely whether Respondent's international responsibility is engaged in the face of Claimant's violation of Albanian law - rather than this Tribunal's jurisdiction.* » ; Vladimir Berschader et Moïse Berschader *c. Fédération de Russie*, Affaire SCC n° C. 080/2004, sentence, 21 avril 2006, par. 111 : « [t]he Tribunal is of the view that the lawfulness of the investments relied upon by the Claimants is a [sic] not an issue affecting the jurisdiction of the Tribunal, but rather a substantive issue pertaining to the merits of the case. It would, therefore, be inappropriate for the Tribunal to consider this issue at this stage in the proceedings. »

l'appui du but et de l'objet du traité, certains tribunaux<sup>990</sup> ont exprimé des réticences<sup>991</sup> et proposé un test de proportionnalité quant aux conséquences d'une déclaration d'incompétence par rapport au but et à l'objet du traité. La teneur de ce test a été décrite de la manière suivante :

« *The Tribunal must balance the object of promoting economic relations by providing a stable investment framework with the harsh consequence of denying the application of the BIT in total when the investment is not made in compliance with legislation. The denial of the protections of the BIT is a harsh consequence that is a proportional response only when its application is triggered by noncompliance with a law that results in a compromise of a correspondingly significant interest of the Host State* »<sup>992</sup>.

**615.** Lorsqu'il est appréhendé de cette manière, l'argument d'illégalité a l'avantage d'entraîner le maintien des droits procéduraux de l'investisseur mais la perte de certains droits substantiels. En favorisant les droits procéduraux de l'investisseur, les arbitres ont du même coup encouragé la mise en cause de la qualité de l'investissement par le défendeur qui peut se prévaloir de

---

<sup>990</sup> *Mr Saba Fakes c. Turquie*, Affaire CIRDI n° ARB/07/20, sentence, 14 juillet 2010, para 119 : « *The Tribunal is not convinced by the Respondent's position that any violation of any of the host State's laws would result in the illegality of the investment within the meaning of the BIT and preclude such investment from benefiting from the substantive protection offered by the BIT. [...] The Tribunal also considers that it would run counter to the object and purpose of investment protection treaties to deny substantive protection to those investments that would violate domestic laws that are unrelated to the very nature of investment regulation. In the event that an investor breaches a requirement of domestic law, a host State can take appropriate action against such investor within the framework of its domestic legislation. However, unless specifically stated in the investment treaty under consideration, a host State should not be in a position to rely on its domestic legislation beyond the sphere of investment regime to escape its international undertakings vis-à-vis investments made in its territory.* »

<sup>991</sup> *Cortec Mining Kenya Limited, c. Kenya*, Affaire CIRDI n° ARB/15/29, sentence finale, 22 octobre 2018, par. 320 : « *The Tribunal endorses the application of the Kim principle of proportionality to an assessment of the impact of alleged illegalities. Omission of a minor regulatory requirement, [...] to issue an ordinary letter rather than use Form 3 of Schedule 1 of the Environmental (Impact Assessment and Audit) Regulations, or inadvertent misstatements, will not have the same impact as an investment 'created' in defiance of an important statutory prohibition imposed in the public interest* ».

<sup>992</sup> *Vladislav Kim et al. c. Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n° ARB/13/6, décision sur la compétence, 8 mars 2017, par. 413. Voir aussi le par. 404 : « *the Tribunal holds that the legality requirement in the BIT denies the protections of the BIT to claims when the investment involved was made in noncompliance with a law of Uzbekistan where together the act of noncompliance and the content of the legal obligation results in a compromise of a correspondingly significant interest of Uzbekistan. This test requires a case-by-case analysis examining both the seriousness of the investor's conduct and the significance of the obligation not complied with so as to ensure that the harshness of the sanction of placing the investment outside of the protections of the BIT is a proportionate consequence for the violation examined. To hold that the Tribunal is to examine the applicability of the legality requirement on a case-by-case basis does not mean that it is done without guidance. The proportionality principle guides the Tribunal's consideration and indicates that the combination of the investor's conduct and the law involved must result in a compromise of a significant interest of the Host State* ». Voir aussi *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. Albanie*, sentence, *op. cit.*, note n° 989, par. 483 : « *The Tribunal agrees with the view that not every trivial, minor contravention of the law should lead to a refusal of jurisdiction. It must strike a balance between two criteria. On the one hand, neither Claimant nor the Tribunal may presume that the host State waives its sovereignty and agrees to the arbitration of disputes when the investor made the investment in violation of its substantive or procedural legislation. On the other hand, States must not be allowed to abuse the process by scrutinizing the investment post festum with the intention of rooting out minor or trivial illegalities as a pretext to free themselves of an obligation. A State must act consistently with its obligations and not resist jurisdiction because it wants to escape the consequences of its standing agreement to arbitrate* ».

l'argument de l'illégalité<sup>993</sup> lors des discussions substantielles. Ce transfert de la notion de légalité permettant de satisfaire la dimension offensive de l'action reconventionnelle est le fruit d'une classification et d'une diversification des formes d'illégalité.

## 2. La classification et la diversification des formes d'illégalité

**616.** Lorsque la question de la légalité investit les débats au fond, elle devient un vecteur d'interprétation du bien-fondé des prétentions des parties<sup>994</sup>. En somme, ce que l'Etat aura perdu sur le terrain de la compétence tend progressivement à être regagné lors du débat substantiel. En effet, il est des comportements aux confins de l'illégalité dont l'Etat peut se prévaloir contre l'investisseur qui ont trait à des éléments factuels propres à l'investissement en cause sans pour autant être toujours formulés en demande reconventionnelle. Le plus souvent, il s'agit des cas où l'Etat reproche à l'investisseur des carences tant lors de la phase d'admission de l'investissement que pendant la vie de ce dernier, ou encore du cas où, sans être dans l'illégalité flagrante, le comportement en question relève d'un manquement à un standard ou à une obligation de comportement accessoire qui concernent l'investisseur<sup>995</sup> ou l'investissement. L'illégalité peut ainsi concerner l'investissement ou le comportement de l'investisseur, et prendre la forme d'un manquement, d'une « sous-performance », d'un comportement « blâmable » soit par rapport au droit national, soit par rapport à un engagement contractuel.

**617.** Ces exigences diffusent sur la notion d'investissement une lumière « légitimiste » de plus en plus sollicitée dans un contexte très critique à l'égard de la matière<sup>996</sup>. Elles contribuent à créer des standards propres au droit transnational de l'investissement et illustrent comment l'Etat utilise la notion d'investissement en spéculant tant sur sa qualité que sur son aléa.

**618.** S'appuyant sur des données factuelles gravitant avec plus ou moins de force autour de

---

<sup>993</sup> Voir par exemple le mémoire de la Guinée dans l'affaire pendante *BSG Resources Limited c. Guinée*, Affaire CIRDI n° 14/22, dans laquelle la Guinée a invoqué la corruption comme un argument d'incompétence et à titre subsidiaire comme le fondement d'une action reconventionnelle. Analysée *Infra*, Chapitre 5, paras. 982-996.

<sup>994</sup> *Mamidoil. c. Albanie*, sentence, *op. cit.*, note n° 989, paras. 289, 294 : « *The legality of the investment and the good faith of Claimant are central issues in the present dispute and have been intensively debated by the Parties. They may be determinative for both the Tribunal's jurisdiction and the merits of the dispute and are intertwined. [...] While the principle that an investment must be made legally in order to benefit from the protection of international law is well established and accepted by this Tribunal, the specificities of each case impose thorough scrutiny as to its applicability in specific circumstances. This applies to considerations of both jurisdiction and merits.* »

<sup>995</sup> *Mamidoil. c. Albanie*, sentence, *op. cit.*, note n° 989, par. 481 : « *In fact, not every type of non-compliance with national legislation bars the protection of an investment. First, it is evident that there must be an inner link between the illegal act and the investment itself. Illegal conduct of the investor will not affect the investment insofar as it does not relate to its substance or procedural requirements but rather occurs without any material connection to the investment.* »

<sup>996</sup> M-M. Barnes, « The Social Licence to Operate: An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals », *JIDS*, n° 1, 2019, p. 3.

l'investissement, l'Etat augmente le *risque* porté par l'investisseur ou affaiblit la *qualité de son apport* en invoquant un manquement à la légalité substantielle ou procédurale de l'Etat hôte<sup>997</sup>. Il s'agit de manquements aux prescriptions nationales n'étant pas de nature à exclure l'application du TBI mais suffisants pour mettre en cause le comportement de l'investisseur notamment pendant la vie de l'investissement. Il peut également s'agir d'une mise en cause de la diligence par laquelle l'investisseur est tenu d'évaluer les risques associés à son investissement<sup>998</sup>. L'obligation de diligence due de l'Etat s'arrête en effet là où l'investisseur prend en connaissance de cause un risque inconsidéré. La condition de légalité de l'investissement sort ici de sa fonction initiale de vecteur d'application d'un traité pour basculer en un critère d'interprétation des règles de ce traité<sup>999</sup>..

**619.** Telle fut l'approche adoptée dans l'affaire *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products* au sujet du manquement de l'investisseur à certaines obligations administratives relatives à l'obtention de permis. Insuffisamment importante pour exclure la compétence<sup>1000</sup> du tribunal, la violation a néanmoins été jugée pertinente comme un argument substantiel permettant à l'Etat de la revendiquer lors du débat au fond<sup>1001</sup> :

*« the real issue is less one of the seriousness or triviality of the illegality but, rather, concerns finality... This is exactly where the arbitral process can make a valuable contribution by ascertaining the Parties' positions objectively and neutrally. It is true that a State cannot be expected to have consented to an arbitral dispute settlement mechanism for investments made in violation of its legislation. However, it can be expected to accept the jurisdiction of an arbitral tribunal when, in that State's own appreciation, the illegality of the investment was susceptible of being cured, as that State's legalization offers show. »*<sup>1002</sup>

**620.** De même, dans l'affaire *Naturgy Energy c. Colombie*, le Tribunal a reconnu que la

---

<sup>997</sup> *Mamidoil. c. Albanie*, sentence, *op. cit.*, note n° 989, par. 371.

<sup>998</sup> *Naturgy Energy Group et autres c. Colombie*, Affaire CIRDI n°UNCT/18/1 (CNUDCI), sentence, 12 mars 2021, par. 268 : « Respondent has underlined on several occasions during this Arbitration that the record contains little indication of any diligence process that Gas Natural undertook before acquiring Electricaribe. Indeed, it is also apparent to the Tribunal that Claimants have submitted little evidence relating to pre-investment diligence ».

<sup>999</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/11/12, sentence, 2014, para 343 : « Moreover the effective operation of the BIT regime would appear to require that jurisdictional compliance be limited to the initiation of the investment. If, at the time of the initiation of the investment, there has been compliance with the law of the host state, allegations by the host state of violations of its law in the course of the investment, as a justification for state action with respect to the investment, might be a defense to claimed substantive violations of the BIT, but could not deprive a tribunal acting under the authority of the BIT of its jurisdiction »

<sup>1000</sup> *Mamidoil. c. Albanie*, sentence, *op. cit.*, note n° 989, par. 480.

<sup>1001</sup> *Ibid*, par. 479 : « In sum, the Tribunal concludes that Claimant has not built and has not started to operate the tank farm in accordance with Albanian legislation and that Respondent is not barred from invoking the resulting illegality ».

<sup>1002</sup> *Ibid*, par. 493-494.

vraisemblance et le sérieux de l'évaluation des risques liés à l'investissement dans le secteur de distribution de l'électricité publique en Colombie « *do provide, in this Tribunal's view, important context relevant to assessing the specific claims based on the [fair and equitable standard] FET standard that Claimants make in this case* »<sup>1003</sup>.

**621.** Loin d'être isolée, cette approche gagne peu à peu ses lettres de créance, notamment lorsque le comportement blâmable (« *misconduct* ») en cause n'est pas de ceux qui contrevient aux règles impératives du droit transnational<sup>1004</sup>. En effet, la jurisprudence est aux prises avec des situations où l'investissement est appréhendé à travers le respect de diverses procédures d'encadrement de l'activité, notamment dans le domaine minier. A cheval entre le fait et le droit, la montée en puissance des procédures d'autorisation accompagnent non seulement la réalisation mais encore la vie de l'investissement<sup>1005</sup>, et confèrent à l'investissement une exigence qualitative directement inspirée des standards internationaux<sup>1006</sup>. Dans le contexte de la présente sous-section, ces instruments ne sont pas envisagés du point de vue de leur opposabilité, mais seulement comme instruments entrant dans le champ des circonstances factuelles de l'investissement que l'Etat peut choisir d'invoquer pour amoindrir la qualité de l'investissement.

**622.** Il s'agit par exemple des consultations avec les populations locales ou des feuilles de route dont la force obligatoire repose sur des considérations morales et non pas juridiques. La licence sociale d'opération (*Social Licence to Operate*) est un concept venu tout droit de la Banque Mondiale, ayant pour objectif de rapprocher les compagnies minières des populations locales. Elle est une forme d'endossement local de l'activité minière de plus en plus utilisée<sup>1007</sup>. Elle se distingue comme un procédé atypique dans la mesure où il ne s'agit pas nécessairement d'un accord écrit mais d'un aval moral des communautés locales, que l'investisseur doit rechercher et maintenir auprès des autorités et des populations concernées<sup>1008</sup> tout au long de la

---

<sup>1003</sup> *Naturgy Energy Group et autres c. Colombie* Affaire CIRDI n°UNCT/18/1 (CNUDCI), sentence, 12 mars 2021, par. 281.

<sup>1004</sup> *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, Affaire CIRDI n° ARB/00/7, sentence, 4 octobre 2006.

<sup>1005</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/21 sentence, 30 novembre 2017; *Abengoa, SA y COFIDES, SA c. Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/2 ; *Alvarez y Marin Corporacion SA et al. c. Panama*, Affaire CIRDI n° ARB/15/14 ; *South American Silver Limited c. Bolivie*, CNUDCI, Affaire C.P.A n° 2013-15 ; *Oxus Gold plc c. Ouzbékistan*, sentence finale, *op. cit.*, note n°458, par. 906.

<sup>1006</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/21 sentence, 30 novembre 2017, Opinion dissidente de P. Sands, par. 13 expliquant que l'incorporation de ces instruments dans les lois nationales, comme la Convention sur les peuples indigènes dans la loi péruvienne la transformait en un critère applicable à l'étude d'impact environnemental.

<sup>1007</sup> J. Cooney, « Reflections on the 20th anniversary of the term 'social licence' », *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2017, vol. 35, n° 2, pp. 197- 200.

<sup>1008</sup> M. M. Barnes, « The Social Licence to Operate: An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals », *JIDS*, 2019, p. 5.

conduite de ses activités. Ce type de licence tend à se « judiciariser »<sup>1009</sup> puisqu'elle permet de prendre en compte la qualité de l'investissement et influence l'interprétation des clauses substantielles du traité.

**623.** Il s'agit aussi du droit à l'information, du droit à la participation tel que reconnu par la Convention Aarhus<sup>1010</sup> ou par la Convention d'Espoo<sup>1011</sup>, ou du droit à un environnement sain, et de certains standards de *soft law* tels que les « *Ruggie principles* »<sup>1012</sup> qui ont fait une entrée timide dans la jurisprudence transnationale mais qui constituent, comme la *Social License to Operate*<sup>1013</sup>, une valeur interprétative des obligations de l'Etat à l'égard de l'investissement prévues dans un traité, voire des obligations naissantes pour les investisseurs<sup>1014</sup>.

**624.** La jurisprudence a donc distingué les cas d'illégalité, de non-respect (« *non-compliance* ») ou de « *misconduct* »<sup>1015</sup> en fonction de plusieurs critères vérifiant au préalable qu'il s'agissait d'une illégalité en rapport direct avec l'investissement<sup>1016</sup>. Seule l'illégalité « sérieuse », « manifeste » pourrait faire obstacle à l'exercice de la compétence si elle a lieu lors que l'acquisition<sup>1017</sup> de l'investissement<sup>1017</sup>. Toutes les autres formes d'illégalités sont donc susceptibles d'être utilisées explicitement à des fins reconventionnelles, ou plus modestement

---

<sup>1009</sup> R. F. Zúñiga Peralta, « The Judicialisation of the Social License to Operate: Criteria for International Investment Law », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 22, n° 1, 2021, pp. 92-128.

<sup>1010</sup> Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (25 juin 1998), article 6 *Participation du public aux décisions relatives à des activités particulières*. En vertu de l'article 2 c) la Convention est applicable à « [t]oute autre personne physique ou morale assumant des responsabilités ou des fonctions publiques ou fournissant des services publics en rapport avec l'environnement sous l'autorité d'un organe ».

<sup>1011</sup> Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (25 février 1991), article 2 a.

<sup>1012</sup> Conseil des droits de l'homme, résolution 17/4 du 16 juin 2011 adoptant les *Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, du Rapport du représentant spécial auprès du Secrétaire Général des Nations Unies (« *Ruggie principles* »).

<sup>1013</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, sentence, *op. cit.*, note n° 1005, par. 402-405. Voir aussi R. F. Zúñiga Peralta, « The Judicialisation of the Social License to Operate: Criteria for International Investment Law », *op. cit.*, note n° 1009, pp. 124-125.

<sup>1014</sup> *Infra*, Chapitre 6, paras.1129 et suivant.

<sup>1015</sup> A. Newcombe, « Investor misconduct », in *Improving International Investment Agreements*, A. de Mestral & C. Lévesque (dir.), Routledge, 2013, pp. 195-212.

<sup>1016</sup> *Mamidoil. c. Albanie*, sentence, *op. cit.*, note n° 989, par. 483; *Vladislav Kim et al. c. Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n° ARB/13/6, décision sur la compétence, 8 mars 2017, par. 381 : « *The third dimension to the scope of the legality requirement is substantive. Both Parties accept that not all actions not "in compliance with legislation" will render an investment outside of the protections of the BIT* ».

<sup>1017</sup> *Ibid.*, par. 482 : « *[T]ribunals have circumscribed the concept in a teleological intention in order to restrict its application. It is in this perspective that they have stated that the illegality must be "serious" or "manifest", and that "minor errors" and "a failure to observe the bureaucratic formalities of the domestic law" will not justify the denial of jurisdiction.* » (nous soulignons). Voir aussi *Cortec Mining c. Kenya*, sentence finale, *op. cit.*, note n° 991, par. 314 : « *Regulatory compliance is not a jurisdictional issue. There is no express legality requirement in the UK-Kenya BIT. As held by the tribunal in the recent case of Bear Creek c. Peru : "under international law, the Tribunal may not import a requirement that limits its jurisdiction when such a limit is not specified by the [contracting] parties." In the case at hand, without any express legality requirement, questions of regulatory compliance could only go to the merits (in which context the onus of proving non-compliance would be on the State* » ; *Bear Creek c. Pérou*, sentence, *op. cit.*, note n° 1005, par. 320.

utilisées afin d'établir une négligence et pour réduire la part de responsabilité de l'Etat.

### ***B. Conséquences du traitement substantiel de la légalité dans le contentieux transnational***

**625.** Le transfert de la question de l'illégalité dans le débat au fond il permet une prise en compte du comportement *des deux parties* dans la conduite de l'opération d'investissement, nécessaire à l'appréciation des responsabilités respectives. Cette prise en compte permet sinon d'exclure, au moins de réduire la responsabilité pécuniaire de l'Etat (1). Toutefois, tout en étant le véhicule dans lequel se niche la voie de la responsabilité de l'investisseur, ce transfert met à nu les insuffisances de la connexité factuelle et son interdépendance avec la connexité juridique (2).

#### ***1. Une atténuation de la responsabilité pécuniaire de l'Etat***

**626.** L'utilisation offensive de la non-conformité de l'investissement se formalise de plusieurs manières. Par ordre d'importance, on peut se les représenter par les formes suivantes : l'augmentation de l'aléa inhérent à l'investissement, la réduction de la condamnation pécuniaire de l'Etat et l'invocation d'illégalités procédurales.

**627.** Bien qu'elles ne soient pas toutes revêtues de l'habit reconventionnel, elles en portent néanmoins le germe puisqu'elles dépassent la finalité purement défensive en mettant au débit de l'investisseur une charge pécuniaire, morale ou juridique qui permet à l'Etat d'obtenir quelque chose de plus que le simple rejet de la demande. Toutes sont relatives à, ou en lien avec, l'investissement « objet du différend » et s'appuient sur des événements factuels et/ou juridiques. L'Etat peut par exemple invoquer devant un tribunal la nullité d'un contrat pour dol sans pour autant qualifier sa demande de reconventionnelle<sup>1018</sup>.

**628.** Encore timidement utilisé, l'argument du « manquement » ou de l'illégalité peut induire des conséquences sur la manière dont le tribunal appréciera *le risque* pris par l'investisseur dans la conduite de son projet et la violation du traité par l'Etat. C'est ce qui ressort de la jurisprudence appréciant l'étendue de la violation du traitement juste et équitable au regard des risques pris par l'investisseur. Les tribunaux peuvent prendre en compte « *countervailing factors such as the responsibility of foreign investors, both in terms of prior due diligence as*

---

<sup>1018</sup> *Kontinental Conseil Ingenieurries c. Gabon*, affaire C.P.A n° 2015-25, CNUDCI, 23 décembre 2016, par. 297, Dans cette affaire, le Gabon a demandé au tribunal de prononcer la nullité du contrat le liant à l'investisseur bien qu'il soit poursuivi sur le fondement du traité de l'organisation de la conférence islamique. Le tribunal a reproché au Gabon de ne pas avoir suffisamment argumenté la compétence du tribunal pour se prononcer en vertu du traité, alors que le contrat contenait une clause attributive de juridiction en faveur des juridictions gabonaises. Le pouvoir de se prononcer n'a pas été formellement exclu puisque pour rejeter la demande gabonaise, les arbitres ont relevé l'absence de preuve d'actes de corruption ou de dol pouvant entraîner la nullité du contrat.

*well as subsequent conduct* »<sup>1019</sup> ou encore le risque inhérent à l'activité, pour lequel l'investisseur ne sera protégé qu'en rapportant la preuve d'une étude préalable d'évaluation des risques de son opération<sup>1020</sup>.

**629.** La notion de risque a fait également son apparition dans le modèle néerlandais d'accord d'investissement de 2019<sup>1021</sup>. Il se réfère aux standards et bonnes pratiques environnementales tels que les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour les entreprises multinationales pouvant être pris en compte pour réduire le montant des dommages<sup>1022</sup>. L'augmentation du risque ou de l'aléa pesant sur l'investisseur peut ainsi être prise en compte par le tribunal aux fins d'amoindrir la responsabilité pécuniaire de l'Etat.

**630.** Un autre exemple d'instrumentalisation offensive de la notion d'investissement consiste pour l'Etat à se prévaloir d'une illégalité procédurale dans la conduite du contentieux. Dans cette catégorie, on retrouve le grief de l'abus de droit invoqué par l'Etat lorsque l'investisseur change sa nationalité<sup>1023</sup> ou lorsqu'il met une société en veille sans activité substantielle dans son pays d'immatriculation, qu'il réveille opportunément avant de formuler une requête contre un Etat<sup>1024</sup>. Bien qu'éminemment en relation de connexité factuelle avec la demande et l'investissement, ces demandes ne sont pas toujours qualifiées de reconventionnelles lorsque la manipulation abusive par l'investisseur de l'applicabilité d'un traité le prive des protections substantielles et procédurales et résulte en une décision d'incompétence du tribunal saisi<sup>1025</sup>.

**631.** Troisièmement, l'instrumentalisation de l'illégalité de l'investissement à des fins

---

<sup>1019</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzanie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence, 24 juillet 2008, par. 601.

<sup>1020</sup> *OREN Holding S.a.r.l c. Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/15/15, Sentence, 31 mai 2019, par. 412 « *A majority of the Tribunal therefore considers that some measure of "regulatory risk" should be reflected in the Award because a prudent and well-informed investor would have been alive to the risk that Spain might reduce the FIT tariff and be held (despite the ECT) to be within its rights under international law to do so without compensation* ».

<sup>1021</sup> Modèle d'accord d'investissement des Pays-bas (2019), article 3 (3) : « *The Contracting Parties reaffirm the importance of investors conducting a due diligence process to identify, prevent, mitigate and account for the environmental and social risks and impacts of its investment.* »

<sup>1022</sup> *Ibid*, article 23: « *Behavior of the investor: Without prejudice to national administrative or criminal law procedures, a Tribunal, in deciding on the amount of compensation, is expected to take into account non-compliance by the investor with its commitments under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.* »

<sup>1023</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence finale, *op. cit.*, note n°463, par. 225.

<sup>1024</sup> *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c. Cameroun*, Affaire CIRDI n° ARB/15/18, sentence, 22 Juin 2017, par. 358.

<sup>1025</sup> *Supra*, au présent chapitre par. 608. Voir aussi *Phoenix Action Ltd. c. République tchèque*, Affaire CIRDI N° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, par. 93, *cf.* par. 113 ; *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A. c. Pérou*, Affaire CIRDI N° ARB/11/17, sentence, 9 janvier 2015, par. 191 ; *Cementownia c. Turquie*, Affaire CIRDI N° ARB(AF)/06/2, sentence, 17 septembre 2009, par. 154 ; *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c. Cameroun*, Affaire CIRDI n° ARB/15/18, sentence, 22 juin 2017, par. 360. Voir néanmoins *Infra*, Chapitre 8, par. 1435-1442 affaire *Iberdrola c. Guatemala*.

offensives peut consister en la réclamation d'un dû de l'investisseur à l'Etat dont le montant serait déduit de la condamnation pécuniaire. Elle est plus communément désignée sous le nom de *set-off* (demande de compensation judiciaire). Venue tout droit de l'arbitrage commercial, les praticiens de la matière distinguent méticuleusement la pratique du « *set-off* » de la demande reconventionnelle<sup>1026</sup> au motif qu'elle serait privée de finalité offensive puisqu'elle ne viserait qu'à réduire le montant d'une condamnation pécuniaire dont la vraisemblance n'est pas contestée. Cette différenciation dans l'arbitrage transnational de l'investissement n'est toutefois pas tranchée de manière très nette<sup>1027</sup> parce que l'investisseur ciblé par une demande de remboursement en conteste souvent la réalité<sup>1028</sup>. Certes, en matière commerciale, le lien de connexité factuelle entre deux réclamations de compensation entre les parties peut être insuffisant pour juger recevable la demande de *set-off* du défendeur, lorsque cette demande repose sur un autre instrument juridique<sup>1029</sup> que celui invoqué à titre principal. Cette approche, applicable à la matière contractuelle, ne s'impose pas d'elle-même pour les arbitrages conventionnels, notamment lorsque le tribunal est habilité à trancher « tout différend relatif à l'investissement ». Le tribunal dans l'affaire *Desert Line c. Yémen* a partiellement accueilli la demande de *set-off*, prenant en compte le montant déjà perçu par l'investisseur pour réduire la condamnation pécuniaire de l'Etat<sup>1030</sup>. En effet, comme en témoigne la pratique suivie par les tribunaux CIRDI, la compensation des montants dus entre les parties peut être pratiquée<sup>1031</sup> en raison de l'interdépendance des instruments applicables et de l'étendue de l'habilitation juridictionnelle. Une demande de compensation du montant des condamnations par l'Etat peut

---

<sup>1026</sup> A. Mourre, « The Set-off Paradox in International Arbitration », *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, p. 397 ; A. Fortùn, « Set-Offs are not counterclaims in international arbitration » in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La LEY, Wolters Kluwer, 2010, pp. 451-470.

<sup>1027</sup> *SAUR International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/4, décision sur l'annulation, 19 décembre 2016, par. 330 : « Si, dans la 'Demande reconventionnelle', ce qui était recherché était une réduction du montant de la condamnation découlant des manquements allégués par l'Argentine ; si le Tribunal l'a examinée et qu'il a, dans le montant qu'il a condamné l'Argentine à verser, pris en compte les sommes alléguées dans la Demande de reconvention ; et si en outre le Tribunal a rejeté expressément toutes les prétentions non couvertes dans le dispositif de la sentence, le Comité ne peut que conclure que le Tribunal a examiné et rejeté la Demande reconventionnelle en tant que prétention de l'Argentine, non sans avoir au préalable pris en compte les sommes alléguées dans sa détermination du préjudice. »

<sup>1028</sup> *Enka Insaat ve Sanayi A.S. c. Gabon et l'agence nationale des grands travaux*, Affaire CCI N° 22841/DDA, sentence finale, 14 septembre 2018, par. 109, 340 : « Les conclusions des Défenderesses incluent une demande reconventionnelle « par compensation avec les sommes qui pourraient être mises à la charge des Défenderesses » au paiement desdites cotisations... La Demanderesse considère que 'la position de [l'entité paraétatique de Etat] est simplement celle d'une partie intéressée, qui n'a absolument aucune autorité pour déterminer si le droit français interprète le terme 'taxe' comme comprenant les cotisations sociales' ».

<sup>1029</sup> A. Mourre, « The Set-off Paradox in International Arbitration », *op.cit.*, note n° 1026, p. 390.

<sup>1030</sup> *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, Affaire CIRDI n° ARB/05/17, sentence, 6 février 2008, par. 223.

<sup>1031</sup> *Dunkwa Continental Goldfields Ltd (« DCGL ») et Continental Construction and Mining Company Ltd (« CCML ») c. Ghana*, Arbitrage CCI n° 18294/ARP/MD, sentence finale, 30 juillet 2015 ; *Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire*, sentence ; *Benvenuti et Bonfant SARL c. Le gouvernement de la République du Congo*, sentence ; *Atlantic Triton c. République de Guinée*, sentence ; *MINE c. République de Guinée*, sentence.

donc également revêtir une fonction offensive, puisqu'en la formulant, il obtient quelque chose de plus que le simple rejet de la demande de l'investisseur.

**632.** Le transfert de la question de la légalité de l'investissement dans les débats au fond peut également permettre d'établir que l'investisseur a contribué à son propre dommage. Par exemple, dans l'affaire *Copper Mesa Mining*<sup>1032</sup>, l'Equateur a mis en cause le comportement de l'investisseur pour violation du contrat de concession d'exploitation de cuivre, motif pris de ce que le personnel de sécurité de l'investisseur avait contribué aux confrontations physiques d'une rare violence avec les populations locales opposées au projet minier. Selon l'Equateur, ce comportement justifiait sa décision de résiliation des concessions minières pour laquelle l'investisseur demandait réparation. Lors de l'évaluation des dommages, le tribunal a considéré que l'investisseur avait contribué à son propre dommage et, sur le fondement de l'article 39 des articles de la CDI<sup>1033</sup> sur la responsabilité, décidé de réduire le montant des dommages dus à l'investisseur de trente pourcent<sup>1034</sup>. En choisissant d'invoquer la contribution fautive de l'investisseur, l'Etat peut réduire le montant de sa condamnation et éviter que le tribunal ne se prononce sur l'épineuse question de la responsabilité de l'investisseur<sup>1035</sup>. L'argument de la contribution fautive développé au fond a en effet l'avantage comparatif de ne pas être soumis aux conditions d'admissibilité des demandes reconventionnelles que le tribunal vérifie de manière automatique. Il n'en demeure pas moins qu'en réduisant de la sorte la responsabilité pécuniaire de l'Etat, le Tribunal confirme que la question de la légalité accompagne la vie de l'investissement et à ce titre, s'invite désormais dans les discussions substantielles et « *may provide a host State with a justification for its challenged conduct* »<sup>1036</sup>.

**633.** Force est d'admettre que l'argument de la non-conformité et de l'illégalité sont utilisés par l'Etat comme une stratégie « d'atténuation » de sa responsabilité pécuniaire ou de décrédibilisation de l'investisseur. Ils portent en eux un germe offensif qui permet de déplacer l'analyse sur le comportement de l'investisseur. Toutefois, la connexité factuelle entre les demandes reconventionnelles et l'objet du différend n'est pas toujours suffisante pour satisfaire la dimension offensive des demandes reconventionnelles lorsqu'elle n'est pas accompagnée d'un lien de connexité juridique.

---

<sup>1032</sup> *Copper Mesa Mining Corporation c. Equateur*, Affaire C.P.A n° 2012-02, sentence, 15 mars 2016, par. 5.42.

<sup>1033</sup> Article 39 des articles de la CDI sur la responsabilité des Etats, *Contribution au préjudice* : « Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'Etat lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée. »

<sup>1034</sup> *Copper Mesa Mining Corporation c. Equateur*, C.P.A, sentence, *op. cit.*, note n° 1032, par. 6.90 et 6.102.

<sup>1035</sup> Pour une analyse détaillée de la contribution fautive de l'investisseur, voir *Infra*, Chapitre 8, paras. 1366-1385.

<sup>1036</sup> A. Newcombe, « Investor misconduct », in *Improving International Investment Agreements*, A. de Mestral & C. Lévesque (dir.), Routledge, 2013, p. 197.

## *2. Les insuffisances de la connexité factuelle et son interdépendance avec la connexité juridique*

**634.** Lorsque l'Etat choisit de se placer sur le terrain offensif, tout l'enjeu est alors de faire produire des effets juridiques aux manquements de l'investisseur allant au-delà de l'atténuation de sa propre responsabilité. Il ne suffit pas d'établir sur le plan factuel que la qualité ou les propriétés de l'investissement sont en deçà de ce que l'Etat pouvait attendre de lui ; par leur finalité offensive, les demandes reconventionnelles nécessitent d'établir l'existence d'une obligation juridique à la charge de l'investisseur.

**635.** Pourtant, aucun texte applicable aux demandes reconventionnelles n'exige de cumulativement déterminer l'existence d'un lien de connexité du point de vue factuel et juridique. Comme l'observe F. Salerno au sujet de la pratique de la C.I.J, « pour la recevabilité de la demande reconventionnelle il n'est pas nécessaire de vérifier dans tous les cas les deux éléments de connexité »<sup>1037</sup>. Dans le cadre de l'arbitrage transnational, rares sont les sentences qui se contentent d'un lien de connexité factuel pour satisfaire l'exigence de la connexité<sup>1038</sup>. Il semble au contraire que la connexité factuelle, ce lien avec l'objet du différend, ait besoin du renfort de la connexité juridique pour être susceptible de prospérer. Là est toute la difficulté.

**636.** L'argument de l'illégalité ou de la non-conformité peut s'illustrer à des fins offensives lorsque l'Etat reprocher à l'investisseur des actes de corruption<sup>1039</sup>, ou d'enrichissement injuste<sup>1040</sup>. L'exemple le plus abouti d'une instrumentalisation fructueuse d'illégalité ou d'un manquement s'est présenté dans l'affaire *Perenco c. Equateur*<sup>1041</sup> dans laquelle le tribunal a permis que soient nommés des experts pour évaluer le préjudice environnemental que l'Etat avait revendiqué à titre reconventionnel. Les manquements de l'investisseur ont été également au centre de la stratégie reconventionnelle de l'Equateur dans l'affaire *Burlington* (posant moins de difficulté puisque les deux parties avaient consenti à ce qu'elles soient traitées par le

---

<sup>1037</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 21, p. 349.

<sup>1038</sup> *Urbaser S.A. c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1151 : « *One of Claimants' main objections is that Respondent's Counterclaim has no connection with Claimants' claims under the BIT. The Tribunal observes that the factual link between the two claims is manifest. Both the principal claim and the claim opposed to it are based on the same investment, or the alleged lack of sufficient investment, in relation to the same Concession. This would be sufficient to adopt jurisdiction over the Counterclaim as well.* »

<sup>1039</sup> *Karkey c. Pakistan*, sentence, *op. cit.*, note n° 509..

<sup>1040</sup> *Al-Warraq c. Indonésie*, sentence finale, *op. cit.*, note n° 423, par. 670.

<sup>1041</sup> *Perenco c. Equateur (Petroecuador)*, décision intérimaire sur les demandes reconventionnelles environnementales, *op. cit.*, note n° 155.

tribunal saisi<sup>1042</sup>).

**637.** Mais toutes les illégalités en lien avec l'investissement ne sont pas susceptibles d'être utilisées à des fins offensives. Les tribunaux laissent entendre qu'il ne suffit pas que la prétention reconventionnelle fondée sur l'illégalité se contente d'être en lien « factuel » avec l'investissement, elle nécessiterait aussi d'établir l'existence d'une obligation juridique en relation avec l'instrument invoqué à titre principal par l'investisseur.

**638.** Par exemple, il a pu être soutenu que lorsque les exigences de conformité au droit national sont placées dans les clauses de définition du traité, elles « visent en réalité la protection et non la responsabilisation de l'investisseur étranger »<sup>1043</sup>. Certains tribunaux sont du même avis et jugent que l'exigence de conformité placée dans les clauses de définition de l'investissement<sup>1044</sup> :

*« does not give rise to an obligation of either the Contracting Parties or the investor. An investment that violates the host State's laws and investment policies and thus does not fulfill the admission requirement is not an "investment" for the purposes of the Treaty and is thus not subject to the standards of protection under the Treaty. Therefore, the non-fulfillment can be invoked by the host State as a defense against claims of the investor based on a violation of any standard of protection; however, it cannot give rise to a liability of the investor for a loss of opportunity as Respondent claims »*<sup>1045</sup>.

**639.** En conséquence, lorsque l'Etat utilise l'illégalité à d'autres fins que purement défensives, non pas pour atténuer sa responsabilité mais pour engager celle de l'investisseur, il s'expose au risque d'un rejet de sa demande reconventionnelle. Ce rejet se fonde sur la conviction que l'exigence de conformité au droit national exprimée dans une clause de définition de la notion d'investissement « *cannot give rise to a liability of the investor* »<sup>1046</sup>.

**640.** Le rejet des prétentions reconventionnelles fondées sur l'illégalité de l'investissement trahit parfois un déséquilibre persistant et des convictions bien arrêtées sur l'idée même que le contentieux transnational puisse mettre en cause comportement de l'investisseur. Ainsi, pour assoir son interprétation de la clause de conformité, le Tribunal *Tethyan Copper c. Pakistan a*

---

<sup>1042</sup> *Burlington c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155, par. 60. Pour une analyse de ces deux affaires voir *Infra*, Chapitre 5, paras. 1000-1009.

<sup>1043</sup> M. M. Mbengue, « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, *op. cit.*, note n° 974, p. 313.

<sup>1044</sup> TBI Australie-Pakistan (7 février 1998), article 1 (a) : « *investment" means every kind of asset, owned or controlled by investors of one Party and admitted by the other Party subject to its law and investment policies applicable from time to time and includes* ».

<sup>1045</sup> *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan*, décision sur la compétence et la responsabilité, Affaire CIRDI n° ARB/12/1, 10 novembre 2017, par. 1444-1445.

<sup>1046</sup> *Ibid*, par. 1446.

cru bon devoir préciser que même un accord des Etats parties au traité sur la possibilité d'engager la responsabilité de l'investisseur : « *would constitute an impermissible agreement at the expense of a third party to the Treaty, i.e., the investor in the present case* »<sup>1047</sup>.

**641.** Au regard de ce qu'il précède, il peut donc être tenu pour acquis que certains arguments traditionnellement utilisés pour faire échec à la compétence du tribunal telle l'illégalité sont transférés aux débats substantiels. La possibilité que ce transfert alimente des prétentions offensives de l'Etat à l'égard de l'investisseur demeure incertaine. L'affaire *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan* illustre les obstacles qui se dressent dans l'évaluation de la recevabilité des demandes reconventionnelles et plus précisément les insuffisances du lien de connexité factuelle entre ces demandes et l'objet du différend. Lorsque la procédure est introduite par la voie des traités, les tribunaux arbitraux ne se contentent pas d'un lien de connexité factuel mais recherchent un lien de connexité juridique, déterminant pour satisfaire la fonction offensive des prétentions reconventionnelles.

---

<sup>1047</sup> *Ibid*, par. 1445: « *In any event, an agreement between the Contracting Parties on a liability of the investor would constitute an impermissible agreement at the expense of a third party to the Treaty, i.e., the investor in the present case.* »

### Conclusion du chapitre 3

**642.** Avec l'ambition de clarifier la nature du lien factuel entre demande principale et demande reconventionnelle dans l'arbitrage transnational, ce chapitre permet seulement de conclure que l'appréciation de la dimension factuelle semble éminemment casuistique<sup>1048</sup>. Quelques certitudes s'en dégagent néanmoins. S'il existe autant de liens factuels que de formes d'investissements et d'investisseurs, le contentieux de l'investissement et les traités applicables sont insuffisamment armés pour faire face au phénomène du démembrement des parties et à l'aspect tentaculaire de l'entreprise multinationale<sup>1049</sup>. En permettant des actions pour les dommages par ricochet, les traités creusent l'écart entre le droit de réclamation et la titularité des droits substantiels que la connexité ne peut pas toujours combler. Sous un angle plus positif, il faut reconnaître que la pratique des demandes reconventionnelles contribue à mettre en lumière les limites du test de la triple identité et alimente les besoins d'une évolution normative favorable à certaines assimilations entre les démembrements.

**643.** Toutefois, en dehors de l'argument du contrôle, l'Etat a une faible emprise pour faire entrer dans la connexité factuelle les agissements des acteurs non-parties au différend mais néanmoins impliqués dans l'opération d'investissement. Il n'est donc pas surprenant, mais regrettable, que la qualité d'investisseur prime sur celle de l'investissement dans la détermination du lien de connexité factuelle. C'est en ce sens que la connexité factuelle, bien que nécessaire, est une condition insuffisante à moins qu'elle ne soit accompagnée d'un lien de connexité juridique.

---

<sup>1048</sup> *Saluka c. République tchèque*, *op. cit.*, note n° 413, sentence, par. 63 : « *The nature and extent of the necessary close connection may be variously expressed. No single attempt to define this requirement with universal effect is likely to be satisfactory, since so much will always turn on the particular circumstances of individual cases, including not only their facts but also the relevant treaty and other texts.* »

<sup>1049</sup> J. L. Iten, « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international public », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque SFDI, Paris 8, Pedone, 2016, p. 101.

#### Chapitre 4 La dimension juridique de la connexité dans le procès transnational : « une pratique en voie de formation »<sup>1050</sup>

**644.** La connexité est une « condition substantielle »<sup>1051</sup> de recevabilité commune à plusieurs procédures incidentes venant élargir l'objet du différend dont une Cour ou un tribunal arbitral est saisi. Formellement requise pour déterminer la recevabilité, elle requiert néanmoins d'analyser la substance des prétentions reconventionnelles. A la fois présente dans les règlements de procédures arbitrales, le Règlement de la C.I.J et dans la Convention CIRDI, la manière dont les arbitres se sont appropriés le lien de connexité juridique existant entre une demande principale et reconventionnelle est marquée par l'incertitude, notamment lorsque la procédure est engagée par l'investisseur sur le fondement d'un traité. L'utilisation du terme d'appropriation se justifie puisqu'il a très tôt été observé que dans la procédure internationale, une définition de la connexité « ne pourra être développée que plus tard, sur la base d'une jurisprudence développée »<sup>1052</sup> et plus généralement que le droit relatif aux demandes reconventionnelles « est encore en flux [et] n'est pas définitivement formé »<sup>1053</sup>.

**645.** Dans l'arbitrage d'investissement, cette incertitude entourant la notion est entretenue par les situations de cumul d'instruments applicables à l'opération d'investissement. Par exemple, il se peut qu'un investissement protégé par un traité se matérialise par un contrat entre l'investisseur et l'Etat et que la loi interne applicable aux investissements offre à son tour un certain nombre de garanties. Lorsque la clause de règlement des différends de l'instrument utilisé par le demandeur à titre principal (contrat, traité ou loi) se donne pour objectif de régler les différends relatifs à l'investissement, il se peut, *a priori*, que les réclamations relatives aux instruments applicables à l'investissement soient considérés comme « des espèces relevant d'un même genre »<sup>1054</sup>, c'est-à-dire, des réclamations relatives à l'investissement. L'objet du différend d'investissement peut alors concerner des réclamations contractuelles, conventionnelles ou législatives.

**646.** La question qui se pose est donc celle de savoir si la condition de connexité des demandes reconventionnelles, qui exige du défendeur de présenter une réclamation relative à « l'objet du différend » ou en lien avec la demande principale, doit s'appuyer sur le même instrument que

---

<sup>1050</sup> *Violations alléguées des droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des caraïbes, (Nicaragua c. Colombie), demandes reconventionnelles, ordonnance, 17 Novembre 2017, C.I.J Recueil 2017, Déclaration du Juge C. Trindade*, par. 5, p. 331.

<sup>1051</sup> B. Bonafe, « Le lien de connexité : dépassement et sauvegarde de la nature 'privée' des différends devant la Cour internationale de Justice », in *Les limites du droit international : essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, B. Bonafe, P. D'Argent et J. Combacau (dir.), Bruylant, 2014, p. 410.

<sup>1052</sup> *C.P.J.I., Série D*, n°1, 3<sup>ème</sup> ad, Actes et Documents relatifs à l'organisation, p. 112 (Anzilotti)

<sup>1053</sup> R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, note n°36, p. 682.

<sup>1054</sup> Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », *op. cit.*, note n°545, p.18.

celui utilisé par le demandeur. Bien que les situations de cumul des instruments juridiques applicables à l'investissement (traité, contrat et loi) présentent la connexité sous une lumière nouvelle, les interrogations quant à sa teneur, elles, n'ont rien d'inédit<sup>1055</sup>. Il existe dans le contentieux internationale une permanence de la question de savoir si la connexité requiert une identité des titres juridiques entre les demandes principales et reconventionnelles.

**647.** En effet, la question que D. Anzilotti posait il y a près d'un siècle au sujet de la compétence reconventionnelle de la C.I.J est celle à laquelle les tribunaux d'investissement sont régulièrement confrontés lorsqu'ils sont saisis de prétentions reconventionnelles. Elle a été formulée comme suit : « la compétence ... pour statuer sur la demande reconventionnelle doit – elle être fondée sur le titre même servant de base à la compétence pour statuer sur la demande principale, ou peut-elle être fondée aussi sur un titre différent ? »<sup>1056</sup>.

**648.** Appliquée au contentieux de l'investissement cette interrogation peut être reformulée de la manière suivante : l'Etat défendeur est-il limité au cadre normatif choisi par l'investisseur pour satisfaire la condition de connexité ou peut-il bénéficier de la situation de cumul d'instruments et invoquer à titre reconventionnel la violation d'une norme issue d'une autre source que celle utilisée par l'investisseur à l'appui de sa demande principale ?

**649.** Au renfort de leur pouvoir souverain d'appréciation, les tribunaux apportent à cette question des réponses parfois contradictoires avec un haut coefficient de subjectivité. A l'instar de la question du consentement<sup>1057</sup>, on observe que l'appropriation par l'arbitre de la connexité juridique est une pratique en voie de formation, qui a parfois suivi une logique opportune de mimétisme jurisprudentiel ayant rigidifié le test de la connexité (Section 1). Or, ainsi qu'en témoigne un courant jurisprudentiel minoritaire, son appréciation est aussi déterminée par des considérations de bonne administration de la justice et d'égalité des parties justifiant d'assouplir le test de la connexité (Section 2).

### *Section 1 Opportunité et limites du mimétisme jurisprudentiel comme méthode d'appréciation de la connexité juridique*

**650.** Le lien de connexité entre une demande principale et une demande accessoire est présenté comme un « critère objectif »<sup>1058</sup> utilisé par les cours et tribunaux internationaux pour encadrer

---

<sup>1055</sup> B. Bonafe, « Le lien de connexité : dépassement et sauvegarde de la nature 'privée' des différends devant la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 1051, p.421.

<sup>1056</sup> D. Anzilotti, « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *op. cit.*, note n° 22 , p.868.

<sup>1057</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 237 et suivant.

<sup>1058</sup> B. Bonafe, « Le lien de connexité : dépassement et sauvegarde de la nature 'privée' des différends devant la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 1051, p. 407.

les phénomènes d'élargissement du différend que sont les demandes additionnelles, ou reconventionnelles. Pourtant, le terme souffre d'une certaine « indigence »<sup>1059</sup> et la nature de ce lien « n'est pas identique dans chacune des branches du droit où on la rencontre... »<sup>1060</sup>.

**651.** La caractérisation du lien de connexité entre une demande reconventionnelle et l'objet du différend peut difficilement se départir d'une analyse de la jurisprudence. Partant du constat que la notion de connexité est un principe général de procédure internationale<sup>1061</sup>, il est donc opportun de sonder l'interprétation de la connexité offerte par les cours et tribunaux internationaux aux prises avec une action reconventionnelle du défendeur. L'analyse du contentieux reconventionnel porté à la connaissance de la C.I.J offre une source pertinente pour faire ressortir des éléments de comparaison avec le contentieux de l'investissement. D'une part, l'analyse est justifiée en raison de la nature internationale de l'arbitrage d'investissement ainsi que par la présence d'un Etat à la procédure arbitrale. Surtout, les emprunts à la jurisprudence de la C.I.J sont nombreux dans les sentences arbitrales<sup>1062</sup>, y compris parfois au sujet des demandes reconventionnelles<sup>1063</sup>. Bien qu'elle soit préférable devant la C.I.J, l'identité des titres juridiques entre la demande principale et la demande reconventionnelle est, en droit international général, une exigence relative qui est soumise à des aménagements (I). Cette souplesse contraste avec la rigueur de l'arbitre transnational dans l'appréciation de la connexité, lequel semble être défié par les situations de cumul d'instruments applicables aux relations entre les parties (II).

### *I. La recherche d'une identité des titres juridiques en tant qu'exigence relative en droit international général*

**652.** La dimension juridique de la connexité directe est l'œuvre d'une construction prétorienne développée par la C.I.J et riche d'enseignement pour en dessiner les contours. Elle confirme que la recherche d'une identité des titres juridiques entre les demandes principales et reconventionnelles, bien que préférable devant les juridictions permanentes, n'est pas, en droit international général (A) et spécial (B) un principe absolu. Aussi, ce tour d'horizon de la connexité juridique devant les juridictions permanentes, apporte un élément de comparaison

---

<sup>1059</sup> J-P. Fourcade, *La connexité en procédure civile*, *op.cit.*, note n° 708, p.7 ; Au sujet du Règlement de la CIJ voir, R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, note n°36, p. 380 : « Ce n'est que parce qu'elle se base sur le même complexe factuel et/ (ou ?) juridique qu[e] [la demande reconventionnelle] sera admise. »

<sup>1060</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>1061</sup> *Supra*, par. 438.

<sup>1062</sup> A. Pellet, « La jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans les sentences CIRDI - Lalive Lecture », *JDI* (Clunet), 2014, pp. 5-32.

<sup>1063</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, paras. 273-274, *Supra*, Chapitre 2, par. 274.

indispensable pour savoir si l'approche suivie par les tribunaux d'investissement lui correspond ou si elle s'en détache.

### *A. La notion de connexité juridique dans le contentieux international porté devant les juridictions permanentes*

**653.** En choisissant un lien de connexité « directe » (1), la C.I.J et le Tribunal international pour le droit de la mer (« TIDM ») ont entendu favoriser une identité des titres de compétence principale et reconventionnelle, sans toutefois en faire un principe absolu (2).

#### *1. Connexité directe et indirecte*

**654.** La notion de connexité est « une notion pivot »<sup>1064</sup> pour la bonne administration de la justice reconventionnelle. L'analyse de l'évolution de la rédaction du Règlement de la C.I.J et de sa devancière nous a permis de mettre à jour que la connexité est une construction prétorienne<sup>1065</sup>. En effet, tirant les leçons de sa jurisprudence *Chorzów* par laquelle la CPJI s'est référée pour la première fois à la notion de « connexité juridique »<sup>1066</sup> afin d'admettre la demande reconventionnelle polonaise contre la requête de l'Allemagne, la CPJI a ultérieurement révisé son Règlement en 1936 à la lumière de la pratique. Le degré de connexité requis pour la recevabilité de la demande reconventionnelle était alors une question centrale. Comme l'observe H. Gelas, dans le contentieux interne comme dans le contentieux international, la connexité est une barrière dont « la limite ne doit pas être placée trop loin [...] Cette barrière demande à n'être pas non plus placée trop près, la connexité ne devant pas être regardée d'une manière trop étroite, sinon la justice aurait à en souffrir. »<sup>1067</sup>

**655.** Hudson distinguait les demandes reconventionnelles directes, c'est-à-dire celles qui naissent des faits ou transactions sur lesquels se fonde la revendication du demandeur, des demandes reconventionnelles indirectes, qui naissent de faits ou transactions autres que ceux choisis par le demandeur<sup>1068</sup>. Cette distinction se retrouve notamment en droit américain qui distingue entre les « *compulsory counterclaim* » et « *permissive counterclaim* ». Pour ces dernières, le lien de connexité requis est, comme son nom l'indique, plus « permissif » et permet

---

<sup>1064</sup> H. Gelas, *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, Université Panthéon-Assas, 2004, p. 374.

<sup>1065</sup> *Supra*, Introduction, par. 20 et suiv.

<sup>1066</sup> *Usine de Chorzów*, CPJI, *Série A*, n°17, p.38 : « La Cour constate, en outre, que la demande reconventionnelle est basée sur l'article 256 du Traité de Versailles, qui constitue le fondement de l'exception soulevée par la Partie défenderesse, et que, partant, elle se trouve en rapport de connexité juridique avec la demande principale. »

<sup>1067</sup> J-P. Fourcade, *La connexité en procédure civile*, *op.cit.*, note n° 708, p.10.

<sup>1068</sup> M. Hudson, *La Cour permanente et la Justice internationale*, Pedone, 1936, pp. 499-501.

que soient traitées des demandes connexes à la demande principale sans identité des titres juridiques<sup>1069</sup>. Au contraire, les *compulsory counterclaims* requièrent une identité entre les fondements utilisés par les parties à l'appui de leur prétentions principales et reconventionnelles. Le défendeur n'ayant pas soulevé de *compulsory claim* dans l'instance engagée contre lui, perd alors le droit de faire valoir sa prétention dans une nouvelle instance.

**656.** Les procès-verbaux des réunions précédant l'adoption du Règlement de 1936 de la CPJI mentionnent qu'à l'origine, la Cour s'était inspirée de la pratique américaine pour reconnaître l'institution des demandes reconventionnelles. Toutefois, un consensus parmi les juges existait sur l'idée que « les procédures nationales n'apportent pas à la Cour une grande assistance... [et que] la Cour doit construire son propre système »<sup>1070</sup>. C'est donc à l'occasion des discussions sur l'opportunité d'introduire un nouvel article spécialement dédié aux demandes reconventionnelles, que certaines observations ont été formulées par les juges au sujet de la notion de connexité.

**657.** G. Guyomar remarque qu'« une divergence de vues fondamentale »<sup>1071</sup> s'est manifestée lors de la révision du règlement en 1936 sur ce point. Commentant le projet d'article relatif aux demandes reconventionnelles<sup>1072</sup> les membres de la Cour ont interrogé le sens de l'expression « connexité directe » qui avait été introduit pour la première fois sur proposition conjointe de quatre juges (Negulesco, Wang, Schücking, Fromageot). Ceux-ci s'interrogeaient afin de savoir si l'expression « connexité directe » visait « seulement une connexion de fait ou bien une connexité de droit ? [et si] la connexité doit-elle être à la fois directe et juridique ? »<sup>1073</sup>. Le Juge Negulesco expliquait que les auteurs de la proposition d'article ont utilisé l'expression afin de « viser ce qu'on appelle en anglais *counter-claim* mais exclure la *cross-action* »<sup>1074</sup>. Le

---

<sup>1069</sup> *Black's Law Dictionary*, 8<sup>ème</sup> ed. Garner (dir), p. 376 : « A claim for relief asserted against an opposing party after an original claim has been made... Permissive counterclaim A counterclaim that need not be asserted to be cognizable because it does not arise out of the same subject matter as the opposing party's claim or involves third parties over which the court does not have jurisdiction. ». Nous notons qu'en droit américain, prééminence est donnée à la dimension factuelle de la notion de connexité (« connexité ») : « *connectedness ; the quality of being connected. In some states, connexity expresses the relationship that must exist between a foreign party (such as a corporation) and a state for a plaintiff to maintain personal jurisdiction over the party ; generally the claim must arise from a transaction connected with the activities of the party of the state* », *Ibid*, pp. 321-322.

<sup>1070</sup> C.P.J.I., Série D, n°1, 3<sup>ème</sup> ad, *Actes et Documents relatifs à l'organisation de la Cour*, mars 1936, p.114.

<sup>1071</sup> G. Guyomar, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de justice : adopté le 14 avril 1978 interprétation et pratique*, Pedone, 1983, p. 520.

<sup>1072</sup> C.P.J.I., Série D, n°1, 3<sup>ème</sup> ad, *Actes et Documents relatifs à l'organisation de la Cour*, mars 1936, p. 1110 : « Peuvent seules être introduites, dans le contre-mémoire, comme demandes reconventionnelles des demandes qui sont en connexité directe avec l'objet de la requête présentée par l'autre partie, pourvu qu'elles rentrent dans la compétence de la Cour. », le texte final sera le suivant « Lorsque l'instance a été introduite par requête, une demande reconventionnelle peut être présentée dans les conclusions du contre-mémoire, pourvu que cette demande soit en connexité directe avec l'objet de la requête et qu'elle rentre dans la compétence de la Cour. »

<sup>1073</sup> *Ibid*, p.111.

<sup>1074</sup> *Ibid*.

Juge Fromageot précisait quant à lui que la connexité directe « ne peut s'agir que d'une connexité de fait »<sup>1075</sup> et non pas d'une connexité de droit. Ce dernier était d'avis que le mot « directe » n'était sans doute pas assez « explicite » mais néanmoins « nécessaire » afin d'établir qu'une connexité éloignée ne suffirait pas pour joindre la demande reconventionnelle à l'instance<sup>1076</sup>.

**658.** La référence à la « connexité directe » fut une question débattue parmi les membres de la Cour à la lumière de l'affaire de *Chorzów*, laquelle avait introduit pour la première fois et sans disposition à cet effet la notion de « connexité », expression qui a été intégrée dans le Règlement de 1936 et dans les révisions ultérieures<sup>1077</sup>. Or, comme l'a fait remarquer le juge Van Eysinga en 1934, le choix d'ajouter la notion de « connexité directe » contraste avec les termes exacts employés par la Cour dans cette affaire, qui exigeait une « connexité juridique »<sup>1078</sup>.

**659.** Mais la Cour ne s'est pas arrêtée là. Laissant ouverte la possibilité qu'une demande reconventionnelle n'entretienne pas de liens suffisants avec la demande principale, le comité de rédaction ajouta la formule suivante: « toute demande qui n'est pas en connexité directe avec l'objet de la requête originaire, doit être présentée sous forme de requête séparée et peut rester l'objet d'une instance distincte ou être jointe par la Cour à l'instance primitive. »<sup>1079</sup>. Entendue de cette manière, la présence d'un lien de connexité permet donc de justifier une décision de *joindre* deux instances et laisse subsister la possibilité qu'un lien de connexité entre une demande principale et reconventionnelle persiste et ouvre une voie d'actions croisées. Par cet ajout, la Cour introduit donc deux formes de connexité, celle qui serait trop éloignée justifierait l'introduction d'une nouvelle requête, celle qui serait étroitement liée serait au contraire greffée à l'instance.

**660.** Ainsi, en choisissant une « connexité directe avec l'objet de la requête » la Cour entendait simplement favoriser la concentration des demandes si directement liées qu'il serait inéquitable

---

<sup>1075</sup> *Ibid*, p. 112.

<sup>1076</sup> *Ibid*, p. 113

<sup>1077</sup> G. Guyomar, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de justice : adopté le 14 avril 1978 interprétation et pratique, op. cit.*, note n° 1071, p. 521.

<sup>1078</sup> C.P.J.I., *Série D*, n° 1, 3<sup>ème</sup> ad, *Actes et Documents relatifs à l'organisation de la Cour*, mars 1936, p.113 : « La mention dans le règlement de l'idée de la connexité peut être utile. Toutefois, lorsque la Cour s'est trouvée en présence d'une demande reconventionnelle – on a cité l'arrêt n° 13 [Usine de Chorzow]– elle a exigé la connexité juridique dans avoir une disposition spéciale à cet effet dans son Règlement ; elle l'a fait en s'inspirant de l'idée que, là où une certaine matière n'est pas prévue *ipsis verbis* dans le Règlement, elle peut agir librement pour arriver à un résultat aussi juste que possible. Personnellement, [il] voit un grand avantage à cette méthode, notamment dans une matière aussi délicate...[il] aurait quelques difficultés à adopter les mots 'connexité directe' car dans l'arrêt [*Chorzów*] la Cour a utilisé le terme 'connexité juridique' ... La vérité semble être que lorsque la Cour se trouvera devant un cas d'espèce, elle fera intervenir son sentiment d'équité...».

<sup>1079</sup> *Ibid*. Formulation ultérieurement abandonnée lors de la révision de 2001, le paragraphe 3 est rédigé comme suit « En cas d'objection relative au paragraphe 1 ou à tout moment lorsque la Cour le considère nécessaire la Cour prend sa décision à cet égard après avoir entendu les parties. ». *Supra*, introduction, par.60.

de les traiter de manière distincte. Cela, sans véritablement préciser si l'identité des titres juridiques était une condition indispensable de la notion de connexité directe. A lire les observations des juges chargés d'amender le règlement de la Cour en 1936, l'exigence d'une identité des titres juridiques, ne semblait pas être une préoccupation résolue puisque l'essentiel de leurs observations insistait bien sur l'importance de la dimension factuelle. La lecture des procès-verbaux de la révision règlementaire de 1936 ne permet donc pas d'identifier une approche consolidée de la teneur de la connexité directe. Ce, d'autant moins que dans sa jurisprudence, la Cour s'était référée à la « connexité juridique »<sup>1080</sup>. Sans la contribution jurisprudentielle de l'affaire *Chorzów*, la notion de connexité directe était « *a general and abstract legal notion, a flexible formula, which needs concretization ad hoc by the competent international court and tribunal* »<sup>1081</sup>.

**661.** A ce titre, la prophétie des mots du Juge Anzilotti à propos de l'avenir des demandes reconventionnelles et de la connexité directe est remarquable. Ainsi, expliquait-il qu' : « il est laissé aux soins de la Cour de déterminer dans quels cas la demande reconventionnelle se trouve liée juridiquement à la demande principale. Il n'aurait pas été facile ni, peut-être, prudent de renfermer dans une formule un point aussi délicat, l'objet de nombreuses discussions et controverses dans la procédure interne, et complètement nouveau dans la procédure internationale, laquelle n'a jamais eu l'occasion de s'occuper de ce qu'on appelle connexité de procès. (L)a jurisprudence qui se formera petit à petit (...) fixera au fur et à mesure les critères de cette matière spéciale. »<sup>1082</sup>. Ceci ressort d'ailleurs très clairement de la jurisprudence de la Cour et du TIDM devant lesquels le contentieux reconventionnel s'est affermi.

## **2. L'appréciation de la connexité directe par la C.I.J et le TIDM**

**662.** La notion de connexité juridique est une construction prétorienne qui nous vient tout droit de la jurisprudence *Usine de Chorzów*<sup>1083</sup> et c'est là « la principale contribution de cet arrêt au développement des règles sur les demandes reconventionnelles »<sup>1084</sup>. De l'aveu de D. Anzilotti

---

<sup>1080</sup> Arrêt du 13 septembre 1928, affaire de l'*Usine de Chorzów*, CPJI, Série A, n°17, p. 38.

<sup>1081</sup> I. Stribis, « Counter-claims before the International tribunal for the Law of the Sea », in *Droit international, de la mer, droits de l'homme, enjeux et perspectives*, Mél. Haritini Dipla, L. Boisson de Chazournes, E. Doussis, G. Andreone, A. Zervaki (dir.), Pedone, 2020, p.183.

<sup>1082</sup> D. Anzilotti, « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *op. cit.*, note n° 22, pp. 870-871.

<sup>1083</sup> *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (demandes en indemnités) (fond)*, CPJI, Série A n°17, 1928, p.38 :« La Cour constate, en outre, que la demande reconventionnelle est basée sur l'article 256 du Traité de Versailles, qui constitue le fondement de l'exception soulevée par la Partie défenderesse, et que, partant, elle se trouve en rapport de connexité juridique avec la demande principale. ».

<sup>1084</sup> S. Torres Bernàrdez, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n° 14, p. 236.

la question de connexité des actions « est une des plus complexes de la procédure [qu'] il vaudra donc mieux renoncer à la définir et laisser à la Cour le soin de déterminer dans chaque cas si la connexité existe ou non »<sup>1085</sup>.

**663.** Dans deux affaires tranchées par la CIJ et sa devancière, la connexité juridique permettait que les parties s'opposent la violation d'instruments distincts<sup>1086</sup>. Après une période de sommeil et plusieurs modifications réglementaires, le contentieux reconventionnel devant la Cour s'est réveillé et fait l'objet de plusieurs travaux de recherche<sup>1087</sup> et articles universitaires<sup>1088</sup>. Chacun à sa manière, constate une percée de ce contentieux et reconnaît que la Cour y a « donné corps au fil de sa jurisprudence »<sup>1089</sup>. Cela dit, le passage de l'obscurité à la lumière de la notion « connexité directe » orpheline de définition, s'est fait – et continue de se faire – davantage à la boussole qu'au tracé et l'on éprouve « certaines difficultés à tirer de ces précédents des principes généraux »<sup>1090</sup>.

**664.** Dans l'œuvre de construction prétorienne<sup>1091</sup>, l'ordonnance rendue dans l'affaire

---

<sup>1085</sup> C.P.J.I., *Série D*, n°1, 3<sup>ème</sup> ad, Actes et Documents relatifs à l'organisation de la Cour, mars 1936, p.112.

<sup>1086</sup> Dans l'affaire du *Droit d'asile*, la Colombie reprochait au Pérou la violation de l'accord sur l'extradition du 18 juillet 1911, et la Convention de la Havane sur l'asile du 20 février 1928 alors que le Pérou invoquait la violation de la Convention de la Havane sur l'asile. La connexité existant entre les prétentions a permis à la Cour de se saisir de toutes les prétentions : « Il ressort clairement de l'argumentation des parties que la deuxième conclusion de la Colombie, relative à l'exigence d'un sauf-conduit, s'appuie largement sur la régularité de la procédure de l'asile, régularité qui précisément est contestée par la demande reconventionnelle. La connexité est si directe que certaines conditions requises pour l'exigence d'un sauf-conduit dépendent précisément des faits qui sont mis en jeu par la demande reconventionnelle. La connexité étant ainsi clairement établie. » *Droit d'asile (Colombie/Pérou), arrêt du 20 novembre 1950, CIJ Recueil 1950*, pp. 280-281 ; Dans l'affaire *Usine de Chorow* la Pologne invoquait l'article 256 du Traité de Versailles pour la livraison d'actions alors que l'Allemagne invoquait la violation de la Convention de Genève.

<sup>1087</sup> C. Antonopoulos, *Counterclaims before the International Court of Justice*, *op. cit.*, note n° 16.; H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de justice*, *op. cit.*, note n° 15.

<sup>1088</sup> Y. Nouvel, « La recevabilité des demandes reconventionnelles devant la Cour internationale de Justice à la lumière de deux ordonnances récentes », *op. cit.*, note n° 23, pp. 324-336; H. Ruiz-Fabri et J.M Sorel, « Le renouveau de la procédure des demandes reconventionnelles », *Revue générale des procédures*, n°4, 1998, p. 733; L. Savadogo, « La renaissance de la procédure des demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n° 713, pp. 1237-270; F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 21, pp. 329-378; S. D Murphy, « Amplifying the World Court's Jurisdiction through Counter-Claims and Third-Party Intervention A Festschrift Honoring Professor Louis B. Sohn », *Georges Washington International Law Review*, n°1, 2000, pp. 5-30; S Torres Bernardez, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n° 14, pp. 207-247.

<sup>1089</sup> *Violations alléguées des droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des caraïbes, (Nicaragua c. Colombie), Ordonnance, demandes reconventionnelles, 17 novembre 2017, C.I.J Recueil 2017, Opinion du Juge Ad Hoc Caron*, p. 351, par. 4.

<sup>1090</sup> S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 3ed., 1997, vol. III, p. 1276.

<sup>1091</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997*, p. 258, par. 33 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), demande reconventionnelle, ordonnance du 10 mars 1998, C.I.J. Recueil 1998*, p. 190 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, ordonnance du 30 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999*, p. 983 ; *Activités armées sur le*

*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*<sup>1092</sup> marque une étape importante – et controversée<sup>1093</sup> – dans le traitement de la connexité directe.

**665.** A titre principal, la Bosnie reprochait à la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) d'avoir facilité des incursions militaires et des actes d'épuration ethnique sur son territoire, en violation de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (ci-après « la Convention »), de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier. A titre reconventionnel, la Yougoslavie faisait valoir qu'en répétant des appels publics à l'exécution des serbes, la Bosnie était également responsable d'actes de génocide et contrevenait aux prescriptions de la Convention de 1948 en ayant incité à la perpétration d'actes de génocide<sup>1094</sup>.

**666.** L'appréciation du lien de connexité directe entre les prétentions respectives des parties se présentait sous un aspect particulier en raison de la nature *erga omnes* des obligations de la Convention, soustraites à la condition de réciprocité. Compte tenu de cette particularité, l'essence de la question était celle de savoir si la demande par laquelle un Etat oppose un crime à un autre<sup>1095</sup> est une demande reconventionnelle, c'est-à-dire qu'elle « contre » et « influence » la demande principale, ou si au contraire le caractère non-réciproque des obligations de la Convention en faisait une demande autonome dépourvue de connexité directe avec la demande principale ? Comme l'a remarqué le juge Lauterpacht dans son opinion individuelle, la réponse est un problème inhérent à la matière pénale à laquelle la haute juridiction n'est pas habituée puisque « la procédure de règlement judiciaire exerce une

---

*territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), ordonnance du 29 novembre 2001, C.I.J. Recueil 2001, p. 660 ; Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168 ; Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie), demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010, p. 310 ; Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) ; Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), demandes reconventionnelles, ordonnance du 18 avril 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 200 ; Violations alléguées des droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des caraïbes, Nicaragua c. Colombie, ordonnance, demandes reconventionnelles, 17 novembre 2017, C.I.J. Recueil 2017, par. 41.*

<sup>1092</sup> H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice*, *op. cit.*, note n° 15, p. 231 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 258, par. 33. (13 voix pour, 1 contre)*

<sup>1093</sup> L. Savadogo, « La renaissance de la procédure des demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n° 713, p. 259.

<sup>1094</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, par. p. 250 : « La Bosnie-Herzégovine est responsable des actes de génocide commis contre les Serbes en Bosnie-Herzégovine et d'autres violations des obligations établies par la convention de 1948 ».*

<sup>1095</sup> *Ibid.*, p. 253. Selon la Bosnie -Herzégovine, les obligations de la Convention ne laissent « aucune place à la réciprocité [et] on ne saurait envisager que la constatation judiciaire d'une violation de la convention commise par un Etat puisse être éventuellement influencée par le fait qu'une seconde violation - dont l'Etat en question aurait été la victime - a été perpétrée ». Voir aussi dans cette affaire l'Opinion dissidente de M. Weeramantry, p. 292 : « Un meurtre ne peut être opposé à un autre meurtre, ni un viol à un autre viol ».

juridiction civile »<sup>1096</sup>.

**667.** Au renfort de son pouvoir d'appréciation, la Cour a d'abord remarqué que la détermination du degré de connexité doit se faire « compte tenu des particularités de chaque espèce »<sup>1097</sup> prenant en compte les éléments factuels et juridiques. Constatant que les demandes respectives des parties s'inscrivaient dans « un même ensemble factuel complexe puisque ces faits sont réputés avoir tous eu lieu sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine et au cours de la même période »<sup>1098</sup>. Elle a ensuite retenu sa compétence reconventionnelle expliquant que : « l'absence de réciprocité n'est pas un obstacle puisque les parties poursuivent le même but juridique, c'est-à-dire la responsabilité au regard de la Convention »<sup>1099</sup>. En évoquant pour la première fois « la poursuite des mêmes buts juridiques »<sup>1100</sup> à savoir « l'établissement d'une responsabilité juridique en raison de violations de la convention sur le génocide »<sup>1101</sup>, la Cour semble avoir assoupli la notion de « connexité directe » et affaibli la fonction défensive de l'action reconventionnelle<sup>1102</sup>. Entendue de cette manière, il suffirait qu'un Etat cherche à engager la responsabilité d'un autre pour satisfaire la condition de connexité. En effet, quand bien même il serait établi que la partie demanderesse avait agi en violation de la Convention, la demande reconventionnelle n'aurait pas pour effet de « réduire » ou « influencer » la responsabilité du défendeur pour le crime de génocide puisque l'interdiction n'est pas soumise à la réciprocité.

**668.** Cette position a causé de « grandes appréhensions »<sup>1103</sup> et des inquiétudes de la part des juges comme de la doctrine<sup>1104</sup>. Dans son opinion dissidente, le juge Weeramentry a notamment contesté la nature reconventionnelle de la demande, expliquant qu'« une demande qui n'a aucun

---

<sup>1096</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, Opinion individuelle de M. Lauterpacht, p. 286.*

<sup>1097</sup> *Ibid*, ordonnance du 17 décembre 1997, p. 258, par. 33 : « le Règlement ne définit pas la notion de 'connexité directe'; qu'il appartient à la Cour d'apprécier souverainement, compte tenu des particularités de chaque espèce, si le lien qui rattacher la demande reconventionnelle à la demande principale est suffisant ; et que, en règle générale, le degré de connexité entre ces demandes doit être évalué aussi bien en fait qu'en droit. »

<sup>1098</sup> *Ibid*, par. 34.

<sup>1099</sup> *Ibid*, par. 35.

<sup>1100</sup> *Ibid*.

<sup>1101</sup> *Ibid*.

<sup>1102</sup> G. Distefano, « La demande reconventionnelle au fil des textes régissant le fonctionnement de la Cour de La Haye et de sa jurisprudence », *RSDIE*, vol.18, 2008, p. 10 : « Or, la majeure partie de la doctrine ainsi que la pratique de la Cour – d'avant l'ordonnance dans l'affaire du Génocide – étaient la conclusion selon laquelle le Règlement consacre uniquement la demande reconventionnelle directe ».

<sup>1103</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, Opinion individuelle de M. Koroma, p. 272.*

<sup>1104</sup> O. L. Pegna, « Counter-claims and Obligations *Erga Omnes* before the International Court of Justice », *EJIL*, vol. 9, n°4, 1998, pp. 724-736 ; Observations d'A.Pellet (débat), in *Les procédures incidentes devant la Cour internationale de justice : exercice ou abus de droits ?*, J.M Sorel, F. Poirat (dir.), Pedone, 2001.

effet sur la décision concernant la demande initiale n'est pas reconventionnelle »<sup>1105</sup> et que pour s'assurer que la demande reconventionnelle remplisse sa fonction défensive, il eût été nécessaire que la Cour s'assure que « l'une exerce une influence sur les conséquences de [la demande principale] »<sup>1106</sup>. Or, selon lui, en accueillant la demande reconventionnelle, la Cour aurait dénaturé la notion de connexité directe par laquelle les rédacteurs entendaient précisément exclure les « cross-claim »<sup>1107</sup>.

**669.** Comme on le voit, l'ordonnance rendue par la Cour dans l'affaire du *Génocide* atténue le lien de dépendance existant entre la notion de connexité directe et la nature défensive de la demande reconventionnelle. En choisissant une conception extensive de la nature reconventionnelle d'une demande, la Cour a, du même coup, élargi la notion de « connexité directe ». En effet, si la demande reconventionnelle n'a pas à être défensive, la connexité n'a pas à être « directe », c'est-à-dire, directement liée à la demande principale. Il suffit que les parties « poursuivent un même but juridique » sans que les obligations invoquées à titre principal ou reconventionnel ne soient réciproquement dues. Il est également possible d'interpréter l'ordonnance comme une manière de hiérarchiser la dimension factuelle et la dimension juridique de la connexité directe. Les faits reprochés entre les parties peuvent être de différente nature mais leur concentration dans une même instance serait justifiée lorsqu'elles concernent le même instrument. Telle est l'opinion exprimée par le juge *ad hoc* Kréca, lequel adhérant à la décision de la Cour, a vu dans l'ordonnance une manière de donner « prépondérance tacite » à la connexité en droit par rapport à la connexité factuelle<sup>1108</sup>. Selon lui, cette prépondérance se justifie pour la raison que « sur la base d'un évènement unique des parties peuvent intenter des actions qui ne sont pas complémentaires »<sup>1109</sup>. Ainsi, l'existence d'une connexité juridique « peut toujours être considérée comme une connexité 'directe' »<sup>1110</sup>. Sa présence serait un référentiel suffisant pour comprendre les différentes manifestations de la connexité directe des demandes reconventionnelles sans pour autant être une exigence absolue.

**670.** A quelques jours d'intervalle, la Cour a rendu une autre ordonnance dans l'affaire

---

<sup>1105</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, Opinion Dissidente Weeramentry, p. 52.*

<sup>1106</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>1107</sup> *Ibid.*, p.51.

<sup>1108</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, Déclaration du juge Kréca, p. 268-269.*

<sup>1109</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>1110</sup> *Ibid.*

des *Plates-formes pétrolières*<sup>1111</sup>, et se prononçait à nouveau sur la recevabilité d'une action reconventionnelle présentée par les Etats Unis contre l'Iran qui, en permettant le mouillage de mines, aurait violé le traité d'amitié et de commerce de 1955. Bien que les deux parties invoquaient à titre principal et reconventionnel le même instrument juridique, chacune opposait à l'autre la violation d'obligations différentes. Pour juger les demandes reconventionnelles recevables, la Cour a rappelé que sa compétence principale couvrait les demandes liées aux atteintes à la liberté du commerce et de navigation<sup>1112</sup> et que la demande reconventionnelle relative au mouillage de mines faisait partie d'un « même ensemble factuel complexe »<sup>1113</sup> permettant de satisfaire la condition de connexité directe.

**671.** La manière par laquelle la Cour a fait entrer l'objet de la demande reconventionnelle dans l'objet de la demande relative à l'article X (1) du traité portant sur la liberté du commerce reste toutefois ambivalente puisqu'elle choisit l'article invoqué par l'Iran dans sa demande principale sans le désigner comme tel. La Cour ne se réfère pas explicitement à « l'objet de la requête », mais bien à l'étendue de l'objet du différend.

**672.** Dans une opinion individuelle, la juge Higgins a d'ailleurs fait le reproche à la majorité de laisser entendre qu'une stricte identité des titres juridiques serait requise pour établir la connexité directe d'une action reconventionnelle alors que, selon elle, il n'est pas « essentiel qu'il ait une identité des causes »<sup>1114</sup>. A rebours du raisonnement suggéré par la Cour, elle a observé que « [r]ien dans le Règlement ou la pratique de la Cour n'indique que l'auteur d'une demande reconventionnelle doit établir un lien de compétence tout à fait identique »<sup>1115</sup>, ajoutant que « s'il n'en était pas ainsi, jamais on ne pourrait présenter une demande reconventionnelle, par exemple au titre de la responsabilité civile délictuelle dans une action engagée en matière contractuelle, alors que cela se fait de façon courante. »<sup>1116</sup>.

**673.** Nous adhérons à l'interprétation de *Dame Higgins* à propos de la connexité directe qui réconcilie la notion avec sa caractéristique originelle, celle d'une certaine flexibilité. D'autres au contraire, ont plaidé en faveur d'une interprétation stricte exigeant une identité des titres

---

<sup>1111</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), demande reconventionnelle, ordonnance du 10 mars 1998, C.I. J. Recueil 1998, p. 190.*

<sup>1112</sup> *Ibid.*, par. 36.

<sup>1113</sup> *Ibid.*, par. 38.

<sup>1114</sup> *Plates-formes pétrolières, ordonnance, opinion individuelle Juge Higgins, C.I. J. Recueil 1998, p. 32.*

<sup>1115</sup> *Ibid.*

<sup>1116</sup> *Ibid.*

juridiques invoqués à titre principal et reconventionnel<sup>1117</sup>. Il ressort des deux ordonnances précitées que l'identité des titres juridiques entre action principale et reconventionnelle n'est pas une exigence absolue pour satisfaire la condition de connexité directe puisqu'elle sera satisfaite, dès lors qu'il est établi que les parties « poursuivent un même but juridique », ou encore lorsque celles-ci invoquent des obligations non-réciproques ou différentes contenues dans un même traité.

**674.** Poursuivant la construction jurisprudentielle de la connexité juridique, la Cour a ultérieurement affirmé la relativité du principe d'identité des titres juridiques entre demande principale et reconventionnelle.

**675.** Dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour a exercé sa compétence reconventionnelle acceptant que l'Ouganda utilise un autre fondement juridique que celui invoqué par la République Démocratique du Congo. A titre principal, l'Etat demandeur reprochait à l'Ouganda des actes d'agressions armées en violation des obligations coutumières et conventionnelles d'interdiction du recours à la force<sup>1118</sup>, ainsi que la violation de la Convention de Chicago de 1944 par l'abattage d'un aéronef. A titre reconventionnel, l'Ouganda invoquant « divers principes du droit coutumier et général », reprochait respectivement à la RDC : i) des actes d'agression, ii) des atteintes au personnel diplomatique et ressortissants ougandais dans son ambassade à Kinshasa, et iii) la violation des accords de médiation de Lusaka engagés entre les deux pays.

**676.** Dans son Ordonnance, la Cour a admis, à l'unanimité, la recevabilité de la première demande reconventionnelle au motif que les deux parties « cherch[ai]ent à établir la responsabilité de l'autre en se fondant sur la violation du principe de non-recours à la force » tel qu'il figure à l'article 2 de la Charte des Nations Unies. Bien que l'Ouganda se fondait sur un autre titre juridique que la demande principale, la Cour a jugé que sa deuxième demande reconventionnelle portant sur diverses exactions accompagnant l'usage illicite de la force dans les ambassades ougandaises s'inscrivait « dans un ensemble factuel complexe »<sup>1119</sup> puisque les deux parties « cherche[nt] à établir la responsabilité de l'autre en invoquant, [...] certaines

---

<sup>1117</sup> *Plates-formes pétrolières, ordonnance, opinion individuelle du Juge Oda*, p. 215 : « Un Etat demandeur subira un préjudice grave si la portée des questions litigieuses soulevées dans la demande reconventionnelle de l'Etat défendeur est étendue au-delà de ce que réclamait initialement l'Etat demandeur. Un Etat demandeur n'étant pas autorisé lui-même à présenter des demandes additionnelles, pourquoi un Etat défendeur peut-il avoir la faculté de présenter une demande nouvelle, si cette demande (reconventionnelle) n'a pas de connexité directe avec l'objet de la demande du demandeur ? ».

<sup>1118</sup> La Charte des Nations Unies, la Charte de l'organisation de l'unité de l'Union Africaine, la Résolution 3314 de l'Assemblée Générale et des Conventions de Genève de 1949 et des Protocoles de 1977.

<sup>1119</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, ordonnance du 29 novembre 2001, C.I.J. Recueil 2001, par. 40.

règles de droit international conventionnel ou coutumier relatives à la protection des personnes et des biens; que les Parties poursuivent ainsi les mêmes buts juridiques »<sup>1120</sup>. Elle a jugé en revanche, à l'unanimité, que la troisième demande reconventionnelle fondée sur la violation des Accords de Lusaka concernait des faits de nature différente et qu'en cherchant à établir la responsabilité de la RDC pour la violation de ces Accords, l'Ouganda ne « poursui[vait] pas ainsi les mêmes buts juridiques ».<sup>1121</sup>

**677.** Au bénéfice de cette ordonnance, l'Ouganda pris soin de développer ses arguments reconventionnels lors des débats sur le fond, en invoquant la violation d'un autre titre juridique que ceux utilisés à titre principal par la RDC, expliquant que les incursions répétées dans ses ambassades contrevenaient aux dispositions de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Pour permettre à l'Ouganda de développer son argumentation reconventionnelle sur le fond, la Cour s'est appuyée sur la non-exhaustivité de la requête pour accepter qu'une partie – en l'occurrence le défendeur – puisse ultérieurement y ajouter des éléments de fait ou de droit supplémentaires<sup>1122</sup>.

**678.** En affirmant de façon inédite que la connexité directe entre une demande principale et reconventionnelle ne requiert pas toujours d'identité des titres juridiques, la Cour a pris le parti pris d'une interprétation libérale de la connexité directe. Dans son arrêt de 2005, par un considérant qu'il convient de reproduire ici dans son intégralité, elle explique que :

« La Cour estime que cette formulation est suffisamment générale pour inclure des demandes fondées sur la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, sachant que les nouvelles demandes s'appuient sur la même allégation factuelle, à savoir l'emploi illicite de la force. La Cour avait pleinement conscience, lorsqu'elle a rédigé son ordonnance, que les attaques alléguées avaient été perpétrées contre les locaux de l'ambassade. *Il s'ensuit que la référence ultérieure à des éléments juridiques additionnels particuliers, dans le contexte d'un emploi illicite de la force, ne modifie ni la nature ni l'objet du différend.* Bien que ce soit effectivement l'emploi de la force contre l'ambassade qui a fait rentrer cette demande reconventionnelle dans les prévisions de l'article 80 du Règlement, cela n'interdit pas de prendre en considération le statut spécial de l'ambassade. *Ainsi que le reflète la jurisprudence de la Cour, les demandes reconventionnelles n'ont pas à être fondées sur des instruments*

---

<sup>1120</sup> *Ibid.*

<sup>1121</sup> *Ibid.*, par. 42.

<sup>1122</sup> Se référant à *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 318-319.

*identiques pour satisfaire au critère de 'connexité' requis par l'article 80.* »<sup>1123</sup>

**679.** A l'unanimité et contre toute attente, les juges ont rejeté l'exception d'irrecevabilité de la demande reconventionnelle s'appuyant sur la convention de Vienne et considéré que la RDC avait manqué à ses obligations en vertu de ladite convention.

**680.** Certains ont refusé de voir dans cet arrêt une position « définitive », citant des contradictions « totales » dans le raisonnement adopté par la Cour dans son ordonnance de rejet des demandes fondées sur la violation des accords de Lusaka, et celui qu'elle a finalement adopté au fond à propos<sup>1124</sup> de la violation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Bien que l'Ouganda ait attendu les débats au fond pour s'appuyer formellement sur la Convention de Vienne, il est vrai qu'un regard rétrospectif fait ressortir une certaine disparité de traitement entre deux demandes reconventionnelles qui étaient chacune fondée sur des titres différents que ceux de l'action principale. Cette disparité porte la marque de l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation qui caractérise l'interprétation de la connexité directe.

**681.** L'assouplissement dans l'appréciation de la notion de connexité directe demeure manifeste, puisque la Cour a, pour la première fois, explicitement considéré que « les demandes reconventionnelles n'ont pas à être fondées sur des instruments identiques pour satisfaire au critère de connexité ». Si d'aucuns ont appelé la Cour à revenir à « une application plus rigoureuse »<sup>1125</sup> du test de la connexité, force est d'admettre que la pratique suivie par la Cour n'est pas à l'abri de certaines variations.

**682.** Dans l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*<sup>1126</sup>, la Cour a rejeté les demandes reconventionnelles du Nicaragua en se fondant sur le défaut de connexité factuelle<sup>1127</sup>. L'ordonnance n'apporte pas d'innovation sur la dimension juridique de la connexité, sauf à rappeler que le lien de connexité juridique s'apprécie « au regard des principes ou instruments juridiques invoqués »<sup>1128</sup>. L'ordonnance mérite d'être mentionnée puisque, pour la première fois dans sa jurisprudence, la Cour estime qu'elle n'est pas tenue de suivre l'ordre des conditions de recevabilité prescrites à l'article 80 de son Règlement et choisit

---

<sup>1123</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 275, par. 326. (les italiques sont de nous)

<sup>1124</sup> H. Azari, « La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 15, p. 240

<sup>1125</sup> B. Bonafe, « Le lien de connexité : dépassement et sauvegarde de la nature 'privée' des différends devant la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 1055, p. 413.

<sup>1126</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua); Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, demandes reconventionnelles, ordonnance du 18 avril 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 200.

<sup>1127</sup> *Ibid.*, par. 34.

<sup>1128</sup> *Ibid.*, par. 32.

d'aborder la question de la connexité avant celle de sa compétence<sup>1129</sup>. En effet, bien que les demandes reconventionnelles du Nicaragua s'appuyaient sur le même instrument que celui utilisé pour les demandes principales<sup>1130</sup>, c'est bien le défaut de lien de connexité factuelle qui a eu raison de leur recevabilité. De ce raisonnement, l'on déduit que contrairement à ce que suggérait le juge Kreca<sup>1131</sup>, il ne suffirait pas que les parties s'appuient sur un même titre juridique et qu'aucune prépondérance n'est donnée à la dimension juridique pour établir la condition de connexité directe.

**683.** Rappelant que, jusque-là dans sa jurisprudence, la Cour avait généreusement interprété la connexité directe des demandes reconventionnelles avec les demandes principales<sup>1132</sup>, le Juge *ad hoc* Guillaume, dans une opinion dissidente, a constaté qu'elle semblait vouloir « faire évoluer sa jurisprudence dans un sens restrictif [allant] trop loin dans cette direction. Un bassin fluvial constitue une unité, et la Cour aurait pu aborder avec profit dans une même instance les problèmes soulevés en ce qui concerne ce bassin »<sup>1133</sup>. Il est vrai que dans l'affaire du *Génocide*, la Cour s'était satisfaite d'un lien de connexité factuel au regard de l'unité territoriale des actions commises par la Yougoslavie et la Serbie. Il est donc surprenant que dans cette affaire, elle n'ait pas pris en compte « l'unité » environnementale du fleuve pour concentrer les demandes respectives de celles-ci. S'il était encore nécessaire de l'établir, il y a là une autre confirmation que l'appréciation de la connexité directe, est soumise à un haut coefficient d'interprétation.

**684.** En effet, dans la dernière affaire reconventionnelle ayant commenté la dimension juridique de la connexité, la Cour nous confirme que le sort des telles demandes résiste à toute tentative d'appréciation abstraite. Alors que la connexité directe peut être refusée pour défaut de connexité factuelle en dépit d'une unité juridique, elle le sera tout autant pour défaut de connexité juridique malgré une unité de temps et de lieu. Ainsi, dans l'affaire *Violations alléguées des droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* introduite par le Nicaragua sur le fondement du traité américain de règlement du 30 avril 1948 (le Pacte de Bogotà), la Cour a rejeté deux des quatre actions reconventionnelles colombiennes pour défaut

---

<sup>1129</sup>*Ibid*, par. 27.

<sup>1130</sup> Les deux demandes du Nicaragua étaient notamment fondées sur le traité de limites territoriales entre le Costa Rica et le Nicaragua du 15 avril 1858, titre juridique invoqué, entre autres, par le Costa Rica à titre principal.

<sup>1131</sup> *Supra*, par.668

<sup>1132</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua); Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), demandes reconventionnelles, ordonnance du 18 avril 2013, C.I.J. Recueil 2013, Déclaration du Juge Guillaume*, par. 8 p. 219 : « Elle a en outre jugé que les Parties poursuivaient un même but juridique : établir la responsabilité de l'autre Partie, et ce bien que les règles de droit international invoquées à cet effet ne fussent pas identiques. »

<sup>1133</sup>*Ibid*, par. 17.

de connexité juridique.

**685.** Le Nicaragua alléguait une atteinte à ses droits souverains des espaces maritimes en violation de l'article 2 de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier tel que codifiés par la convention des Nations Unies sur le droit de la mer. A titre reconventionnel, la Colombie pria la Cour de constater que le Nicaragua : i) a violé les droits souverains et espaces maritimes de la Colombie en permettant la pêche dans ses eaux territoriales, ii) a illicitement permis des méthodes de pêche prédatrice en violation notamment des règles de droit de l'environnement ; iii) a porté atteinte aux droits de pêche traditionnels et historiques des habitants de l'archipel de San Andres et iv) en violation du droit international établi un décret posant des lignes de base droite.

**686.** Pour la deuxième fois consécutive, la Cour a estimé qu'elle n'était pas tenue de suivre l'ordre adopté par l'article 80 et a choisi de traiter la condition de connexité directe avant celle de la compétence<sup>1134</sup>.

**687.** Concernant les deux premières demandes reconventionnelles portant sur la violation de la diligence requise aux fins de préserver l'environnement de la mer des Caraïbes ainsi que le droit des habitants de l'archipel de bénéficier d'un environnement sain, la Colombie arguait que les règles coutumières du droit international de la mer applicables aux Etats côtiers comprenaient le respect des règles du droit de l'environnement, et notamment la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction ainsi que la Convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin dans la région des Caraïbes.

**688.** Après avoir relevé que les demandes relatives à la préservation de l'environnement n'étaient pas en lien factuel avec la demande principale portant sur une ingérence dans la Zone économique exclusive, la Cour a jugé les demandes reconventionnelles irrecevables pour défaut de connexité juridique expliquant que : « les Parties ne s'appuient pas sur les mêmes principes juridiques. Alors que la Colombie, [...] invoque des règles du droit international coutumier et des instruments internationaux relatifs essentiellement à la préservation et à la protection de l'environnement, le Nicaragua, dans ses demandes principales, renvoie à des règles coutumières du droit international de la mer concernant les droits souverains, la juridiction et les obligations d'un Etat côtier dans ses espaces maritimes, telles que reflétées dans les parties V et VI de la CNUDM. »<sup>1135</sup>

---

<sup>1134</sup> *Violations alléguées des droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des caraïbes, (Nicaragua c. Colombie), Ordonnance, Demandes reconventionnelles, 17 novembre 2017, C.I.J Recueil 2017, paras. 21-22.*

<sup>1135</sup> *Ibid*, par. 38.

**689.** Comme pour vérifier l'absence de connexité juridique, la Cour a contrôlé, dans un deuxième temps, comme elle a pu le faire par le passé, si les parties poursuivaient le même but juridique et jugé que leurs objectifs n'étaient pas identiques puisque « la Colombie cherche à établir que le Nicaragua a manqué à son obligation de protéger et de préserver l'environnement marin dans le sud-ouest de la mer des Caraïbes, le Nicaragua entend démontrer que la Colombie a violé la juridiction et les droits souverains dont il jouit dans ses espaces maritimes. »<sup>1136</sup>. Encore une fois, plusieurs variations d'appréciation de la connexité directe peuvent être identifiées, notamment au regard des Ordonnances rendues dans les affaires du *Génocide* et des *Plate-Formes pétrolières*. La Cour avait déjà jugé que la poursuite des buts identiques servait de mètre-étalon pour la connexité juridique, mais elle en restreint toutefois ici la portée puisqu'il faudrait que la nature des obligations internationales soient également identiques. La Cour serait-elle parvenu au même résultat si elle n'avait pas inversé l'ordre d'analyse des conditions de compétence et de recevabilité ?

**690.** Plusieurs opinions contestent le parti-pris méthodologique suivi par la Cour estimant que cette inversion a rendu la recevabilité des demandes reconventionnelles plus restrictives qu'auparavant. Cinq juges ont conjointement déclaré que l'analyse de la compétence avant la connexité évite de laisser « courir »<sup>1137</sup> une demande sur laquelle un tribunal ou une Cour n'aurait pas compétence alors même qu'elle peut entretenir un lien de connexité avec l'action principale.

**691.** Le juge Yusuf, quant à lui, considère que la vérification de la condition de la compétence par la Cour ne doit se faire que lorsque le titre de compétence reconventionnelle diffère du titre de compétence principale<sup>1138</sup>. Laissant envisager que les titres peuvent effectivement être distincts, il a rappelé que : « *Pour autant, l'article 80 n'exclut pas la possibilité d'invoquer un titre de compétence autre. C'est dans ce type de circonstances, et dans cette hypothèse*

---

<sup>1136</sup> *Ibid.* La Cour a en revanche accueilli les deux autres demandes reconventionnelles relatives à l'adoption d'un décret changeant les lignes de base et au manquement à l'obligation d'exercer la diligence requise pour protéger le peuple de l'archipel de San Juan des actes d'intimidation, en constatant que les Parties poursuivaient, par leurs demandes respectives, le même but juridique, « à raison de violations d'un droit d'accès et d'exploitation des ressources marines dans la même zone maritime [et chacune]... font état de violations des droits souverains que chacun prétend détenir en vertu de règles de droit international coutumier relatives aux limites, au régime et à l'étendue de la ZEE et de la zone contiguë, » paras. 45, 53.

<sup>1137</sup> *Violations alléguées des droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des caraïbes, Nicaragua c. Colombie, Ordonnance, Demandes reconventionnelles, 17 novembre 2017, Opinion commune de MM les juges Tomka, G. Gaja, Mme la juge J. Sebudtinde, M le Juge K. Gorgian et M le juge ad hoc Daudet*, par. 10.

<sup>1138</sup> *Ibid.*, *Déclaration du Vice-Président Yusuf*, p.316, par. 2 : « Ce flou entourant l'élément juridictionnel peut laisser à penser que la Cour doit, en tout état de cause, se reposer la question de sa compétence pour chaque demande reconventionnelle. Or, si cette démarche est bien sûr nécessaire dès lors que le titre de compétence invoqué dans le cadre des demandes reconventionnelles diffère de celui sur lequel le requérant s'appuie dans le cadre de la demande principale, je m'emploierai dans la présente déclaration à expliquer qu'elle ne s'impose pas lorsque le titre de compétence est le même. »

seulement, que la Cour devra examiner la question de sa compétence pour connaître d'une demande reconventionnelle séparément de celle de sa compétence à l'égard de la demande principale. Sa compétence pour connaître de la demande principale ne déterminera pas alors sa compétence pour connaître d'une demande reconventionnelle présentée en vertu d'un autre titre, et la validité de la base de compétence invoquée dans le cas de la demande reconventionnelle devra s'apprécier à la date de la présentation de celle-ci. »<sup>1139</sup>.

**692.** Moins fourni que celui porté devant la C.I.J, le contentieux reconventionnel porté devant le TIDM nous conforte dans la conviction que l'identité des titres juridiques entre action principale et reconventionnelle n'est qu'une forme de connexité directe, loin d'être absolue. Organe judiciaire indépendant ayant compétence pour tout différend interétatique relatif à l'application ou à l'interprétation de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, le TIDM prévoit également la possibilité qu'un défendeur soumette une demande reconventionnelle. Adoptant une rédaction quasi identique à celle de l'article 80 du Règlement de la C.I.J, l'article 98 du règlement du Tribunal place lui aussi l'accent sur l'exigence de la « connexité directe »<sup>1140</sup>. La parenté entre les deux règlements justifie que le TIDM se réfère à la jurisprudence de la C.I.J.

**693.** A l'occasion d'un différend relatif au pétrolier *Virginia G.* battant pavillon au Panama et arraisonné par la Guinée-Bissau dans sa zone économique exclusive, le TIDM a jugé recevables les demandes reconventionnelles de la Guinée-Bissau. Prenant appui sur la jurisprudence de la Cour<sup>1141</sup>, il a accueilli l'action reconventionnelle de la Guinée Bissau reprochant au Panama la violation de l'article 91 de la CNUDM. Selon la Guinée Bissau, la violation se caractérisait par l'absence de lien substantiel avec l'Etat de nationalité du navire<sup>1142</sup>. Aussi, pour justifier

---

<sup>1139</sup>*Ibid*, par. 11. (les italiques sont de nous)

<sup>1140</sup> La rédaction était calquée sur le Règlement de la C.I.J de 1978 qui fut ultérieurement changé en 2001. L'article 98 du Règlement dispose : « 1. Une partie peut présenter une demande reconventionnelle pourvu qu'elle soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse et qu'elle relève de la compétence du Tribunal. 2. La demande reconventionnelle est présentée dans le contre-mémoire de la partie dont elle émane et figure parmi ses conclusions. 3. Si le rapport de connexité entre la demande présentée comme demande reconventionnelle et l'objet de la demande de la partie adverse n'est pas apparent, le Tribunal, après avoir entendu les parties, décide s'il y a lieu ou non de joindre cette demande à l'instance initiale. »

<sup>1141</sup> Dans l'affaire du *Navire Virginia G.*, le TIDM s'est référé à la jurisprudence de la Cour en ces termes : « Considérant qu'il appartient au Tribunal 'd'apprécier [...], compte tenu des particularités de chaque espèce, si le lien qui doit rattacher la demande reconventionnelle à la demande principale est suffisant ...» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, par. 33), par.37.

<sup>1142</sup> Affaire du *Navire Virginia G (Panama/Guinée-Bissau)*, ordonnance du 2 novembre 2012, TIDM, par.16. « le Panama a enfreint l'article 91 de la Convention en accordant sa nationalité à un navire n'ayant pas de lien substantiel avec lui, ce qui a permis à ce navire de se livrer à des activités de ravitaillement en combustible non autorisées, et donc illicites, dans la ZEE de la Guinée-Bissau » et que « la Guinée-Bissau est en droit de réclamer au Panama la réparation de tous les dommages et coûts causés par le "Virginia G" à la Guinée Bissau qui résultent de l'octroi par le Panama d'un pavillon de complaisance à ce navire. »

l'exigence d'une connexité directe, la Guinée-Bissau faisait valoir qu'en octroyant pavillon au *Virginia G*, le Panama avait « contribué aux activités illicites [de soutage de navires de pêches] menées par ce navire dans [s]a ZEE »<sup>1143</sup>.

**694.** S'appuyant sur l'étendue de son titre de compétence lui permettant de régler tout « différend ayant surgi entre les parties au sujet du 'Virginia G' » y compris « toutes les demandes de réparation de dommages et d'indemnisation des coûts »<sup>1144</sup>, le Tribunal a néanmoins brièvement analysé la recevabilité de la prétention reconventionnelle alors Guinée n'était pas formellement défendeur. Le Tribunal a très succinctement constaté qu'il existait un rapport de connexité factuelle et juridique entre les prétentions des parties en indiquant que la demande de la Guinée-Bissau « *is directly connected with the subject-matter of the claim of Panama* »<sup>1145</sup>.

**695.** Au contraire, le juge *ad hoc* Treves a critiqué la manière dont le Tribunal a caractérisé le rapport de connexité directe entre les prétentions principales et reconventionnelles la jugeant trop permissive. Selon lui :

« Il est vrai que la demande et la demande reconventionnelle reposent toutes deux sur des infractions alléguées à la Convention, et que le fait de mentionner la même convention pourrait être considéré comme suffisant pour établir la connexité aux fins de la recevabilité de demandes reconventionnelles. La Convention sur le droit de la mer n'est toutefois pas une convention ordinaire. Elle comporte trois cent vingt articles et quelque quatre cents si l'on compte les annexes qui en font partie intégrante. Elle a à juste titre été appelée 'la Constitution des océans', parce qu'elle traite de tous les aspects du droit de la mer. Considérer que deux demandes sont en connexité directe uniquement parce qu'elles se fondent sur des dispositions de la Convention, c'est ne pas tenir compte de la vaste portée de la Convention. »<sup>1146</sup>.

**696.** L'affaire du *Virginia G* appelle plusieurs observations. Premièrement, en acceptant de se prononcer sur l'admissibilité de la demande reconventionnelle dans une procédure introduite par la voie d'un compromis, le Tribunal consolide l'abandon de la conception restrictive des demandes reconventionnelles qui a prévalu dans le contentieux interétatique<sup>1147</sup>. Cette affaire est le témoignage d'une importante évolution du le contentieux international<sup>1148</sup> rendue

---

<sup>1143</sup> *Ibid*, par. 23.

<sup>1144</sup> *Ibid*, par. 35.

<sup>1145</sup> *Ibid*, par. 39.

<sup>1146</sup> *Ibid*, opinion dissidente du juge Treves, par. 6.

<sup>1147</sup> *Supra*, Introduction, par. 42 et suivant.

<sup>1148</sup> G. Guyomar, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de justice : adopté le 14 avril 1978 interprétation et pratique*, op. cit., note n° 1071, p. 520 : « La question de la possibilité de présenter des demandes reconventionnelles en cas de litige soumis à la Cour par voie de compromis, fut à peine effleurée. Elle présentait, il est vrai, un intérêt pratique minime, car il était assez difficile d'envisager le dépôt de telles demandes dans cette hypothèse. »

possible par une interprétation assouplie de la notion de connexité. En effet, en permettant que deux parties qui ne sont pas formellement demanderesse et défenderesse soumettent des prétentions croisées, le Tribunal isole la connexité directe et la fonction défensive de la demande reconventionnelle. D'après cette approche, le Tribunal n'attend pas que la connexité directe réponde à une logique défensive – en ce qu'elle exercerait une influence sur la prétention principale – mais plus simplement qu'elle entre dans l'objet du différend déterminé objectivement au regard de l'étendue des termes du titre de compétence. A lire le raisonnement de la majorité ( et même la dissidence de J. Treves), entre en connexité directe la prétention reconventionnelle qui se fonde sur l'instrument dont le Tribunal tient sa compétence. La doctrine considère que cette conception de la connexité offerte par le TIDM est à la fois « *superficial* »<sup>1149</sup> et « *an extensive interpretation of 'direct' connection* »<sup>1150</sup>. Toutefois, il y a là un rapprochement intéressant avec l'approche précitée de la C.I.J, qui ne limite pas la connexité directe à son lien avec la demande principale mais plus généralement avec l'objet du différend et le but poursuivi par les parties, se détachant des termes de son Règlement. Si le juge Treves est d'opinion qu'une conception plus resserrée de la connexité directe se justifie au regard de l'étendue de la CNUDM, une position contraire peut également être soutenue. Plus l'objet d'une convention est large, plus la connexité entre les prétentions des parties s'en trouverait également élargie.

**697.** Ce tour d'horizon de la jurisprudence de la C.I.J et du TIDM aux prises avec l'appréciation de la connexité dans sa dimension juridique, nous conforte dans l'idée que l'identité des titres juridiques entre les prétentions principales et reconventionnelles des parties est « une forme »<sup>1151</sup> de connexité directe qui ne s'impose pas comme une exigence absolue. La jurisprudence<sup>1152</sup>, les termes du Règlement et les diverses opinions formulées par les Juges<sup>1153</sup> nous enseignent que la recherche d'une identité des titres juridiques aux fins d'établir

---

<sup>1149</sup> I. Stribis, « Counter-claims before the International tribunal for the Law of the Sea », in *Droit international, de la mer, droits de l'homme, enjeux et perspectives*, Mél. Haritini Dipla, L. Boisson de Chazournes, E. Doussis, G. Andreone, A. Zervaki (dir.), Pedone, 2020, p.187.

<sup>1150</sup> *Ibid.*

<sup>1151</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 21, p. 350.

<sup>1152</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c Ouganda)*.

<sup>1153</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, demande reconventionnelle, ordonnance du 10 mars 1998, C.I. J. Recueil 1998, opinion individuelle Juge Higgins, p. 32.

<sup>1153</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*; *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, demandes reconventionnelles, ordonnance du 18 avril 2013, C.I.J. Recueil 2013, Déclaration du Juge Guillaume, par. 8 ; *Violations alléguées des droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des caraïbes, Nicaragua c. Colombie*, Ordonnance, Demandes reconventionnelles, 17 Novembre 2017, déclaration du Vice-Président Yusuf, p. 316, par. 2

une connexité directe profite de nombreux aménagements « compte tenu des particularités de chaque espèce »<sup>1154</sup> puisque les obligations invoquées n'ont pas à être réciproques ni identiques. Ainsi, dans la jurisprudence de la Cour la connexité de droit exigeant une identité des fondements des demandes principales et reconventionnelles « ne constitue qu'une forme de la connexité juridique »<sup>1155</sup>.

**698.** Deux phénomènes nous semblent contribuer à l'émergence d'une certaine souplesse dans l'appréciation de la connexité de droit. Premièrement, il ressort de l'analyse de la jurisprudence que la Cour opère en réalité un rattachement de l'action reconventionnelle à l'objet du différend et non pas seulement, comme son Règlement le lui dicte, à l'objet de la requête. Deuxièmement, le rôle joué par le titre de compétence invoqué par les parties est un facteur non négligeable dans l'appréciation du lien de connexité qui se distingue de la question du fondement juridique invoqué par les parties pour engager leur responsabilité respective. En effet, il est loisible de considérer que lorsque les parties saisissent la Cour par la voie de déclaration facultative de compétence obligatoire (article 36 (2) du Statut), ou d'un compromis largement rédigé, elles lui confèrent une plus grande latitude dans la caractérisation du différend et, par ricochet, dans l'appréciation du lien de connexité.

**699.** Afin de compléter la compréhension de la notion de connexité juridique en droit international, il est opportun d'élargir le champ de nos investigations aux situations dans lesquelles elle est évaluée sur le plan substantiel comme une condition de licéité des contre-mesures. Il est intéressant d'observer que le droit international avalise la possibilité pour les parties d'invoquer des titres juridiques distincts dans le cadre d'un même différend.

### *B. Remarques cursives sur la connexité juridique des contre-mesures*

**700.** Dans les relations interétatiques, l'appréciation de l'existence d'une connexité juridique ou d'un lien entre deux actions ou omissions n'est pas exclusivement réservée aux demandes reconventionnelles. En effet, le droit international connaît plusieurs institutions contentieuses et non contentieuses dans lesquelles le lien de connexité juridique joue un rôle important. Il s'agit en particulier du droit coutumier (1) ou conventionnel (2) des contre-mesures, tel qu'il est organisé par les Accords de l'Organisation mondiale du commerce (« OMC »). Le régime

---

<sup>1154</sup> *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), demandes reconventionnelles, ordonnance du 18 avril 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 211-212, par. 32.*

<sup>1155</sup> H. Azari, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice*, op. cit., note n°15, p. 233.

des contre-mesures confirme que l'opposabilité des obligations entre les Etats n'est pas symétrique, et peut parfois être croisée puisqu'elle ne requiert pas d'identité des titres juridiques.

### 1. *Le droit coutumier des contre-mesures*

**701.** Le régime des contre-mesures offre une analogie intéressante pour appréhender la notion de connexité juridique en dehors du procès international. Le régime des contre-mesures entendu par la CDI comme « la partie du sujet des représailles qui n'est pas associée à un conflit armé »<sup>1156</sup>, est un exemple de règles secondaires permettant à l'Etat qui se prétend victime d'un fait internationalement illicite d'adopter des mesures qui ne visent pas nécessairement le même titre juridique que celui initialement violé. Bien qu'elles soient distinctes, les contre-mesures et les demandes reconventionnelles ont plusieurs points communs. Le régime des contre-mesures s'est développé dans le cadre de la protection des personnes et des biens étrangers. Comme la demande reconventionnelle, la contre-mesure est « incidente » ou accessoire en ce qu'elle répond à une action ou une omission principale ou originaire. Toutes deux sont soumises à l'exigence d'une identité des parties. Comme la demande reconventionnelle, la contre-mesure ne peut viser que l'Etat auteur du fait internationalement illicite<sup>1157</sup>. De même, les deux institutions possèdent une double finalité défensive et offensive puisqu'elles « ripostent »<sup>1158</sup> à une action principale et sont adoptées dans le but d'inciter cet Etat à remédier ou cesser l'illicéité initiale<sup>1159</sup>. Elles ont donc respectivement pour objet « de reconstituer l'égalité entre les Parties ... avec un désir mutuel d'aboutir à un résultat acceptable »<sup>1160</sup>.

**702.** Les contre-mesures comme les mesures de rétorsion telles que la rupture des relations diplomatiques, sont protéiformes. La CDI, dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité internationale de l'Etat, a appréhendé les contre-mesures sous « un double profil »<sup>1161</sup> : celui

---

<sup>1156</sup> Projet d'article sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), p. 350. (« Projet d'articles et commentaires de 2001 »)

<sup>1157</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie / Slovaquie)*, C.I.J., *Recueil 1997*, p. 55, p. 83 ; Sur le champ *ratione personae* des contre-mesures voir Commentaire des Articles de la CDI, précité, sous l'article 22, pp. 193-194. « En tant que réaction à un comportement illicite d'un autre Etat, une contre-mesure ne peut être légitimée qu'à l'égard de cet Etat ».

<sup>1158</sup> « Les contre-mesures impliquent un comportement dérogatoire à une obligation conventionnelle subsistante, qui est cependant justifié en tant que riposte nécessaire et proportionnée à un fait internationalement illicite de l'Etat à l'encontre duquel elles sont prises. » *Articles et commentaires y relatifs de la CDI de 2001*, p. 351.

<sup>1159</sup> Etant entendu que contrairement à la contre-mesure où l'Etat *répond* à un fait internationalement illicite d'un autre, dans le droit d'action reconventionnelle, l'Etat demandeur reconventionnel est celui auquel est reproché un fait internationalement illicite initial. Il est aussi la partie attaquée qui répond à cette l'attaque de l'adversaire.

<sup>1160</sup> *Affaire concernant l'accord relative aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, sentence arbitrale, 9 décembre 1978, par. 90. I. *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, Nations Unies, RSA, vol. XVIII, p. 454, 1979, p. 482, par. 80.

<sup>1161</sup> L. Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1992, p. 27.

d'une circonstance excluant l'illicéité et comme une conséquence d'une violation d'une obligation internationale. Dans son projet d'articles sur la responsabilité, la CDI n'a pas fait le choix de distinguer entre les contre-mesure dites « réciproques » qui supposent la suspension de l'exécution d'obligations envers l'État responsable si lesdites obligations correspondent ou sont directement liées à l'obligation qui a été violée. Autrement dit, en dehors des obligations mentionnées à l'article 50 des Articles de la CDI<sup>1162</sup>, l'Etat souhaitant adopter des contre-mesures dispose d'une liberté quasi totale sur le choix des obligations qu'il souhaite viser par sa contre-mesure du moment que sa réponse est nécessaire et « proportionnée aux dommages subis compte tenu des droits en cause »<sup>1163</sup>.

**703.** Ainsi, en dehors des deux conditions de nécessité et de proportionnalité, le régime des contre-mesures, comme celui des rétorsions n'exige pas une identité stricte des titres juridiques. A ce propos, les arbitres saisis de l'*Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens*, ont rappelé que bien qu'une « certaine équivalence à la violation alléguée »<sup>1164</sup> est préférable, « chaque Etat apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres Etats. En présence d'une situation qui comporte à son avis la violation d'une obligation internationale par un autre Etat, il a le droit, sous la réserve des règles générales du droit international relatives aux contraintes armées, de faire respecter son droit par des 'contre-mesures' »<sup>1165</sup>. Cela veut dire qu'un Etat peut exercer son droit d'adopter des contre-mesure sans utiliser le même traité

---

<sup>1162</sup> Article 50 : « Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte : a) À l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies ; b) Aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'Homme ; c) Aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles ; d) Aux autres obligations découlant de normes impératives du droit international général. 2. L'État qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent : a) En vertu de toute procédure de règlement des différends applicable entre lui et l'État responsable ; b) De respecter l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents » diplomatiques ou consulaires. » ; d'autres restrictions sont envisageables notamment en matière environnementale. Voir, L. Boisson de Chazournes, « Other non-derogable obligations », *In The law of international responsibility*, J. Crawford (dir.), OUP, 2010. p.1212.

<sup>1163</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, jugement, 25 septembre 1997, par. 85 ; *Corn Products International, Inc. c. Mexique*, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/04/1, décision sur la responsabilité, 15 janvier 2008, par. 12 : « *In order to have the effect of precluding wrongfulness, a countermeasure must -be taken in response to a prior breach of international law by another State; (2) be directed against that wrongdoing State; (3) be taken for the purpose of inducing that State to comply with its international obligations;(4) be limited in time and, so far as possible, be taken in such a way as to permit resumption of the performance of the obligations in question; (5) be proportionate to the injury caused by the original wrongful act, taking account of the gravity of the wrongful act and the rights in question;(6) be accompanied by a call on the State responsible for the original wrongful act to fulfil its obligations and a good faith attempt to negotiate or resolve the dispute in question through other forms of dispute settlement* »

<sup>1164</sup> *Affaire concernant l'accord relative aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, sentence arbitrale, 9 décembre 1978, paras. 81-82 : « D'un point de vue doctrinal, on devrait introduire ici des distinctions diverses et user d'un vocabulaire diversifié suivant différents critères et notamment suivant que l'objet des contre-mesures porte sur l'obligation prétendument violée ou sur une obligation différente, et aussi suivant que les obligations en cause sont toutes relatives à une seule et même convention ou que ce n'est pas le cas. Mais il est généralement admis que les contre-mesures doivent tout d'abord correspondre à une certaine équivalence à la violation alléguée ; il s'agit là d'une règle bien connue. »

<sup>1165</sup> *Ibid.*, par. 81.

initialement violé.

**704.** Pour ces raisons, il nous semble que le régime des contre-mesures, qui tolère une non-identité des titres juridiques invoqués entre les parties jette une lumière intéressante sur la caractérisation du lien de connexité juridique des demandes reconventionnelles dans le contentieux international. A ce titre, l'ordonnance rendue par la C.I.J le 15 décembre 1979 dans l'affaire *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* est une illustration du chevauchement existant entre demande reconventionnelle et l'institution des contre-mesures. En effet, refusant de comparaître devant la Cour, l'Iran l'avait informée par courrier, de son opposition à la prescription de mesures conservatoires au motif que le différend relatif à la détention du personnel diplomatique n'était qu'« un élément marginal et secondaire d'un problème d'ensemble [qui] ne saurait être étudié séparément et qui englobe entre autres plus de vingt-cinq ans d'ingérences continuelles par les Etats-Unis dans les affaires intérieures de l'Iran... et de multiples crimes perpétrés contre le peuple iranien, envers et contre toutes les normes internationales et humanitaires »<sup>1166</sup>. Par cette formulation, l'Iran laissait entendre que la non-intervention pour libérer les otages de l'ambassade était une contre-mesure contre l'ingérence américaine. Cette formulation pouvait également être appréhendée comme une volonté de l'Iran de présenter une demande reconventionnelle.

**705.** Dans son ordonnance, la Cour suggère que les deux voies étaient envisageables. Ainsi, à la lumière du lien de connexité juridique existant entre la prise d'otages et l'ingérence américaine, elle observe que « si le Gouvernement de l'Iran estime que les activités alléguées des Etats-Unis en Iran sont en étroite connexité juridique avec l'objet de la requête des Etats-Unis, il lui est loisible, en vertu du Statut et du Règlement de la Cour, de développer à ce sujet sa propre argumentation devant la Cour, soit comme moyen de défense dans un contre-mémoire, soit par la voie d'une demande reconventionnelle présentée en vertu de l'article 80 du Règlement »<sup>1167</sup>.

**706.** Bien que l'Iran n'ait élu aucune des options, la question demeure pertinente sur le plan théorique. En effet, si l'Iran invoquait l'absence d'opposition aux prises d'otage<sup>1168</sup> et la suspension de traités la liant aux Etats-Unis comme une contre-mesure consécutive à la révolution, il l'aurait fait pour exclure sa propre illicéité. Sous réserve que la contre-mesure

---

<sup>1166</sup> *Personnel diplomatique des Etats-Unis à Téhéran, demandes en indications de mesures conservatoires (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), ordonnance du 15 décembre 1979, par. 2.*

<sup>1167</sup> *Ibid*, par. 24.

<sup>1168</sup> *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt, 24 mai 1980, par. 91.* La Cour a distingué trois étapes dans la progression du comportement de l'Iran à l'égard de la prise d'otage : « l'absence d'opposition » aux mouvements révolutionnaires, « la caution » à la prise d'otage, et « le maintien délibéré » de l'occupation de l'ambassade.

respecte les conditions de nécessité et de proportionnalité, il n'aurait pas à prouver une connexité et une identité des titres juridiques entre l'ingérence américaine et sa contre-mesure. L'Iran se plaçait ainsi sur le terrain d'un argument de « défense ». Si, au contraire, l'Iran entendait engager la responsabilité des Etats-Unis, il aurait pu soulever une demande reconventionnelle dont il revenait à la Cour d'apprécier la réalité du lien de connexité. Une troisième hypothèse de « cumul » est également envisageable. L'Iran aurait pu revendiquer le droit de contre-mesure et, par la voie reconventionnelle, profitant de l'instance engagée contre lui, utiliser l'argument reconventionnel pour établir la responsabilité américaine à cause de multiples ingérences et incursions militaires. Alors, comme le remarque fort adroitement le Professeur Salerno « [l]e problème de connexité devient encore plus complexe si l'Etat demandeur considère illicite le comportement de l'Etat défendeur, alors que ce dernier en soutient la licéité à titre de contre-mesure contre un acte illicite préalable du demandeur »<sup>1169</sup>.

**707.** La Cour aurait-elle exigé une stricte identité des titres juridiques entre action reconventionnelle et action principale américaine ? Nous ne le pensons guère. Il aurait été possible d'envisager que la prétention reconventionnelle iranienne se fonde sur la violation des principes de la Charte des Nations-Unis et du traité d'amitié et de commerce liant les deux Etats et que la Cour considère ces prétentions comme appartenant à « un même ensemble factuel complexe »<sup>1170</sup> justifiant de vider le différend dans son ensemble. C'est ce qu'il est permis de déduire du dernier paragraphe de l'arrêt dans lequel la Cour souligne qu'elle « n'est pas saisie de la question du caractère licite ou illicite de [l'incursion américaine survenue en territoire iranien en 1980] au regard de la Charte des Nations Unies et du droit international général, *ou des responsabilités éventuelles qui en découleraient* [et] .... que *cette question ne saurait influencer sur l'appréciation du comportement du Gouvernement de l'Iran* ... qui constitue l'objet de la requête des Etats-Unis »<sup>1171</sup>. Il s'ensuit que si l'Iran avait élu la voie reconventionnelle, la recevabilité des demandes reconventionnelles n'aurait probablement pas modifié les conclusions auxquelles la Cour était parvenu à l'égard de l'Iran mais aurait sans doute pu engager celle des Etats-Unis pour des événements connexes liés à l'objet du différend. Si l'Iran avait invoqué son droit d'adopter des contre-mesure pour justifier l'absence

---

<sup>1169</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 21, pp. 350-351.

<sup>1170</sup> Expression utilisée ultérieurement par la Cour dans *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), demande reconventionnelle, ordonnance du 10 mars 1998, C.I. J. Recueil 1998*, p. 190, par. 38. Dans cette affaire, la Cour a jugé que le mouillage des mines était en lien avec les relations commerciales établies par le traité d'amitié et de commerce. Voir, *Supra*, par. 670.

<sup>1171</sup> *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), Arrêt, 24 mai 1980*, par. 94

d'opposition aux incursions des ambassades, l'argument n'aurait pas exclu sa propre illicéité mais le lien de connexité aurait été satisfait puisque le droit international ne requiert pas d'identité des titres juridiques entre le fait internationalement illicite et la contre-mesure.

**708.** Cela ressort clairement du différend d'investissement *ADM c. Mexique* dans lequel le Mexique invoquait le droit coutumier des contre-mesures comme une circonstance excluant l'illicéité tirée de l'adoption d'une taxe visant un investisseur américain. Le Mexique expliquait que la mesure fiscale appliquée dans le domaine des investissements devait être envisagée comme une réponse à la violation par les Etats Unis des sections commerciales du traité de l'ALENA (chapitres III, VII et XX). Selon le Mexique, les Etats-Unis auraient violé leurs obligations commerciales en restreignant l'accès du sucre mexicain sur le marché américain et en empêchant le recours au règlement des différends devant l'OMC. Bien que la procédure principale initiée par l'investisseur était relative au chapitre XI du traité portant sur le droit des investissements, le Tribunal a admis la possibilité pour le Mexique d'invoquer son droit de contre mesure en utilisant une base juridique autre que la violation américaine, en l'occurrence les chapitres relatifs au commerce : « *The Tribunal therefore agrees with Respondent that countermeasures may serve as a defence under a Chapter Eleven case, as this is a matter not specifically addressed in Chapter Eleven, but valid under customary international law if certain conditions are met.* »<sup>1172</sup>

**709.** Pour toutes ces raisons, le régime coutumier des contre-mesures donne à voir que la recherche d'une stricte identité des titres juridiques est une exigence relative dans l'appréciation de la notion de connexité juridique entre un fait internationalement illicite et une contre-mesure. Il n'y a donc rien de surprenant à constater que le régime conventionnel du droit des contre-mesures établi par les Accords de l'OMC s'inscrit dans le même courant, permettant que deux parties à un différend s'opposent des titres juridiques différents.

---

<sup>1172</sup> *Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/5, sentence, 21 novembre 2007, paras. 123, 131. Deux autres tribunaux ont cependant réfuté la possibilité qu'un Etat invoque son droit d'adopter des contre-mesures pour exclure l'illicéité d'une mesure dans le cadre des différends transnationaux. Ces affaires n'ont pas contesté la possibilité qu'un Etat cible d'autres obligations que celles à l'origine du fait internationalement illicite mais ont contesté le principe que ces mesures puissent être adoptées pour viser un investisseur. L'essentiel de la discussion portait donc sur le champ d'application personnel des contre-mesures et non pas sur leur champ matériel. Voir, *Corn Product International INC c. Mexique*, Affaire CIRDI ARB/04/01, décision sur la responsabilité, 15 janvier 2008, et *Cargill, Incorporated c. Mexique*, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/05/Z décision sur la responsabilité, 18 septembre 2009, par. 383. « [...] the text and structure of the NAFTA as a matter of treaty law excludes the customary possibility of countermeasures as a circumstance precluding wrongfulness... ».

## **2. Régime conventionnel des contre-mesures en droit de l'OMC**

**710.** Faisant partie intégrante des Accords de l'OMC<sup>1173</sup>, le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (ci-après le « MA ») ne prévoit pas le droit d'action reconventionnelle en des termes similaires à ceux d'autres règlements de procédures internationales. Bien qu'aucune pratique reconventionnelle ne soit connue, l'article 3.10 du MA intitulé « dispositions générales » semble néanmoins en prévoir la possibilité en des termes timides et stipule qu' « il est entendu que les demandes de conciliation et le recours aux procédures de règlement des différends ne devraient pas être conçus ni considérés comme des actes contentieux, et que, si un différend survient, tous les Membres engageront ces procédures de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend. *Il est également entendu que les recours et contre-recours concernant des questions distinctes ne devraient pas être liés* ». *A contrario*, il serait possible d'envisager que des contre-recours soient admis lorsqu'ils concernent des questions similaires en particulier dans le cadre procédures de mise en conformité<sup>1174</sup>.

**711.** Cela dit, les dispositions du Mémoire d'Accord ont, en quelque sorte, jeté un pont entre le régime et des contre-mesures et celui de l'action reconventionnelle, en permettant qu'un Etat Membre ayant souffert d'une violation d'un des accords de l'OMC, puisse, à son tour suspendre des avantages des concessions ou d'autres obligations. Ainsi, l'article 22 (3) stipule que : « Si le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue..., toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés. »

**712.** Encadrée de cette manière, la contre-mesure se rapproche de la reconvention puisqu'elle

---

<sup>1173</sup> Ces accords sont constitués des accords commerciaux multilatéraux suivants : Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises (GATT) ; Accord général sur le commerce des services (AGCS) ; Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), Annexe 2: Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends et des Accords commerciaux plurilatéraux suivants : Accord sur le commerce des aéronefs civils, Accord sur les marchés publics, Accord international sur le secteur laitier, Accord international sur la viande bovine.

<sup>1174</sup> Article 21.5 et 21.6 du MA « Dans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial...6. L'ORD tiendra sous surveillance la mise en oeuvre des recommandations ou décisions adoptées. La question de la mise en oeuvre des recommandations ou décisions pourra être soulevée à l'ORD par tout Membre à tout moment après leur adoption... ». Voir aussi, Association de droit international (*International Law Association*), Comité sur la procédure devant les cours et tribunaux internationaux, Rapport final, mai 2020, p. 29.

intervient en cours ou à la fin d'une procédure de règlement des différends et comporte, elle aussi, une double finalité offensive et défensive. Défensive, car elle « riposte » à l'illicéité initiale d'une mesure adoptée par un Etat membre et déclarée comme telle par l'ORD ; et offensive car en l'adoptant, l'Etat cherche à forcer la mise en conformité avec les prescriptions du droit de l'OMC pour retrouver le bénéfice de ses avantages.

**713.** Le paragraphe 3 du même article, permet même à l'Etat lésé de « suspendre des concessions ou d'autres obligations dans d'autres secteurs au titre du même accord...ou au titre *d'un autre accord* visé »<sup>1175</sup>. Ainsi, il est clair qu'en cas de désaccord sur l'application des règles du commerce international, les règles de l'OMC permettent à un Etat d'utiliser un autre titre juridique que celui dont il invoquait la violation à titre « principal ».

**714.** Cette hypothèse s'est par exemple présentée dans un différend commercial entre les Communautés européennes et l'Equateur dans l'affaire *Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*<sup>1176</sup>. Après l'adoption d'un premier rapport par un Groupe spécial reconnaissant l'incompatibilité des mesures européennes avec l'accord du GATT et de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS), l'Equateur a demandé à l'ORD l'autorisation de suspendre l'application à l'égard des Communautés européennes de concessions ainsi que d'autres obligations au titre de l'Accord sur les Aspect Des droits de Propriété Intellectuelle (ADPIC). Sur demande des Communautés européennes, aux termes de l'article 22 (3) b) et c), l'Equateur devait prouver qu'il n'est pas « possible » ou pas « efficace » d'agir au titre du même accord et que « des circonstances sont suffisamment graves » pour adopter des contre-mesures visant l'Accord ADPIC. Pour permettre à l'Equateur de suspendre certaines obligations relatives à la propriété intellectuelle de l'Accord sur les ADPIC<sup>1177</sup> et ainsi l'autoriser à viser un autre instrument juridique que celui à l'origine du contentieux avec l'Union européenne, l'ORD a pris en compte « les conséquences économiques plus générales »<sup>1178</sup> de la mesure, la dépendance aux importations et l'asymétrie des liens commerciaux entre les deux parties.

---

<sup>1175</sup>Article 22 (3) du MA dispose : « b) si cette partie considère qu'il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le(s) même(s) secteur(s), elle pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations dans d'autres secteurs au titre du même accord; c) si cette partie considère qu'il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne d'autres secteurs au titre du même accord, et que les circonstances sont suffisamment graves, elle pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre d'un autre accord visé » (les italiques sont de nous.)

<sup>1176</sup> *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours des communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/ARB/ECU, 24 mars 2000.

<sup>1177</sup> *Ibid*, par. 138.

<sup>1178</sup> *Ibid*, par. 134.

**715.** Ainsi, l'analyse du droit coutumier et conventionnel des contre-mesures confirme que la connexité juridique entre un fait internationalement illicite et une mesure prise en riposte n'exige pas d'identité des titres juridiques.

**716.** En conclusion, qu'elle soit appréhendée par les cours et tribunaux internationaux comme une condition de licéité (de la contre-mesure) ou comme une condition de recevabilité (d'une demande reconventionnelle), la connexité juridique est soumise à certains aménagements et ne requiert pas systématiquement une identité des titres juridiques invoqués entre les parties. Le propos n'est pas de laisser entendre que toute demande reconventionnelle serait recevable au prétexte qu'elle serait liée sur le plan factuel à la demande principale. Il s'agit plutôt de montrer que, même en des cas où les règlements de procédure comme celui de la C.I.J et du TIDM limitent la connexité à « l'objet de la demande » et que seul le droit international est applicable à la résolution du différend, le niveau d'exigence requis pour satisfaire la connexité a pu être aménagé.

**717.** Dans ce contexte, si les cours et tribunaux internationaux ont fait montre d'une certaine souplesse au regard des circonstances de chaque affaire, on pourrait s'attendre *a fortiori* à ce que l'appréciation de la connexité juridique par les tribunaux d'investissement soit facilitée par la diversité du droit applicable au différend, par la souplesse des règlements procéduraux qui arriment l'action reconventionnelle à l'objet du différend et par l'étendue de la compétence donnée en matière d'investissement. Or, comme nous allons le voir, une partie d'entre eux a, au contraire, durci les conditions d'appréciation créant un décalage entre la méthode à suivre et la méthode suivie pour évaluer la vraisemblance d'un lien de connexité.

## ***II. L'interprétation de la connexité juridique au défi des situations de cumul des instruments applicables à l'opération d'investissement***

**718.** A l'instar de la question de la compétence, l'analyse de l'interprétation de la connexité juridique par les tribunaux d'investissement diffère selon le mode de saisine du tribunal et la rédaction de la clause de règlement des différends. Lorsque l'Etat fonde son action reconventionnelle sur le même titre juridique que celui invoqué par l'investisseur et que la compétence du tribunal est établie, la dimension juridique de la connexité n'est pas discutée. Elle est réputée acquise. En effet, aucune sentence n'a jugé irrecevable pour défaut de connexité, la demande reconventionnelle de l'Etat lorsque celle-ci se fondait sur le même instrument juridique que la demande principale. Ce principe se vérifie soit que l'investisseur ait introduit

la procédure sur le fondement d'un contrat<sup>1179</sup>, d'une loi nationale<sup>1180</sup>, ou même d'un traité<sup>1181</sup>. En somme, l'identité des titres juridiques entre action principale et reconventionnelle est la manifestation la plus aisée de la connexité qui ne soulève pas de difficulté particulière. Sont donc exclus de l'analyse les cas dans lesquels demandeur et défendeur s'opposent un même instrument juridique et ceux dans lesquels le titre de compétence principale donne à l'arbitre un mandat arbitral restreint<sup>1182</sup> strictement limité aux obligations prévues par cet instrument.

**719.** Mais ainsi que le précédent chapitre sur la connexité factuelle l'a illustré, l'arbitrage transnational est un contentieux où l'arbitre se confronte à une pluralité d'instruments applicables à l'opération d'investissement impliquant plusieurs parties. Lorsque la requête est fondée sur un traité ou sur une loi qui définit l'objet du différend par « compréhension »<sup>1183</sup>, c'est-à-dire « seulement par sa relation avec l'investissement »<sup>1184</sup>, l'action reconventionnelle a de grandes chances de s'appuyer sur un autre titre juridique que celui servant de base à la demande. A défaut d'obligations explicitement mentionnées par le traité, l'Etat ira « piocher » dans les obligations consacrées par son droit national ou dans celles prévues par un contrat le liant à l'investisseur ou un de ses démembrements et ce, de manière parfois cumulative. Pour une partie de la jurisprudence, la riposte sur un autre fondement que l'action principale sera jugée irrecevable.

**720.** Tout en bénéficiant du caractère synallagmatique des obligations<sup>1185</sup>, la question de la connexité juridique dans le contentieux transnational contractuel trahit les mêmes incertitudes. A moins que l'Etat ne se fonde exclusivement sur le contrat à l'origine de la réclamation principale, la recevabilité de l'action reconventionnelle peut être mise en doute lorsque le défendeur reproche à l'investisseur avec lequel il est contractuellement lié, la violation

---

<sup>1179</sup> *Holiday Inns SA and Others c. Maroc*, Affaire CIRDI n° ARB/72/1 (règlement amiable) ; *Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire*, sentence ; *Benvenuti et Bonfant SARL c. Le gouvernement de la République du Congo*, sentence ; *Atlantic Triton c. République de Guinée*, sentence ; *MINE c. République de Guinée*, sentence ; *AGIP SpA c. Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/77/1 ; *Amco c. Indonésie*, sentence ; *Klockner c. Cameroun*, sentence ; *LETCO c. Libéria*, sentence ; *Togo électricité c. Togo*, sentence, *op. cit.*, note n° 211 ; *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. République démocratique du Congo*, sentence, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/10/4, 07 février 2014.

<sup>1180</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egypte*, Affaire CIRDI n° ARB/84/3, sentence, 20 mai 1992.

<sup>1181</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430 ; *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n° 463.

<sup>1182</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, sentence, *op. cit.*, note n° 477, paras. 868, 869 : « Tribunal in its majority considers that the references made in the text of Article 9(1) of the BIT to 'disputes... concerning an obligation of the latter' undoubtedly limit jurisdiction to claims brought by investors about obligations of the host State. Accordingly, BIT does not provide for counterclaims to be introduced by the host state in relation to obligations of the investor. The meaning of the « dispute » is the issue of compliance by the State with the BIT. »

<sup>1183</sup> Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », *op. cit.*, note n° 545, p. 16.

<sup>1184</sup> *Ibid.*

<sup>1185</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 119 et suiv.

d'obligations non contractuelles, par exemple issues de son droit national<sup>1186</sup>. Ainsi, il ressort d'une partie de la jurisprudence que la quête d'une identité des titres juridiques entre action principale et reconventionnelle est une attente des tribunaux qui impose au test de connexité juridique un niveau d'exigence élevé (A) sans tenir compte de la diversité des règles de droit applicable au différend, singularité de cette matière (B).

### *A. La quête d'une identité des titres juridiques par l'arbitre transnational*

**721.** Pour une partie importante des tribunaux transnationaux aux prises avec l'appréciation de la connexité, la reconvention devrait s'appuyer sur le même titre juridique que celui servant de base à la demande. Entendue de cette manière, le lien de connexité sera rompu lorsque l'Etat attaqué sur le fondement d'un traité, opposera à l'investisseur la violation d'un contrat ou d'un engagement notamment lorsque l'instrument contient une clause d'élection du for ou une clause compromissoire (1). Le constat d'irrecevabilité est encore plus marqué lorsque l'Etat fonde sa demande reconventionnelle sur la violation du droit national. En effet, largement influencés par la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains (ci-après « TIAR »), plusieurs tribunaux ont consolidé le principe d'irrecevabilité des demandes reconventionnelles fondées sur la violation du droit national lorsque l'action principale est introduite par la voie du traité ou d'un contrat (2).

#### *1. Recevabilité limitée des prétentions non-conventionnelles lorsque l'action principale est engagée par la voie du traité*

**722.** Pour les besoins de la présente analyse, les réclamations contractuelles sont entendues de manière extensive comme celles couvrant non seulement les contrats mais également les relations juridiques nées d'une demande d'autorisation, d'exploitation d'un investissement, c'est-à-dire des situations établissant « une relation *sui generis* comparable à un contrat »<sup>1187</sup>. Malgré la part de simplification qu'elle comporte, cette classification permet de réunir les instruments liant l'Etat et ses démembrements à l'investisseur tels que les agréments, les licences ou autre permis. Malgré leur diversité, ces instruments posent une question identique du point de vue de la recevabilité des demandes reconventionnelles : celle de savoir s'ils sont

---

<sup>1186</sup> Il est également possible d'envisager qu'un Etat attaqué sur le fondement d'un contrat ou d'une loi nationale oppose à l'investisseur la violation d'une règle de droit international, cette hypothèse ne s'est pas encore présentée.

<sup>1187</sup> *Goetz c. Burundi (I)*, sentence, par. 75.

susceptibles d'être en connexité avec l'objet du différend et l'action principale afin d'être invoqués à titre reconventionnel dans une procédure introduite sur le fondement d'un traité.

**723.** L'allégation de violation du contrat par la voie reconventionnelle ne pose pas de difficulté lorsque la demande principale repose sur ce même instrument<sup>1188</sup>. La jurisprudence a également admis la possibilité que l'Etat s'appuie sur un autre contrat appartenant à un même ensemble lorsqu'il est établi que les contrats entretiennent entre eux un rapport de dépendance économique<sup>1189</sup>. Dans ces cas-là, le lien de connexité est réputé acquis.

**724.** Les réclamations reconventionnelles fondées sur la matière contractuelle encourent le risque d'une irrecevabilité lorsque le mandat arbitral du traité limite la compétence principale du tribunal aux « différends nés des obligations contenues par le traité »<sup>1190</sup>. Dans ce cas, le défendeur reconventionnel ne pourrait pas invoquer l'instrument contractuel contre l'investisseur puisque la compétence du tribunal est limitée aux griefs issus du traité<sup>1191</sup>. Si malgré une clause de règlement des différends restrictive, le défendeur maintient sa demande reconventionnelle, il doit pouvoir situer la violation contractuelle dans la sphère conventionnelle en prouvant qu'elle constitue une violation d'une disposition du traité. Cela explique que certains Etats défendeurs, comme pour forcer les limites de la clause de règlement des différends, ont tenté de transformer la violation contractuelle en une violation de la clause parapluie par l'investisseur. Une telle interprétation extensive offerte par l'Etat de la clause parapluie a été écartée par les tribunaux et ne permet pas d'établir la connexité requise pour accueillir les demandes reconventionnelles.<sup>1192</sup> A défaut d'obligation à la charge de

---

<sup>1188</sup> *Togo Electricité c. Togo*, sentence, *op. cit.*, note n° 211, par. 229 ; *Balkan Energy (Ghana) Limited .c Ghana*, (CNUDCI), sentence, *op.cit.*, note n°255, par. 577; *Zeevi Holdings c. Republic of Bulgaria and the privatization Agency of Bulgaria* (CNUDCI), 2006.

<sup>1189</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 134 et suivant (*Klöckner c. Cameroun*, sentence, *op. cit.*, note n° 229). Voir aussi, *American Bell International Inc. c. Iran*, IUSCT Case No. 48, sentence interlocutoire, (Sentence No. ITL 41-48-3), 11 juin 1984, paras. 36, 37: « *the subject matters of the three contracts were closely interrelated, within the framework of the Seek Switch Program. In light of these particular circumstances, the Tribunal finds that the linkage between all three contracts must be considered sufficiently strong so as to make them form one single "transaction" within the meaning of the Claims Settlement Declaration.* ».

<sup>1190</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 302 en particulier *Rusoro Mining c. Vénézuéla et Anglo-American Company c. Vénézuéla*.

<sup>1191</sup> *Vestey Group Ltd c. Bolivarian Republic of Venezuela*, sentence, 15 avril 2016, par. 333: « *The scope of the consent to arbitrate is provided in Article 8 of the BIT. It is limited to "[d]isputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former...." The Respondent's request to be awarded title over Agroflora's assets does not concern an obligation of Venezuela under the BIT and thus falls outside the scope of the consent to arbitrate. In the Tribunal's view, this is a matter to be dealt with by the local courts in application of municipal property law.* »

<sup>1192</sup> *Supra*, Chapitre 2, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, sentence, *op. cit.*, note n°477, par. 875 (Article 9 du TBI :« *Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement*); *Oxus Gold plc c. Ouzbekistan*, sentence, *op. cit.*, note n°458, par. 958 (article 8 (1) du TBI: « *Disputes...concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment* ».)

l'investisseur dans le traité, l'action reconventionnelle exclusivement fondée sur une violation contractuelle sera donc écartée<sup>1193</sup>.

**725.** Parmi les cas où au contraire, le traité donne un mandat plus permissif pour les différends relatifs aux investissements l'Etat défendeur devrait être en mesure de s'appuyer sur un contrat pour étayer son action reconventionnelle, à la double condition qu'il y ait, une identité des parties et que le différend contractuel n'ait pas été « vidé » devant une autre juridiction. Comme l'expliquaient C. Schreuer<sup>1194</sup>, J. Crawford<sup>1195</sup> ou encore Z. Douglas: « *all disputes concerning an investment is surely capable of including counterclaims directly relating to that investment even where the claimant investor has elected to sue on the basis of an investment treaty obligation* »<sup>1196</sup>. Aussi, dans les cas où le traité définit l'objet du différend en se référant aux différends d'investissement, rien ne permet de conclure que la connexité requise pour la recevabilité des demandes reconventionnelles exige une identité des titres juridiques.

**726.** Mais le renfort de la doctrine ne suffit pas à réduire les sentences qui ont écarté sur le terrain de la compétence, des demandes reconventionnelles notamment fondées sur des violations contractuelles au motif, infondé, que seul l'investisseur disposait du droit d'engager une action contre l'Etat<sup>1197</sup>. Cette lignée jurisprudentielle qui neutralise l'analyse de la connexité en constatant une incompétence de principe sur les demandes reconventionnelles n'épuise pas la question de la teneur du lien de connexité existant entre une demande reconventionnelle fondée sur un contrat et l'objet du différend. Autrement dit, si l'on substitue le raisonnement restrictif de la compétence par la théorie du consentement implicite de l'investisseur à la compétence reconventionnelle<sup>1198</sup>, quelle serait l'appréciation de la connexité

---

<sup>1193</sup> *Oxus c. Ouzbékistan*, sentence, *op. cit.*, note n°458, par. 958 « Respondent has not convincingly established that the non-payment of Claimant's debt under this Agreement constitutes more than a mere contractual breach subject to Uzbek law. »

<sup>1194</sup> C. Schreuer, « Multiple proceedings », in *General principles of law and international investment arbitration*, Brill Nijhoff, coll Nijhoff international investment law series, vol. 12, F Fontanelli, A Gattini, A Tanzi (dir.), 2018, p. 166: « It is incorrect to assume that jurisdiction of treaty-based tribunal is necessarily restricted to violations of the treaty substantive provisions. An investment tribunal may well have jurisdiction for contract claims. »

<sup>1195</sup> J. Crawford, « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration International*, vol. 24, n°3, 2008, p. 354 : « there is no a priori limitations on the scope or content of treaty obligations even those concerning what would otherwise be internal affairs ».

<sup>1196</sup> Z. Douglas, *The law of Investment Claims*, *op. cit.*, note n° 165, p. 260.

<sup>1197</sup> *Supra*, Chapitre 2, paras. 310-225. En particulier *Karkey c. Pakistan*, sentence, *op. cit.*, note n°509, paras 1013-1014, 1016: "References to the "investor" highlighted above in the dispute resolution clause of the BIT means that the BIT is intended to enable arbitration only at the initiative of the investor. The BIT imposes no obligation on investors, only on the Contracting State. The BIT contains no particular or general language that would enable the Tribunal to conclude, if interpreted in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, that the arbitral agreement between Pakistan and Karkey includes consent by Karkey to the submission of counterclaims by Pakistan.... In view of the foregoing, the Tribunal finds that it does not have jurisdiction to decide Pakistan's counterclaims in this arbitration."; *Marco Gavazzi c. Roumanie*, décision sur la compétence et la responsabilité, *op. cit.*, note n° 504.

<sup>1198</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 257 et suivant.

entre une demande reconventionnelle fondée sur un contrat et le différend porté par la voie d'un traité ?

**727.** La conviction que le lien de connexité dans sa dimension juridique exige une identité des titres de compétence entre demandes principales et reconventionnelles est bien ancrée dans l'interprétation offerte par les investisseurs<sup>1199</sup>. Ainsi par exemple, l'investisseur dans l'affaire *Saluka* considérait que « *There must be symmetry between the category of the primary claim and the counterclaim, which must be grounded in the same legal instrument* »<sup>1200</sup>. Cette position qui peut éventuellement se justifier au regard des règles de la CNUDCI dans leur version de 1976<sup>1201</sup>, est inopérante dans le cadre d'autres règlements de procédure. Pour rappel, contrairement au Règlement de la C.I.J qui exige une connexité directe avec la demande principale, la Convention CIRDI arrime le lien de connexité à l'objet du différend. Les Règlements de la CNUDCI depuis 2010 avec d'autres, à quant à lui abandonné la référence à la connexité se contentant de préciser que les demandes reconventionnelles sont accueillies « à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître »<sup>1202</sup>. Rien ne permet de supposer que l'identité des titres juridiques soit une condition requise pour satisfaire

---

<sup>1199</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1128, 1130, par. 1133 : « *Because the BIT does not impose obligations upon the investor, it is impossible for the State to rely on a BIT which does not include an umbrella clause to assert a contractual obligation... Claimants further recall that on the basis of their acceptance of the offer to arbitrate, there is no consent for the resolution of potential disputes arising from an alleged violation of instruments other than the BIT.. As regards the legal connection, the matter is more delicate when the host State's counterclaim is based on a breach of contract. In the instant case, Claimants submitted a complaint under the Spain-Argentina BIT, whereas the Argentine Republic's counterclaim finds no support in the BIT. Therefore, the required connection does not exist* ». Voir aussi, *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan*, Affaire CIRDI n°ARB/12/1, décision sur la compétence et la responsabilité, 10 novembre 2017, par. 1402: « *Claimant further submits that even if Respondent did have standing to assert contractual claims against [Claimant], this Tribunal would not have jurisdiction to hear them, given that Treaty does not contain an umbrella clause (the only possible source of jurisdiction over contractual disputes) and there is no satisfactory nexus with [Claimants'] Treaty-based claims.*»

<sup>1200</sup> *Saluka c. République tchèque*, sentence sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 413, par. 26 : « *UNCITRAL Rules did not allow counterclaims in the present context, since Article 19.3 only allowed counterclaims arising out of the same legal instrument containing the reference to arbitration, whereas the Respondent's counterclaim was not based on the Treaty provisions which form the basis of the Claimant's claims; nor can the Treaty be assimilated to the "contract" referred to in Article 19.3. There must be symmetry between the category of the primary claim and the counterclaim, which must be grounded in the same legal instrument* »

<sup>1201</sup> Cette position peut néanmoins être remise en cause. Les règles de la CNUDCI de 1976 ne se référaient alors qu'à la notion de contrat et non pas aux traités mais les tribunaux ont accepté d'étendre leur application aux différends conventionnels. Surtout, lorsque la clause de règlement des différends du traité définit l'objet du différend par compréhension (les différends relatifs aux investissements), ces dispositions conventionnelles priment sur le règlement de procédure et devraient permettre d'apprécier la réalité de la connexité des demandes reconventionnelles avec la demande principale.

<sup>1202</sup> *Supra*, Introduction, par. 67 (Règlement de la CNUDCI de 2010). De même, la connexité n'est pas mentionnée dans le Règlement de la CCI qui permet les demandes reconventionnelles. L'article 5 (5) d. du Règlement de 2021 semble envisager la possibilité qu'une demande soit formulée sur un autre titre que la demande principale, il précise : « lorsque des demandes reconventionnelles sont formées en application de plusieurs conventions d'arbitrage, une indication de la convention d'arbitrage en application de laquelle chacune des demandes reconventionnelles est formée. » ;

l'exigence de connexité, lorsque le différend est introduit sur le fondement d'un traité octroyant une compétence pour les différends relatifs à l'investissement.

**728.** Lorsque la clause de règlement des différends du traité est suffisamment large pour couvrir le domaine contractuel<sup>1203</sup>, le lien de connexité entre la réclamation reconventionnelle contractuelle et l'objet du différend peut être maintenu. Les tribunaux acceptent le principe de leur compétence et postulent un lien de connexité juridique entre les réclamations suffisant pour entrer dans l'objet du différend<sup>1204</sup>. Il est en principe admis que l'étendue de la clause du traité « *do not restrict a tribunal's jurisdiction to claims arising from the BIT's substantive standards. By their own terms, these consent clauses encompass disputes that go beyond the interpretation and application of the BIT and would include disputes that arise from a contract in connection with the investment* »<sup>1205</sup>. L'analyse de la dimension juridique de la connexité se trouve finalement absorbée par la déclaration de compétence sur la matière contractuelle.

**729.** L'affaire *Inmaris c. Ukraine* offre une illustration du rapprochement des critères de compétence et recevabilité des demandes reconventionnelles. Dans cette affaire, l'investisseur se plaignait de plusieurs atteintes dans l'exécution d'un contrat de gestion d'un navire de transport maritime le liant à l'Ukraine et de l'immobilisation du navire par les autorités étatiques. A titre reconventionnel, l'Ukraine demandait le remboursement des frais contractuels liés à l'immobilisation. Le Tribunal, habilité par le traité à régler les différends d'investissement a jugé recevable la demande reconventionnelle fondée sur le rapport contractuel :

« *The Tribunal has jurisdiction to decide Respondent's counterclaim. Article 11 of the BIT confers on the Tribunal jurisdiction over disputes "with regard to investments between either Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party." Respondent's counterclaim is a dispute between it and Claimants "with regard to [Claimants'] investments"; further, it is a component of the larger dispute that Claimants have consented to submit to this arbitration. Therefore, Respondent's counterclaim is within the scope of the Tribunal's jurisdiction. However, as the Tribunal explained above, [X] was responsible for the winter costs, and, therefore, the Tribunal dismisses Respondent's counterclaim on the*

---

<sup>1203</sup> Article 8 du BIT entre l'Italie et le Maroc, Article 8 du TBI entre la France et l'Argentine, Article 9 TBI entre la Suisse et le Pakistan interprété par le tribunal CIRDI dans *SGS/Pakistan* comme ne donnant pas compétence sur le contentieux des contrats.

<sup>1204</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 273 et suiv. *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 285 « En l'espèce, cependant, aucun doute n'est permis. Le différend principal relatif à ABC concernait la licéité de la suspension du certificat d'entreprise de zone franche et la fermeture consécutive de la banque à la suite de manquements à ses obligations. La demande reconventionnelle concerne le préjudice allégué par le Burundi du fait de ces mêmes manquements. Elle est donc en rapport direct avec l'objet du différend et est par suite recevable »

<sup>1205</sup> C. Schreuer, « Consent to Arbitration », in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer (dir), OUP, 2008, p. 830.

*merits.* »<sup>1206</sup>

**730.** Le fait que d'autres tribunaux constitués sur le fondement d'un traité octroyant compétence pour régler tout différend relatif à l'investissement<sup>1207</sup> aient écarté des actions reconventionnelles fondées sur la violation des contrats pour défaut d'identité des parties<sup>1208</sup>, peut également renforcer le principe de diversité des titres juridiques des demandes principales et reconventionnelles. *A contrario*, les tribunaux suggèrent que si les parties au contrat étaient les mêmes que les parties à l'instance arbitrale, la demande reconventionnelle fondée sur le contrat pourrait satisfaire la connexité dans sa dimension juridique. Par exemple, dans l'affaire *Alex Genin c. Estonie*, le Tribunal a rejeté au fond la demande reconventionnelle de l'Estonie fondée sur la violation d'un accord de rachat d'une filiale du secteur bancaire sans faire cas d'un problème connexité juridique. Dans une note de bas de page, le Tribunal a expliqué que l'Etat ne pouvait pas se subroger dans les droits de l'entité bancaire engagée par contrat avec l'investisseur. En conséquence, la demande reconventionnelle relative à ce contrat n'entraîne pas en connexité avec l'objet du différend concernant le retrait de la licence bancaire car l'Etat n'avait pas qualité pour agir au nom de cette entité. Le Tribunal laisse néanmoins entendre que si tel avait été le cas, les réclamations relatives à cet accord auraient pu être utilisées à des fins reconventionnelles et satisfaire la dimension juridique de la connexité<sup>1209</sup>.

**731.** La formulation d'une demande reconventionnelle fondée sur le contrat peut encourager l'accord des parties sur le principe de la concentration des litiges. Ainsi par exemple, dans les affaires *Burlington c. Equateur*<sup>1210</sup> et *Perenco c. Equateur*<sup>1211</sup>, les parties étaient liées par un contrat de concession pétrolière et l'investisseur n'a pas contesté la compétence des tribunaux sur les demandes reconventionnelles relatives à la violation de ces contrats. Les tribunaux n'ont pas discuté en détails l'exigence de connexité et accepté que les demandes reconventionnelles de l'Equateur se fondent sur un instrument distinct que celui utilisé par l'investisseur à l'appui

---

<sup>1206</sup> *Inmaris c. Ukraine*, sentence, *op. cit.*, note n° 439, par. 432. (sentence caviardée, italiques ajoutés)

<sup>1207</sup> *Supra*, Chapitre 3, par. 465 et suivant.

<sup>1208</sup> *Saluka Investments BV c République tchèque*, (CNUDCI), décision sur la compétence et la demande reconventionnelle de la République Tchèque, *op. cit.*, note n° 413; *Hamester c. Ghana*, sentence, *op. cit.*, note n° 455, par. 357.

<sup>1209</sup> *Alex Genin, c Estonia*, sentence, *op. cit.*, note n° 433, para. 378: « *A question also arises, which need not be and is not answered here, as to whether Respondent is the proper party to the request set out in its counterclaim. Without deciding the issue, the Tribunal notes that, even if the facts alleged by Respondent in support of its counterclaim were true, the proper claimant of the sums in question is arguably not the Republic of Estonia but the Liquidation Committee of EIB.* » La clause de règlement des différends couvrait les "investment dispute arising out of or relating to ...an investment agreement..., an investment authorization... an alleged breach of any right conferred by this treaty."

<sup>1210</sup> *Burlington Resources, Inc. c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 155.

<sup>1211</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Equateur*, sentence intérimaire sur les demandes reconventionnelles environnementales, *op. cit.*, note n° 155.

de sa demande principale.

**732.** Une partie des tribunaux semble donc susceptible d'admettre un lien de connexité entre la demande reconventionnelle fondée sur cet accord et l'objet du différend. C'est ce qu'il ressort notamment de la jurisprudence *Goetz c. Burundi (II)* et *Alex Genin* précités. En revanche, faute d'un consentement explicite de l'investisseur comme dans l'affaire *Burlington et Perenco*, la présence d'une clause compromissoire ou d'une clause d'élection du for dans un contrat entre les parties à l'arbitrage peut se dresser comme un obstacle à la recevabilité de la demande reconventionnelle dans le cadre de l'arbitrage conventionnel.

**733.** Par exemple, dans l'affaire *Saluka c. République tchèque*, le Tribunal a jugé que la clause d'élection du for dans le contrat d'achat d'action sur lequel l'Etat s'appuyait à titre reconventionnel constituait un facteur « *of overriding importance* »<sup>1212</sup> le privant de compétence sur les demandes reconventionnelles contractuelles. Le lien de connexité entre une réclamation fondée sur un instrument de nature contractuelle ou tout autre engagement étatique (licence, agrément) et l'objet du différend serait donc rompu. Cette approche a été adoptée que les tribunaux soient saisis d'un large mandat<sup>1213</sup>, ou non<sup>1214</sup>, et que les actions parallèles contractuelles aient été ou non engagées<sup>1215</sup> ou que le contrat ait été déclaré nul entre les

---

<sup>1212</sup> *Saluka Investments BV c. République tchèque* (CNUDCI), sentence, paras. 51,56,57: « *Even if the Tribunal were to make an assumption to the contrary (but without so deciding), i.e., to the effect that identity between the NPF and the Czech Republic could be established so that the parties to the counterclaim based on the Share Purchase Agreement were the same as the parties to the primary claim, the Tribunal would be prevented from exercising jurisdiction on another ground which is of overriding importance... Moreover, by Article 8(6) of the Treaty the Tribunal is required, in reaching its decisions, to take into account inter alia "the provisions of special agreements relating to the investment." Given the facts of this arbitration, the Share Purchase Agreement, including its Article 21, constitutes a special agreement relating to Saluka's investment. It follows that the Tribunal is required by the terms of the Treaty to take into account the mandatory arbitration provision in Article 21 of that Agreement. The Tribunal thus cannot in this arbitration entertain a counterclaim based on a dispute arising out of or in connection with, or the alleged breach of, an agreement which both contains its own mandatory arbitration provision and is an agreement which the Tribunal is expressly required to take into account.*» (Clause de règlement des différends: « *All dispute concerning an investment* »)

<sup>1213</sup> *Ibid.*

<sup>1214</sup> *Oxus c. Ouzbekistan*, sentence, *op. cit.*, note n°458, par. 958: « *Under such circumstances, even if the SDA counter-claims would be seen as falling under the scope of Article 8(1) of the BIT, the Arbitral Tribunal considers that the forum selection clause contained in Article 9 of the Special Dividend Agreement constitutes a special agreement between the Parties by which they provided for a specific dispute resolution mechanism. This is further confirmed by the fact that (i) Respondent did initiate court proceedings and not arbitration proceedings to enforce the debt under the Special Dividend Agreement, and (ii) Claimant did not raise any objection to the jurisdiction of the Uzbek courts. Thus, through such special agreement, the Parties must be seen as having excluded their consent to adjudicate disputes arising out of the Special Dividend Agreement through the mechanism provided for in the BIT. In other words, this special dispute resolution clause constitutes a sort of carve-out from a potential jurisdiction under the BIT and deprives the Arbitral Tribunal of any jurisdiction over such counterclaims.* » (Clause de règlement des différends: « *Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment* »)

<sup>1215</sup> *Saluka Investments BV c. République Tchèque*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 443; *Amco Asia Corporation and others c République d'Indonésie*, sentence; *Desert Line Projects LLC c Yemen*, Affaire CIRDI n° ARB/05/17, sentence, 6 février 2008.

parties<sup>1216</sup>.

**734.** Mais en réalité, la sanction d'irrecevabilité en raison d'une clause d'élection de for dans le contrat ne saurait *ipso facto* anéantir le lien de connexité au point d'écarter toute demande reconventionnelle<sup>1217</sup>. Il convient de distinguer deux cas de figure : les cas où le différend contractuel est ou a déjà été soumis aux juridictions désignées par ce contrat ou par l'instrument liant l'Etat à l'investisseur, des cas où aucune procédure n'a encore été engagée entre les parties en vertu de cet accord.

**735.** Lorsqu'aucune procédure n'a pas été engagée en vertu de l'accord, la formulation d'une demande reconventionnelle fondée sur cet accord peut satisfaire le lien de connexité sans que l'investisseur ne consente expressément à ces demandes, comme le suggère les affaires précitées *Burlington c. Equateur* ou *Perenco c. Equateur*. Cette solution est possible lorsque le contrat ou l'agrément, la licence, ou le permis désignent les juridictions nationales de l'Etat hôte comme tribunaux compétents. Dans ces cas-là, la formulation d'une demande reconventionnelle par l'Etat peut être appréhendée comme une manifestation explicite de volonté de concentrer les réclamations devant un même forum, ou, autrement dit, un acte unilatéral de renonciation aux réclamations internes. En effet, qu'elle soit ou non liée par contrat avec l'Etat, toute personne physique résidant sur le territoire d'un Etat ou toute personne morale immatriculée sur ce territoire est *naturellement* soumise aux juridictions nationales de l'Etat hôte. La compétence des juridictions nationales pour les activités d'une personne morale ou physique établie sur le territoire de l'Etat n'est pas une compétence à laquelle l'investisseur *consent*, mais bien une compétence à laquelle il est *obligé*<sup>1218</sup>. Si la demande reconventionnelle

---

<sup>1216</sup> *Desert Line Projects LLC c Yemen, Affaire CIRDI n° ARB/05/17, sentence, 6 février 2008, par. 224*: « *As to the value of the unperformed remedial and other works constituting alleged continuing obligations of the Claimant under the Yemeni Arbitral Award as well as to the compensation related to the failure of the Claimant to maintain the bank guarantees after 31 December 2004, the Arbitral Tribunal holds that the Respondent cannot claim benefit from the nullity of a document - i.e. the Settlement Agreement - that it imposed on the Claimant. In the present case, the doctrine of estoppel (venire contra factum proprium) serves as a shield to prevent the Respondent from obtaining compensation for the failure of the Claimant to execute its maintenance and repair obligations as well as for its failure to maintain the two bank guarantees. The Respondent - while imposing the Settlement Agreement that provided for the release of all these obligations - had clearly and unmistakably represented that it no longer treated the Claimant's aforementioned obligations as extant* »

<sup>1217</sup> S. Donnelly considère d'ailleurs que de telles clauses devraient être appréhendées comme une question de compétence et non pas de recevabilité. La clause *d'électio du for* ou compromissoire dans un contrat pourrait selon lui être appréhendée comme une clause de renonciation aux réclamations conventionnelles lorsqu'elle est postérieure au traité. S. Donnelly, « *Conflicting Forum selection agreements in Treaty and Contract* », *ICLQ*, 2020, vol. 69, n° 4, pp. 759-787

<sup>1218</sup> Si au contraire les parties ont inclus une clause compromissoire en faveur d'autres tribunaux arbitraux, le consentement de l'entité locale sera sûrement nécessaire pour permettre une consolidation des contentieux mais loin d'être impossible. Elle est même facilitée par la multiplication des clauses de consolidation d'arbitrage internationaux entretenant un lien de connexité et initiés dans différend forum. On relève à ce titre que dans un des tous premiers arbitrages CIRDI (*Klöckner c. Cameroun*) le Tribunal CIRDI a admis sa compétence sur un ensemble contractuel désignant les tribunaux arbitraux de la CCI, *Supra*, Chapitre 1, paras. 134-151.

portée par l'Etat dans le cadre d'une procédure conventionnelle à la même « origine normative »<sup>1219</sup> que celle qu'il pourrait présenter devant ses juridictions nationales, le lien de connexité juridique ne sera pas automatiquement anéanti au prétexte que l'instrument sur lequel il se fonde désigne ses juridictions nationales. Or, lorsque l'Etat par la voie incidente veut profiter de l'étendue de la clause de règlement des différends d'un traité pour faire entrer une prétention reconventionnelle relative à un instrument autre que ce traité, l'origine normative de sa réclamation est identique à celle qu'il pourrait porter devant les juridictions internes.

**736.** La formulation d'une demande reconventionnelle fondée sur un instrument contractuel ou quasi contractuel peut alors être appréhendée comme un acte unilatéral de renonciation tacite à la compétence de ses juridictions nationales normalement compétentes pour trancher les litiges relatifs à l'instrument sur lequel l'Etat s'appuie. Au regard des critères applicables à a renonciation précédemment étudiés,<sup>1220</sup> la présentation d'une demande reconventionnelle relative à un instrument non conventionnel, peut être vue comme l'« [e]xpression unilatérale...de la volonté d'abandonner un droit, une faculté, une prétention ou une réclamation »<sup>1221</sup>. Cette volonté serait « sous-entendue ou impliquée »<sup>1222</sup> par la présentation d'une demande reconventionnelle<sup>1223</sup> dans le cadre d'une procédure internationale, lorsque le Tribunal est saisi d'un mandat suffisamment large pour se prononcer sur ces réclamations et que l'instrument en cause lie les mêmes parties que les parties à l'instance voir, les parties contrôlées par celles-ci<sup>1224</sup>.

**737.** Lorsque la demande reconventionnelle présentée devant le tribunal arbitral a une même origine normative que celle que l'Etat pourrait présenter devant ses juridictions nationales, la renonciation à la compétence des juridictions nationales se fait de manière claire et non-

---

<sup>1219</sup> *Pantechniki S.A. Contractors Engineers c. Albania*, Affaire CIRDI No. 1RB/97/3, sentence, 30 juillet 2009, para. 62 « *The similarity of prayers for relief does not necessarily bespeak an identity of causes of action. What I believe to be necessary is to determine whether [contract or Treaty] claimed entitlements have the same normative source. But even this abstract statement may hardly be said to trace a bright line that would permit rapid decision. The frontiers between claimed entitlements are not always distinct. Each situation must be regarded with discernment* ».

<sup>1220</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 335 et suiv.

<sup>1221</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, note n° 1, p. 968.

<sup>1222</sup> *Ibid.*, p. 969.

<sup>1223</sup> Voir par analogie le raisonnement suivi par Mr. *Franz Sedelmayer c. Fédération de Russie*, SCC, 7 juillet 1998, p. 35. « *By filing its counterclaim, the Respondent has accepted that the Tribunal has jurisdiction to try the counterclaim. The Claimant also accepts the jurisdiction of the Tribunal in this respect. As a result of the Respondent's counterclaim and the Claimant's acceptance of the Tribunal's jurisdiction to try the counterclaim, the parties have entered into a new and separate arbitration agreement, which gives the Tribunal the jurisdiction to try the dispute between the Claimant and the Respondent in its entirety. This agreement is valid and cannot be unilaterally terminated by the Respondent. In case the Tribunal were to conclude that the parties have not entered into a new arbitration agreement, the Claimant puts forward his claim as a counterclaim to the Respondent's claim. Thus, even if the Tribunal were to conclude that the Treaty is not applicable, it has jurisdiction to try both the Claimant's claim and the Respondent's counterclaim.* »

<sup>1224</sup> *Supra*, Chapitre 3, par. 495 et suiv.

équivoque<sup>1225</sup> à travers la prétention reconventionnelle. Par exemple, l'exercice du droit de présenter des demandes reconventionnelles dans un instance où l'Etat se prévaut d'une immunité suffit à établir une renonciation tacite à cette immunité<sup>1226</sup>. De même, la jurisprudence du Tribunal irano-américain des réclamations (TIAR), a reconnu que « *once a counterclaim has been initiated before the Tribunal such claim is excluded from the jurisdiction of any other court* »<sup>1227</sup>. Cette interprétation faite par le TIAR, découle des dispositions de l'article VII (2) Déclaration d'Alger sur le règlement du contentieux, en vertu desquelles « *claims referred to the Arbitral Tribunal shall, as of the date of filing of such claims with the Tribunal, be considered excluded from the jurisdiction of the courts of Iran, or of the United States, or of any other court* »<sup>1228</sup>. Par analogie, dans le cadre des arbitrages CIRDI, la thèse de la renonciation implicite à la compétence des juridictions nationales par la formulation de demande reconventionnelle est renforcée par le jeu de l'article 26 en vertu duquel l'Etat renonce à l'exercice de tout autre recours<sup>1229</sup>.

**738.** Dès lors, lorsque l'instrument sur lequel l'Etat fonde sa demande reconventionnelle désigne la compétence des juridictions nationales, le lien de connexité avec l'objet du différend n'est pas automatiquement rompu par la présence d'une clause d'élection du for puisque l'Etat, partie souveraine au différend transnational, est en position de renoncer à la compétence de ses propres juridictions. Ainsi que l'avait observé C. Leben au sujet des arbitrages CIRDI, « il est paradoxal de limiter la compétence des tribunaux arbitraux CIRDI aux seuls conflits fondés sur les traités, pour réserver les conflits contractuels aux juridictions étatiques, alors même que la convention de Washington de 18 mars 1965, avait précisément pour but de constituer une instance arbitrale pour les litiges contractuels entre Etats et investisseurs. »<sup>1230</sup>

**739.** En revanche, la recevabilité d'une demande reconventionnelle fondée sur un contrat ou

---

<sup>1225</sup> C.I.J, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, C.I.J Recueil 2005, par. 293.

<sup>1226</sup> Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (18 avril 1961), article 32 (3), *op. cit.* note n°529.

<sup>1227</sup> *E-Systems, Inc. v. Iran*, sentence intérimaire, n°. ITM 13-388-FT, 4 février 1983, p. 25; *CBA International Development Corporation c. Government of Iran*, sentence intérimaire n° ITM 31-928-3, 18 novembre 1983, p.14 : « *It appears from the documents filed by the Respondent that the claim filed by the Ministry of Defense against the Claimant in the General Court of Tehran states the same claim as is stated in the counterclaim filed with the Tribunal in this case. Therefore it seems that the subject matter of the counterclaim is excluded from the jurisdiction of the Courts of Iran from the date when the counterclaim was filed with this Tribunal unless and until the Tribunal decides that it has no jurisdiction over it.* »

<sup>1228</sup> *Claims Settlement Declaration*, 19 janvier 1981, article II, *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol. 1, 1981-1982, CUP, p. 9.

<sup>1229</sup> L'article 26 de la Convention dispose : « Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, et, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. »

<sup>1230</sup> Ch. Leben, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *op. cit.*, note n° 362, p. 706.

un engagement pourrait être remise en cause lorsqu'il existe une procédure parallèle devant les juridictions nationales sans toutefois être anéantie. D'abord, il n'est pas rare que les parties à l'arbitrage transnational tente de renoncer aux procédures parallèles relatives au contrat<sup>1231</sup> afin de concentrer leur différend. Ensuite, si les tribunaux considèrent que le lien de connexité est si étroit qu'il justifie un traitement conjoint des demandes principales et reconventionnelles, ils peuvent inviter les parties à retirer leurs actions parallèles.

**740.** Des précédents de ce genre existent notamment dans la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains. Par exemple, les arbitres ont par ordonnance invité l'Etat défendeur à demander suspension des procédures parallèles engagées devant les juridictions nationales désignées par le contrat litigieux lorsque l'Etat avait porté une réclamation identique par la voie reconventionnelle devant le tribunal arbitral<sup>1232</sup>. Or, gardant à l'esprit que dans le cadre de l'arbitrage transnational, le défendeur est un l'Etat souverain, celui-ci a toute la latitude nécessaire pour suspendre les procédures parallèles conduites devant ses juridictions. Ses déclarations faites en cours d'instance peuvent créer des obligations internationales contraignantes qu'il sera tenu de respecter.

**741.** Dans l'affaire *Joy Mining c. Egypt*, le Tribunal suivant une application précise de la théorie de l'acte unilatéral a observé que les déclarations de l'Etat en cours d'instance s'engageant à porter un différend contractuel devant les juridictions arbitrales et non pas devant les juridictions nationales constituait « *a solemn declaration* »<sup>1233</sup> liant internationalement l'Egypte et ses entités paraétatiques. Il appartient alors au Tribunal saisi de réclamations

---

<sup>1231</sup> Au sujet d'un différend contractuel : *Tanzania Electric Supply Company Limited c. Independent Power Tanzania Limited*, Affaire CIRDI n° ARB/98/8, sentence finale, 12 juillet 2001, par. 27 : « *In the course of that session, it was clarified that IPTL was willing further to stay its hand in relation to the proceedings in Tanzania, but that it would itself seek provisional measures from this Tribunal substantially to the same effect as it had obtained from the High Court of Tanzania.* » ; Au sujet d'un différend conventionnel : *Saluka c. République Tchèque*, sentence sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°413, par. 32: « *The Tribunal notes that in their written and oral submissions and in separate correspondence both parties referred to the existence of other litigation pending before various tribunals and between various parties, but arising substantially out of the same circumstances, and raising many of the same issues, as those involved in the present arbitration. Exchanges between the parties had not, however, led to agreement to consolidate the various pending legal proceedings in a single arbitration* ».

<sup>1232</sup> *CBA International Development Corporation c. Government of Iran*, sentence intérimaire n° ITM 31-928-3, 18 novembre 1983, pp. 5, 7. 5: « *The Order invited the Respondent to request General Court 19 of Tehran to postpone the hearing scheduled for 17 April 1983 pending the Tribunal's decision on the Claimant's Motion... the Deputy Agent of the Islamic Republic of Iran indicated that the Respondent had obtained a postponement of the hearing in the General Court of Tehran* ».

<sup>1233</sup> *Joy Mining Machinery Limited c. Egypt*, Affaire CIRDI n° ARB/03/11, décision sur la compétence, 6 août 2004, par. 98-99 : « *As the solemn declaration by Counsel for the Respondent was made on behalf of both the Egyptian State and IMC, the Tribunal also takes note that the Egyptian State is under an international legal obligation to facilitate the enforcement of any award issued in this case to the extent that the intervention of the State is required. The option of resorting to Egyptian courts is also precluded by the Declaration made as the obligations both to resort to arbitration and abide by its results have been solemnly recorded.* »

reconventionnelles d'apprécier si la connexité entre les réclamations des parties est telle, qu'elle justifierait de suspendre les procédures en cours. L'Etat peut précisément y être encouragé lorsqu'il choisit en tant que demandeur reconventionnel de porter une réclamation identique à celle présentée devant ses juridictions nationales.

**742.** Par exemple, dans l'affaire *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, l'investisseur avait sollicité l'abandon, et l'Etat s'était engagé à retirer, les procédures parallèles relatives aux réclamations contractuelles. L'Etat hôte qui était à l'origine de la procédure nationale pour faire constater la violation du contrat a préféré joindre ses réclamations devant l'arbitre international et utiliser l'outil reconventionnel comme un moyen de concentrer ses prétentions devant le même juge. A cette fin, il avait unilatéralement admis la possibilité de suspendre les recours en raison du lien de connexité avec les prétentions portées par l'investisseur en vertu du traité. Il expliquait ainsi : « *Given that its annulment claim [before national jurisdiction] is inextricably intertwined with Claimant's Investment Claim, AVAS [entité paraétatique] has agreed to seek a suspension of proceedings before the Romanian court. This counterclaim is intended to avoid inconsistent rulings on common issues of fact raised by Claimant and by AVAS in these parallel proceedings.* »<sup>1234</sup>

**743.** En se déclarant incompétent pour défaut de consentement du défendeur reconventionnel, la majorité du tribunal nous prive d'un raisonnement sur la connexité<sup>1235</sup>. L'exemple demeure néanmoins pertinent pour illustrer que l'outil reconventionnel peut être utilisé comme un instrument de concentration des réclamations en raison du lien de connexité existant entre différents instruments.

**744.** A défaut d'abandon des procédures parallèles ou d'accord pour consolider l'ensemble du différend atomisé devant les juridictions nationales et/ou internationales, le lien de connexité avec la demande principale sera rompu puisque le droit international ne prévoit pas de règles de coordination obligatoire lorsque plusieurs juridictions exercent une compétence concurrente. Comme l'a observé le Tribunal dans l'affaire *SPP c. Egypte* : « *When the jurisdictions of two unrelated and independent tribunals extend to the same dispute, there is no rule of international law which prevents either tribunal from exercising its jurisdiction* »<sup>1236</sup>, seule des

---

<sup>1234</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, sentence, *op. cit.*, note n°477, para. 757.

<sup>1235</sup> *Supra*, Chapitre 2, par.296 et suivant y compris l'opinion dissidente de M. Reisman. La connexité aurait difficilement été remplie en raison du caractère limitatif de la clause de règlement des différends relative aux « *disputes concerning an obligation of the [State] under this Agreement* ».

<sup>1236</sup> *SPP c. Egypte*, Affaire CIRDI n° ARB/84/3, décision sur les objections préliminaires, 27 novembre 1985, par. 84: « *When the jurisdictions of two unrelated and independent tribunals extend to the same dispute, there is no rule of international law which prevents either tribunal from exercising its jurisdiction. However, in the interest of international judicial order, either of the tribunals may, in its discretion and as a matter of comity, decide to stay the exercise of its jurisdiction pending a decision by the other tribunal.* »

considérations de « *comity* »<sup>1237</sup> peuvent servir d'appui pour éviter la multiplication des procédures.

**745.** Ainsi, il nous semble que la clause d'élection du for ne peut anéantir le lien de connexité existant entre la demande principale et reconventionnelle à la double condition que celle-ci ait été actionnée et qu'une décision ait été rendue. Lorsqu'aucune procédure n'a été engagée ou qu'une procédure parallèle existe, la connexité juridique entre une demande principale et une demande reconventionnelle peut résister à la présence d'une clause d'élection du for et permettre d'intégrer la dimension contractuelle du différend dans l'instance principale lorsque le traité définit l'objet du différend de manière étendue. En conséquence, la notion de connexité ne devrait pas requérir d'identité des titres juridiques.

**746.** Concrètement, si ces remarques sur l'appréciation de la connexité laissent entendre qu'il est possible qu'un Etat oppose à l'investisseur un instrument de type contractuel dans le cadre d'une procédure introduite par la voie d'un traité, les ambitions des Etats semblent aller au-delà de ce que les tribunaux arbitraux peuvent permettre. En effet, il faut garder à l'esprit que ces développements restent essentiellement prospectifs pour plusieurs raisons. Premièrement, beaucoup des demandes reconventionnelles fondées sur les contrats qui entreraient selon nous en connexité avec l'objet du différend ont été écartées sur le terrain de la compétence, privant l'observateur de toute analyse jurisprudentielle de la connexité<sup>1238</sup>. En outre, parmi les demandes qui ont « passé » le filtre de la compétence, autant ont été écartées pour défaut d'identité des parties au contrat et à la procédure arbitrale<sup>1239</sup>. Les deux affaires ayant favorablement accueillies les prétentions reconventionnelles fondées sur la violation d'un contrat lorsque la procédure était introduite sur le fondement d'un traité ont bénéficié du consentement expresse ou tacite de l'investisseur (*Perenco c. Equateur* ; *Burlington c. Equateur*)<sup>1240</sup>.

**747.** Il n'en demeure pas moins que la quête d'une identité des titres juridiques entre action principale et reconventionnelle est prégnante lorsque l'Etat utilise l'instance arbitrale pour invoquer la violation des obligations de droit national par l'investisseur.

---

<sup>1237</sup> *Ibid.*

<sup>1238</sup> *Supra*, Chapitre 2, paras. 319- 331 et suivant (en particulier *Marco Gavazzi c. Roumanie* et *Karkey c. Pakistan*)

<sup>1239</sup> *Supra*, Chapitre 3, paras.465 et suivant.

<sup>1240</sup> M. Anning, « Counterclaims Admissibility in Investment Arbitration, the case of Environmental Dispute », *op. cit.*, note n° 364, p. 3.

## 2. *L'irrecevabilité des demandes reconventionnelles fondées sur le droit national comme héritage du Tribunal irano-américains des réclamations*

**748.** Les prétentions reconventionnelles fondées sur la violation du droit de l'Etat hôte sont les plus nombreuses<sup>1241</sup>. Leur recevabilité est loin d'être acquise. En effet, une tendance jurisprudentielle affermie sanctionne de telles actions d'une irrecevabilité, et ce, que l'arbitrage soit introduit par la voie d'un contrat (a) ou par la voie d'un traité (b).

### *a. Lorsque la demande principale est introduite sur le fondement d'un contrat*

**749.** En dehors des cas où l'action reconventionnelle de l'Etat est fondée sur le contrat, objet de la demande principale de l'investisseur<sup>1242</sup>, l'exigence de connexité est rarement satisfaite, lorsque l'Etat reproche à l'investisseur un manquement à son droit national.

**750.** L'irrecevabilité des demandes reconventionnelles fondées sur le droit national dans les arbitrages par la voie contractuelle est marquée dans la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains. Il est vrai que les Accords d'Alger de 1981 ont largement pris appui sur le Règlement arbitral CNUDCI de 1976<sup>1243</sup>. Les deux textes diffèrent néanmoins quant à l'étendue de l'action reconventionnelle octroyée au défendeur. Dans sa version de 1976, le Règlement CNUDCI ne la permettait que lorsqu'elle était « fondée sur le même contrat ou [que le défendeur] invoqu[e] un droit fondé sur le même contrat » alors que, allant une étape plus loin, l'article II des Accords d'Alger donnait compétence aux tribunaux arbitraux pour se prononcer sur les réclamations et contre-réclamations nées « du même contrat, transaction ou occurrence »<sup>1244</sup>.

---

<sup>1241</sup> *Ibid.*

<sup>1242</sup> *Balkan Energy (Ghana) Limited .c Ghana*, (CNUDCI), sentence, *op.cit.*, note n°255, par. 574 ; *Vantage Deepwater Company, Vantage Deepwater Drilling, Inc. c. Petrobras America Inc., Petrobras Venezuela Investments & Services, BV, Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras Brazil)*, Affaire CIRL (Centre international de règlement des litiges, (CIRL) N°01-15-0004-8503, sentence, 29 juin 2018, p. 434.

<sup>1243</sup> *Supra*, Introduction, par. 68 et suivant.

<sup>1244</sup> Accord d'Alger, Article II « 1. ... *(the Iran-United States Claims Tribunal) is hereby established for the purpose of deciding claims of nationals of the United States against Iran and claims of nationals of Iran against the United States, and any counterclaim which arises out of the same contract, transaction or occurrence that constitutes the subject matter of that national's claim, if such claims and counter-claims are outstanding on the date of this Agreement, whether or not filed with any court, and arise out of debts, contracts (including transactions which are the subject of letters of credit or bank guarantees), expropriations or other measures affecting property rights, excluding claims described in Paragraph 11 of the Declaration of the Government of Algeria of January 19, 1981, and claims arising out of the actions of the United States in response to the conduct described in such paragraph, and excluding claims arising under a binding contract between the parties specifically providing that any disputes there under shall be within the sole jurisdiction of the competent Iranian courts, in response to the Majlis position. 2. The Tribunal shall also have jurisdiction over official claims of the United States and Iran against each other arising out of contractual arrangements between them for the purchase and sale of goods and services* ».

**751.** La filiation des raisonnements entre les tribunaux arbitraux d'investissement et le Tribunal des différends irano-américains sur la notion de connexité juridique est également apparente dans la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains. Celui-ci a relevé que la notion de « connexité directe » est une exigence procédurale commune aux cours et tribunaux internationaux. Non sans une certaine approximation, il semble avoir appréhendé la connexité directe de la Convention CIRDI et celle du Règlement de la C.I.J de manière équivalente<sup>1245</sup> alors que le lien de connexité de la première est relatif à l'objet du différend et non pas, comme le second, relatif à la demande principale.

**752.** Le Tribunal des différends irano-américains a offert « une interprétation non-formaliste »<sup>1246</sup> de l'exigence de connexité distinguant néanmoins son amplitude en fonction de trois scénarios : « *if a claim is based solely on a contract, a counterclaim must arise from the same contract to be within the jurisdiction of the Tribunal. Similarly, if a claim is for an occurrence, such as a taking of property, then a counterclaim would have to arise out of the same occurrence. On the other hand, it can doubtless be argued that, in a case where a prolonged or complex business transaction results in several contracts, a counterclaim should be within [the Tribunal's] jurisdiction, even if it arises from a different one of those contracts than the one on which the claim was based, because both arise from the same transaction* »<sup>1247</sup>.

**753.** Malgré cette apparente souplesse, l'abondant contentieux reconventionnel<sup>1248</sup> traité par le Tribunal des différends irano-américains fait ressortir une exigence d'identité des titres juridiques utilisés par les parties à titre principal et reconventionnel<sup>1249</sup>. La nécessité pour le défendeur de s'appuyer sur le même instrument que celui utilisé par le demandeur crée un courant plus restrictif à l'égard des demandes extracontractuelles fondées sur la violation du droit national.

**754.** Plusieurs sentences ont ainsi considéré que l'obligation fiscale « *is a legal relationship that arises out of the application of the law to a factual situation of a person or legal entity*

---

<sup>1245</sup> *Westinghouse Electric Co.*, sentence interlocutoire n° ITL 67-389-2, 12 février 1987, Iran-US CTR, p. 105 « [The possibility to file counterclaims closely connected with the subject matter] is also consonant with the procedural practice of international tribunals generally, which only permit counterclaims that are directly connected to the subject matter of the principal claim », citant l'article 80 du règlement de procédure de la C.I.J. et l'article 46 de la Convention de Washington.

<sup>1246</sup> P. Daillier et al, « Tribunal irano-américains des réclamations », *A.F.D.I.*, vol.45, n°1, 1999, p. 340.

<sup>1247</sup> *Corning fiberclass corporation c. the Government of Iran*, sentence interlocutoire, n°ITL 18- 113-02, 13 mai 1983, Iran-US CTR, vol.2, p.324.

<sup>1248</sup> P. Daillier et al, « Tribunal irano-américains des réclamations », *op. cit.*, note n° 1246 p. 339. Les auteurs attribuent cette abondance au refus d'inclure certaines demandes de l'Etat iranien à la compétence principale.

<sup>1249</sup> G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Clarendon, 1996, p. 113: « There is no Jurisdiction over Counterclaims that do not Arise from the Same Contract, Transaction, or Occurrence as a Claim »

rather than a contractual agreement that exists between the parties to a contract by virtue of that contract »<sup>1250</sup>. L'exclusion des reconventions fondées sur le manquement aux obligations fiscales repose sur la distinction entre les obligations applicables « à titre général » et celles nées de la relation contractuelle entre les parties<sup>1251</sup>. L'irrecevabilité des réclamations reconventionnelles fondées sur la violation des obligations fiscales est maintenue, même lorsque le contrat impose à la partie plaignante la responsabilité de s'assurer de payer les impôts à l'étranger<sup>1252</sup> mais n'empêche pas la prise en compte des montants réclamés dans l'évaluation des dommages<sup>1253</sup>.

**755.** Ainsi, le courant jurisprudentiel tendant à juger irrecevable l'action reconventionnelle fondée sur la violation du droit national, contraste avec la souplesse d'appréciation de la connexité qui caractérisait les premiers arbitrages contractuels portés à la connaissance du

---

<sup>1250</sup> *Phillips Petroleum Company Iran c. The Islamic Republic of Iran, the National Iranian Oil Company*, IUSCT Case n° 39, sentence, n° 425-39-2, 29 juin 1989, par. 185 ; *General Dynamics Telephone Systems and Islamic Republic of Iran*, sentence n° 192-285-2, 4 octobre 1985, p. 25; *AFHI Planning Associates, Inc. and Iran*, sentence n° 234-179-2, 8 May 1986, p. 6 ; *Cosmos Engineering, Inc.*, sentence n° 271-334-2, 24 novembre 1986, p. 5; *FMC Corp. and Ministry of National Defence*, sentence n° 292-353-2, 12 février 1987, p. 11.

<sup>1251</sup> *American Bell International Inc. c. Iran, the Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran, the Ministry of Post, Telegraph and Telephone of the Islamic Republic of Iran and the Telecommunications Company of Iran*, sentence interlocutoire n° ITL 41-48-3, 11 juin 1984, paras. 37- 41: « With regard, finally, to the counterclaims for social security premiums and taxes, it is noted that Chamber Two of the Tribunal has resolved a similar issue ... In that Award the Tribunal held that under Article II, paragraph 1, "a distinction must be made, in particular, between legal relationships arising out of the application of the law to a situation in which either party individually finds itself and the contractual relationship between the parties to the contract inter se. In the present case, the Tribunal holds: (i) that only the 5.5 percent tax withholdings referred to... [earlier in the Award] may be said to arise out of the contractual relationship between the parties to the contract; and (ii) that the remaining part of the taxes and social insurance contributions referred to in the counterclaim, in the absence of satisfactory evidence establishing the contrary, must be deemed to arise out of the application of the law to the contractor's particular situation and hence to be outside the jurisdiction of the Tribunal". In the light of this holding (the precedential value of which is not determined here) the Tribunal finds it appropriate in the present case that the parties should be afforded the opportunity to submit further pleadings at the final hearing with regard to the question of jurisdiction over the counterclaims for social security premiums and taxes. Therefore, this issue will not be disposed of in this Interlocutory Award. »

<sup>1252</sup> *Harris International Telecommunications, Inc. c. The Islamic Republic of Iran, the Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi, Bank Melli Iran*, sentence partielle n° 323-409-1, 2 novembre 1987, par. 176 : « Previous decisions of the Tribunal interpreting Article II(1) of the Claims Settlement Declaration have clarified that the Tribunal has no jurisdiction over counterclaims for social security premiums that are based on municipal laws rather than on the contract which forms the basis of the claims. Article 2.26 of the Contract in this Case stipulates that the Claimant is responsible for 'Payment of all taxes, charges, fees and Government charges relating to this Contract and contractor's personnel and his Contractors outside of Iran' (emphasis added). The Contract does not provide for any obligation of the Claimant to pay social security premiums in Iran. Any such obligation can therefore only stem from an application of Iranian law, which is also the legal basis on which the Respondent itself bases this Counterclaim. Thus, the Counterclaim for social security premiums and related penalties must be dismissed.»

<sup>1253</sup> *Phillips Petroleum Company Iran c. The Islamic Republic of Iran, the National Iranian Oil Company*, sentence n° 425-39-2, 29 juin 1989, par. 186: « Therefore, counterclaims for the Claimant's alleged liabilities under the Direct Taxation Act are not within the Tribunal's jurisdiction because they arose from the operation of Iranian law, rather than from the Joint Structure Agreement which is the subject of the underlying claim. Liabilities of IMINOCO, of course, including tax liabilities, have some effect on the value of the Claimant's interests in the JSA (although in this Case only a slight effect) and have been taken into account by the Tribunal in reaching its conclusions on valuation. »

CIRDI. Dans l'affaire *Benvenuti c. Congo*, portant sur un différend relatif à la construction d'une usine de fabrication de plastique, le tribunal avait succinctement admis la recevabilité<sup>1254</sup> de l'action reconventionnelle fondée notamment sur la violation du droit fiscal de l'Etat hôte<sup>1255</sup> avant de la rejeter au fond. Dans le même temps, la retentissante jurisprudence *Klockner* avait permis à l'Etat de s'appuyer sur un autre contrat que celui servant de base à la demande principale au motif qu'il formait un tout indivisible d'une chaîne contractuelle interdépendante, ouvrant ainsi la voie d'une certaine souplesse quant à l'exigence de connexité juridique. Enfin, trois ans plus tard, dans l'affaire *Atlantic Triton*, l'Etat avait tenté d'engager la responsabilité quasi délictuelle de l'investisseur en faisant valoir que les recours visant à permettre des saisies main levée des navires, étaient des manœuvres abusives et dilatoires ayant causé préjudice à la république de Guinée. Bien que le Tribunal ait rejeté l'ensemble des demandes reconventionnelles de la Guinée, il a néanmoins, là encore, accepté d'en analyser le bien-fondé sur le fond<sup>1256</sup> sans faire cas d'un éventuel défaut de connexité. Ainsi, à lire les premiers arbitrages contractuels CIRDI, tout se passe comme si la condition de connexité requise entre une demande principale et une demande reconventionnelle n'exigeait pas d'identité des titres juridiques et permettait que l'Etat, poursuivi sur le fondement d'un contrat, contre-attaque sur le fondement du droit national et du droit extracontractuel.

**756.** Cette « entente » jurisprudentielle des tribunaux arbitraux CIRDI sur la notion de connexité, fût rompue par la sentence *Amco c. Indonésie*, qui est venue en quelque sorte resserrer les mailles de la connexité. Le différend relatif au retrait d'une licence d'exploitation et de gestion d'un complexe hôtelier, avait été considérablement alourdi par la multiplication des recours parallèles entre les parties qui avaient successivement revêtu les deux rôles de demandeur et de défendeur devant le juge national puis devant l'arbitre international. Face à ce dernier, l'Etat avait reconventionnellement invoqué la violation du droit fiscal par l'investisseur et exigé le paiement de certains impôts. Il revenait donc aux arbitres de se prononcer sur la recevabilité de cette riposte au regard de la Convention CIRDI.

**757.** Les arbitres ont choisi d'apprécier le bien-fondé de l'action reconventionnelle au regard de l'article 25 de la Convention CIRDI – question relevant de la compétence, sans prendre appui sur l'article 46, précisément applicables aux demandes reconventionnelles. Pour exclure

---

<sup>1254</sup> *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. People's Republic of the Congo*, Affaire CIRDI n°ARB/77/2, sentence, 8 August 1980, par. 4.104.

<sup>1255</sup> *Ibid.*, par. 4.101: « *the Government made a counterclaim covering the following items: (1) Damages for non-payment of duties and taxes relating to the import under cover of PLASCO of goods destined for third parties. (2) Overpricing of raw materials. (3) Damages for defaults in the execution of the supply agreement with SODISCA. (4) Defects relating to the construction of the plant. (5) Reparation of intangible loss* »

<sup>1256</sup> *Atlantic Triton c. Guinée*, Affaire CIRDI n°ARB/84/1, sentence, 21 avril 1986, par. 13.

leur compétence sur la demande reconventionnelle fiscale, le Tribunal a repris les termes de la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains<sup>1257</sup> (sans toutefois s'y être référé), opérant une distinction entre les obligations nationales applicables « à titre général » et celles applicables à « l'opération d'investissement » qu'il convient ici de reproduire dans leur intégralité :

*« The issue is therefore whether this particular claim [l'action reconventionnelle portant sur la violation du droit fiscal] falls within Article 25(1) of the ICSID Convention. In answering this question, the Tribunal believes that it is correct to distinguish between rights and obligations that are applicable to legal or natural persons who are within the reach of a host State's jurisdiction, as a matter of general law; and rights and obligations that are applicable to an investor as a consequence of an investment agreement entered into with that host state. Legal disputes relating to the latter will fall under Article 25(1) of the Convention. Legal disputes concerning the former in principle fall to be decided by the appropriate procedures in the relevant jurisdiction unless the general law generates an investment dispute under the Convention .... the obligation not to engage in tax fraud is clearly a general obligation of law in Indonesia. It was not specially contracted for in the investment agreement and does not arise directly out of the investment. »*<sup>1258</sup>.

**758.** D'après le raisonnement des arbitres, les prescriptions du droit fiscal d'un Etat hôte de l'investissement seraient dépourvues de lien avec les opérations d'investissement puisqu'elles sont applicables « à titre général » et non pas à l'investissement en particulier en vertu du contrat. Cette distinction, pertinente dans le cadre du contentieux du Tribunal des différends irano-américains ne convainc guère dans le cas d'espèce. En effet, la loi indonésienne imposait à tout investisseur étranger de créer une entité de droit local afin précisément de s'assurer que du même coup, la personne morale, fût-elle contrôlée par des intérêts étrangers, entrerait dans le champ de compétence territorial et personnel de l'Etat d'accueil afin de la soumettre à son droit national.

**759.** Ainsi, le principe d'irrecevabilité des demandes reconventionnelles fondées sur la violation du droit national et de la matière non contractuelle dans les arbitrages initiés par la voie des contrats a été ultérieurement repris au motif discutable que de telles réclamations

---

<sup>1257</sup> *T.C.S.B., Inc. c. Iran, Ministry of Housing and Urban Development and others*, Affaire n° IUSCT 140, sentence, No. 114-140-2, 16 mars 1984, par. 47. (« Accordingly, a distinction must be made, in particular, between legal relationships arising out of the application of the law to a situation in which either party individually finds itself and the contractual relationship between the parties to the contract inter se ».)

<sup>1258</sup> *Amco Asia Corporation c. Indonésie*, Affaire CIRDI n° ARB/81/1, sentence sur la compétence après renvoi par le Comité d'annulation, 10 mai 1988, paras. 125- 126. (italiques ajoutés)

restent en dehors de la compétence du Centre<sup>1259</sup> ou qu'elles relèveraient de la compétence du juge national<sup>1260</sup>. Quoique dans une moindre mesure, l'exclusion des demandes reconventionnelles fondées sur des arguments d'atteinte à la réputation<sup>1261</sup>, laisse aussi entrevoir le principe d'une irrecevabilité des demandes qui ne seraient pas spécialement couvertes par le contrat.

**760.** Comme on le verra dans les lignes qui vont suivre, le phénomène de mimétisme jurisprudentiel issu de la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains n'a pas épargné les demandes reconventionnelles de même nature formulées dans le cadre des procédures introduites sur le fondement d'un traité.

***b. Lorsque la demande principale est introduite sur le fondement d'un traité***

**761.** Loin d'être isolée, l'irrecevabilité des réclamations fondées sur la violation du droit national fut ultérieurement repris dans le cadre des arbitrages initiés par la voie des traités sous l'égide des règles CNUDCI de 1976. Pour rappel, ce Règlement n'avait pas vocation à s'appliquer aux arbitrages conventionnels mais seulement à la matière contractuelle, et limite en conséquence l'action reconventionnelle à celle « *fondée sur le même contrat ou invoquer un droit fondé sur le même contrat* » que la demande. Toutefois, leur applicabilité au règlement des différends nés de l'application des traités s'est faite sans difficulté.

**762.** Les affaires *Saluka c. République Tchèque* et *Paushok c. Mongolie* dont les clauses de règlement des différends étaient pourtant largement rédigées<sup>1262</sup> ont ainsi sanctionné

---

<sup>1259</sup> *Elsamex, S.A. c. Honduras*, Affaire CIRDI n°. ARB/09/4, paras.304-5. Traduction libre du paragraphe suivant : « *Los argumentos de Honduras que tengan relación a obligaciones de origen extracontractual o derivadas de hechos que no están relacionados con el Contrato como tal, están por fuera de la jurisdicción del Centro y de la esfera de competencia de este Árbitro Único. Es decir que, toda reclamación de naturaleza extracontractual resulta inadmisibile en el contexto que nos ocupa, puesto que el Contrato suscrito entre las Partes es el instrumento a través del cual se otorga el consentimiento a la jurisdicción CIADI, y por ello la disputa tiene que surgir con ocasión a éste o a cualquier contrato accesorio al mismo. Respecto a lo demás, se concluye que la Reconvencción es admisible.* ».

<sup>1260</sup> *M. Meerapfel Söhne AG c. République centrafricaine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/10, extraits de sentence, 12 mai 2011, paras. 446-447 : « En ce qui concerne les conditions nécessaires à la recevabilité d'une demande reconventionnelle, qui sont les mêmes que celles applicables aux demandes additionnelles exposées ci-dessus, le Tribunal estime que la demande de la Défenderesse se rapporte directement à l'objet du présent litige. Toutefois, il n'est pas établi que tous les chefs de demandes figurant dans la demande reconventionnelle relèvent de la compétence du Tribunal. Tel est le cas, particulièrement, du non-paiement d'impôts et la prétendue fraude fiscale, qui sont des sujets généralement soumis aux juridictions nationales. Le présent Tribunal n'est pas compétent pour connaître de ces demandes. »

<sup>1261</sup> *Patrick Mitchell c. République Démocratique du Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/99/7, 9 février 2004, par. 93.

<sup>1262</sup> *Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, par. 688 : « *It states in particular that 'the jurisdiction conferred upon (the tribunal) by Article 8, particularly when read with Article 19.3, 19.4 of the UNCITRAL Rules, is in principle wide enough to encompass counterclaims. The language of Article 8, in referring to « all disputes » is wide enough to include disputes giving rise to counterclaims, so long, of course, as other relevant requirements*

d'irrecevabilité les demandes reconventionnelles fondées sur la violation du droit national lorsque l'investisseur attaquait l'Etat sur le fondement d'un traité.

**763.** Les arbitres de l'affaire *Saluka* ont amplement discuté la notion de connexité, la qualifiant de principe général<sup>1263</sup>, indispensable à la recevabilité de l'action reconventionnelle. Mais pour rejeter la riposte reconventionnelle de la République Tchèque fondée sur la violation du droit national, les arbitres ont jugé que de telles demandes ne faisaient pas partie d'un tout indivisible<sup>1264</sup> puisque la source de l'action reconventionnelle ancrée dans le droit national, « *involves rights and obligations which are applicable, as a matter of the general law of the Czech Republic, to persons subject to the Czech Republic's jurisdiction. Consequently, the disputes underlying those heads of counterclaim in principle fall to be decided through the appropriate procedures of Czech law and not through the particular investment protection procedures of the Treaty.* »<sup>1265</sup>

**764.** C'est ainsi que la distinction entre obligations « applicables à titre général » et celles « applicables à l'investissement » devient également opératoire dans le cadre des arbitrages conventionnels élevant toujours plus le niveau de connexité juridique requis. Cette interprétation de la connexité nous semble être affaiblie par la confusion entretenue entre les notions de titre de compétence (en l'espèce le traité) et celle de droit applicable au différend d'investissement (en l'espèce le droit national, le traité, et toutes autres règles spécialement

---

*are also met... Article 8 of the Saluka BIT is similar to Article 6 of the Treaty ... Article 6 of the BIT between Russia and Mongolia also provided for a broad jurisdictional clause referring to "[d]isputes between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party, arising in connection with realization of investments, including disputes concerning the amount, terms or method of payment of compensation"*

<sup>1263</sup> *Saluka Investments BV c. République tchèque*, op. cit. , note n°413, par. 76: « *The Tribunal acknowledges that the several decisions referred to were based on the terms of instruments which differ from those in issue in the present arbitration and of the UNCITRAL Rules, or (particularly in relation to the decisions of the Iran-US Claims Tribunal) turned on the particular relationship between a counterclaim and a contract-based original claim. Nevertheless, Article 19.3 of the UNCITRAL Rules, Articles 25(1) and 46 of the ICSID Convention and Article 11(1) of the Iran-US Claims Settlement Declaration, all reflect essentially the same requirement: the counterclaim must arise out of the "same contract" (UNCITRAL Rules, Article 19.3), or must arise "directly out of an investment" and "directly out of the subject-matter of the dispute" (ICSID, Articles 25(1) and 46), or must arise "out of the same contract, transaction or occurrence that constitutes the subject matter of [the primary] claims" (Article 11(1) of the Claims Settlement Declaration). The Tribunal is satisfied that those provisions, as interpreted and applied by the decisions which have been referred to, reflect a general legal principle as to the nature of the close connexion which a counterclaim must have with the primary claim if a tribunal with jurisdiction over the primary claim is to have jurisdiction also over the counterclaim. The Tribunal notes that the parties, in their written and oral submissions on the question of counterclaims, have said nothing to suggest that Czech law does not accord with that general legal principle.* »

<sup>1264</sup> *Ibid.*, par. 79.

<sup>1265</sup> *Ibid.*, (les italiques sont de nous.)

applicables entre les parties ou à l'investissement)<sup>1266</sup>.

**765.** Dans l'affaire *Paushok c. Mongolie*, le Tribunal a refusé d'exercer sa compétence sur les prétentions reconventionnelles de l'Etat poursuivi pour avoir résilié une licence d'exploitation de mines d'or qui reprochait à l'investisseur de ne pas avoir respecté certaines réglementations fiscales. La Mongolie arguait à titre reconventionnel que la violation de la licence d'exploitation minière par l'investisseur constituait un manque à gagner fiscal pour l'Etat, un préjudice environnemental et une perte d'emplois. Pour rejeter la demande reconventionnelle, le Tribunal, suivant la logique de mimétisme jurisprudentiel refusait que l'Etat, par le truchement d'une action reconventionnelle, oppose des règles de droit interne qui ne constituaient pas un « tout indivisible » avec la réclamation fondée sur un traité<sup>1267</sup>. Le Tribunal a appréhendé l'argument reconventionnel fondé sur la violation de la licence par l'investisseur comme une question de violation du droit national, sur laquelle le tribunal s'estimait incompétent par sa contrariété avec le « *generally accepted principle of the non-extraterritorial enforceability of national public laws* »<sup>1268</sup>. Cette solution peut surprendre dans la mesure où l'article 6 du TBI entre la Mongolie et la Russie donnait compétence au tribunal pour « les différends en connexion avec la réalisation de l'investissement » et que les parties s'accordaient pour considérer que le droit international et le droit interne étaient applicables à la résolution du différend<sup>1269</sup>. Même à considérer qu'une licence d'exploitation est un instrument qui ne contient pas d'obligations synallagmatiques similaires au contrat, elle n'échappe pas à la compétence d'un tribunal arbitral au motif que celui-ci serait constitué sous l'égide d'un traité. En développant l'argument

---

<sup>1266</sup> L'article 8 (6) du TBI entre les Pays Bas et la République Tchèque « *The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: - the law in force of the Contracting Party concerned; - the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; - the provisions of special agreements relating to the investment; - the general principles of international law.* »

<sup>1267</sup> *Paushok c Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, par. 694: « *the Counterclaims arise out of Mongolian public law and exclusively raise issues of non-compliance with Mongolian public law, including the tax laws of Mongolia. All these issues squarely fall within the scope of the exclusive jurisdiction of Mongolian courts, are matters governed by Mongolian public law, and cannot be considered as constituting an indivisible part of the Claimants' claims based on the BIT and international law or as creating a reasonable nexus between the Claimants' claims and the Counterclaims justifying their joint consideration by an arbitral tribunal exclusively vested with jurisdiction under the BIT.* »

<sup>1268</sup> *Ibid*, para. 694: « *the Counterclaims arise out of Mongolian public law and exclusively raise issues of non-compliance with Mongolian public law, including the tax laws of Mongolia. All these issues squarely fall within the scope of the exclusive jurisdiction of Mongolian courts, are matters governed by Mongolian public law, and cannot be considered as constituting an indivisible part of the Claimants' claims based on the BIT and international law or as creating a reasonable nexus between the Claimants' claims and the Counterclaims justifying their joint consideration by an arbitral tribunal exclusively vested with jurisdiction under the BIT.* »

<sup>1269</sup> *Ibid*, paras. 30, 413.

d'irrecevabilité autour du défaut de connexité juridique<sup>1270</sup>, le Tribunal contribue à renforcer le principe d'irrecevabilité des réclamations fondées la violation du droit national<sup>1271</sup>.

**766.** Le principe a ainsi continué de se consolider sans égard pour la rédaction des clauses de règlement des différends. Que le mandat arbitral couvre « tout différend relatif à l'investissement »<sup>1272</sup>, ou au contraire, qu'il se limite « à la violation des obligations prévues par le traité »<sup>1273</sup>.

**767.** En effet, la distinction entre les obligations applicables « à titre général » et celles qui seraient spécialement applicables à l'investisseur qui est venue tout droit de la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains, confirme que l'interprétation du lien de connexité juridique a suivi une logique de mimétisme jurisprudentiel qui contient des fragilités évidentes. Or, comme nous allons le voir, le niveau d'exigence requis par la C.I.J ou par le Tribunal des différends irano-américains pour satisfaire la condition de connexité, n'est pas identique à celui applicable aux tribunaux de l'investissement et fait ressortir les limites du mimétisme jurisprudentiel.

### ***B. Les limites du mimétisme jurisprudentiel dans l'appréciation du lien de connexité***

**768.** La possibilité que l'objet du différend d'investissement ne soit pas limité aux dispositions qui contiennent le consentement à l'arbitrage est une singularité de l'arbitrage dans cette matière

---

<sup>1270</sup> *Ibid.*, par. 686, « Secondly, although GEM is omnipresent in the current dispute, it is not a party to the dispute and its obligations cannot be simply transposed into Treaty obligations of Claimants, if any. This is all the more the case when GEM breaches of law which may have taken place would constitute breaches of local legislation which contains its own remedies. »

<sup>1271</sup> *Ibid.*, par. 686, « Secondly, although GEM is omnipresent in the current dispute, it is not a party to the dispute and its obligations cannot be simply transposed into Treaty obligations of Claimants, if any. This is all the more the case when GEM breaches of law which may have taken place would constitute breaches of local legislation which contains its own remedies. »

<sup>1272</sup> *Marco Gavazzi c. Roumanie*, décision sur la compétence et la responsabilité, *op. cit.*, note n° 504, par. 154 : « the counterclaim submitted by the Respondent is an entirely independent claim based upon Romanian law and unrelated to the Claimants' claim based upon breaches of the BIT. Both in form and substance, it is a free-standing counterclaim not operating merely as a defence to the Claimants' claim »

<sup>1273</sup> *Oxus Gold plc c. Ouzbékistan*, sentence, *op. cit.*, note n° 458, paras. 954, 956 : « it is necessary that there be a close connection between them and the primary claim from which they arose in the sense that the counter-claims must be sufficiently connected to the claims, i.e. arise out of the investment and thereto relating obligations, and may not be matters merely covered by the general law of the Respondent.... The only relevant facts where Respondent convincingly showed an actual control by Claimant is the misconduct relating to the alleged financial irregularities. Indeed, it is undisputed that Claimant had full control over the Barclays bank account and the funds arriving thereon. However, as concerns this alleged misconduct, it is largely based on the alleged violations of Uzbek law restrictions regarding foreign currency and other financial regulations, and the Respondent did not raise it as a counter-claim as such. In any event, it does not show the necessary "close connection". »

qui n'est pas dépourvue d'influence sur l'appréciation de la connexité. Lorsque la loi<sup>1274</sup>, le contrat ou le traité définit l'objet du différend par « compréhension »<sup>1275</sup>, le différend d'investissement échappe à la rigueur des distinctions entre les ordres juridiques nationaux et internationaux. Ce que B. Bonafe constate à propos de la compétence de la Cour, s'applique avec la même force dans le cadre des arbitrages d'investissement aux prises avec les situations de cumul d'instruments juridiques où « l'isolement artificiel des différends opérés par les clauses juridictionnelles ne correspond pas à la réalité des affaires qui touchent de manière transversale à de nombreux régimes juridiques »<sup>1276</sup>.

**769.** Dans l'arbitrage transnational d'investissement, plusieurs raisons plaident en faveur d'un dépassement de la méthode d'appréciation stricte de la connexité juridique et mettent en doute la technique du mimétisme jurisprudentiel afin d'interpréter la connexité. La première, déjà soulignée<sup>1277</sup>, tient à la rédaction particulièrement permissive de la Convention CIRDI qui arrime la connexité de la demande reconventionnelle à « l'objet du différend ». En dehors des règlements qui exigent une identité de titre juridique avec la demande principale<sup>1278</sup>, la majorité des règlements applicables aux différends d'investissement ont, contrairement au Règlement de la C.I.J et du TIDM et à la Déclaration du Tribunal irano-américain des réclamations, finalement opté pour une connexité plus souple, soit en l'arrimant à « l'objet du différend »<sup>1279</sup> soit en abandonnant toute référence<sup>1280</sup>. Ces instruments laissent un plus grand pouvoir

---

<sup>1274</sup> Article 2 de la loi de Papouasie Nouvelle Guinée *Investment Disputes Convention*: « A dispute shall not be referred to the Centre unless the dispute is fundamental to the investment itself. » *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*, Affaire CIRDI n° ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015.

<sup>1275</sup> Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », *op. cit.*, note n°545, p. 16.

<sup>1276</sup> B. Bonafe, « Compétence juridictionnelle et droit applicable: une distinction parfois encore floue », *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 349.

<sup>1277</sup> *Supra*, Introduction par. 54; Chapitre 3, par.582 et suiv.

<sup>1278</sup> *Supra*, introduction, par. 63 et suivant au sujet de l'évolution du règlement d'arbitrage CNUDCI, qui, dans sa version de 1976, limitait l'action reconventionnelle à celle « fondée sur le même contrat ou invoquer un droit fondé sur le même contrat comme moyen de compensation. »; Article 24 du Règlement de l'Institut d'arbitrage néerlandais du 1<sup>er</sup> janvier 2015, arbitrant les différends d'art, « A counterclaim shall be admissible if it is subject to the same arbitration agreement as the one on which the claim is based or if that same arbitration agreement has been expressly or tacitly declared applicable by the parties. »

<sup>1279</sup> Article 46 de la Convention CIRDI « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre. » ; *Voir aussi la Règlement facultatif de la C.P.A pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement* entré en vigueur 19 juin 2001 Article 19 : « Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou en compensation, fondée sur, ou en rapport avec un des points mentionnés à l'article 3, paragraphe 3(c). »

<sup>1280</sup> Règlement CNUDCI de 2010 « Dans son mémoire en défense, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale, si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou une demande en compensation, à condition que le tribunal ait compétence pour en connaître ».

d'appréciation <sup>1281</sup> aux tribunaux pour apprécier l'opportunité d'accueillir une action reconventionnelle. La référence à *l'objet* du différend dans la Convention CIRDI « tend à indiquer que l'accent sera davantage mis sur le différend lui-même que sur la forme juridique sous laquelle le demandeur l'aura présenté en formulant sa demande »<sup>1282</sup>.

**770.** La seconde, concerne la diversité du droit applicable à la résolution du différend d'investissement qui distingue ce contentieux d'autres procédures de règlement des différends <sup>1283</sup>. Par exemple, la clause de droit applicable peut permettre d'interpréter la compétence d'un tribunal sans toutefois s'y substituer<sup>1284</sup>. La question posée est donc celle de savoir si la détermination du lien de connexité est influencée par le droit applicable au règlement du différend d'investissement ? Cette question de l'interaction entre la connexité et le droit applicable suppose de tracer une ligne de partage entre l'application et l'applicabilité du droit.

**771.** En effet, l'application du droit au règlement du litige ne peut se faire qu'après avoir déterminé son applicabilité. Il ne s'agit pas ici de déterminer le bien-fondé de la réclamation reconventionnelle, mais d'apprécier le rôle joué par l'étendue du droit applicable sur cette prétention reconventionnelle. Ceci, afin d'établir que contrairement à d'autres cours et tribunaux internationaux, l'applicabilité du droit national au règlement du différend d'investissement est un facteur d'extension de la connexité entre les demandes principales et reconventionnelles des parties, et plus largement de l'objet du différend.

**772.** On ne saurait suffisamment rappeler l'importance jouée par le droit national dans le cadre du contentieux de l'investissement. Comme en témoigne les procès-verbaux des négociations de la Convention CIRDI, la possibilité que les tribunaux d'investissement se saisissent par exemple du contentieux fiscal relatif à l'investissement ne faisait guère de doute. Ainsi, A. Broches avait-il expliqué que lorsqu'un Etat introduit dans un accord avec l'investisseur une clause d'arbitrage sans réserve d'épuisement des voies de recours internes, l'investisseur pouvait saisir le tribunal arbitral international d'une réclamation fiscale relative à son

---

<sup>1281</sup> Voir le rapport de Paulsson, Petrochilos, *Revision of the UNCITRAL Arbitrations Rules*, *op. cit.*, note n° 132, par. 174 (2006).

<sup>1282</sup> *Violations alléguées des droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des caraïbes, (Nicaragua c. Colombie), Ordonnance, Demandes reconventionnelles, 17 Novembre 2017, C.I.J Recueil 2017, Opinion du Juge Ad Hoc Caron*, p.352, par. 7. A propos de l'expression « objet de la demande » dans le règlement de la Cour.

<sup>1283</sup> H.E Kjos, *Applicable Law in Investor State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, *op. cit.*, note n°639, p. 4.

<sup>1284</sup> C. Santulli, « Sentence arbitrale du 17 septembre 2007 : *Guyane c/ Surinam* », *Revue de l'arbitrage*, 2007, n°4, p. 886 : « Il est certes raisonnable de se référer à la stipulation relative au droit applicable pour interpréter une clause relative à la compétence, mais confondre et substituer, comme le fait le tribunal, clause de choix du droit applicable et clause compromissoire est sans précédent, et certainement sans suite »

investissement<sup>1285</sup>.

**773.** La faculté d'élire le droit national comme droit applicable aux questions procédurales ou substantielles d'une procédure arbitrale est reconnue de longue date. Les parties bénéficient d'une « pleine autonomie » pour déterminer les règles applicables et peuvent « emprunt[er] à différents systèmes juridiques nationaux ainsi qu'à des sources non-nationales »<sup>1286</sup>. A la différence du Statut de la C.I.J qui lui commande d'adopter des décisions conformes au droit international suivant les règles de droit international<sup>1287</sup>, le droit applicable aux différends transnationaux est pluriel.

**774.** Ainsi, les emprunts à la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains ne sont pas pleinement opératoires dans l'arbitrage d'investissement<sup>1288</sup>. Il est regrettable que l'appréciation de la recevabilité des demandes reconventionnelles n'échappe pas à la règle du mimétisme jurisprudentiel. D'une manière générale, la légitimité de l'utilisation de la jurisprudence du TIAR a été mise en doute par la doctrine<sup>1289</sup> et dans une moindre mesure, par la jurisprudence<sup>1290</sup> pour des raisons qui sont également applicables à l'appréciation de la connexité.

**775.** En effet, le mandat du Tribunal des différends irano-américains n'est pas comparable à celui des tribunaux d'investissements. Premièrement, la clause d'attribution de compétence de la Déclaration sur le contentieux limitait la compétence arbitrale aux demandes principales et reconventionnelles « nées du contrat, de l'opération ou de l'évènement qui fait l'objet de la demande principale du ressortissant, à condition que lesdites demandes et demandes reconventionnelles ... naissent de dettes, de contrats (y compris les opérations faisant l'objet de lettres de crédit ou de garanties bancaires), d'expropriation ou d'autres mesures affectant

---

<sup>1285</sup> *Historique de la Convention CIRDI, Documents Relatifs à l'Origine et à l'Elaboration de la Convention*, vol. III, Projet Préliminaire de Convention : Document de Travail pour les Réunions Consultatives d'Experts Juridiques, doc. n°24 (COM/AF/WH/EU/AS/1), 15 octobre 1963, p. 38. (« Pour donner un exemple [en l'absence de clause d'épuisement de voies de recours internes] : un accord relatif à un investissement entre un Etat et un investisseur étranger prévoit sans réserve que "tout différend qui pourrait surgir entre les parties au sujet de l'interprétation ou de l'application dudit accord sera soumis à l'arbitrage conformément aux dispositions de la Convention (etc.)". Un différend surgit au sujet des dispositions de l'accord d'investissement relatives aux exonérations fiscales. Si l'investisseur étranger ou l'Etat en question soumet ce différend au Tribunal Fiscal dudit Etat plutôt qu'au Centre, l'autre partie peut s'y opposer, auquel cas le Tribunal Fiscal doit rejeter la demande. Si l'investisseur soumet le différend au Centre, l'Etat ne peut pas s'y opposer sous prétexte que l'investisseur n'a pas épuisé les moyens »

<sup>1286</sup> Résolution sur l'arbitrage entre Etats, entreprises étatiques ou entités étatiques et entreprises étrangères, Article 4, *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Saint Jacques de Compostelle, vol.63-II, 1990, p.331.

<sup>1287</sup> Bien qu'elle puisse également s'appuyer sur les décisions judiciaires internes comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international.

<sup>1288</sup> C. S. Gibson & Christopher R. Drahozal, « Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n°6, 2006, pp. 521-546.

<sup>1289</sup> M Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*, 3ème éd., CUP, 2010, pp. 368-9; A. Rajput, « Problems with the Jurisprudence of the Iran-US Claims Tribunal on Indirect Expropriation », *ICSID Review – FILJ*, vol. 30, n°3, 2015, pp. 589-615.

<sup>1290</sup> *Pope & Talbot Inc c. Canada*, sentence intérimaire, 26 juin 2000, par.104.

*les droits de propriété.* »<sup>1291</sup>. En vertu de l'Article II (1), le champ de compétence matérielle du tribunal des différends irano-américains était donc limité aux mesures affectant le droit de propriété. Or, la protection de l'investissement peut aller au-delà des droits de propriété en étant élargie aux traitements indéterminés tels que le traitement juste et équitable ou au traitement par renvoi tels que le traitement national.

**776.** Deuxièmement, le même article excluait de la compétence du Tribunal arbitral les demandes fondées sur des contrats contenant une clause d'élection du for en faveur des tribunaux iraniens. En faisant sortir certaines réclamations contractuelles de la compétence du tribunal des différends irano-américains, les parties consentaient du même coup à l'exclusion des demandes reconventionnelles fondées sur, ou en relation avec, ces contrats. Assurément, le fait que le Tribunal des réclamations irano-américains soit privé de compétence en matière contractuelle désignant à titre exclusif les juridictions iraniennes rompt automatiquement une éventuelle connexité entre des actions principale et reconventionnelle fondée sur ce type de contrat. En l'absence de compétence principale, point de compétence reconventionnelle.

**777.** En outre, en ciblant précisément les demandes relatives « aux contrats, aux dettes ou à toute autre mesure affectant le droit de propriété » et en arrimant les demandes reconventionnelles sur celles-ci, la Déclaration sur le contentieux réduit l'étendue de la connexité juridique entre actions principales et reconventionnelles et justifie donc l'exclusion des « obligations applicables à titre général »<sup>1292</sup> de la compétence limitée à résoudre les différends issus d'une relation spécifique entre les parties. Autrement dit, les attributions de compétence principale et reconventionnelle du Tribunal des différends irano-américains « doivent donc se lire sous réserve des dispositions d'exclusion de certaines affaires prévues à

---

<sup>1291</sup> La traduction française non officielle de la version anglaise effectuée par M. B Audit, « Les accords d'Alger du 19 janvier 1981 tendant au règlement des différends entre les Etats-Unis et l'Iran », *J.D.I.*, 1981, p. 776. (Article II (1) « Par la présente est constitué un Tribunal arbitral international... dans le but de statuer sur les demandes de ressortissants américains contre l'Iran et les demandes de ressortissants iraniens contre les Etats-Unis, ainsi que sur les demandes reconventionnelles nées du contrat, de l'opération ou de l'évènement qui fait l'objet de la demande principale du ressortissant, à condition que lesdites demandes et demandes reconventionnelles existent à la date du présent accord, qu'elles aient ou non été portées devant un tribunal *quelconque et qu'elle naissent de dettes, de contrats (y compris les opérations faisant l'objet de lettres de crédit ou de garanties bancaires), d'expropriation ou d'autre mesures affectant les droits de propriété à l'exclusion des demandes décrites au paragraphe 11 de la Déclaration du Gouvernement du 19 janvier 1981 et des demandes découlant des actions prises par les Etats -Uns en réponse à la conduite décrite dans ledit paragraphe, et à l'exclusion des demandes nées d'un contrat liant les parties et prévoyant expressément que tout litige u afférent relèvera exclusivement de la juridiction des tribunaux iraniens compétences en réponse à la position des Majlis.* »)

<sup>1292</sup> *T.C.S.B., Inc. c. Iran, Ministry of Housing and Urban Development and others*, Affaire n° IUSCT 140, sentence, No. 114-140-2, 16 mars 1984, par. 47. « *Accordingly, a distinction must be made, in particular between legal relationships arising out of the application of the law to a situation in which either party individually finds itself and the contractual relationship between the parties to the contract inter se* ».

l'article II de la Déclaration sur le contentieux »<sup>1293</sup>.

**778.** Troisièmement, l'article V de la Déclaration sur le contentieux proposait une clause de droit applicable distincte des sources normatives applicables dans le contentieux de l'investissement. A la fois « *broad...eclectic* »<sup>1294</sup> et « *vague* »<sup>1295</sup>, la clause de droit applicable permettait au tribunal des différends irano-américains de rendre ses sentences sur le fondement des règles du commerce et du droit international qu'il jugeait applicables, prenant en compte les usages commerciaux et contractuels<sup>1296</sup>. Une singularité qui n'a pas manqué d'être constatée par la doctrine<sup>1297</sup> comme une différence significative avec le mandat des tribunaux d'investissement habilités à résoudre tout différend relatif à l'investissement. Sans être formellement exclue, l'applicabilité du droit iranien n'était pas souhaité afin d'éviter que les arbitres utilisent leur expertise en droit interne à la faveur de leur Etat de nationalité<sup>1298</sup>.

**779.** L'application mimétique du raisonnement suivi par le Tribunal des différends irano-américains révèle ainsi des fragilités évidentes dans le cadre de l'arbitrage d'investissement. Il semble bien compréhensible que le mandat ainsi rédigé ne permette pas de trancher les différends en application du droit interne, y compris les obligations fiscales réclamées par voie reconventionnelle par le défendeur. Il en résulte que le niveau requis pour satisfaire le test de la connexité entre une demande principale et reconventionnelle n'est pas en arbitrage d'investissement, identique à celui du Tribunal des différends irano-américains, et ce, que le différend soit engagé par la voie d'une loi nationale, d'un contrat ou d'un traité.

**780.** C'est pourquoi, la distinction entre « obligations applicables à titre général » ou celles

---

<sup>1293</sup> B. Stern, « A propos d'une décision du Tribunal des différends irano-américains », *A.F.D.I.*, vol. 28, 1982, p. 449.

<sup>1294</sup> G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Clarendon, 1996, p. 156.

<sup>1295</sup> A. Rajput, « Problems with the Jurisprudence of the Iran-US Claims Tribunal on Indirect Expropriation », *op. cit.*, note n° 1289, p. 608.

<sup>1296</sup> Article V des Accords d'Alger de 1979: « *The Tribunal shall decide all cases on the basis of respect for law, applying such choice of law rules and principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable, taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances.* »

<sup>1297</sup> Z. Douglas, *The international law of investment claims*, *op. cit.*, note n° 165, pp. 262-263: « *[The] problem of ensuring that there is symmetry between a breach of contract claim and any counterclaim does not cover the range of possibilities in the investment treaty context. If an investment treaty tribunal has jurisdiction over 'all claims arising out of an investment', then this is significantly broader than the jurisdiction granted to the Iran/US Claims Tribunal, and this must have consequences for the scope of counterclaims.* »; Voir aussi, « Rapport de la 18<sup>ème</sup> Commission sur le principe d'égalité des parties dans l'arbitrage d'investissement », *Annuaire de l'Institut de droit international*, travaux préparatoires, session de La Haye 2019, p. 478.

<sup>1298</sup> G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, *op. cit.*, note n° 1294, p. 156: « *it is clear that the Tribunal relished the freedom given it by Article V, partly because it was concerned about the difficulties it might encounter in determining accurately both the content of any national law and the meaning of national choice of law rules. Certainly the Americans—and I believe the Europeans—were worried that the Iranian Members could make it impossible for the Tribunal to be certain about the proper interpretation of Iranian law.* »

« relative à un contrat » n'est pas pleinement opératoire pour le contentieux de l'investissement. S'il en est ainsi, c'est parce qu'une des particularités de la matière, est d'avoir intégré le droit national du pays hôte à la fois comme une source de droit applicable au règlement des différends et comme une base de compétence, lorsque l'arbitrage est introduit sur le fondement d'une loi nationale. Cette inclusion a des effets importants sur l'appréciation du lien de connexité juridique qui justifient son assouplissement.

**781.** En droit des investissements la porosité des ordres juridiques est apparente puisque les différends introduits sur le fondement d'un traité peuvent impliquer une application du droit interne. Comme l'a remarqué le Tribunal *Goetz c. Burundi* : « [L'] internationalisation des rapports d'investissement - qu'ils soient contractuels ou non - ne conduit certes pas à une "dénationalisation" radicale des relations juridiques nées de l'investissement étranger, au point que le droit national de l'Etat hôte serait privé de toute pertinence ou application au profit d'un rôle exclusif du droit international. Elle signifie seulement que ces relations relèvent simultanément - en parallèle, pourrait-on dire - de la maîtrise souveraine de l'Etat d'accueil sur son droit national et des engagements internationaux auxquels il a souscrit. »<sup>1299</sup>

**782.** Réciproquement, les différends relatifs aux sources internes du droit international des investissements telles que la loi ou le contrat, peuvent conduire à une application conjointe du droit international et au droit interne<sup>1300</sup>. Dans cette dernière catégorie de différends, sauf accord précis des parties sur le droit applicable, il ne s'agit « ni d'écarter le droit interne, ni d'exclure le droit international. Il s'agit en fait d'appliquer le droit interne dans la mesure de sa compatibilité avec les principes de droit international et à la lumière de celui-ci qui prévaudra en cas de contradiction »<sup>1301</sup>.

**783.** Il peut être tenu pour acquis, sauf accord contraire des parties, un principe d'applicabilité du droit interne régit les différends d'investissement que ceux-ci soient introduits sur le fondement d'une loi, d'un traité ou d'un contrat. Dans la mesure où la prétention reconventionnelle de l'Etat est majoritairement fondée sur la violation d'une obligation issue du droit interne, la connexité de sa prétention avec l'objet du différend, fût-il introduit sur le fondement d'un traité, n'est donc pas exclue. Pour cette raison, l'étendue de la connexité dans l'arbitrage d'investissement se distingue de celle requise devant la C.I.J, le TIDM ou le Tribunal

---

<sup>1299</sup> *Goetz c. Burundi* (I), sentence, par. 69.

<sup>1300</sup> Loi d'investissement de la République démocratique du Congo, article 25 : « La République Démocratique du Congo s'engage à assurer un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investisseurs et aux investissements effectués sur son territoire, et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait. »

<sup>1301</sup> *Antoine Abou Lahoud et autres c. République démocratique du Congo*, Affaire CIRDI n° 10/4, sentence, 7 février 2014, par. 352.

irano-américain des réclamations. Sous réserve de l'étendue de la clause de règlement des différends, l'Etat peut ainsi opposer la violation de son droit interne ou d'un contrat dans un différend conventionnel, ou encore invoquer la violation d'un contrat dans une procédure introduite sur le fondement d'une loi nationale sans que la connexité avec l'objet du différend ne soit rompue<sup>1302</sup>. L'action principale comme l'action reconventionnelle doivent concerner un différend relatif à une obligation propre à l'investissement. La source de l'obligation invoquée peut être différente de la source de la demande, ce qui importe, est que telle obligation soit « relative à l'investissement »<sup>1303</sup>. Cette approche est une manifestation de l'originalité du système CIRDI qui « réside effectivement en ceci : l'instance juridictionnelle a été pragmatiquement configurée sur la base de la relation juridique objet du différend (l'opération d'investissement, qui se rattache à plusieurs ordres juridiques) au lieu d'être organisée en fonction d'un ordre juridique donné exclusif duquel elle se serait déployée. »<sup>1304</sup>.

**784.** Plusieurs remarques peuvent être formulées à ce stade intermédiaire de l'analyse de la connexité juridique. A s'en tenir à une analyse textuelle des instruments de procédure applicables aux demandes reconventionnelles, aucune primauté n'est donnée à la dimension juridique de la connexité. Cela veut dire qu'elle peut être influencée par la force des liens de connexité factuelle et réciproquement. Le niveau d'exigence requis par la C.I.J ou le Tribunal irano-américain des réclamations pour satisfaire la condition de connexité n'est pas identique à celui applicable au contentieux de l'investissement pour deux raisons distinctes. Comme son Règlement le lui prescrit, la C.I.J vérifie essentiellement la vraisemblance du lien en comparant le fondement des prétentions respectives des parties. Le fait que la C.I.J dispose d'une compétence générale justifie que l'exigence d'une identité des titres juridiques entre les actions principales et reconventionnelles ne soit pas une exigence absolue. Elle peut, selon les particularités de chaque affaire être aménagée. Malgré tout, bien que la compétence de la C.I.J ne soit pas spécialisée, la catégorie des différends qu'elle peut trancher étant limitée au droit international, celle des différends incidents ou en lien de connexité ne peut aller au-delà de cette limite.

**785.** Quant à lui, le Tribunal des différends irano-américain élargit certes la connexité au

---

<sup>1302</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egypte*, Affaire CIRDI n° ARB/84/3, sentence, 20 mai 1992, par. 254; *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL c. Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB/14/22, (affaire pendante), Réplique de l'investisseur, accès public.

<sup>1303</sup> *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, par. 1066: « Thus, in order to come within the jurisdiction of the Tribunal for determination, Respondent's Counterclaim... must concern the existence or scope of a legal right or obligation (and be a dispute arising directly out of an investment). »

<sup>1304</sup> 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? », *op. cit.*, note n° 674, p.116.

contrat, transactions, ou occurrences mais comme la C.I.J, ce lien doit être relatif à la réclamation principale (« contrat, transaction ou occurrence *that constitutes the subject matter of that national's claims* »). En outre, le champ de sa compétence matérielle est strictement limitée aux atteintes au droit de propriété liées aux mesures d'expropriation, dans la limite des exclusions de compétence prévues par les Accords d'Alger. Il faut donc se prémunir du risque d'appliquer à l'arbitrage d'investissement des standards développés au regard des limites matérielles qui ne lui sont pas systématiquement applicables. Les standards développés par la jurisprudence d'autres cours et tribunaux internationaux ne devrait pas être utilisée comme un standard unique d'appropriation de la notion de connexité. Il apparaît nécessaire de développer une conception de la connexité moins restreinte au regard des particularités de la matière. En ayant resserré le lien de connexité à la faveur de l'investisseur une partie de la jurisprudence peut, du même coup, éloigner l'Etat de la juridiction arbitrale et renforcer la perception d'un déséquilibre. Or, comme nous allons le voir, dans cette forme d'arbitrage, la possibilité de soumettre des demandes reconventionnelles est un facteur de rétablissement nécessaire de l'égalité des parties, de sorte que l'appréciation de la connexité doit aussi être guidée par des considérations d'ordre pratique<sup>1305</sup>, et la demande reconventionnelle devient « fonction des buts poursuivis »<sup>1306</sup>.

## ***Section 2 L'appréciation de la connexité juridique fonction des buts poursuivis***

**786.** Les demandes reconventionnelles peuvent se définir au regard des finalités qu'elles poursuivent<sup>1307</sup>. La multiplication des critiques portées contre le système de règlement des différends investisseur-Etats a encouragé un courant jurisprudentiel plus permissif à l'égard de la connexité, résolument ancré dans les principes de bonne administration de la justice et d'économie procédurale (I). En outre, cet assouplissement de l'interprétation de la connexité, fait de l'action reconventionnelle un outil de promotion de l'égalité des parties, principe aux besoins de clarification accrus dans la procédure arbitrale transnationale (II). Bien que le principe d'égalité des parties constitue, comme l'économie procédurale, une ramification du principe de bonne administration de la justice, il en est délibérément isolé dans le cadre de la

---

<sup>1305</sup> T. Bernàrdez, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n° 14, p. 229.

<sup>1306</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, par. 30.*

<sup>1307</sup> I. Stribis, « Counter-claims before the International tribunal for the Law of the Sea », *op. cit.*, note n° 1081, p.167.

présente analyse dans la mesure où les parties ne sont pas de même nature et que la perception d'un déséquilibre procédural défavorable aux Etats est au cœur de préoccupations grandissantes.

### ***I. L'ancrage de la connexité juridique aux principes de bonne administration de la justice et d'économie procédurale***

**787.** A rebours de l'approche restrictive adoptée par certains tribunaux transnationaux, un courant jurisprudentiel récent a ouvert la voie d'une interprétation plus souple de la connexité dans les arbitrages introduits sur le fondement des traités (A). Pour permettre qu'une action reconventionnelle se fonde sur un autre instrument que le traité, les arbitres mêlent à leur appréciation de la connexité des considérations liées à la bonne administration de la justice. Suivant cette approche, la condition de connexité entre les demandes principales et les demandes reconventionnelles dans le contentieux de l'investissement est « fonction des buts poursuivis »<sup>1308</sup> (B).

#### ***A. L'assouplissement jurisprudentiel du test de la connexité au regard des finalités de l'action reconventionnelle***

**788.** L'opération d'appréciation de la connexité requiert une dose de subjectivité propre à chaque affaire<sup>1309</sup>. Ainsi, comme l'observe R. Kolb au sujet de la C.I.J, les considérations relatives à la bonne administration de la justice et l'égalité des parties « pourraient inciter à interpréter libéralement la condition de la 'connexité directe' »<sup>1310</sup>.

**789.** A rebours du courant jurisprudentiel plus restrictif, quatre sentences ont significativement fait évoluer la notion de connexité dans le sens d'une bonne administration de la justice en confirmant que le lien juridique existant entre l'objet du différend et une action reconventionnelle n'exige pas (systématiquement) d'identité des titres juridiques.

**790.** Le deuxième volet du différend opposant les consorts *Goetz* à l'Etat du Burundi porte la marque de cet assouplissement. Les arbitres ont permis à l'Etat, attaqué sur le fondement d'un TBI, de fonder son grief reconventionnel sur une allégation de violation par l'investisseur d'un certificat de zone franche. S'appuyant sur les conséquences de la désignation des tribunaux CIRDI par les parties, le tribunal arbitral a rappelé que par cette désignation, l'investisseur « a

---

<sup>1308</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, par. 30.*

<sup>1309</sup> *Saluka c. République tchèque, demandes reconventionnelles, op. cit., note n° 443, par. 63.*

<sup>1310</sup> R. Kolb, *La Cour internationale de Justice, op. cit., note n°36, p. 680, précisant que « les principes de la bonne administration de la justice et de l'égalité des parties recèlent toutefois aussi des volets militants contre une trop grande extension de cette faculté. »*

notamment accepté que les demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles présentées en cours d'instance soient examinées par le Tribunal »<sup>1311</sup>. Le tribunal a ensuite considéré que le Burundi était fondé à faire valoir à titre reconventionnel la violation d'un certificat de zone franche par l'investisseur puisque le différend concernait la licéité de la suspension de ce certificat. Les rapports directs entretenus entre l'objet du différend et la demande reconventionnelle ne laissaient planer « aucun doute »<sup>1312</sup> quant à la recevabilité de la demande reconventionnelle, bien que la demande principale s'appuyait sur le fondement du traité.

**791.** L'affaire *Perenco c. Equateur* est un deuxième exemple d'assouplissement de l'interprétation de la connexité. Le différend principal porté devant les tribunaux CIRDI était relatif à des droits de concessions pétrolières concédés à des investisseurs américains en Equateur. L'Equateur faisait valoir que la société d'exploitation n'avait pas respecté certaines prescriptions environnementales de remise en état des sites de production, causant un préjudice environnemental important. La procédure reconventionnelle avait été considérablement facilitée par le fait que, sans y consentir expressément, l'investisseur ne s'était pas opposé à la concentration des griefs devant le tribunal arbitral saisi en vertu d'un traité.

**792.** Loin de se réfugier derrière l'acceptation tacite de l'investisseur, le tribunal arbitral a formulé quelques observations d'ordre général sur les demandes équatoriennes témoignant d'une interprétation plus souple de la connexité. Il a ainsi observé en des termes clairs que l'Etat engagé dans une procédure transnationale sur le fondement d'un traité devait être en mesure de faire valoir son droit à réparation d'un dommage environnemental causé par l'investisseur : « *Proper environmental stewardship has assumed great importance in today's world. The Tribunal agrees that if a legal relationship between an investor and the State permits the filing of a claim by the State for environmental damage caused by the investor's activities and such a claim is substantiated, the State is entitled to full reparation in accordance with the requirements of the applicable law.* »<sup>1313</sup>

**793.** S'appuyant sur une interprétation évolutive propre au principe de précaution, le Tribunal a en outre rappelé que l'Etat disposait d'une grande latitude en droit international pour ajuster et faire évoluer sa réglementation environnementale et qu'il lui revenait, à ce titre, de prendre en compte ces impératifs pour assurer la bonne résolution des différends : « *The Tribunal*

---

<sup>1311</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 278.

<sup>1312</sup> *Ibid.*, par. 285.

<sup>1313</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Equateur*, sentence intérimaire sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 155, par. 34.

*further recognizes that a State has wide latitude under international law to prescribe and adjust its environmental laws, standards and policies in response to changing views and a deeper understanding of the risks posed by various activities, including those of extractive industries such as oilfields. All of this is beyond any serious dispute and the Tribunal enters into this phase of the proceeding mindful of the fundamental imperatives of the protection of the environment in Ecuador. »*<sup>1314</sup>

**794.** C'est à la lumière de ces impératifs environnementaux qu'il a donné plein effet à l'action reconventionnelle de l'Equateur fondée sur la violation des règles nationales applicables en matière de protection de l'environnement aux activités d'extraction pétrolière. Aux fins d'évaluer le préjudice subi, le tribunal a nommé un groupe d'experts<sup>1315</sup> et ultérieurement condamné l'investisseur à payer plus de 450 millions de dollars de dommages en réparation<sup>1316</sup>.

**795.** Ainsi, la lecture croisée des sentences *Goetz II* et *Perenco* confirment le principe selon lequel la connexité entre demandes principales et reconventionnelles n'exige pas d'identité des titres juridiques et permet que l'Etat défendeur se fonde sur des règles de droit national lorsque le contentieux est initié sur le fondement d'un traité. Pour rappel, cette interprétation est permise lorsque, comme dans les deux cas d'espèce, la clause de règlement des différends ne limite pas explicitement la compétence du tribunal aux différends nés de la violation par l'Etat des obligations contenues dans le traité. Cette interprétation, donne plein effet aux termes de l'article 46 en ce qu'elle détermine la vraisemblance du lien au regard de l'objet du différend et non pas seulement au regard des prétentions de l'investisseur.

**796.** L'assouplissement de l'exigence de connexité s'est ultérieurement consolidé avec la sentence *Urbaser c. Argentine*. Le différend principal introduit par un actionnaire espagnol, était relatif à l'exécution d'un contrat de concession octroyé pour l'exploitation de sites d'épuration d'eau potable. Le demandeur reprochait à l'Argentine d'avoir violé les clauses de traitement juste et équitable et indirectement exproprié les droits du concessionnaire en augmentant les tarifications applicables à la concession. Dans sa demande reconventionnelle, l'Argentine considérait que le niveau d'investissement requis pour assurer le bon fonctionnement de la concession n'avait pas été assuré par l'investisseur et que la mauvaise gestion du site privait une partie des usagers de leur droit d'accès à l'eau potable. L'appréciation de la condition de connexité se présentait ici sous une autre forme que devant les tribunaux

---

<sup>1314</sup> *Ibid.*

<sup>1315</sup> *Ibid.*, par. 611

<sup>1316</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Equateur (Petroecuador)*, sentence, 27 septembre 2019, par. 1023. Voir *Infra*, Chapitre 5, paras. 1000-1009.

*Goetz c. Burundi* et *Perenco c. Equateur* puisque l'Etat défendeur fondait sa demande reconventionnelle, non pas sur une violation du droit national, mais sur une violation de droit international relative au droit d'accès à l'eau potable. En d'autres termes, bien que fondée sur le même ordre juridique que la demande principale (le droit international), la demande reconventionnelle n'était pas formellement fondée sur le même *titre* juridique puisqu'elle ne s'appuyait pas sur le TBI applicable à l'espèce.

**797.** Répondant à l'objection de l'investisseur<sup>1317</sup>, le Tribunal a rappelé que le traité ne peut pas être appréhendé comme un « système clos »<sup>1318</sup> isolé des autres sources du droit international<sup>1319</sup>. L'objet du différend défini de manière étendue n'était pas seulement « limité aux droits directement issus de l'application ou de l'interprétation du traité »<sup>1320</sup> de sorte que l'Etat comme l'investisseur, disposaient de droits dont ils pouvaient réclamer protection<sup>1321</sup>. Le lien de connexité entre la demande principale était donc « *manifest* »<sup>1322</sup>. C'est donc au regard du lien de connexité entre la demande reconventionnelle et l'investissement que le Tribunal a considéré l'exigence de connexité remplie sans que prépondérance ne soit donnée à la dimension juridique par rapport à connexité factuelle. Celui-ci a au contraire expliqué que: « *Both the principal claim and the claim opposed to it are based on the same investment, or the alleged lack of sufficient investment, in relation to the same Concession. This would be sufficient to adopt jurisdiction over the Counterclaim as well. The legal connection is also established to the extent the counterclaim is not alleged as a matter based on domestic law only.* »<sup>1323</sup>

**798.** Dans un laps de temps très rapproché, cet assouplissement de la condition de connexité fut importé dans le raisonnement du tribunal *Aven c. Costa Rica* établi sous l'égide des règles, pourtant plus restrictives, de la CNUDCI de 1976. Le différend porté en vertu de l'accord de libre-échange entre la République Dominicaine, l'Amérique centrale et les Etats-Unis (Accord ALÉAC), était relatif à la construction d'un complexe hôtelier et commercial soumis à l'octroi de plusieurs permis et à une étude d'impact environnemental. Après plusieurs réclamations portées par les populations locales concernant la détérioration des sols, les autorités municipales

---

<sup>1317</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1120: « *The Claimant has used the argument of the asymmetric nature of BIT to prevent Respondent to submit a counterclaim based on international law. It was argued inter alia that 'the main aim of such treaties is, indeed to protect the investor's rights.' Therefore, because BIT imposes no obligations on investors a State right to file counterclaim based on the treaty would run counter to the object and purpose* ».

<sup>1318</sup> *Ibid*, par. 1187

<sup>1319</sup> *Ibid*, par. 1183.

<sup>1320</sup> *Ibid*.

<sup>1321</sup> *Ibid*, paras. 1182-1183

<sup>1322</sup> *Ibid*, para 1151.

<sup>1323</sup> *Ibid*, para 1151.(les italiques sont de nous)

avaient suspendu les permis de construction et engagé des poursuites pénales contre l'investisseur du projet. Devant le Tribunal arbitral, ce dernier reprochait au Costa Rica d'avoir, par ces agissements, violé la clause du traitement juste et équitable et celle de l'expropriation de l'ALÉAC. Prenant appui sur la sentence *Urbaser*, le Costa Rica reprochait à titre reconventionnel la violation des règles de protection de l'environnement extérieures au traité. Il s'appuyait également sur des règles de droit national qu'il considérait appartenir au droit international coutumier<sup>1324</sup>, tels que les principes de précaution, de prévention ou encore le principe d'utilisation durable des ressources naturelles.

**799.** Plusieurs obstacles se dressaient contre l'admission des demandes puisque le traité limitait la compétence du tribunal aux différends d'investissement relatifs à la violation par l'Etat de certaines sections du traité<sup>1325</sup>. Néanmoins, interprétant les termes de la clause dans le contexte d'autres dispositions du traité<sup>1326</sup>, le Tribunal a considéré qu'une telle restriction n'empêchait pas l'Etat de formuler une demande reconventionnelle dans la mesure où le respect des réglementations environnementales par tout investisseur était présumé exister<sup>1327</sup> en vertu du traité. Choissant délibérément de s'inscrire dans la tendance jurisprudentielle minoritaire<sup>1328</sup>, le Tribunal a relevé que certains aspects de la sentence *Urbaser* étaient utiles pour apprécier l'admissibilité de l'action reconventionnelle en l'espèce<sup>1329</sup>. Selon lui, dans la mesure où les règles nationales environnementales sont présumées être intégrées dans les

---

<sup>1324</sup> *Ibid*, par. 699.

<sup>1325</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 283. Article 10.16 de l'Accord ALEAC du 5 août 2004: « ... *the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim (i) that the respondent has breached (A) an obligation under Section A, (B) an investment authorization, or (C) an investment agreement; and (ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.*»

<sup>1326</sup> Article 10.11 de l'Accord ALEAC: « *Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.*»

<sup>1327</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence finale, *op. cit.*, note n°463, paras. 732-734: « *In general, Section A of Article 10 sets out only State's obligations, so it may be deducted that only States can be sued and that the investors cannot be respondents even in a counterclaim. It could be argued that Section A also contains, at least implicitly, some obligations to investors, especially with respect to the environmental laws of the host State. Article 10.9.3.c stipulates : paragraphs 1(b), (c), and (f), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: (i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement (ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or (iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.*»

<sup>1328</sup> *Ibid*, paras. 735-736: « *The answer to that question is not simple. Most international investment tribunals have not recognized jurisdiction over the counterclaims introduced before them in the absence of an explicit agreement between the parties to submit the counterclaim to the arbitral tribunal. However, recently, although outside the scope of DR-CAFTA, some tribunals have asserted their jurisdiction over a counterclaim, in particular the Tribunals of Urbaser v. Argentina and Burlington v. Ecuador, both within the framework of the ICSID Convention and of two BITs (Spain-Argentina and USA-Ecuador, respectively.)*»

<sup>1329</sup> *Ibid*, par. 737.

dispositions du traité, il n'était pas « impossible *de facto* ou *de jure* »<sup>1330</sup> que l'investisseur soit responsable d'une violation des obligations substantielles prévues par le traité du fait du manquement aux prescriptions environnementales nationales.

**800.** En intégrant les règles environnementales nationales aux dispositions substantielles du traité, le Tribunal a du même coup admis que l'investisseur n'était pas exempt de responsabilité de sorte que l'action reconventionnelle visant à faire reconnaître une violation de ces règles, entrainait en principe en connexité avec l'objet du différend<sup>1331</sup>. Le Tribunal a néanmoins considéré que le défaut de preuves factuelles apportées par le Costa Rica ne permettait pas au tribunal d'établir précisément les manquements reprochés à l'investisseur si bien que la demande reconventionnelle fut écartée<sup>1332</sup>.

**801.** Ces quatre sentences arbitrales rendues entre l'année 2012 et 2018 sont porteuses de plusieurs enseignements sur l'appréciation de la connexité. Premièrement, elles confirment que les accords internationaux de protection de l'investissement ne sont pas des systèmes clos, isolés des règles du droit international ou du droit national. Comme en témoignent les sentences *Perenco*, *Urbaser* et *Aven*, le respect des règles environnementales par l'investisseur est présumé être une obligation à la charge de l'investisseur sur laquelle un Etat peut fonder son action reconventionnelle, que cette obligation soit issue du droit national ou du droit international. Ce raisonnement, permet prendre en compte la singularité du contentieux de l'investissement qu'il tient de la diversité du droit applicable afin d'apprécier la connexité.

**802.** Deuxièmement, toutes ces sentences confirment que l'appréciation de la connexité n'exige pas d'identité des titres juridiques entre action principale et reconventionnelle dès lors que les réclamations sont relatives à l'opération d'investissement. Cette interprétation est fidèle aux termes des instruments applicables aux procédures de règlement des différends et à la compréhension de la connexité qui n'établissent aucune hiérarchie entre la dimension factuelle et juridique de la connexité.

**803.** Enfin, l'assouplissement de l'interprétation de la connexité est apparent dans la prise en compte de la fonction et des buts poursuivis par l'action reconventionnelle que sont notamment

---

<sup>1330</sup> *Ibid*, par. 735: « *it is not impossible either de facto or de jure, that a foreign investor could be found to breach an obligation under Section A [protection substantielles] by the violation the environmental domestic laws and regulations* ».

<sup>1331</sup> *Ibid*, par. 739 : « *Are foreign investors immune to be sued either directly or through a counterclaim before an arbitral tribunal established according to DR-CAFTA? There are no substantive reasons to exempt foreign investor of the scope of claims for breaching obligations under Article 10 Section A DR-CAFTA, particularly in the field of environmental law.... The language of [ la clause de règlement des différends] is in principle wide enough to encompass counterclaims and that Article 10.16 does not imply that it applies only to disputes in which it is an investor which initiates claims* ».

<sup>1332</sup> *Ibid*, paras. 745-746.

les finalités d'économie procédurale et de bonne administration de la justice permises par la concentration des demandes présentées devant un même forum arbitral. Cette approche, bien qu'elle demeure minoritaire, fait écho à la jurisprudence de la C.I.J pour laquelle « la recevabilité des demandes reconventionnelles est fonction des buts ainsi poursuivis »<sup>1333</sup>. C'est à la lumière de ces buts, que l'arbitre devrait arrimer son interprétation de la connexité juridique.

### ***B. La pertinence des principes de bonne administration de la justice et d'économie procédurale sur le test de la connexité***

**804.** De tout temps, l'institution des demandes reconventionnelles a été étroitement associée aux finalités qu'elle poursuit. Cette réalité a été décrite il y a plus d'un siècle, dans une thèse de doctorat soutenue en 1898 : « Le but vers lequel tend donc toute procédure... est la rapidité et l'économie ; et comme cet idéal a été entrevu de tout temps parce qu'il répond à des besoins indiscutables, les efforts que l'on a fait pour l'atteindre se révèlent par des institutions juridiques : la reconvention. Son origine remonte à une époque des plus reculées de l'histoire du droit, elle apparaît au début du droit romain...sa trace se retrouve alors dans toutes les institutions de droit... et peu à peu elle s'introduit dans les coutumes sous la double influence de la législation économique et de la pratique journalière. »<sup>1334</sup>

**805.** Plus rarement convoqués par les tribunaux arbitraux d'investissement saisis de demandes reconventionnelles, les principes de bonne administration de la justice (1) et d'économie procédurale (2) reconnus de longue date par la C.I.J comme finalités des reconventions, demeurent pleinement pertinents pour apprécier le lien de connexité juridique existant entre une action principale et une action reconventionnelle. On observe que ces finalités prennent une coloration particulière dans la procédure opposant un Etat à l'investisseur.

#### ***1. Le principe de bonne administration de la justice***

**806.** Le principe de bonne administration de la justice est un des principes qui encadre et accompagne l'exercice de la « fonction adjudicative »<sup>1335</sup> sans être précisément défini. Appliqué par la C.I.J et sa devancière, le principe de la bonne administration de la justice était au cœur de la révision du Règlement de CPJI opéré en 1936 consacrant pour la première fois une disposition à la reconvention. Cela ressort des propos de la Commission de coordination

---

<sup>1333</sup> Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 257, par.30

<sup>1334</sup> A. Delahaye, *Des Demandes reconventionnelles, histoire, jurisprudence, op. cit.*, note n°17, pp. xv-xvi.

<sup>1335</sup> R. Kolb, « Le principe de bonne administration de la justice dans la jurisprudence internationale », *L'observateur des Nations-Unies*, vol. 27, 2009, p. 7.

chargée de la révision qui expliquait alors que : « [L]’objet de la disposition...visant les demandes reconventionnelles n’est nullement d’exclure l’introduction de ces demandes par voie de requête, mais seulement d’ouvrir exceptionnellement, en vue d’assurer la bonne administration de la justice, la possibilité de présenter des demandes de ce genre »<sup>1336</sup>.

**807.** Les références au principe de bonne administration de la justice sont protéiformes et remplissent plusieurs objectifs. Le juge ou l’arbitre y font appel notamment pour motiver les décisions de jonction des objections préliminaires au fond<sup>1337</sup>, de jonction des demandes en une seule instance<sup>1338</sup>, de consolidation,<sup>1339</sup> d’incompétence<sup>1340</sup>, d’adoption de mesures conservatoires<sup>1341</sup> ou encore d’intervention<sup>1342</sup>.

**808.** Il n’est donc guère surprenant que la C.I.J ait également utilisé le principe de bonne administration de la justice pour justifier la décision de recevabilité d’une demande reconventionnelle, expliquant qu’ :

« une demande doit normalement être portée devant le juge par la voie d’un acte introductif d’instance ; ... s’il est admis que certains types de demandes soient formulées à titre incident, c’est-à-dire dans le cadre d’une instance déjà en cours, c’est aux seules fins d’assurer une meilleure administration de la justice compte tenu du caractère particulier des demandes en cause; ... en ce qui concerne les demandes reconventionnelles, il s’agit essentiellement de réaliser une économie de procès tout en permettant au juge d’avoir une vue d’ensemble des prétentions respectives des parties et de statuer de façon plus cohérente ;... la recevabilité des

---

<sup>1336</sup> *C.P.J.I., série D, n°2,3° add., p.871.*

<sup>1337</sup> *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation c. Chili*, Affaire CIRDI n° ARB/98/2, décision sur la compétence, , 8 mai 2002, par. 127.

<sup>1338</sup> *C.I.J., Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua); Construction d’une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), jonction d’instances, ordonnance du 18 avril 2013, C.I.J. Recueil 2013, par. 22.*

<sup>1339</sup> Voir notamment le Chapitre 3, Section 1, II) (*Laos Sanum c. Cambodge*) ; Voir aussi les propositions de modification du règlement CIRDI pour une consolidation obligatoire: « A party may request full or partial consolidation of two or more arbitrations («the individual arbitrations») pending under the ICSID Convention Arbitration Rules. (2) The individual arbitrations proposed for consolidation shall: (a) arise out of the same circumstances; (b) have a question of law or fact in common; and (c) if consolidated, promote a fair and efficient resolution of all or any of the claims asserted in the individual arbitrations. (3) A party requesting consolidation shall file a written request with the Secretary-General specifying: (a) the arbitrations proposed for consolidation; (b) the grounds for consolidation; (c) the relevant facts and evidence relied on, attaching supporting documents; (d) observations on why consolidation is warranted; and (e) the terms of consolidation sought in the order....»

<sup>1340</sup> *The Renco Group, Inc. c. Pérou*, Affaire n° UNCT/13/1, sentence partielle sur la compétence, 15 juillet 2016, par. 160.

<sup>1341</sup> *Licéité de l’emploi de la force (Serbie Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, 15 décembre 2004, C.J.J Recueil 2004, par. 16* : « Dans son Ordonnance du 2 juin 1999 relative à la demande en indication de mesures conservatoires présentées par la Serbie-et-Monténégro, après avoir déclaré que ‘ l’invocation par une partie d’une nouvelle base de juridiction au stade du second tour sur une demande en indication de mesures est sans précédent dans la pratique de la Cour’ et qu’ une démarche aussi tardive, lorsqu’elle n’est pas acceptée par l’autre partie, met gravement en péril le principe du contradictoire et la bonne administration de la justice ».)

<sup>1342</sup> *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis), jugement, 27 juin 1986, C.I.J Recueil 1986, par. 59.*

demandes reconventionnelles est nécessairement fonction des buts ainsi poursuivis et sujette à des conditions propres à prévenir les abus. »<sup>1343</sup>

**809.** S'il est incontestable que la permanence de la C.I.J en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies lui confère un devoir de bonne administration de la justice<sup>1344</sup>, ce devoir ne s'impose pas de la même manière à l'arbitre siégeant de manière temporaire. En effet, l'utilisation du principe de la bonne administration de la justice « est un des domaines dans lesquels la différence entre les deux types de justice se voit le plus »<sup>1345</sup> car contrairement à l'arbitre, « une cour de justice est beaucoup plus autonome de la volonté des plaideurs »<sup>1346</sup>. Comme l'explique le F. Salerno « ces valeurs judiciaires doivent être perçues en relation avec le degré de croissance d'un système donné »<sup>1347</sup>. Par conséquent, les finalités de l'action reconventionnelle et de la connexité dépendent de l'étendue et de la nature de la fonction judiciaire du juge saisi. Plus ces pouvoirs sont larges, plus les finalités de l'action reconventionnelle seraient déterminantes pour apprécier le lien de connexité requis entre les demandes principale et reconventionnelle.

**810.** Le caractère temporaire de la justice arbitrale pourrait expliquer que la référence au principe de bonne administration de la justice pour apprécier la recevabilité des demandes reconventionnelles se fasse plus rare dans l'arbitrage. Néanmoins, dans un système arbitral fortement institutionnalisé comme le CIRDI, cette explication est relative. Il nous semble que le recours au principe de bonne administration compte résolument parmi les finalités à prendre en compte dans l'appréciation du lien de connexité entre action principale et reconventionnelle et que son utilisation dans ce contexte devrait être accrue pour plusieurs raisons.

**811.** Premièrement, l'arbitre CIRDI tout comme celui de la C.P.A répondent à un modèle de justice hybride, à la fois arbitrale et institutionnelle. Leur filiation publiciste qu'ils tirent d'un traité constitutif (la Convention CIRDI et les Conventions de La Haye de 1899 et 1907) les distingue des forums de justice arbitrale *ad hoc*<sup>1348</sup> façonnés par la seule volonté des parties.

---

<sup>1343</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 257, par.30.*

<sup>1344</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *supra* note n° 21, pp. 362-363. (« ce principe a une connotation nettement publiciste...La souplesse des formules du juge quant au degré 'suffisant' de connexité la situation au regard des exigences d'une bonne administration de la justice. »)

<sup>1345</sup> R. Kolb, « Le principe de 'la bonne administration de la justice' dans la jurisprudence internationale », *op.cit.*, note n°1335, p. 5.

<sup>1346</sup> *Ibid*, p. 6.

<sup>1347</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 21 p. 361.

<sup>1348</sup> Le préambule de la Convention CIRDI dispose : « Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux. »

**812.** Une des conséquences de cette filiation est « la conscience » de l'arbitre d'appartenir à un système juridictionnel plus large, et de servir les intérêts collectifs liés à l'administration de la justice *internationale*<sup>1349</sup>. Vu de cette manière, la conscience d'appartenance collective est un moyen de coordination pour tisser les rapports entre cours et tribunaux internationaux : « *courts and tribunals have become aware of their presence among numerous other judicial, as well as alternative dispute settlement, mechanisms. As a result, it is apparent that judicial actors increasingly view their function as including the need to serve as guardians of the fabric of international dispute settlement* »<sup>1350</sup>. Dans ce contexte, l'arbitre de l'investissement est bien plus qu'un agent des parties. Cela justifie qu'il recourt, comme la C.I.J., au principe de bonne administration de la justice pour apprécier la condition de recevabilité de la demande reconventionnelle.

**813.** Deuxièmement, dans un système ayant encouragé le cumul des recours<sup>1351</sup>, le principe de bonne administration de la justice revêt une importance singulière dans l'appréciation du lien de connexité tant factuel que juridique. L'appréciation du lien de connexité existant entre l'action principale de l'investisseur et l'action reconventionnelle de l'Etat exige que l'arbitre s'interroge sur l'opportunité de joindre au sein d'une même instance, l'ensemble des griefs entre les parties et ainsi éviter les sentences contradictoires. La prise en compte de l'ensemble des prétentions des parties permet également de minimiser les risques d'annulation, qu'elles soient présentées devant les juridictions nationales ou devant les comités d'annulation du CIRDI<sup>1352</sup>.

**814.** Enfin, l'on peut se demander si à l'heure actuelle, l'arbitre de l'investissement n'est pas investi dans l'administration de la justice, d'une mission supplémentaire consistant à maintenir

---

<sup>1349</sup> Il est intéressant de noter que les propositions de réformes institutionnelles envisagées par le Groupe de travail III de la CNUDCI visent à rapprocher l'arbitrage d'investissement d'un modèle institutionnalisé par la création d'un mécanisme d'appel. Dans son dernier rapport sur la question, le Groupe de travail III explique ainsi que « compte tenu de l'augmentation du nombre d'affaires de RDIE, un mécanisme d'appel contribuerait à améliorer l'uniformité, la cohérence et la prévisibilité des décisions rendues dans ce cadre. L'objectif serait qu'à terme, le processus de règlement des différends soit plus transparent et qu'un ensemble de principes généraux et d'interprétations faisant juridiquement autorité puisse être constitué de façon à rendre le régime d'investissement plus cohérent et prévisible. La création d'un mécanisme d'appel est également décrite... comme un moyen de ... promouvoir l'application de l'état de droit à ce système. Cela permettrait de rapprocher le régime de RDIE des mécanismes juridictionnels qui assurent habituellement le réexamen judiciaire des décisions de première instance afin de limiter les erreurs judiciaires et de garantir l'uniformité et la cohérence des décisions », CNUDCI, Groupe de travail III, *Eventuelle réforme du RDIE Mécanisme d'appel et mécanisme juridictionnel de règlement des différends*, 29 novembre 2019, doc. n° A/CN.9/WGIII/WP/185, paras. 7-8.

<sup>1350</sup> L. Boisson de Chazournes, « Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach », *EJIL*, vol. 28, n°1, 2017, p.14.

<sup>1351</sup> *Supra*, Chapitre 3, par. 464 et suivant.

<sup>1352</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 186 et suivant.

la légitimité du régime<sup>1353</sup>. La prise en compte du principe de bonne administration de la justice dans l'appréciation du lien de connexité et la recevabilité de la demande reconventionnelle permet de minimiser les critiques portées au système d'arbitrage d'investissement, dénonçant une justice asymétrique au seul bénéfice des intérêts de l'investisseur. Ces critiques s'accompagnent de nombreuses propositions de réformes qui abondent en ce sens<sup>1354</sup>. De ce point de vue, la recevabilité de l'action reconventionnelle (non abusive ou dilatoire) a un rôle à jouer pour la bonne administration de la justice qu'il ne faut pas sous-estimer. Pour ces raisons, l'orientation jurisprudentielle (encore minoritaire) visant à arrimer le test de la connexité au principe de bonne administration de la justice est une pratique justifiée car elle permet en outre de réaliser une économie procédurale.

## *2. L'effet du principe d'économie procédurale sur l'appréciation de la connexité : la concentration des moyens*

**815.** Pour le juge international saisi d'un différend, les difficultés de maintenir l'économie du procès deviennent plus importantes lorsque le contenu et l'objet du différend initial, tels que présentés par le demandeur, s'élargissent avec des additionnelles ou reconventionnelles. Cependant, l'idée d'une économie procédurale n'est pas en rapport avec la demande, mais avec le différend dans son ensemble et requiert « l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par lequel le juge met en balance dans l'espèce le degré de connexité avec les avantages qui dérivent de la jonction des demandes en cause »<sup>1355</sup>.

**816.** Dans les procédures de règlement des différends internationaux comme dans les procédures internes, le juge utilise la notion de connexité pour faire entrer une demande incidente et reconventionnelle dans son office, et ainsi s'assurer de résoudre le différend dans son ensemble. C'est pourquoi, l'ancrage de l'action reconventionnelle dans la finalité d'économie procédurale a été reconnu de longue date dans le cadre des procédures civiles

---

<sup>1353</sup> S. Besson, « La légitimité de l'arbitrage d'investissement », *Jusletter*, Editions Weblaw, 2005, p. 4. L'auteur distingue l'objet de la légitimité (d'une entité, d'une décision ou d'un régime) des formes de légitimités (matérielle ou formelle).

<sup>1354</sup> Voir notamment les propositions de réformes institutionnelles et substantielles visant à prémunir l'arbitrage contre le risque de décisions incohérentes. Parmi ces propositions, figure la création d'une Cour Multilatérale Permanente d'investissement dotée d'une procédure d'appel (G. Koffman-Kohler & M. Potesta « The composition of a multilateral Court and an Appeal Mechanism For Investment », *CIDS Supplemental Report*, 16 novembre 2017. D'autres propositions visent à créer un centre consultatif (Voir : M. Bungenberg A. Reinisch, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court – Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement*, 2<sup>nd</sup> Edition, Springer, 2019).

<sup>1355</sup> F. Salerno, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, note n° 40, p. 342.

internes<sup>1356</sup>.

**817.** Pour la doctrine internationaliste comme pour les cours et tribunaux internationaux<sup>1357</sup>, la recevabilité des demandes reconventionnelles a également été associée au principe d'économie procédurale. Dans son ouvrage *Traité sur l'Arbitrage*, A. Méringhac expliquait déjà en 1895 que : « si on admet que la demande reconventionnelle connexe à la demande principale ne rentre pas dans les attributions des arbitres, et qu'ils dépassent leurs pouvoirs en l'accueillant, l'équité obligera l'Etat contre lequel la demande reconventionnelle aura été soulevée, à signer un autre compromis pour la faire évacuer. Il y aura donc économie de temps et de frais à faire juger la question par les premiers arbitres, qui, étant au courant des faits, sont naturellement indiqués pour la trancher »<sup>1358</sup>.

**818.** La doctrine contemporaine a également ancré la recevabilité des demandes reconventionnelles dans un souci d'économie procédurale<sup>1359</sup>. Comme l'explique C. Schreuer à propos du CIRDI: « *The basic idea of Art.46 is to deal with closely related claims in one set of proceedings. Parallel or consecutive proceedings relating to different aspects of the same dispute are not only costly and inefficient but are also liable to lead to conflicting outcomes. The principles of economy and of finality militate in favor of hearing and deciding all aspects of a dispute in one set of proceedings.* »<sup>1360</sup>

**819.** Toutefois, si le contentieux de l'investissement est envisagé comme un contrôle de la légalité de l'action de l'Etat<sup>1361</sup>, il peut également être soutenu que les demandes

---

<sup>1356</sup> A. Delahaye, *Des Demandes reconventionnelles, histoire, jurisprudence, op. cit.*, note n°17, pp. xv-xvi.

<sup>1357</sup> Voir par exemple la Déclaration du Juge Kréca dans l'affaire du Génocide, *op. cit.*, note n° 1108, p. 27 : « Le droit de présenter une demande reconventionnelle procède du principe d'égalité des parties d'une part et du principe de la vérité matérielle d'autre part. Une demande reconventionnelle permet toutefois non seulement une meilleure administration de la justice s'agissant de l'économie de procès, mais également de régler des relations antagoniques complexes entre les parties et d'empêcher l'ouverture d'instances différentes ».

<sup>1358</sup> A. Méringhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international, le rôle du droit dans le fonctionnement actuel de l'institution et dans ses destinées futures, op. cit.*, note n°77, p. 265.

<sup>1359</sup> R. Au sujet du Règlement de la CIJ voir, R. Kolb, *La Cour internationale de Justice, op. cit.*, note n°36, p. 680 : « Une procédure intégrée plutôt que deux procédures séparées réalise une appréciable économie de procédure. » ; W. Ben Hamida, « L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *Forum du droit international*, vol. 7, n°4, 2005, pp. 270-271 : « l'exclusion des demandes reconventionnelles entraîne une multiplication d'instances et suscite des problèmes de litispendance et de connexité très délicats. L'acceptation de ces demandes assure, en revanche, une meilleure administration de la justice, réalise une économie de procès et permet aux arbitres d'avoir une vue d'ensemble des prétentions respectives des parties et de statuer de façon plus cohérente. » ; H. E. Kjos, « The Scope of the Arbitration Agreement: Claims and Counterclaims of a National and/or International Nature » in *Applicable Law in investor-State Arbitration The interplay between National and international law, op. cit.*, note n° 1283, p. 129.

<sup>1360</sup> C. Schreuer, « Article 46 », *ICSID Review-FILJ*, vol. 13, n°1, 1998, p. 46.

<sup>1361</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 321 et suivant, sentences *Marco Gavazzi et Karkey c. Pakistan*. Voir aussi H. Hellio, « L'Etat, un justiciable de second ordre? à propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *op. cit.*, note n° 5, p. 598 : « pour l'essentiel un contentieux de la légalité qui consiste à vérifier la conformité de la législation ou du comportement de l'Etat d'accueil à ses obligations internationales ».

reconventionnelles contreviennent *a priori* à l'idée même d'économie procédurale. En ce qu'elles élargissent l'objet de l'instance au-delà de la préservation des droits de l'investisseur<sup>1362</sup>, il n'y aurait pas lieu de prêter une quelconque finalité d'économie procédurale aux demandes reconventionnelles de l'Etat.

**820.** Cette approche n'est pas convaincante lorsque le mandat arbitral s'étend à la résolution des différends relatifs à un investissement protégé. Lorsque l'objet du différend est défini de cette manière, l'arbitre a donc tout intérêt à ancrer son appréciation de la connexité d'une demande reconventionnelle dans le principe d'économie procédurale. Le principe d'économie procédurale se mue en un principe de concentration des différends. L'économie réalisée ne s'apprécie pas seulement au regard de l'instance mais au regard du risque d'atomisation du différends et d'actions parallèles. Dans les situations où l'investissement est régulé par plusieurs instruments ou qu'il implique des démembrements, le risque d'atomisation de la procédure est aussi grand que l'utilité de concentrer devant un même forum l'ensemble des prétentions des parties<sup>1363</sup>. Alors, en interprétant l'exigence de connexité à la lumière d'une finalité d'économie procédurale et de concentration des moyens, le tribunal s'assure d'épuiser son office et de vider le contentieux entre les parties<sup>1364</sup>.

**821.** Telle fut également l'approche adoptée dans l'affaire *Goetz c. Burundi (II)*, lorsque le Tribunal explique que juger irrecevable la demande reconventionnelle de l'Etat : « [c]e serait en effet amener les Etats à saisir les juridictions nationales des conclusions reconventionnelles dont les tribunaux arbitraux ne pourraient connaître, bien que ces conclusions se rapportent

---

<sup>1362</sup> Voir sur ce point l'argumentation de l'investisseur dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*, *op. cit.*, note n° 430 par. 1120: « *the main aim of such treaties is, indeed to protect the investor's rights....[the right to counterclaim] uch a right to claim would run counter to the object and purpose of treaty arbitration, which is to grant the investors a one-sided right of quasi-judicial review of national regulatory action.* »

<sup>1363</sup> Pour ces raisons, on voit émerger une tendance de coordination de plus en plus en grande entre les institutions arbitrales qui concourent à garantir l'économie procédurale. C'est le cas du Règlement de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* entré en vigueur le 1 juillet 2017, applicable au contentieux entre Etat et investisseur qui permet à une partie de soumettre une requête concernant plusieurs contrats liés à une même opération si « *the claims in the arbitration are made under multiple but compatible arbitration agreements between the same or related parties, those claims involve common questions of law or fact, and the remedy or relief claimed arises out of the same transaction or series of transactions.* ». Le Centre d'arbitrage international de Singapour est actuellement en train d'étudier un texte de réforme pour permettre la consolidation des arbitrages interinstitutionnels au bénéfice de l'économie procédurale. La même tendance de coordination entre institutions arbitrales est apparente en arbitrage commercial international. Le Président de la CCI, Alexis Moure s'est exprimé en faveur de la création d'une Fédération Internationale de l'Arbitrage Commercial et sur l'adoption de règles permettant la consolidation d'arbitrage initiés sous différents auspices.

<sup>1364</sup> De ce point de vue, le raisonnement de la majorité dans l'affaire *Spyridon Roussalis* semble avoir sacrifié cette finalité. En rejetant la demande reconventionnelle de l'Etat hôte par ailleurs engagé dans une procédure parallèle contre l'investisseur, le tribunal a privé les parties d'une résolution définitive de leur différend. Cette solution semblait d'autant plus surprenante que l'Etat s'était engagé à demander la suspension de la procédure nationale. Les termes restrictifs de la clause de règlement des différends limités aux différends nés de la violation du traité par l'Etat ont eu raison de l'admissibilité.

directement à l'objet du litige qui leur a été soumis. Ce serait ensuite contraindre les investisseurs mécontents des jugements rendus par les juridictions nationales à contester ces jugements dans de nouveaux arbitrages. Or l'article 46 de la Convention de Washington a pour objet et pour but non de compliquer le règlement des différends en matière d'investissement, mais de le faciliter dans l'intérêt à la fois des Etats et des investisseurs»<sup>1365</sup>.

**822.** Le tribunal dans l'affaire *Urbaser c. Argentine* a suivi un raisonnement similaire, observant qu'il serait « *wholly inconsistent* » de laisser courir plusieurs procédures parallèles relatives à une même opération<sup>1366</sup> au motif que l'Etat fonde sa demande reconventionnelle sur une autre source normative que le traité.

**823.** Enfin, en s'appropriant le raisonnement dissident de l'arbitre Reisman dans l'affaire *Spyridon Roussalis*, le Tribunal *Aven c. Costa Rica* a renforcé la marque de l'assouplissement du test de la connexité par la prise en compte de considérations pratiques telles que l'économie procédurale et l'efficacité: « *Additionally, the admission of counterclaims has several practical advantages on procedural economy and efficiency, for the benefit of both the host State and the foreign investor* »<sup>1367</sup> pour conclure qu'aucune raison de principe de s'opposait à l'admissibilité de la demande reconventionnelle du Costa Rica.

**824.** A lire ces quelques extraits, il ressort que dans le contentieux de l'investissement, l'économie procédurale réalisée par la recevabilité des demandes reconventionnelles s'apprécie au regard des risques de multiplication des recours concernant une même opération. L'économie procédurale et la bonne administration de la justice sont plus qu'une justification *du droit* de présenter une demande reconventionnelle. Ils sont des principes directeurs dans l'exercice de la compétence arbitrale que la condition de connexité entre une demande principale et reconventionnelle permet de rendre pleinement opératoire.

**825.** Si l'on tient pour acquis que la recevabilité des demandes reconventionnelles permet d'assurer une bonne administration de la justice il s'ensuit qu'il participe au maintien de l'égalité des armes et des parties. C'est pourquoi, en raison des critiques dont il fait l'objet, un mouvement récent propre à l'arbitrage d'investissement a isolé l'importance de l'égalité des parties dans l'appréciation de la connexité des demandes reconventionnelles.

---

<sup>1365</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 280.

<sup>1366</sup> *Urbaser S.A. c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1151: « *It would be wholly inconsistent to rule on Claimants' claim in relation to their investment in one sense and to have a separate proceeding where compliance with the commitment for funding may be ruled upon in a different way. Reasonable administration of justice cannot tolerate such a potential inconsistent outcome* ».

<sup>1367</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, par. 741-742.

## ***II. La connexité juridique de l'action reconventionnelle comme véhicule de promotion de l'égalité des parties***

**826.** En acceptant d'inscrire les différends dans la sphère internationale, l'Etat confère un avantage juridique à l'investisseur étranger en faveur d'une égalisation des droits procéduraux des parties. Il renonce à la compétence exclusive de ses propres juridictions pour régler les différends d'investissement nés sur son territoire et offre la garantie que « le litige sera tranché par une instance arbitrale neutre appliquant un droit qui ne sera pas sous la maîtrise de l'État d'accueil. »<sup>1368</sup>. Par rapport aux juridictions nationales de l'Etat hôte, les tribunaux d'investissement ont ainsi été décrits comme les promoteurs de l'égalité des parties<sup>1369</sup>. En cela, le droit de saisir unilatéralement un tribunal arbitral a été appréhendé comme un moyen d'égaliser les rapports entre l'Etat souverain et l'investisseur étranger.

**827.** Cependant, les résistances jurisprudentielles des tribunaux d'investissement à l'égard du contentieux reconventionnel, notamment permis par une interprétation restrictive de la connexité, ont encouragé un affinement du principe d'égalité des parties propre à cette matière. Ainsi, la conceptualisation du lien entre égalité des parties et demande reconventionnelle (A) parachevée par *l'Institut de Droit international* (B) est un élément qui renforce de manière décisive la nécessité de façonner la notion de connexité eu égard aux singularités du contentieux de l'investissement et d'abandonner la conception restrictive exigeant une identité des titres juridiques.

### ***A. La conceptualisation du lien entre le principe d'égalité des parties et des demandes reconventionnelles***

**828.** La timide reconnaissance normative du principe d'égalité des parties par les règlements arbitraux transnationaux (1) n'a pas empêché la doctrine et la jurisprudence de conceptualiser un lien entre le principe et la demande reconventionnelle. Cette conceptualisation est passée par l'abandon d'une présomption de faiblesse procédurale de l'investisseur, ou, autrement dit, l'abandon d'une présomption d'ascendance procédurale de l'Etat (2).

#### ***1. La timide reconnaissance du principe d'égalité des parties***

---

<sup>1368</sup> C. Leben, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *op. cit.*, note n° 362, p. 684.

<sup>1369</sup> P. De Bournoville, « Au sujet des demandes incidentes en matière d'arbitrage », *op. cit.*, note n° 176, p. 58 : « le règlement d'une institution permanente d'arbitrage concilie, par rapport aux droits internes, la flexibilité de la procédure, le respect des droits de la défense et l'égalité de traitement des deux parties. »

### *dans l'arbitrage transnational*

**829.** Le principe de l'égalité des parties est « l'alpha et l'oméga »<sup>1370</sup> de toute procédure contentieuse qui se manifeste parfois comme « les illusions d'un mirage »<sup>1371</sup>. D'aucuns considèrent qu'en arbitrage international, il est « le principe le plus fécond parmi les droits naturels de procédure. »<sup>1372</sup> Il possède une dimension à la fois structurelle et substantielle puisqu'il est lié aux objectifs de la procédure et aux valeurs de la justice<sup>1373</sup>.

**830.** Il est présent dans plusieurs instruments internationaux. Il s'agit notamment de l'article 10 de la déclaration Universelle des droits de l'Homme et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans l'observation générale n°32 relative à l'article 14 du Pacte intitulé « Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable », le Comité des droits de l'Homme rappelle que le principe d'égalité des parties « s'applique quelle que soit la nature de la procédure engagée devant les tribunaux et cours de justice »<sup>1374</sup>. Ainsi, devant les juridictions spécialisées comme devant les juridictions permanentes, le droit des parties d'être entendues et de présenter leurs réclamations est une règle « fondamentale »<sup>1375</sup> de garantie du procès équitable.

**831.** Dans les règlements applicables au contentieux transnational de l'investissement, les références au principe se font plus rares. Seuls le Règlement de CNUDCI de 2010 repris *in extenso* par le Règlement d'arbitrage de la C.P.A de 2012 le mentionne explicitement<sup>1376</sup>.

**832.** Si les conditions dans lesquelles les arbitres acceptent ou non de se saisir de prétentions reconventionnelles peuvent être évaluées dans les procédures d'annulation au regard du respect du principe d'égalité des parties et d'égalité des armes<sup>1377</sup>, le principe d'égalité des parties n'est pas formellement reconnu par la Convention ni par le règlement arbitral CIRDI<sup>1378</sup>. Pourtant, il est clair que l'esprit et l'architecture de la Convention CIRDI visaient à mettre Etat et

---

<sup>1370</sup> M. Bedjaoui, « L'égalité des Etats dans le procès international, un mythe? » dans *Liber Amicorum Jean-Pierre Cot, Le procès international*, R. Badinter (dir.) Bruylant, 2009, p. 3.

<sup>1371</sup> *Ibid.*

<sup>1372</sup> D. Hascher, « Principes et pratiques de procédures dans l'arbitrage commercial international », *RCADI*, vol. 279, 1999, p.126.

<sup>1373</sup> R. Kolb, *The International Court of Justice*, Hart, 2013, p.1119: « *the principle is not solely a structural one, connected to the respective positions of the parties, it is also a substantive one, connected to the objectives of the procedure and the values of substantial justice.* »

<sup>1374</sup> Comité des droits de l'homme, Observations n°32 article 14 droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, doc n° CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, par. 3.

<sup>1375</sup> *Maritime International Nominees Establishment c. Guinée*, Affaire CIRDI n°ARB/84/4, décision pour annulation partielle de la sentence, 22 décembre 1989, par. 5.06.

<sup>1376</sup> Règlement CNUDCI 2010, article 17 : « le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à un stade approprié de la procédure chacune d'elle ait une possibilité adéquate de faire valoir ses droits et proposer ses moyens... »

<sup>1377</sup> *Supra*, Chapitre 1, paras. 193-203,221-225

<sup>1378</sup> *Infra*, par. 841.

investisseur sur un pied d'égalité procédural en permettant aux deux parties de recourir aux services du Centre pour régler leur différend. Ainsi que l'ont rappelé ses architectes dans leur Rapport annexé à la Convention:

« Bien que l'objectif général de la Convention soit d'encourager l'investissement... [ses] dispositions sont conçues en vue de maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et des ceux des Etats hôtes. En outre, la Convention permet tant aux Etats hôtes qu'aux investisseurs d'entamer la procédure et les administrateurs ont eu pour constante préoccupation de prévoir les dispositions qui répondent aux besoins des deux situations . »<sup>1379</sup>

**833.** On sait aujourd'hui combien ce vœu ne s'est pas exaucé puisque très peu d'Etats ont effectivement pris l'initiative d'attaquer un investisseur devant les tribunaux CIRDI<sup>1380</sup>. Ainsi qu'en témoigne l'abondance du contentieux devant les tribunaux CIRDI, le système de résolution des différends s'est en revanche avéré très bénéfique et protecteur des intérêts étrangers. Tant et si bien que la crainte d'une incompatibilité entre « la nature même de l'Etat (son '*imperium*' ou le pouvoir hiérarchique de ses représentants) ...et le principe fondamental de toute procédure arbitrale qu'est l'égalité des parties »<sup>1381</sup> ne s'est pas manifestée. Au contraire, à mesure que le recours de l'investisseur contre l'Etat s'est standardisé par l'automaticité de la saisine<sup>1382</sup> et par la diversité des demandeurs potentiels<sup>1383</sup>, certains se sont alors justement demandé : « si le système actuel du contentieux arbitral transnational est ou non déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger au détriment de l'Etat d'accueil »<sup>1384</sup>

**834.** La difficile percée du contentieux reconventionnel dans le cadre des arbitrages initiés par la voie des traités, est précisément un des facteurs ayant permis de replacer le principe d'égalité au cœur des préoccupations du contentieux de l'investissement. La doctrine comme la jurisprudence ont tenté des efforts de conceptualisation du lien entre le principe d'égalité des parties et les demandes reconventionnelles. Par une intéressante inversion de perspective, il est dorénavant évalué par le prisme des droits de l'Etat.

---

<sup>1379</sup> Convention CIRDI, *Rapport des Administrateurs sur la Convention CIRDI*, par.13.

<sup>1380</sup> *Supra*, Première partie, par. 105.

<sup>1381</sup> P. Lalive, « 'Raison d'Etat' et arbitrage International », in *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century : Liber Amicorum Karl-Heinz Bocktiel*, Köln, 2001, p. 469.

<sup>1382</sup> *SPP c. Egypte* au sujet des lois nationales puis *AAPL c. Sri Lanka* au sujet des TBI.

<sup>1383</sup> Voir sur le cumul des recours, le Chapitre 3 et la possibilité d'un investisseur direct ou indirect engage une action contre l'Etat hôte, par. 464 et suivant.

<sup>1384</sup> H.Hellio, « L'Etat, un justiciable de second ordre? à propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *op. cit.*, note n° 5, p. 591.

## 2. *L'abandon d'une présomption de faiblesse procédurale de l'investisseur*

**835.** Le droit des parties de présenter leurs réclamations respectives est une exigence fondamentale d'égalité des parties et de bonne administration de la justice dont le manquement peut être utilisé comme un motif d'annulation<sup>1385</sup>. Pourtant, il est fréquent que l'investisseur à l'origine d'une procédure contre l'Etat hôte sur le fondement d'un traité, s'oppose aux demandes reconventionnelles et revendique à son avantage le caractère « asymétrique »<sup>1386</sup> des TBI et plus généralement, du rapport entre souverains et particuliers. Ainsi par exemple, dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*, l'investisseur considérait que cette asymétrie des rapports « prevents a host State from invoking any right based on such a treaty, including through the submission of a counterclaim »<sup>1387</sup>. Ajoutant que l'inégalité entre investisseur et Etat était confirmée par la rareté des procédures initiées par l'Etat à titre principal ou reconventionnel<sup>1388</sup>, l'investisseur dans l'affaire *Urbaser* expliquait donc que l'action reconventionnelle de l'Argentine fondée notamment sur la violation du droit national et du droit international<sup>1389</sup> ne pouvait pas satisfaire l'exigence de connexité requise.

**836.** Comme cela fut démontré<sup>1390</sup>, plusieurs éléments permettent de révoquer l'argument de l'asymétrie des obligations des TBI ou celui de l'unilatéralité de la saisine comme motif d'irrecevabilité des demandes reconventionnelles. L'investisseur n'est pas seul maître de l'objet du différend, puisque la délimitation de son objet est une mission qui appartient à l'arbitre et qui déborde la caractérisation subjective que peut en faire l'investisseur<sup>1391</sup>.

**837.** Alignée sur cette approche, le Tribunal *Urbaser c. Argentine* a rejeté l'argument de l'asymétrie soulevé par l'investisseur arrimant son analyse au principe de l'égalité des parties :

« (I)t would seem surprising to give effect to the contradiction appearing in Claimants' position: when Claimants accept that Article X of the BIT retains a right for the Argentine Republic to raise a claim against the investor, how could it be possible to also admit that

---

<sup>1385</sup> *Supra*, Chapitre 1, Section 2, par.193 et suivant ; 221 et suivant ; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines (I)*, Affaire CIRDI n° ARB/03/25, décision sur l'annulation, 23 décembre 2010, par. 218.

<sup>1386</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 231. *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1143: « The Tribunal observes that Claimants explain their basic position by the asymmetric nature of BITs, which in their view prevents a host State from invoking any right based on such a treaty, including through the submission of a counterclaim. The Tribunal finds that this submission conflicts with the simple wording of the dispute resolution provisions of Article X of the BIT invoked in the instant case. »

<sup>1387</sup> *Ibid.*

<sup>1388</sup> *Ibid.*, par. 1131: « Claimants note that the uneven manner in which investor and host State are treated is widely recognized. There are actually only a handful of cases in which a counterclaim was presented in an investment arbitration case; equally limited is the number of cases in which a host State instituted the arbitration.»

<sup>1389</sup> *Infra*, Chapitre 6, paras. 1087–1110.

<sup>1390</sup> *Supra*, Chapitre 2, Section 2, par. 399 et suivant.

<sup>1391</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1147

*Claimants would be entitled to render this right nonexistent merely by restricting their acceptance of arbitration to their own claims? When allowing additional counterclaims to be raised 'within the scope of the consent of the parties,' this provision does not open the door for any unilateral determination of the Tribunal's competence. »*<sup>1392</sup>

**838.** Le raisonnement suivi par le tribunal *Aven c. Costa Rica* abonde dans le même sens en évaluant la recevabilité des demandes reconventionnelles à la lumière de certaines finalités pratiques telle que l'égalité des parties. Le tribunal a ainsi considéré qu'il n'y avait « *no substantive reasons* »<sup>1393</sup> de considérer qu'un traité de protection des investissements ait pour effet d'immuniser la responsabilité de l'investisseur. Celui-ci pouvait être directement ou indirectement poursuivi par l'Etat devant un Tribunal arbitral. C'est au regard des droits des deux parties qu'il a jugé qu'au contraire, « *the admission of counterclaims has several practical advantages on procedural economy and efficiency, for the benefit of both the host State and the foreign investor* »<sup>1394</sup>.

**839.** Enfin, poussant peut-être un peu trop loin, la conceptualisation du lien entre demandes reconventionnelles et égalité des parties, le Tribunal dans l'affaire *Perenco c. Equateur* nous offre un surprenant exposé qui retient l'attention. Deux ans après le rendu de la *sentence sur les demandes reconventionnelles* auxquelles l'investisseur avait tacitement consenti<sup>1395</sup>, *Perenco* saisi le tribunal d'une demande de rejet des reconventions équatoriennes au motif que dans une instance parallèle (*Burlington c. Equateur*), l'Equateur avait été dédommagé du même préjudice environnemental<sup>1396</sup>. Selon *Perenco*, la sentence *Burlington* devait sur ce point être considérée comme revêtue de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) et entraîner le rejet des prétentions reconventionnelles de l'Equateur<sup>1397</sup> dont l'évaluation était en cours de réalisation par un expert indépendant. Pour rejeter la demande de l'investisseur, le Tribunal a estimé que l'Equateur était fondé à avoir « *two bites at the cherry* »<sup>1398</sup> et était en droit de formuler deux demandes reconventionnelles similaires dans deux procédures parallèles contre les co-exploitants des ressources pétrolières. Prenant appui sur les sentences *CME* et *Lauder c. République Tchèque*, le tribunal a observé que la duplication des prétentions était courante dans le contentieux de l'investissement et qu'elle n'avait rien d'abusif. Elle permettrait au contraire

---

<sup>1392</sup> *Ibid*, par. 1146. (italiques ajoutés)

<sup>1393</sup> *David R. Aven, c. Costa Rica*, sentence, par. 739.

<sup>1394</sup> *Ibid*, par. 740.

<sup>1395</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 255.

<sup>1396</sup> *Burlington* et *Perenco* ont été successivement les exploitants d'une partie des mêmes blocs pour lesquels lesquels l'Equateur invoquait un préjudice environnemental.

<sup>1397</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Equateur (Petroecuador)*, décision sur la demande de rejet des demandes reconventionnelles de l'Equateur, 18 août 2017.

<sup>1398</sup> *Ibid*, par. 1006.

à l'Etat lésé par une pluralité d'opérateurs d'augmenter ses chances de succès. Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal a relevé que « *parallel investment treaty arbitral proceedings brought by claimants (sometimes in tandem with commercial claims concerning the same facts) have been found not to be abusive even if there might be an element seeking two bites of the same cherry.* »<sup>1399</sup> Puisque les entités apparentées impliquées dans une même opération d'investissement peuvent cumuler les recours contre l'Etat, le principe d'égalité des parties devrait réciproquement permettre à l'Etat défendeur de soumettre des demandes reconventionnelles dans chacune des procédures engagées contre lui, et ce, même si celles-ci proviennent d'un même origine factuelle.

**840.** Comme on le voit, la résurgence du principe de l'égalité des parties comme outil de promotion des demandes reconventionnelles et des intérêts de l'Etat, est un exemple parlant du changement de paradigme que connaît actuellement le contentieux de l'investissement, qui témoigne d'une volonté de rééquilibrer les droits procéduraux des deux parties.

**841.** Il n'est guère surprenant dans ce contexte, que le CIRDI ait proposé dans le cadre de la procédure de révision de son Règlement, une disposition dans laquelle référence serait faite au principe d'égalité des parties exigeant que « le Tribunal traite des parties sur un pied d'égalité et donne à chacune d'elle une possibilité raisonnable de faire valoir ses prétentions »<sup>1400</sup>.

**842.** La conceptualisation du lien entre demandes reconventionnelles et le principe d'égalité des parties consacrée par les sentences *Urbaser c. Argentine* et *Perenco c. Equateur* a trouvé confirmation dans la doctrine. Jetant un pont entre la pratique et la doctrine, C. Mc Lachlan siégeant dans le tribunal *Urbaser* s'est saisi de la question de l'égalité des parties dans l'arbitrage d'investissement en tant que Rapporteur d'une Résolution présentée à l'*Institut de Droit international* et adoptée en septembre 2019. Cette résolution confirme que dans l'arbitrage d'investissement, la condition de connexité n'exige pas systématiquement d'identité des titres juridiques entre les demandes principales et reconventionnelles.

---

<sup>1399</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Republic of Ecuador (Petroecuador)*, sentence, 27 septembre 2017, par. 1001. « *There is no doubt that the launching of two counterclaims based on the same subject-matter was calculated to increase Ecuador's overall chances of success. But as the Tribunal observed earlier, parallel investment treaty arbitral proceedings brought by claimants (sometimes in tandem with commercial claims concerning the same facts) have been found not to be abusive even if there might be an element seeking two bites of the same cherry.* »

<sup>1400</sup> CIRDI, *Proposition d'amendement du Règlement du CIRDI*, Document de travail n° 5, vol. 2, 15 juin 2021, article 3, p. 33.

**B. La contribution de l'Institut de Droit international :  
l'évaluation de la connexité des demandes reconventionnelles  
au regard du principe de l'égalité des parties**

**843.** En 2015, lors de sa soixante-dix-septième session à Tallinn, l'Institut de Droit international (« I.D.I ») a confié à la dix-huitième Commission le thème de *l'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissement*. Son Rapporteur, Campbell Mc Lachlan, a soumis à la 79<sup>ème</sup> session de La Haye en 2019, un Rapport et un projet de résolution préparés avec le concours d'illustres membres agissant pour la plupart comme arbitres dans les procédures de règlements des différends d'investissement<sup>1401</sup>. Le Rapport et le projet de résolution abordent la question de l'égalité des parties principalement dans sa dimension procédurale, de la constitution du tribunal au déroulement de l'instance.

**844.** Les demandes reconventionnelles tiennent une place importante dans le Rapport proposé en vue de l'adoption de la résolution. Celui-ci souligne l'« importance particulière à l'existence d'un mécanisme de demandes reconventionnelles comme moyen d'assurer l'égalité entre les parties »<sup>1402</sup>. En particulier, il est rappelé que le droit d'action reconventionnelle contribue à assurer l'égalité des parties, et permet de rétablir l'asymétrie procédurale en faveur de l'Etat<sup>1403</sup>. Cette position correspond également à la position prise par le juge français de l'annulation<sup>1404</sup>.

**845.** Néanmoins, la conceptualisation du lien entre demandes reconventionnelles et égalité des parties n'est pas limitée *au droit* de les formuler, mais étendue à leur recevabilité dans le contentieux de l'investissement. C'est là une des contributions majeures du Rapport. Constatant un décalage entre la valeur constitutionnelle et fondamentale du principe d'égalité des parties et le constat d'incompétence reconventionnelle propre aux tribunaux d'investissement, il est rappelé que la demande de l'investisseur ne délimite pas à elle seule le champ et l'objet du différend soumis au tribunal<sup>1405</sup>. La recevabilité des demandes reconventionnelles doit : « être déterminée sur la base de l'acte d'engagement *et ne saurait être limitée par la base de*

---

<sup>1401</sup> Liste des membres de la 18<sup>ème</sup> Commission : M. Alexandrov, Mme. Boisson de Chazournes, M. Crawford, M. D'Argent, M. Gaja, M. Gardina, M. Greenwood, M. Kazazi, M. Kohen, M. MacLachlan, M. Mikulka, M. Reinisch, Mme. Stern, M. Treves, M. Rao, M. Vinuesa.

<sup>1402</sup> Résumé du Rapport (traduction), *Annuaire de l'Institut de Droit international, travaux préparatoires*, Session de La Haye, Vol.79, 2019, p. 417. (« *The counterclaim can also be said to promote equality of the parties in its constitutional aspect. International investment tribunals are established in order to provide a neutral forum in which the claims of investors against host States can be determined. The ability of the State to assert a counterclaim rebalances the asymmetry that otherwise applies where the claimant is always an investor* ».)

<sup>1403</sup> « Rapport de la 18<sup>ème</sup> Commission », *Annuaire Institut de droit international, travaux préparatoires*, session de La Haye 2019, vol. 79, p. 474.

<sup>1404</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 194.

<sup>1405</sup> « Rapport de la 18<sup>ème</sup> Commission », *Annuaire Institut de droit international travaux préparatoires, op. cit.*, note n° 1405, p. 477.

*compétence invoquée par le demandeur ; découler directement de l'objet du différend, en ce qu'elle a trait au même investissement (mais sans qu'elle ait à reposer sur le même acte juridique ou sur un motif invoqué par le demandeur) et, porter sur un objet susceptible d'être soumis à l'arbitrage. »*<sup>1406</sup>

**846.** Prenant en compte la singularité de l'arbitrage d'investissement, le rapport conclut qu'il serait possible qu'un Etat soumette une demande reconventionnelle fondée sur le droit national<sup>1407</sup> ou tout autre instrument sur lequel un tribunal arbitral aurait compétence<sup>1408</sup>, pour autant qu'il concerne l'investissement et l'opération en cause. Il précise ainsi que le degré de connexité requis dans le cadre de l'arbitrage d'investissement n'est pas soumis à l'exigence d'une identité des titres juridiques entre demande principale et reconventionnelle :

*« The requirement of sufficiency of connection with the subject matter of the dispute will be met where the counterclaim concerns the same investment that gave rise to the claim. It does not require that the cause of action be founded upon the same legal instrument or cause of action asserted by the claimant. The tribunal may in principle find a counterclaim to be admissible, whether it is founded upon international law or host State law, provided also that it concerns a subject matter that is capable of submission to arbitration. »*<sup>1409</sup>

**847.** Ainsi, le Rapport a le mérite d'avoir déployé les effets du principe de l'égalité des parties sur la notion de connexité des demandes reconventionnelles. Il jette une lumière nouvelle sur l'exigence de connexité dans le contentieux de l'investissement qui fera partie intégrante de la résolution adoptée par l'I.D.I en septembre 2019 intitulée « Egalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissement ».

**848.** Reconnaisant dans le préambule que le principe d'égalité des parties « requiert un examen spécifique au vu des caractéristiques particulières des différends en matière d'investissements internationaux »<sup>1410</sup>, l'article 6 de la résolution ancre la recevabilité des demandes reconventionnelles dans l'objectif d'égalité des parties. La conceptualisation inédite

---

<sup>1406</sup> *Ibid*, Résumé du Rapport de la 18<sup>ème</sup> Commission (traduction), p. 418 (les italiques sont de nous)

<sup>1407</sup> « Rapport de la 18<sup>ème</sup> Commission », *Annuaire Institut de droit international travaux préparatoires, op. cit.*, note n° 1405, p. 480 : « *The jurisdictional requirement is met when, by virtue of the instrument of consent invoked by the respondent, the tribunal would have had jurisdiction over the counterclaim had it been asserted as a primary claim. It does not depend upon the ground of jurisdiction relied upon by the claimant for its claim, nor is the tribunal's jurisdiction limited by the scope of the dispute as framed by the claimant in its Request for Arbitration. Where the arbitration agreement in an investment treaty refers generally to disputes arising between a State Party and an investor of the other Party in connection with an investment, the jurisdiction of the tribunal is not limited to claims under the treaty, since the arbitration agreement is an autonomous agreement between the parties and must be construed in accordance with its terms* ».

<sup>1408</sup> *Ibid*.

<sup>1409</sup> *Ibid*, pp. 481-482. (les italiques sont de nous)

<sup>1410</sup> Résolution « L'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissements », *Annuaire de l'Institut de Droit international*, Session de La Haye, Vol. 80, 2020, accessible en ligne sur le site de l'Institut.

de la connexité des demandes reconventionnelles offerte par l'article 6 est si précise qu'elle justifie d'être reproduite ici dans son intégralité. L'article 6 de la résolution stipule que :

« 1. La capacité du défendeur de présenter une demande reconventionnelle recevable devant un tribunal garantit l'égalité procédurale des parties. 2. Afin d'être déclarée recevable, une telle demande reconventionnelle doit : a) relever de la compétence du tribunal ; et b) découler directement de l'objet de l'investissement. 3. La condition de la compétence est remplie lorsque, en vertu de l'acte exprimant le consentement juridictionnel invoqué par le défendeur, le tribunal aurait eu compétence pour connaître de la demande reconventionnelle si elle avait été introduite à titre principal. La compétence pour connaître d'une demande reconventionnelle ne dépend pas du fait que le défendeur s'appuie ou non sur la même base de compétence que celle sur laquelle se fonde le demandeur pour sa demande, pas plus qu'elle n'est limitée par l'étendue du différend telle que formulée par le demandeur dans sa demande d'arbitrage. 4. Lorsque le différend est soumis à l'arbitrage en vertu de la Convention CIRDI, l'exigence posée à l'article 46 selon laquelle la demande reconventionnelle doit relever ' par ailleurs de la compétence du Centre ' signifie qu'elle doit satisfaire au critère de l'article 25(1) de la Convention : il doit s'agir d'un différend 'd'ordre juridique entre un Etat contractant...et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui [est] en relation directe avec un investissement'. 5. L'exigence d'un lien suffisant avec l'objet du différend est remplie lorsque la demande reconventionnelle porte sur l'investissement qui a donné lieu à la demande. Il n'est pas nécessaire que la demande reconventionnelle soit fondée sur le même acte juridique ou la même cause que ceux invoqués par le demandeur. 6. Le tribunal peut déclarer une demande reconventionnelle recevable, qu'elle soit fondée sur le droit international ou le droit national de l'Etat d'accueil, pourvu qu'elle satisfasse aux autres exigences du présent article et porte sur un objet susceptible d'être soumis à l'arbitrage. »<sup>1411</sup>

**849.** Sans équivoque, la résolution ainsi rédigée, reconnaît que l'objet de la connexité des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage d'investissement est principalement déterminé dans sa dimension factuelle, c'est-à-dire, par le lien entretenu avec l'investissement en cause. Il n'y a donc pas lieu d'exiger une similarité des fondements juridiques entre les prétentions principales et reconventionnelles pour apprécier la recevabilité des reconventions. Cette approche a emporté une forte adhésion des membres de l'IDI avec 81 voix pour, deux voix<sup>1412</sup> contre et sept absents<sup>1413</sup>.

---

<sup>1411</sup> *Ibid.*

<sup>1412</sup> M. Kateca et M. Yee.

<sup>1413</sup> M. Abi-Saab, Corten, Liu Zhenmin, Lowe, Mme Muir Watt, M. Shany, Mme Xue.

**850.** Partant, la singularité du contentieux de l'investissement se trouve ainsi être constatée par l'*Institut du droit international* et influence la manière dont est conçue la recevabilité des demandes reconventionnelles. Le Rapport de la 18<sup>ème</sup> Commission et la résolution portant sur « Principe de l'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissement » nous confirment que le niveau d'exigence pour satisfaire la connexité, n'est donc pas identique à celui requis devant la C.I.J, ou par le Tribunal des différends irano-américains. Cette reconnaissance doctrinale favorable à l'institution des demandes reconventionnelles contraste avec les prises de positions restrictives prises auparavant par l'*Institut* à ce sujet<sup>1414</sup>. Elle confirme que l'institution des demandes reconventionnelles et en particulier l'appréciation de leur recevabilité suit un processus de maturation doctrinale et jurisprudentielle propre aux singularités de chaque contentieux nécessitant de se prémunir du risque de mimétisme jurisprudentiel. En ce que les demandes reconventionnelles participent à assurer l'égalité des parties, leur recevabilité n'est donc pas automatiquement soumise à une identité des titres juridiques dès lors qu'elles sont relative à l'investissement. L'*Institut* révoque ainsi la position prise par une partie des tribunaux ayant requis un niveau élevé d'exigence, tant sur le plan de la compétence que sur celui de la recevabilité des demandes reconventionnelles.

**851.** Toutefois, il est intéressant de relever que la mention des demandes reconventionnelles dans la résolution n'a pas suffi à éteindre les critiques de l'asymétrie du système de règlement des différends d'investissement. Plusieurs interventions des membres opposés ou abstentionnistes ont reproché à la résolution une rédaction encore trop favorable à l'investisseur. M. Kateca a par exemple déclaré que « *the balance of the Resolution was in favour of the investor, mirroring the general trend of investment arbitration as a whole, in particular under ICSID* »<sup>1415</sup>, de même G. Abi-Saab expliquant son absence a observé que « *the resolution and the Institute chose to ignore the existence of a trend in favor of the investor which has been firmly established in the jurisprudence... regret[ting] that the Resolution failed to take the [imbalance in favor of the investor] into account and that the Institute did not make any recommendations to ICSID which has undertaken a reform. He thus considered this piece of craftsmanship was in fact covering a volcano.* »<sup>1416</sup>.

---

<sup>1414</sup> *Supra*, Introduction, par. 33

<sup>1415</sup> Extraits des procès-verbaux consultés sur demande auprès de l'*Institut*, à paraître dans le prochain *Annuaire* (PVPL 5 3<sup>ème</sup> séance plénière 28/08.2019 ; 9h20)

<sup>1416</sup> *Ibid*, Cette observation fut endossée par Mme Xue abstentionniste et Mr Yee, opposé à la résolution.

#### **Conclusion du Chapitre 4**

**852.** En dehors de quelques exceptions, les tribunaux arbitraux n'ont pas su faire ressortir la singularité de la matière et de la procédure dans leur appréciation de la dimension juridique de la connexité. L'on a fait remarquer que si la Cour, habilitée à trancher les différends interétatiques au regard du droit international requiert une identité des titres juridiques, elle a su, à plusieurs reprises, ajuster l'exigence de connexité à la lumière des buts et fonctions poursuivis par les demandes reconventionnelles. Le Tribunal des différends irano-américains n'avait quant à lui qu'une habilitation restreinte pour résoudre le contentieux reconventionnel fondé sur la violation du droit national. Contrairement à eux, la compétence matérielle, certes spécialisée, des tribunaux de l'investissement n'est pas limitée à la dimension internationale des différends. La classe d'affaires et la qualité substantielle des questions dont les tribunaux d'investissement peuvent connaître peuvent concerner l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. C'est pourquoi, lorsque l'objet de leur mission déborde l'instrument invoqué à titre principal, la quête d'une identité des titres juridiques entre action principale et reconventionnelle est déraisonnable et opportune. Déraisonnable car la plus grande majorité des accords d'investissement, ne prévoit pas d'obligations à la charge des investisseurs mais ne préjuge pas de l'existence d'obligations externes à l'instrument qui leur seraient néanmoins opposables. Opportune, car elle permet aux arbitres d'éviter d'entrer dans la sphère nationale du différend à laquelle l'investisseur souhaite échapper. Cette approche contribue à l'atomisation procédurale du différend (d'autant moins justifiée dans le cadre des arbitrages CIRDI que les Etats parties ont renoncé à l'exercice de tout recours parallèle), et prive la connexité de son effet utile. Elle perpétue une inégalité procédurale entre les parties que l'action reconventionnelle permettrait, dans une certaine mesure, de corriger.

### *Conclusion du Titre 2*

**853.** Il est manifeste que la diversité des situations de fait ou de droit entre l'Etat et l'investisseur soumise à l'arbitre justifie que l'appréciation de la connexité ne soit pas enserrée dans une définition trop rigide. Toutefois, cette flexibilité semble être défavorable à la recevabilité des demandes reconventionnelles de l'Etat. La relation entre la dimension factuelle et juridique de la connexité dans l'arbitrage d'investissement semble être incomprise. Elle fait l'objet d'une interprétation éloignée des prescriptions textuelles qui n'exigent pas cumulativement deux formes de connexité. Alors que les tribunaux arbitraux pourraient se satisfaire d'une connexité factuelle pour apprécier la recevabilité d'une demande reconventionnelle, beaucoup ont imposé un niveau élevé d'exigences éloigné de la souplesse des instruments applicables à la procédure.

**854.** Il est certain que le phénomène de démembrement des parties et de cumul des instruments applicables à une même opération complique considérablement la recevabilité des demandes reconventionnelles et l'arbitrage accuse dans ce domaine, un retard certain dont la partie privée ne manquera pas de profiter. Dans ce contexte, la notion de connexité devrait permettre d'assurer une concentration des moyens et des parties impliquées dans une même opération d'investissement. Une telle appréciation de la connexité s'inscrit dans un souci grandissant de bonne administration de la justice et d'égalité des parties qui constituent les finalités des demandes reconventionnelles. En formalisant le lien entre leur recevabilité et l'égalité des parties, l'*Institut de droit international* confirme que la finalité du contentieux de l'investissement n'est pas limitée à la protection des droits des investisseurs et qu'il convient de démystifier la toute-puissance étatique par rapport aux investisseurs dans la phase contentieuse de leurs relations économiques.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

---

**855.** Contrairement aux arbitrages contractuels, les obstacles auxquels font face les prétentions reconventionnelles des Etats sont nombreux lorsque la procédure est introduite sur le fondement d'un traité. L'analyse des conditions dans lesquelles elles sont admises donne à voir que les critères liés à la compétence et la recevabilité sont soumis à une appréciation stricte au point parfois de remettre en cause l'effectivité même du droit reconnu à tout défendeur. Il faut bien reconnaître que les résistances jurisprudentielles à admettre les prétentions reconventionnelles peuvent s'expliquer par le décalage entre la reconnaissance normative du droit procédural de soumettre des demandes reconventionnelles et l'absence palpable d'obligations explicites à la charge des investisseurs dans les traités.

**856.** Il est vrai qu'en tant que droit procédural, l'institution des demandes reconventionnelles n'a pas vocation à *créer* des droits au profit des Etats, elle n'existe que pour les révéler. Or, d'un point de vue formel, l'utilisation croissante des demandes reconventionnelles obligent les tribunaux à s'interroger, voire, redéfinir l'objet de leur mission. Assouplir l'appréciation des conditions l'admission des demandes reconventionnelles revient à reconnaître que la finalité du contentieux de l'investissement et plus généralement du consentement à l'arbitrage n'est pas strictement calqué sur les dispositions normatives des lois ou des traités. Surtout, en persistant à présenter des prétentions reconventionnelles de manière croissante dans l'arbitrage conventionnel malgré les obstacles auxquels elles font face, les Etats accélèrent le processus d'identification de leurs droits par rapport aux investisseurs. En elle-même, l'accumulation de la pratique reconventionnelle interroge sur le potentiel de mettre à jour des droits et les attentes légitimes des Etats, proposition à laquelle les tribunaux ne semblent pas nécessairement réfractaires<sup>1417</sup>. Alors, lorsqu'elle arrive à lever les obstacles de compétence et de recevabilité, la prétention reconventionnelle se réalise puisqu'elle est susceptible de produire des effets juridiques sur l'instance. Elle requiert de s'interroger plus concrètement sur la teneur des obligations de l'investisseur à l'égard de l'Etat et les conséquences de leurs violations.

---

<sup>1417</sup> *Sempra c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/0/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 289: « *The Respondent has argued that the Government also had many expectations in respect of the investment that were not met or were otherwise frustrated. Apart from the question of investment risk, it is alleged that there was, inter alia, the expectation that the investor would bear any losses resulting from its activity, work diligently and in good faith, not claim extraordinary earnings exceeding by far fair and reasonable tariffs, resort to local courts for dispute settlement, dutifully observe contract commitments, and respect the regulatory framework. The Tribunal notes that to the extent that any such issues would be within the Tribunal's jurisdiction to decide, and could have resulted in breaches of the Treaty, the Respondent would be entitled to raise a counterclaim.* »

## SECONDE PARTIE : LA REALISATION DE LA PRETENTION RECONVENTIONNELLE

---

**857.** Lorsque la prétention reconventionnelle satisfait les conditions de compétence et de recevabilité, elle se greffe à l'instance. Elle exige de l'arbitre de se prononcer sur son bien-fondé en évaluant si les fondements juridiques invoqués par l'Etat ont ou non été violés par l'investisseur. En se greffant à l'instance et à l'objet du différend, la reconvention est ainsi susceptible d'avoir des effets substantiels sur le règlement du différend d'investissement dont l'arbitre est saisi. La dimension substantielle des demandes reconventionnelles peut être appréhendée par le prisme de la distinction bien connue des internationalistes, entre les règles primaires et les règles secondaires<sup>1418</sup>. Elle requiert de distinguer les règles juridiques applicables à l'investisseur ou l'investissement et sur la base desquelles peut être caractérisée une violation, des règles secondaires relatives aux conséquences de la violation identifiée. Le tribunal arbitral est appelé à analyser le bien-fondé des réclamations étatiques visant à mettre en cause le comportement de l'investisseur, c'est-à-dire, identifier au sein des fondements juridiques de la demande reconventionnelles des obligations imputables à l'investisseur (Titre 3). S'interroger sur l'existence d'obligations primaires à la charge des investisseurs dont la violation est au cœur des demandes reconventionnelles c'est *in fine* explorer les conséquences de leur violation. Aussi, dans l'hypothèse où la demande reconventionnelle met à jour une violation du droit applicable au différend par l'investisseur, il faudra encore déterminer la nature et les contours de la responsabilité qui en découle<sup>1419</sup> (Titre 4).

---

<sup>1418</sup> Deuxième rapport sur la responsabilité des États, (M. Roberto Ago, rapporteur spécial), L'origine de la responsabilité internationale, *Annuaire CDI*, 1970 (II), p. 190, par.7 : « [D]éfinir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose est une chose et établir si cette obligation a été violée et quelles doivent être les suites de cette violation en est une autre... » ; voir aussi H. Hart, *The concept of law*, OUP, 2ème éd., 1994, chapitre 5, pp. 79-89 ; D. Alland, *Manuel de droit international public*, puf, 8<sup>ème</sup> éd., 2021, pp. 257- 258 : « règles primaires et secondaires : Tout ordre juridique prévoit les conséquences s'attachant aux manquements des règles qu'il contient...les règles secondaires qui, elles, ne trouvent à s'appliquer qu'à la suite d'une manquement, d'une violation d'une règle primaire, un fait internationalement illicite...Il ne fait aucun doute que ce modèle civil de responsabilité est dominant dans la pratique internationale tant passé que contemporaine. »

<sup>1419</sup> S. Robert-Cuendet, « Protection of the Environment and International Investment Law », in *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, M. Krajewski et R. T. Hoffman (dir.), Elgar, 2019, p. 605: « *If a reflection is engaged, in order to facilitate and generalize the procedure of counterclaim in investment arbitration, as many commentators recommend, it is also necessary to articulate this reflection with propositions on the international responsibility of foreign investors* ».

### ***TITRE 3 Les fondements juridiques des demandes reconventionnelles***

**858.** Les fondements juridiques que l'Etat choisit d'opposer à l'investisseur sont circonstanciels et dépendent de la nature de l'investissement et de la matérialisation du lien juridique entre l'Etat et l'investisseur étranger (traité, contrat, agrément, loi...). Ainsi qu'observé par la CNUDCI, « la principale difficulté t[ien]t au fait que les traités d'investissement [sont] généralement formulés pour offrir une protection aux investisseurs. Comme ils prévo[ient] des obligations réciproques limitées, les États défendeurs ne dispos[ent] donc pas de fondements pour introduire des demandes reconventionnelles. »<sup>1420</sup>. Cette explication suppose que les fondements juridiques à la disposition de l'Etat seraient limités aux dispositions normatives de l'instrument dont l'investisseur invoque la violation à titre principal. Toutefois, la diversité du droit applicable au différend d'investissement peut avoir pour effet d'élargir les fondements juridiques des demandes reconventionnelles.

**859.** Puisque l'implantation et la réalisation d'un investissement étranger dépendent de l'attractivité territoriale d'un Etat hôte, la probabilité que l'Etat élise le droit national comme fondement d'une action reconventionnelle est très grande (Chapitre 5). Quoiqu'ils restent plus rares, les cas dans lesquels l'Etat puise directement dans le droit international pour mettre en cause le comportement de l'investisseur sont en augmentation, notamment lorsque le différend est porté à la connaissance du tribunal par la voie d'un traité (Chapitre 6).

---

<sup>1420</sup> CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III, (réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats), sur les travaux de la trente- quatrième session, (Vienne 27 novembre- 1 décembre 2017), doc n° A.CN.9./930./Add.1/Rev.1, 26 février 2018.

## Chapitre 5 L'applicabilité du droit interne à l'investisseur

**860.** Le rôle joué par le droit interne dans le contentieux arbitral est l'un des facteurs de différenciation les plus marqués avec le contentieux interétatique soumis à la CIJ<sup>1421</sup>. Dans l'arbitrage *Fonderie du Trail*, s'affranchissant du célèbre prononcé de la CPJI dans l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*<sup>1422</sup>, le Tribunal a déclaré : « *an international tribunal may, and in fact, frequently does apply national law* »<sup>1423</sup>. Il est d'ailleurs remarquable d'observer que de nombreux traités d'investissement désignent de manière conjointe le droit interne et le droit international<sup>1424</sup> et que, même en des cas où les parties n'auraient pas explicitement désigné le premier comme tel, les tribunaux arbitraux l'appliquent « *anyway* »<sup>1425</sup>.

**861.** Dans la mesure où l'investisseur étranger est soumis à la réglementation du pays hôte<sup>1426</sup>, il est fréquent que l'Etat s'appuie sur son droit interne<sup>1427</sup> pour formuler une demande reconventionnelle. Ce constat s'impose, qu'il soit attaqué sur le fondement d'un traité, d'un contrat ou d'une loi.

**862.** Comme pour les demandes principales, le fondement utilisé pour la demande reconventionnelle doit faire partie du droit applicable au différend dont l'identification relève de la volonté des parties et à défaut, de la caractérisation de l'objet du différend (Section 1).

---

<sup>1421</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, note n° 35, p. 352, note n° 77, rappelant que l'article 38 du Statut « devrait exclure la désignation d'un droit national devant la CIJ ».

<sup>1422</sup> *C.P.J.I., Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise n°7, fond.*, 25 mai 1926, *Série A*, p. 19 : « Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives ». La Cour a néanmoins pu appliquer le droit national prenant en compte la jurisprudence nationale. Elle a expliqué que « La Cour étant arrivée à la conclusion qu'il y a lieu d'appliquer le droit interne d'un pays déterminé, il ne semble guère douteux qu'elle doit s'efforcer de l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur. Il s'ensuit que la Cour doit tenir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra déterminer quelles sont vraiment les règles qui, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable en l'espèce. », *C.P.J.I., Affaire relative au paiement en or des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, arrêt n°15, 12 juillet 1929, *Série A*, p. 124.

<sup>1423</sup> *Fonderie du Trail (USA c. Canada)*, *RSA*, vol. III, 1941, p. 1949.

<sup>1424</sup> Z. Douglas, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, note n°171, p. 194.

<sup>1425</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Service c. Philippines*, *Affaire CIRDI n° ARB 11/12*, sentence, 10 décembre 2014, p. 298. Le tribunal précise qu'il devra appliquer le droit national « *whether or not the BIT makes reference to it* ».

<sup>1426</sup> A. de Nanteuil, « Réflexions sur les droits de l'Etat d'accueil dans le droit international de l'investissement », *op. cit.*, note n° 377, p. 332.

<sup>1427</sup> Dans le cadre du présent chapitre, l'expression « droit interne » est considérée comme équivalente aux variations terminologiques désignant parfois « le droit de l'Etat hôte » ou le « droit national ». L'expression est également celle favorisée par la CDI dans les *Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait international illicite et commentaires y relatifs*, 2001, commentaire de l'article 3, p. 83 : « Dans la version française, l'expression 'droit interne' est préférée à 'législation interne' et à 'loi interne', parce qu'elle couvre toutes les dispositions de l'ordre juridique interne, que celles-ci soient écrites ou non, ou qu'elles prennent la forme de règles constitutionnelles ou législatives, de décrets ou de décisions judiciaires ».

Derrière la relative simplicité de la méthode d'identification du droit applicable aux demandes reconventionnelles se niche le problème plus complexe du champ matériel du droit interne susceptible d'être invoqué par l'Etat devant les prétoires internationaux. Autrement dit, l'applicabilité exclusive ou conjointe du droit interne ne règle pas la question de son application. En effet, une partie de la jurisprudence a morcelé le droit national susceptible d'être invoqué par l'Etat, en distinguant les obligations « relatives à l'investissement » des obligations de « droit commun »<sup>1428</sup>. Ce faisant, l'applicabilité d'une norme, c'est-à-dire « la vocation d'une norme à régir une situation »<sup>1429</sup>, ne semble pas toujours coïncider avec son application, c'est-à-dire l'« opération consistant à donner effet à une règle de droit »<sup>1430</sup> permettant sa mise en œuvre (Section 2).

### *Section 1 Les fondements de l'applicabilité du droit interne à l'investisseur*

**863.** Comme pour les demandes principales, le fondement des demandes reconventionnelles dépend principalement des termes de l'instrument en cause entre les parties et de la caractérisation de l'objet du différend. En matière d'investissement, le différend peut être relatif à un traité, un contrat ou une loi. Bien que l'identification de la volonté des parties règne en maître pour assurer le respect de l'ordre juridique interne (I), l'applicabilité du droit interne peut, à défaut d'un choix explicite, se faire de manière tacite par le tribunal arbitral (II).

#### *I. L'applicabilité expresse du droit interne au différend d'investissement*

**864.** La première phrase de l'article 42 (1) de la Convention CIRDI reproduit une règle commune à tous les règlements de procédure arbitrale, d'après laquelle primauté est donnée au choix des parties<sup>1431</sup>. Évidemment, la désignation expresse du droit interne permet aux deux parties de s'appuyer sur ce choix pour formuler une demande principale ou reconventionnelle (A). Mais les traités d'investissement offrent un point d'entrée supplémentaire au droit

---

<sup>1428</sup> *Supra*, Chapitre 4, paras. 749- 767.

<sup>1429</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, note n° 199, p. 72 ; J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n°1, p. 71.

<sup>1430</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n°1, p. 73.

<sup>1431</sup> H. E Kjos, *Applicable law in Investment Arbitration : the Interplay between National and International law*, *op. cit.*, note n°639, p. 61 ; Article 42 (1) et (2) de la Convention CIRDI : « (1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière. (2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit. »

national, celui de la clause de conformité (B). L'effet de ces deux clauses est variable, mais toutes deux permettent de mettre en cause le comportement de l'investisseur au regard du droit interne.

*A. La détermination du droit applicable suivant la volonté des parties à l'accord d'investissement*

**865.** Le droit des parties de choisir le droit applicable à la résolution de leurs différends résulte du principe de l'autonomie de la volonté, reconnu par tous les systèmes juridiques<sup>1432</sup>, y compris le système juridique international<sup>1433</sup>. En vertu de ce principe, l'applicabilité du droit national peut être prévue de manière expresse par les traités (1) ou les contrats relatifs aux investissements (2).

**866.** Pour ces deux instruments, l'importance du rôle joué par le droit interne est fonction de l'étendue du consentement à l'arbitrage exprimé par les parties au traité ou au contrat. L'applicabilité du droit interne n'est pas amoindrie par la désignation conjointe d'un autre droit. Aussi, la désignation du droit interne n'obère pas de la primauté donnée au droit international. Nul besoin donc de distinguer les situations dans lesquelles il s'applique de manière exclusive ou de manière conjointe avec le droit international puisque dans les deux cas, l'Etat pourra s'appuyer sur son droit national pour formuler une action reconventionnelle contre l'investisseur, dans la mesure de sa compatibilité avec le droit international.

*1. La désignation non-exclusive du droit interne dans les traités d'investissement*

**867.** Le fait qu'un traité prévoit l'applicabilité du droit national à la résolution du différend ne vaut pas application automatique de ce droit aux prétentions (principales ou reconventionnelles) des parties. Pour que la désignation du droit national produise des effets, la clause de règlement des différends doit être suffisamment large pour couvrir les réclamations nées de la violation du droit interne en donnant par exemple compétence pour les différends relatif à l'investissement. L'invocation du droit national par l'Etat peut être neutralisée si la clause limite la compétence « aux différends nés de la violation du traité par l'Etat ». En effet, le consentement des parties dans un traité ne saurait être élargi par la clause de droit applicable.

---

<sup>1432</sup> *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, 19 janvier 1977, par. 25.

<sup>1433</sup> A. Broches, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of others States in International Arbitration », in *Liber Amicorum for Martin Domke*, P. Sanders (dir.), 1967, p. 12.

Bien qu'une lecture conjointe de la clause de règlement des différends et de la clause de droit applicable soit préconisée pour favoriser la bonne résolution du différend, on ne peut ignorer que la première prime sur la seconde pour tracer le champ de compétence des cours et tribunaux internationaux<sup>1434</sup>.

**868.** Le TIDM dans l'affaire *Norstar* a rappelé en des termes clairs que la clause de droit applicable de la CNUDM « ne saurait servir à étendre la compétence du Tribunal »<sup>1435</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse d'une cohabitation entre une clause de règlement étroite, par exemple relative « aux différends nés de la violation du TBI par l'Etat » et une clause de droit applicable étendue au droit national et international<sup>1436</sup>, l'Etat serait mis en difficulté pour formuler des demandes reconventionnelles fondées sur son droit national, à moins que la question de la conformité au droit national soit transférée au fond<sup>1437</sup>, ou qu'il puisse élever la violation du droit interne en une violation du traité<sup>1438</sup>. De même, lorsque les parties désignent dans le traité exclusivement le droit international comme droit applicable à leur différend<sup>1439</sup>, la demande reconventionnelle de l'Etat fondée sur le droit national a peu de chances d'aboutir, en particulier lorsque la clause de règlement des différends limite la compétence du tribunal aux différends relatifs « aux obligations prévues par le traité ». Combinées, ces types de clauses auront pour effet de rendre inapplicable le droit national tant aux demandes principales que reconventionnelles.

**869.** L'affaire *Spyridon Roussalis* est une illustration. La combinaison d'une clause restreinte de règlement des différends et de droit applicable limitée « aux dispositions du traité et aux principes de droit international » a eu raison de l'action reconventionnelle roumaine fondée sur la violation du droit bancaire par l'investisseur<sup>1440</sup>. La dissidence remarquée de M. Reisman ne

---

<sup>1434</sup> C. Crépet Daigremont, « La protection découlant du droit applicable aux contrats », in *Droit des investissements internationaux perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 340.

<sup>1435</sup> *Navire M/V "Norstar" (Panama c. Italie)*, Affaire TIDM n° 25, jugement, 10 avril 2019, par. 136 : « Le Tribunal juge toutefois opportun, vu les circonstances de l'espèce, de faire une observation de portée générale. Il est d'avis qu'une distinction doit être opérée entre, d'une part, la question de sa compétence et, de l'autre, le droit applicable. Il relève à cet égard que l'article 293 de la Convention, qui porte sur le droit applicable, ne saurait servir à étendre la compétence du Tribunal ». Si l'instrument en cause entre les parties opère un renvoi à un autre instrument, le renvoi peut alors intégrer les règles matérielles de l'instrument objet du renvoi. Voir, *CSOB c. Slovaquie*, Affaire CIRDI n°ARB/97/4, décision sur les objections à la compétence, 24 mai 1999, par. 55 : « *The Tribunal concludes, therefore, that by referring to the BIT [in the contract], the parties intended to incorporate Article 8 of the BIT by reference into the Consolidation Agreement, in order to provide for international arbitration as their chosen dispute-settlement method. The soundness of this conclusion is confirmed by the fact that the provisions of the BIT were well known to the negotiators for both parties.* ».

<sup>1436</sup> *Casinos Austria c. Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/14/32, décision sur la compétence, 29 juin 2018 ; Voir aussi le TBI entre la Suisse et l'Égypte (7 juin 2010).

<sup>1437</sup> *Supra*, Chapitre 3, par.607 et suiv. ; *Infra*, au présent chapitre, par.879 et suivant ; voir aussi par.910 et suiv.

<sup>1438</sup> *Infra*, au présent chapitre, par. 884 (*Al warraq c. Indonésie*), par.1010 (*Aven c. Costa Rica*)

<sup>1439</sup> CETA, article 8.31, (2): « *The Tribunal may consider...the domestic law of the disputing Party as a matter of fact...[a CETA Tribunal] shall not have jurisdiction to determine the legality of a measure...under the domestic law of the disputing Party* » ; Voir également l'accord UE-Viet Nam, article 16.2.

<sup>1440</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, sentence, *op. cit.*, note n°477, *Supra*, Chapitre 2 par. 296- 301.

conteste pas cette observation puisqu'elle critique le raisonnement suivi par la majorité au sujet du consentement de l'investisseur sans aborder la question du droit applicable<sup>1441</sup>.

**870.** Plus intéressante, est l'hypothèse d'une désignation conjointe du droit national et du droit international par les Etats parties à l'accord d'investissement<sup>1442</sup> qui s'accompagne d'une clause de règlement des différends plus large, couvrant par exemple « les différends relatifs aux investissements ». Dans ces cas-là, l'applicabilité conjointe du droit national et du droit international à la résolution d'un différend conventionnel permet à l'investisseur de formuler des griefs non-conventionnels<sup>1443</sup> et à l'Etat d'invoquer en sa faveur la violation des obligations issues du droit national contre l'investisseur. C'est ce qu'il est permis de déduire de la sentence *Goetz c. Burundi (II)* dont le traité désignait notamment le droit national comme droit applicable<sup>1444</sup>. L'investisseur souhaitait engager la responsabilité de l'Etat pour la révocation d'un certificat de zone franche et pour inexécution d'un protocole d'accord des parties. A titre reconventionnel, le Burundi reprochait à l'investisseur la violation dudit certificat ayant entraîné un gain manqué fiscal ainsi qu'une perturbation de ses marchés financiers<sup>1445</sup>. Après avoir admis la recevabilité des demandes reconventionnelles, le tribunal les a rejetées au motif que le Burundi n'avait pas apporté « le moindre commencement de preuve des dommages qui lui auraient été causés de fait que le comportement [de l'investisseur] aurait porté atteinte à la concurrence et à la stabilité financière du pays » et que le manque à gagner dont se plaignait le

---

<sup>1441</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 300-301.

<sup>1442</sup> TBI France- Qatar, (8 juillet 1996) article 8 « Le tribunal d'arbitrage prend ses décisions à la majorité des voix. Ces décisions sont ... prises en conformité avec les dispositions de cet accord, la législation de la Partie contractante partie au différend et les principes du droit international ». La clause de règlement des différends donne compétence pour « tout différend de nature juridique en relation directe avec un investissement »; TBI Suisse-Zimbabwe (15 août 1996), article 10 (3) « Le tribunal arbitral statue sur la base du présent Accord et d'autres accords pertinents existant entre les Parties contractantes, des termes de tout accord particulier intervenu au sujet de l'investissement, de la législation de la Partie contractante partie au différend, y compris ses règles relatives aux conflits de lois, ainsi que des règles de droit international applicables », La clause de règlement des différends donne compétence pour « les différends relatifs à des investissements ». E. Kjos, *Applicable law in investor-state arbitration: the interplay between national and international law*, *op. cit.*, note n°639, p. 103: « Thus, the parties may agree to the application of national or international law; and frequently, a combination of both ».

<sup>1443</sup> *Salini Costruttori. c. Maroc*, Affaire CIRDI n°ARB/00/4, décision sur la compétence, 23 juillet 2001, par. 59. (Bien que le traité ne contienne pas de clause de choix de loi, l'observation demeure pertinente : la clause de règlement des différends étendue ne saurait « être interprétée dans le sens d'une exclusion de tout grief d'origine contractuelle du champ d'application de cet article ».

<sup>1444</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, (article 8 (5) de la Convention entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise et le Burundi du 13 avril 1989: « L'organisme d'arbitrage statue sur base : du droit national de la Partie contractante partie au litige, sur le territoire de laquelle l'investissement est situé, y compris les règles relatives aux conflits de lois ; des dispositions de la présente Convention ; des termes de l'engagement particulier qui serait intervenu au sujet de l'investissement ; des règles et principes de droit international généralement admis.. »)

<sup>1445</sup> *Ibid*, par. 286 : « au cas où la demande des consorts GOETZ, serait déclarée recevable, les condamner à payer à la concluante les taxes, impôts et autres droits dus par la société *African Bank* sur les opérations qu'elle a illicitement effectuées depuis sa constitution sur base du certificat de zone franche violé et condamnation de celle-ci ».

défendeur « n'a[vait] pas pour cause la méconnaissance par [l'investisseur] des obligations qui lui avaient été imposées par le certificat de zone franche »<sup>1446</sup>.

**871.** Le raisonnement du Tribunal confirme que l'applicabilité du droit national (fût-elle conjointe avec le droit international) peut être utilisée par l'Etat à titre reconventionnel pour opposer à l'investisseur d'éventuelles violations du droit national même lorsque le différend est engagé par la voie d'un traité. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que le premier Tribunal dans cette affaire avait analysé la licéité du comportement de l'Etat tant au regard du droit international que du droit interne<sup>1447</sup>.

**872.** Dès lors, si l'Etat rapporte la preuve de son allégation, l'applicabilité du droit interne permet au tribunal de se prononcer sur la conformité du comportement de l'investisseur au regard de ce droit même lorsque la procédure est engagée par la voie d'un traité.

## *2. La désignation du droit interne dans les contrats d'investissement*

**873.** La volonté des parties en faveur du droit interne s'impose avec la même force à l'arbitre dans le domaine contractuel. Le contrat d'investissement est une figure protéiforme qui inclut une grande variété d'accords tels que les contrats de concession, de partage de production, de partenariat public-privé, d'exploration ou d'exploitation, ayant pour objet la réalisation d'un investissement<sup>1448</sup>. La catégorie des contrats d'investissement ou contrat transnational comprend également la catégorie théorisée par la doctrine des contrats d'Etat<sup>1449</sup> mais s'étend en réalité à une grande variété d'instruments synallagmatiques<sup>1450</sup>. Contrairement aux traités qui ne contiennent pas ou peu d'obligations à la charge de l'investisseur, la nature synallagmatique du contrat d'investissement facilite considérablement les demandes reconventionnelles. Comme expliqué, les demandes reconventionnelles de l'Etat fondées sur la

---

<sup>1446</sup> *Ibid*, par. 287.

<sup>1447</sup> *Goetz c. Burundi (I)*, sentence avec accord parties, 10 février 1999, paras. 101, 118 : « La partie défenderesse n'ayant pas fait valoir ses droits, le Tribunal ne dispose au sujet du droit administratif burundais d'aucune information autre que celle qui lui a été fournie par les requérants, à savoir que ce droit s'inspire des mêmes principes que le droit administratif belge et le droit administratif français ... à supposer même que le droit burundais consacre la responsabilité sans faute de l'Etat du fait de décisions administratives légales dans les mêmes conditions et limites que le droit administratif français, l'indemnisation du préjudice subi par les requérants du fait de l'ordonnance ministérielle du 29 mai 1995 et de la décision en faisant application devrait en tout état de cause être exclue. Compte tenu de cette conclusion, le Tribunal estime inutile de se prononcer sur l'existence et les contours d'une telle théorie en droit burundais ».

<sup>1448</sup> C. Crépet Daigremont, « La protection découlant du droit applicable aux contrats », *op. cit*, note n°1434, p.333.

<sup>1449</sup> P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *RCADI*, vol. 128, 1969, pp. 94-240 ; C. Leben, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 302, 2003, pp. 201-386.

<sup>1450</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 114.

violation du contrat et du droit national applicable à celui-ci, ont été recevables<sup>1451</sup>. En toute logique, les tribunaux saisis d'actions reconventionnelles fondées sur la violation du contrat renvoyant au droit de l'Etat hôte analysent la légalité du comportement de l'investisseur au regard de ce droit<sup>1452</sup>.

**874.** Le contrôle du respect du droit interne peut aller au-delà de la sphère strictement contractuelle. Dans deux affaires ci-après analysées, les arbitres ont eu à se prononcer sur la responsabilité contractuelle et délictuelle du cocontractant ayant violé la clause compromissoire d'un contrat en ayant eu recours aux juridictions nationales pour le prononcé de mesures conservatoires. La conformité des recours parallèles de l'investisseur au regard du contrat et du droit interne s'est présentée dans les affaires *Atlantic Triton c. Guinée*<sup>1453</sup> et *MINE c. Guinée*<sup>1454</sup>.

**875.** Dans l'affaire *Atlantic Triton*, le contrat de gestion désignant la loi guinéenne « semblable au droit français » était relatif à la conversion, l'équipement et la gestion de navires de pêche. L'accord fut rompu par l'investisseur après des problèmes d'équipement d'installations portuaires lui ayant causé des difficultés financières. Réclamant un impayé contractuel à la Guinée, l'investisseur a pris l'initiative de deux procédures parallèles. Il a saisi les tribunaux CIRDI pour manquement contractuel, et en parallèle, les juridictions françaises d'une demande de saisie conservatoire des navires. Devant le CIRDI, l'Etat a formulé plusieurs

---

<sup>1451</sup> *Atlantic Triton c. Guinée*, Affaire CIRDI n°ARB 84/1, sentence, 21 avril 1986, *ICSID Reports n°1*, p 36. ; *Adriano Gardella S.p.A c. Côte d'Ivoire*, Affaire CIRDI n°ARB/74/1, sentence, 29 août 1977, *ICSID Reports n°1* ; *Atlantic Triton c. Guinée*, Affaire CIRDI n°ARB 84/1, sentence, 21 avril 1986, *ICSID Reports n°1* ; *Klöckner c. Cameroun and Société Camerounaise des Engrais (I)*, Affaire CIRDI n°ARB/81/2, sentence, 21 octobre 1983, *JDI*, vol. 111, p. 409 ; *SARL Benvenuti & Bonfant c. Congo*, Affaire CIRDI n°ARB/77/2, sentence, 8 août 1980, *ICSID Report*, vol.1, p. 330 ; *MINE c. Guinée*, Affaire CIRDI n°ARB 84/4, sentence, 6 janvier 1988 ; *Amco Asia Corporation and others c. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI n°ARB/81/1, sentence sur la compétence après renvoi par le Comité d'annulation, 10 mai 1988 ; *Togo Electricité c. Togo*, sentence, *op. cit.*, note n° 211, par. 230 ; *Zeevi Holdings c Bulgarie et agence de privatization bulgare*, Affaire CCI n°UNC 39/DK, sentence, 25 octobre 2006, par. 545. *Grenada Private Power Limited and WRB Enterprises, Inc. c. Grenade*, Affaire CIRDI n°ARB/17/13, sentence, 19 mars 2020

<sup>1452</sup> *Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire*, sentence, *ICSID Reports*, vol. 1, p. 283: « Both parties admit that their agreement is governed by the law of the Ivory Coast. Gardella has pleaded, it is true, that the law of the Ivory Coast ought to apply, in this case, within the framework and in the context of public international law. However, Gardella has not drawn any other conclusion from that argument other than that it is necessary to have regard to the rule 'pacta sunt servanda' and to the principle of good faith, principles which are equally recognised by the law of the Ivory Coast as well as by French law ». En l'espèce les deux parties se reprochaient à titre principal et reconventionnel d'avoir violé le contrat et répudié le contrat d'association pour la production de chanvre et de production d'une usine textile. Le Tribunal a débouté les deux parties de leurs demandes en dommages et intérêts.

<sup>1453</sup> *Atlantic Triton c. Guinée*, Affaire CIRDI n°ARB 84/1, sentence, 21 avril 1986, *Supra*, Chapitre 1, par. 157.

<sup>1454</sup> *MINE c. Guinée*, Affaire CIRDI n°ARB 84/4, sentence, 6 janvier 1988, *Supra*, Chapitre 1, par. 160. (Malgré l'accord par compromis entre les parties en faveur des tribunaux CIRDI, l'investisseur a eu recours aux juridictions américaines puis européennes pour un obtenir un ordre de saisie des navires. Une fois la procédure arbitrale engagée, le tribunal CIRDI a jugé que l'action de l'investisseur était contraire à l'engagement des parties à l'article 26 de la Convention. Il a donc adopté une ordonnance recommandant la suspension des procédures parallèles (p. 40) : « the Tribunal issued its Provisional Measure, ruling that MINE's litigation to enforce the AAA award in European courts constituted an "other remedy" under Art. 26 of the ICSID Convention; that the litigation breached MINE's submission of its dispute with Guinea to ICSID for arbitration »

demandes reconventionnelles visant à engager la responsabilité contractuelle et délictuelle de l'investisseur pour avoir eu recours aux juridictions nationales en violation de la clause compromissoire insérée au contrat et de la loi guinéenne. Compte tenu de l'impossibilité à cette époque pour les tribunaux arbitraux d'ordonner des mesures conservatoires<sup>1455</sup>, le Tribunal n'a pas jugé que le recours aux juridictions françaises par l'investisseur à cette fin soit constitutif d'une violation du contrat. Donnant plein effet à la loi française désignée par les parties, le tribunal a en outre considéré que l'investisseur ne pouvait engager sa responsabilité délictuelle du fait des procédures parallèles et qu'aucun abus n'avait été commis<sup>1456</sup> mais que la Guinée avait en revanche violé le contrat.

**876.** L'affaire *Togo Electricité* relative à la résiliation unilatérale d'un contrat de concession d'électricité par l'investisseur confirme que les tribunaux arbitraux donnent plein effet au droit interne désigné par les parties. Faisant une application rigoureuse du droit togolais à la demande reconventionnelle, le tribunal a rappelé que quelle que soit l'ampleur des violations commises par l'Etat dans un contrat de concession « selon les principes généraux de droit administratif des contrats hérités du droit français au moment de l'indépendance du Togo, cette Concession ne peut être terminée par la décision unilatérale du Concessionnaire qui met fin ainsi à sa gestion du service public »<sup>1457</sup>. Les investisseurs engagés dans un contrat de concession ne sauraient « agir seul[s] par leur volonté unilatérale » sans porter atteinte au principe reconnu pendant « près de deux siècles ... de continuité du service public »<sup>1458</sup>. En conséquence, le tribunal prononça la résiliation du contrat de concession aux torts de l'investisseur sans toutefois indemniser aucune des parties pour leurs prétentions respectives.

**877.** En réalité, contrairement à la matière conventionnelle, les exemples de succès d'actions reconventionnelles fondées sur la violation d'un contrat ne sont pas rares<sup>1459</sup>. L'affirmation déjà

---

<sup>1455</sup> *Supra*, Chapitre 1, paras. 157-163 (les tribunaux CIRDI ne pouvaient alors que « recommander » des mesures conservatoires).

<sup>1456</sup> *Atlantic triton c. Guinée, ICSID Reports*, vol. I, p. 26: « Une telle démarche ne pouvant être considérée comme abusive en raison de la faculté dont dispose légalement le débiteur d'obtenir, s'il le désire, par des voies judiciaires très simples, le cantonnement de la saisie... ; La loi française permet à toute personne qui justifie d'un principe certain de créance, d'obtenir unilatéralement du juge compétent l'autorisation de pratiquer saisie. Mais le débiteur saisi dispose de moyens rapides et efficaces pour faire valoir contradictoirement ses arguments et obtenir soit la mainlevée pure et simple de la saisie, soit son cautionnement, soit sa mainlevée contre fourniture d'une garantie de substitution. 2.8. Afin de déterminer si une saisie a été pratiquée de façon téméraire et abusive, il convient de se placer à la date où la mesure a été sollicitée. C'est à cette date qu'il convient d'apprécier si le principe de créance dont se prévaut le demandeur est certain ou si le demandeur a demandé la saisie en sachant qu'il ne disposait en fait d'aucun droit. Il n'apparaît donc pas qu'il puisse être soutenu qu'Atlantic Triton ait sollicité les mesures conservatoires litigieuses en sachant que les créances dont elle se prévalait étaient fictives ou inexistantes »

<sup>1457</sup> *Togo Electricité c. Togo*, sentence, *op. cit.*, note n° 211, par. 176.

<sup>1458</sup> *Ibid*, par. 170.

<sup>1459</sup> *Salini Costruttori S.P.A. c. Maroc*, Affaire CCI n° 16550/ND, sentence, 5 décembre 2011, par. 183.

étayée ne nécessite pas d'être davantage documentée<sup>1460</sup>, sauf à rappeler que l'applicabilité du droit national n'exempte pas l'Etat attaqué d'un travail de documentation de ses allégations afin « de prouver l'existence d'éléments capables de soutenir, même *prima facie*, une faute quelconque qui puisse engager la responsabilité [de l'investisseur] ». <sup>1461</sup>

**878.** Ainsi, la clause de droit applicable insérée dans les contrats ou les traités permet d'introduire une demande reconventionnelle fondée sur ce droit, dès lors que cette demande a trait à l'opération d'investissement. La présence d'une clause de conformité au droit national peut également être appréhendée comme un autre point d'entrée du droit interne sur lequel la demande reconventionnelle pourrait s'appuyer, bien qu'elle produise des effets plus controversés.

### ***B. La clause de conformité au droit interne dans les traités***

**879.** La clause de conformité exige que l'investisseur se conforme aux lois et réglementations en vigueur dans le pays hôte. Fréquente dans les traités d'investissement<sup>1462</sup>, elle existe aussi dans les contrats<sup>1463</sup> ou les lois nationales de promotion de l'investissement<sup>1464</sup>. Dans le cadre de la présente partie, seul est analysé l'effet de la clause de conformité insérée dans les traités, sur le contentieux de l'investissement. Pour rappel, la clause de conformité au droit interne peut aussi être disséminée dans les clauses de définition de l'investissement et plus rarement dans

---

<sup>1460</sup> *Supra*, Chapitre 1, paras 128,132,150; voir aussi *Zeevi Holdings c. Republic of Bulgaria and the privatization Agency of Bulgaria* (CNUDCI), sentence 2006, par. 1217.

<sup>1461</sup> *Togo Electricité c. Togo*, sentence, *op. cit.*, note n° 211, par. 230.

<sup>1462</sup> R. Moloo et A. Khachaturian, « The compliance with the Law requirement in International Investment Law », *Fordham International Law Journal*, 2011, vol. 6, p. 1477 ; A. Carlevaris, « The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals », *JWI & T*, vol. 9, n°1, 2008, p. 36 ; I. El Hayek, *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement*, Paris Sorbonne, 2016, p. 251.

<sup>1463</sup> *Contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbure entre la République du Sénégal et Total et Petrosen*, 12 mai 2017, article 4 (1) : « Le contractant devra respecter les lois et règlements de la république du Sénégal ». (Publié en ligne par l'Etat sénégalais : <https://www.sec.gouv.sn/contrat-de-recherche-et-de-partage-de-production-d%E2%80%99hydrocarbures-rufisque-offshore-profond-total>)

<sup>1464</sup> Article 3 de loi algérienne de promotion de l'investissement de 2018 : « Les investissements visés par les dispositions de la présente loi sont réalisés dans le respect des lois et règlements en vigueur, notamment ceux relatifs à la protection de l'environnement, aux activités et professions réglementées et, d'une manière générale, à l'exercice des activités économiques. » ; article 1 de la loi égyptienne n°72 d'investissement de 2017 ; article 7 de la loi guinéenne d'investissement de 2015 applicable aux « investisseurs régulièrement établis » ; Ordonnance n° 2018 – 646 du 1 août 2018 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire, article 36 : « L'investisseur doit respecter les lois et règlements en vigueur notamment aux droits de la personne, au droit du travail, à la responsabilité sociétale, à la protection de l'environnement, à la fiscalité et à la lutte contre la corruption et les activités illicites. »

les clauses de protection substantielles<sup>1465</sup> du traité<sup>1466</sup> sans être limitée à la phase de réalisation de l'investissement<sup>1467</sup>.

**880.** Sur le plan formel, les clauses de conformité au droit interne ne sont pas équivalentes à une clause de droit applicable. Elles peuvent néanmoins être classées dans la catégorie des fondements exprès d'applicabilité du droit national dans la mesure où, en choisissant de les inclure, les Etats parties au traité expriment leur volonté d'opérer un renvoi<sup>1468</sup> au droit national. C'est donc la nature de ce renvoi au droit national qui est la clef de compréhension du rôle que peut jouer la clause de conformité dans la résolution du différend principal et reconventionnel.

**881.** D'abord, les clauses de conformité qui sont *limitées à la phase de réalisation* de l'investissement sont des « faux-renvois »<sup>1469</sup>. Elles peuvent être décrites comme des avatars des clauses de compatibilité, technique bien connue du droit des traités<sup>1470</sup> d'après laquelle un traité stipule que ses dispositions doivent être compatibles avec celles d'un autre traité. Serait donc seulement protégé tout investissement réalisé de manière *compatible* (« conformément à ») avec le droit national. Ce n'est pas le TBI qui doit être compatible avec le droit de l'Etat hôte mais la protection internationale qui découle de l'applicabilité du TBI à l'investissement. Lorsqu'elle est placée dans la définition de la notion d'investissement<sup>1471</sup>, l'exigence de

---

<sup>1465</sup> *Inceysa Vallisoletana S.L. c. Salvador*, Affaire CIRDI n°ARB/03/26, sentence, 2 août 2006, par. 189: « *First, many investment treaties incorporate limitations into their definition of investment [...] Alternatively or in addition, State Parties sometimes incorporate a requirement of compliance with the host State's laws into provisions addressing the applicability of the treaty [...] A common variation in applicability provisions of investment treaties is to specify the prerequisite of investment legality for the extension of treaty protections to investments made prior to the date the treaty entered into force [...] Third, State Parties frequently incorporate "in accordance with law" limitations into treaty provisions requiring host States to admit or accept foreign investments [...] Finally, State Parties frequently incorporate "accordance with law" requirements in the provision pledging protection and non impairment of qualifying investments, which is usually the first substantive obligation section of the investment treaties* ».

<sup>1466</sup> TBI Egypte – Maurice (25 juin 2014), la clause de conformité est présente dans la définition de l'investissement (article 1), le champ d'application (article 2), la clause de promotion et de protection des investissements (articles 3 et 4) ; TBI Allemagne-Philippines, article 2(1): « *Each Contracting State shall promote as far as possible investments in its territory by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its Constitution, laws and regulations* »).

<sup>1467</sup> TBI Argentine – Qatar (6 novembre 2016), article 11 *Compliance with the law of the host State*: « *The Contracting Parties acknowledge that investors and their investments shall comply with the laws of the host Contracting Party with respect to the management and operation of an investment.* »

<sup>1468</sup> Entendu comme une « [t]echnique de formulation de textes juridiques consistant à se référer expressément à d'autres textes juridiques, sans les reproduire », J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, note n° 1, p. 971.

<sup>1469</sup> M. Forteau, « Les renvois inter-conventionnels », *AFDI*, vol. 49, 2003, p. 75 : « À la différence des clauses de compatibilité, les renvois inter-conventionnels visent à assurer non pas l'application parallèle de deux conventions, ni à plus forte raison l'application exclusive de l'une au détriment de l'autre, mais leur application conjointe et solidaire. »

<sup>1470</sup> Article 30 (2) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969 : « Lorsqu'un traité précise ...qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec un autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent ».

<sup>1471</sup> Voir TBI Israël – Ouzbekistan (4 juillet 1994), article 1(1) : « *The term 'investment' shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party ... including, but not limited to...* »

conformité au droit national peut donc s'assimiler à un « fait condition »<sup>1472</sup> de l'applicabilité du traité dont la violation prive le tribunal de sa compétence<sup>1473</sup>. Autrement dit, le juge international « devra se référer au droit interne pour appliquer la règle internationale qui y renvoie »<sup>1474</sup>. Le constat d'une violation du droit national par l'investisseur *au moment de la réalisation de l'investissement*<sup>1475</sup> s'érige comme un obstacle au bénéfice de la protection du traité et à l'exercice de la compétence du tribunal<sup>1476</sup>. Dans la mesure où l'incompétence d'un tribunal à titre principal arrête net toute action reconventionnelle, il est inutile de revenir sur les divergences portant sur les fondements de l'incompétence<sup>1477</sup> en cas de violation de la clause de conformité.

**882.** Mais contrairement aux illégalités « de départ »<sup>1478</sup>, les illégalités survenant pendant la vie de l'investissement ne sont pas incompatibles avec l'application du traité et peuvent donc être utilisées par l'Etat et débattues au fond<sup>1479</sup>. Comme cela fut souligné dans le cadre de la connexité<sup>1480</sup>, c'est à ce titre que l'exigence de conformité présente un intérêt dans la mesure où par son intermédiaire, l'Etat peut se prévaloir d'une violation du droit interne à titre

---

<sup>1472</sup> C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique : Etude du traitement du droit interne par le droit international*, Pedone, 2001, pp.125-145.

<sup>1473</sup> *Supra*, Chapitre 2, paras. 387-390. Lorsque l'exigence de conformité est présente dans la définition de l'investissement, elle est une condition d'existence de cet investissement sans laquelle le tribunal est dépourvu de compétence matérielle. Lorsqu'elle est placée dans des clauses de protection substantielles et que l'Etat s'engage à octroyer à l'investisseur réalisé en conformité avec son droit national, elle est une condition du bénéfice de la protection substantielle dans laquelle elle s'insère; *Convial Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. Pérou*, Affaire CIRDI n°ARB/10/2, sentence, 21 mai 2013, par. 393 ; *Saba Fakes c. Turquie*, Affaire CIRDI n°ARB/07/20, sentence, 14 juillet 2010, par. 115.

<sup>1474</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international, op. cit.*, note n° 35, p. 359, par. 571.

<sup>1475</sup> *Metal-Tech Ltd. c. Republic of Uzbekistan*, Affaire CIRDI n°ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013, par. 193. « [T]he Tribunal concludes that the term 'assets implemented' refers to the time when the investment was made. In other words, the Treaty requires that the investment must be legal when it is initially established. Article 1 simply does not address whether or not the investment must be operated lawfully after it is in place ».

<sup>1476</sup> *Ibid*, par.372: « [t]he Tribunal comes to the conclusion that corruption is established to an extent sufficient to violate Uzbekistan law...As a consequence, the investment has not been 'implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made' as required by Article 1(1) of the BIT »).

<sup>1477</sup> Sur la distinction entre argument d'incompétence ou d'irrecevabilité voir, J. Hepburn, « In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the 'Defence' of Investor Illegality in Investment Arbitration », *JIDS*, 2014, vol. 5, n°3, p. 536; A. Carlevaris, « The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals » *op. cit.*, note n° 1462; R. Moloo et A. Khachaturian, « The compliance with the Law requirement in International Investment Law », *op. cit.*, note n° 1462, p.1488.

<sup>1478</sup> I. El Hayek, La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement, *op. cit.*, note 1462, par. 442

<sup>1479</sup> *Metal-Tech LTD c. Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n°ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013, par. 127: « The Tribunal does not share the view expressed for instance in Phoenix pursuant to which compliance with the laws of the host State and respect of good faith are elements of the objective definition of investment under Article 25(1) of the ICSID Convention. In the Tribunal's view, the Contracting Parties to an investment treaty may limit the protections of the treaty to investments made in accordance with the laws and regulations of the host State. Depending on the wording of the investment treaty, this limitation may be a bar to jurisdiction, i.e. to the procedural protections under the BIT, or a defense on the merits, i.e. to the application of the substantive treaty guarantees ».

<sup>1480</sup> *Supra*, Chapitre 3, paras. 607-624.

reconventionnel dont il entend faire produire des effets au niveau international. La clause de conformité qui exige que l'investisseur se conforme aux lois et règlements de l'Etat hôte, est une reconnaissance internationale de l'applicabilité de l'ordre juridique interne à l'investisseur pendant toute la durée de l'investissement. La clause peut alors être appréhendée comme un fondement aux demandes reconventionnelles permettant à l'Etat d'invoquer la violation du droit national contre l'investisseur<sup>1481</sup>.

**883.** Cette pratique suggère que la nature du renvoi au droit national n'est pas seulement formelle<sup>1482</sup>. En effet, le renvoi au droit national n'a pas pour seul but de faire appliquer la règle de droit international<sup>1483</sup>, mais permet d'invoquer directement la violation du droit national à l'investisseur. L'effet de la clause de conformité est « d'incorporer » les dispositions du droit national objet du renvoi, au sein du traité dont l'investisseur revendique le bénéfice. Entendu de cette manière, les normes de l'ordre juridique national désignées par la clause de conformité « deviennent ainsi des normes propres à l'ordre qui les reçoit »<sup>1484</sup> de sorte que l'Etat pourrait invoquer la violation du droit national par l'investisseur dans une demande reconventionnelle en raison du renvoi opéré par la clause de conformité dans le traité.

**884.** La présence d'une clause de conformité dans un traité constitue une obligation de l'investisseur dont la violation permet de réintroduire le droit interne et apprécier la conformité du comportement de l'investisseur. Lorsque le traité allonge l'exigence de conformité à toute la vie de l'investissement<sup>1485</sup>, il est donc envisageable d'internationaliser la violation du droit interne en une violation du traité. Cette possibilité a été décrite par le Tribunal dans l'affaire *Al*

---

<sup>1481</sup> Par exemple, article 13 du traité sur les investissements conclu dans le cadre du Marché commun de l'Afrique de l'Est et du Sud prévoyant une obligation pour les investisseurs de « *comply with all applicable domestic measures of the Member State in which their investment is made* », l'article 28.9 sur les demandes reconventionnelles permettant à l'Etat de contre attaquer lorsque « *The COMESA investor bringing the claim has not fulfilled its obligation under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damage* ».

<sup>1482</sup> M. Virally, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droit interne », in *Mélanges offerts à Henri Rolin, problèmes de droits des gens*, 1964, Pedone, p. 495 critiquant Anzilotti « Il est tout à fait erroné de poser en postulat, comme l'a fait Anzilotti, que 'toute norme n'a de caractère juridique que dans l'ordre dont elle fait partie'. Certes, la validité de toute norme est relative et l'étendue de sa validité est déterminée d'abord par l'ordre auquel elle appartient. Mais rien n'empêche qu'un autre ordre juridique reconnaisse cette situation lorsque les conséquences juridiques qui en découlent peuvent être, *de facto*, invoquées devant lui... »

<sup>1483</sup> D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Paris, LGDJ Diffuseur, 1999, pp. 59-60. (définissant le renvoi formel comme le renvoi « dans le seul but de faire de ces règles [nationales] la condition d'application de ses propres normes [internationales] »).

<sup>1484</sup> *Ibid.*, pp. 59-60.

<sup>1485</sup> TBI Chine – Malte (22 février 200), article 2 (2): « *Investments...shall be made, and shall, for their whole duration, continuously be in line with the respective domestic laws* ».

*Warraq c. Indonésie* en des termes clairs : « Article 9<sup>1486</sup> imposes a positive obligation on investors to respect the law of the host State, as well as public order and morals. An investor of course has a general obligation to obey the law of the host state, but Article 9 mises this obligation from the plane of domestic law (and jurisdiction of domestic tribunals) to a treaty obligation binding on the investor in an investor state arbitration. An analogy can be drawn with so called 'umbrella clauses' that elevate contractual obligations to the treaty' plane »<sup>1487</sup>. Cela veut dire que l'arbitre international utilise le droit national pour forger sa représentation de la violation d'une obligation internationale (la clause de conformité) présente dans le traité. L'évaluation du comportement de l'investisseur se fait au regard du droit interne. En revanche, les conséquences juridiques de la violation du droit interne s'apprécient au regard de la clause de conformité laquelle permet de faire produire un effet international à la violation du droit interne. Alors, la violation de la clause serait susceptible d'engager une responsabilité internationale de l'investisseur<sup>1488</sup>.

**885.** Il ressort de ce qui précède que les clauses de choix de loi et les clauses de conformité assurent l'applicabilité du droit interne à la résolution du différend d'investissement tant dans sa dimension principale que reconventionnelle. La nature internationale des tribunaux de l'investissement n'est donc pas un obstacle à l'applicabilité du droit national<sup>1489</sup> bien que cette habilitation puisse poser un problème d'interprétation sérieux<sup>1490</sup>. Mais une des singularités du contentieux de l'investissement est que l'applicabilité du droit interne ne dépend pas de la seule volonté exprimée par les parties à l'instrument en cause. Elle peut également être le résultat d'un accord tacite et servir de fondement aux demandes reconventionnelles.

## *II. L'applicabilité tacite du droit interne par la caractérisation objective du différend*

**886.** L'applicabilité du droit interne est également possible lorsque les parties ne se sont pas exprimées sur le droit applicable. En l'absence d'accord, le tribunal peut appliquer le droit de l'Etat hôte ainsi que les principes du droit international en raison du lien de rattachement entre

---

<sup>1486</sup> Accord de l'Organisation des Etats de la Conférence Islamique, (5 juin 1981), article 9 « L'investisseur s'engage à respecter les lois et règlements en vigueur dans le Pays Hôte et devra s'abstenir de tout ce qui est de nature à perturber l'ordre public et les mœurs et à porter atteinte à l'intérêt public. Il devra s'abstenir aussi d'entreprendre des activités contraignantes ou de réaliser des gains par des moyens illicites. »

<sup>1487</sup> *Al Warraq c. Indonésie*, sentence, *op. cit.*, note n°423, par. 663.

<sup>1488</sup> *Infra*, Chapitre 7, par. 1283.

<sup>1489</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, note n° 35, p. 50. Au sujet de « l'impertinence du droit appliqué par la juridiction internationale »

<sup>1490</sup> Ainsi qu'évoqué par Z. Douglas, certains Tribunaux dérogent à la volonté exprimée des parties en faveur de l'application du droit interne en appliquant des principes sans toujours en mentionner l'origine. Z. Douglas, *The Law of Investment Claims*, *op. cit.*, note n° 165, p. 93.

l'investissement et le droit de l'Etat hôte. La force de ce lien est telle que l'arbitre contrôle la conformité du comportement de l'investisseur au regard du droit interne même en l'absence de clause de conformité (B), peu importe la nature de l'instrument invoqué par l'investisseur à titre principal (A).

***A. Pertinence relative de la nature de l'instrument juridictionnel  
dans la détermination du droit applicable au différend***

**887.** Lorsque le droit applicable n'est pas désigné par les parties, l'arbitre a le pouvoir de l'identifier en application de son règlement<sup>1491</sup>. Tous les règlements ne formulent pas ce pouvoir de la même manière. La Convention CIRDI est le seul instrument conventionnel à explicitement désigner le droit interne comme droit applicable au différend d'investissement. D'autres règlements favorisent une approche conflictuelle en fonction d'un critère de rattachement ; certains donnent un pouvoir discrétionnaire à l'arbitre lui dictant de choisir la loi qu'« il juge la plus appropriée ». Ces différentes manières de désigner le droit national à défaut de choix exprimé par les parties ne diffèrent pas selon la nature de l'instrument invoqué par l'investisseur à titre principal, qu'il s'agisse d'un traité (1), d'un contrat (2) ou d'une loi nationale (3) puisqu'elles reposent sur le lien de rattachement entre l'Etat hôte et l'investissement.

***1. L'applicabilité du droit interne dans les arbitrages  
conventionnels***

**888.** Beaucoup d'accords internationaux d'investissement restent silencieux sur le droit applicable<sup>1492</sup>. La pratique conventionnelle française ne fait pas exception puisqu'elle

---

<sup>1491</sup> Article 24 du Règlement de la SCC: « (1) *The Arbitral Tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law or rules of law agreed by the parties. In the absence of such an agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the law or rules of law which it considers to be most appropriate* », article 42 de la Convention CIRDI, article 54 du mécanisme supplémentaire CIRDI, « (1) Le Tribunal applique les règles de droit désignées par les parties comme applicables au fond du litige. A défaut d'une telle indication par les parties, le Tribunal applique (a) le droit désigné par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce et (b) les règles de droit international qu'il juge applicables. » ; article 33 du règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un Etat (1993) « 1. Le tribunal arbitral applique la loi choisie par les parties comme étant la loi applicable au fond du litige. A défaut d'une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce » ; article 35 du règlement de la CNUDCI « 1. Le tribunal arbitral applique les règles de droit désignées par les parties comme étant celles applicables au fond du litige. A défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée. » ; article 35 du règlement CCI de 2012 « 1 Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées. 2 Le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant, et de tous les usages du commerce pertinents. ».

<sup>1492</sup> J. Hepburn, « Domestic Investment Statutes In International Law », *AJIL*, 2018, vol. 112, p. 658-706.

favorise<sup>1493</sup> des clauses de règlement des différends étendues, relatives aux « différends d'investissement »<sup>1494</sup> ou à « tout différend »<sup>1495</sup> sans désigner de droit applicable<sup>1496</sup>. Ce constat se vérifie, que le TBI ait été adopté dans les années 1970<sup>1497</sup>, 1990<sup>1498</sup>, 2000<sup>1499</sup> et 2010<sup>1500</sup>, si bien que rares sont les TBI qui mentionnent le droit applicable<sup>1501</sup>.

**889.** Le réseau conventionnel suisse ne permet pas de faire ressortir une pratique en particulier. Certains accords limitent la clause de règlement des différends à ceux « qui portent sur un manquement allégué au [traité] » et ne prévoient pas de droit applicable (mais une clause de

---

<sup>1493</sup> Une minorité de TBI contient des clauses plus restrictives. *Voir notamment*, le TBI France-Mexique du 12 novembre 1998, article 9 « Le présent article ne s'applique qu'aux différends opposant l'une des parties contractantes et un investisseur...au sujet d'un manquement allégué à une obligation de [l'Etat] en vertu du présent Accord qui provoque une perte ou un dommage à l'investisseur » ; le TBI France-Turquie du 15 juin 2006, article 8 « Tout différend ...relatif à un investissement réalisé...dans le cadre de cet accord » ; le TBI France-Venezuela, 2 juillet 2001, article 8 « tout différend...au sujet d'une obligation ...en vertu du présent Accord », l'article précise que « le tribunal arbitral détermine si la partie contractante partie au différend a respecté ses obligations en vertu des dispositions du présent accord ».

<sup>1494</sup> Sur les 115 TBI répertoriés par le site de la CNUDCI ([www.investmentpolicy.unctad.org](http://www.investmentpolicy.unctad.org)) 13 accords bilatéraux ont été terminés ; 8 ont été signés mais ne sont pas entrés en vigueur. La présente étude a choisi d'analyser les clauses de droit applicable et de règlement des différends dans les TBI en vigueur soit 94 TBI.

<sup>1495</sup> TBI France-Guatemala du 27 mai 1998.

<sup>1496</sup> TBI signés par la France dont la clause de règlement des différends donne une compétence pour « tout différend relatif aux investissements » avec les pays suivants : Arabie Saoudite (26 juin 2002) ; Bahreïn (24 février 2004) ; Croatie (3 juin 1996) ; Djibouti (13 décembre 2007) ; Guinée (10 juillet 2007) ; Iran (12 mai 2003) ; Iraq (31 octobre 2010) ; Lybie (19 avril 2004) ; République Dominicaine (14 janvier 1999) ; Sénégal (26 juillet 2007) ; Seychelles (20 mars 2007) ; Turquie (16 juin 2006) ; ou à l'initiative des deux parties : Arménie (4 novembre 1995) ; Albanie (13 juin 1995) ; Azerbaïdjan (1 septembre 1998) ; Bosnie (12 décembre 2003) ; Cuba (25 avril 1997) ; Ethiopie (25 juin 2003) ; Géorgie (3 février 1997) ; Ghana (26 mars 1999) ; Hong Kong (30 novembre 1995) ; Liban (28 novembre 1996) ; Macédoine (28 janvier 1998) ; Madagascar (25 juillet 2003) ; Maroc (13 janvier 1996) ; Moldavie (8 septembre 1997) ; Mozambique (15 décembre 2002) ; Nicaragua (13 février 1998) ; Ouganda (3 janvier 2003) ; Slovénie (11 février 1998) ; Tadjikistan (4 décembre 2002) ; Tunisie (20 octobre 1997) ; Zambie (14 août 2008).

<sup>1497</sup> TBI entre la France et la RDC du 5 octobre 1972, article 9 « Les accords relatifs aux investissements à effectuer sur le territoire d'un des Etats contractants...comporteront obligatoirement une clause prévoyant que les différends relatifs à ces investissements devront être soumis..., au [CIRDI]. » ; TBI entre la France et la Serbie du 24 octobre 1975, article 7 « Chacune des Parties contractantes accepte de soumettre au ...[CIRDI]., les différends qui pourraient l'opposer à un ressortissant ou à une société de l'autre Partie contractante » ; TBI entre la France et la Malaisie du 24 avril 1975, article 5 « Les investissements effectués en vertu d'un accord spécial de l'une des Parties contractantes dans des entreprises appartenant à des nationaux ou sociétés de l'autre Partie, seront régis par les dispositions dudit accord spécial. Si les investisseurs en font la demande, chacune des Parties contractantes consentira à insérer dans ledit accord spécial une disposition prévoyant le recours ... au ... C. I. R. D. I. ».

<sup>1498</sup> TBI entre la France et l'Arménie du 4 novembre 1995, article 7 ; TBI entre la France et le Kazakhstan du 3 février 1998, article 8 ; TBI entre la France et la Namibie du 25 juin 1997, article 7 ; TBI entre la France et la République Dominicaine du 14 janvier 1999, article 7.

<sup>1499</sup> TBI entre la France et l'Angola du 24 juin 2008, article 11 « Les différends...relatifs à un investissement » ; TBI entre la France et le Kenya du 26 mai 2009, article 8 « Tout différend résultant directement d'un investissement ».

<sup>1500</sup> TBI entre la France et l'île Maurice du 8 mars 2010, article 9, « Tout différend relatif aux investissements ».

<sup>1501</sup> TBI entre la France et le Guatemala du 27 mai 1998, article 8, « Le tribunal d'arbitrage rend ses décisions sur la base des dispositions du présent accord et des principes du droit international... » ; TBI entre la France et le Qatar du 8 juillet 1996, l'article 8 donnant compétence pour « tout différend en relation directe avec un investissement » précise que les décisions « sont prises en conformité avec les dispositions de cet accord, la législation de la partie contractante partie au différend et les principes du droit international ».

conformité)<sup>1502</sup>. D'autres ne prévoient pas de droit applicable et ont une clause de règlement des différends large, étendue à tout différend relatif à l'investissement<sup>1503</sup>.

**890.** S'il va de soi que le droit international trouve application pour déterminer la réalité d'une violation du traité invoquée par l'investisseur, le droit applicable au différend d'investissement n'est pas seulement déterminé par les prétentions du demandeur. Le droit national peut trouver application de manière conjointe si l'Etat invoque la violation d'un instrument connexe ou de son droit national par l'investisseur à des fins reconventionnelles.

**891.** Or, en l'absence de choix par les parties, la tentation est grande pour les arbitres saisis sur le fondement d'un traité de déduire l'applicabilité du droit international à l'exclusion du droit national. Telle a été l'approche suivie par la majorité dans la célèbre affaire *AAPL c. Sri Lanka*, premier arbitrage introduit sur le fondement d'un traité, qui a déduit du comportement des parties un choix implicite en faveur de l'application du droit international<sup>1504</sup>. Cette analyse qualifiée d'« inacceptable »<sup>1505</sup> et « peu convaincante »<sup>1506</sup> par l'arbitre dissident Asante, a le tort de déterminer le droit applicable en fonction de la nature de l'instrument juridictionnel dont il est saisi, contrairement aux prescriptions de l'article 42<sup>1507</sup>. Or, si le tribunal dans l'affaire précitée a appliqué le droit international, c'est parce qu'il n'était saisi que de réclamations conventionnelles par l'investisseur, et non pas parce qu'il était saisi sur le fondement d'un traité<sup>1508</sup>. S'il faut reconnaître que l'article 42 a été rédigé pour des arbitrages contractuels, on ne saurait en déduire que le droit interne est privé d'application chaque fois qu'un arbitrage est initié par la voie d'un traité. Au contraire, le droit applicable est déterminé par l'objet du différend, dont le champ peut être élargi par les allégations des parties y compris par une demande reconventionnelle. Le sort réservé au statut du droit interne par les tribunaux arbitraux, loin d'être uniforme, dépend « de la norme de responsabilité primaire invoquée par

---

<sup>1502</sup> TBI entre la Suisse et : Colombie (17 mai 2006), Géorgie (3 juin 2014), Tunisie (16 octobre 2012), Trinidad et Tobago (16 octobre 2010).

<sup>1503</sup> TBI signés par la Suisse avec les pays suivants : Arabie Saoudite (1 avril 2004) ; Azerbaïdjan (23 février 2002) ; Chine (27 janvier 2009) ; Kenya (14 novembre 2006) ; Madagascar (19 novembre 2008) ; Pakistan (11 juillet 1995) ; Philippines (31 mars 1997) ; Tadjikistan (11 juin 2009) ; Turkménistan (15 mai 2008) ; Syrie (9 mai 2007).

<sup>1504</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Affaire CIRDI n°ARB/87/3, sentence, 27 Juin 1990, par. 20 ; relayée en doctrine par E. H. Kjos, *Applicable law in investor-state arbitration: the interplay between national and international law*, op. cit., note n°639.

<sup>1505</sup> *AAPL c. Sri Lanka*, Affaire CIRDI n°ARB/87/3, Opinion dissidente de K.B. Asante.

<sup>1506</sup> *Ibid.*

<sup>1507</sup> *Ibid.* : « Accordingly, the second sentence of Article 42 (1) of the ICSID should prevail and the majority erred in not applying Sri Lankan law as the main source of law together with 'such rules of international law as may be applicable ».

<sup>1508</sup> R. Rivier, « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », in *Droit des investissements. Perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 452 : « Que le tribunal tienne son pouvoir de juger d'un instrument international ne constitue pas un choix des parties au profit du droit international ».

l'investisseur »<sup>1509</sup> mais pas seulement. Selon les circonstances, l'application du droit interne est également un devoir pour les arbitres, en vertu du principe *jura novit arbiter*. En conséquence, ils ne sont pas seulement liés par les sources invoquées par les parties pendant l'instance<sup>1510</sup> mais également par l'obligation de s'enquérir de leur contenu.

**892.** Aussi, il faut garder à l'esprit que l'article 42 de la Convention confère aux tribunaux CIRDI leur nature « hybride »<sup>1511</sup>. Il constitue une des manifestations les plus emblématiques de la singularité de la matière puisque « le fait que le juge CIRDI soit une juridiction internationale ne l'empêche nullement d'agir comme un juge international aussi bien que comme un juge interne, cela de manière tantôt alternative, tantôt même cumulative »<sup>1512</sup>. En l'absence de choix par les parties, il est donc possible qu'un tribunal international, saisi sur le fondement d'un traité, applique le droit national de manière conjointe avec le droit international pour régler un différend d'investissement, notamment lorsque l'Etat présente une demande reconventionnelle couverte par la clause de règlement des différends du traité.

**893.** A défaut de choix de droit applicable dans le traité, c'est bien l'étendue de la clause de règlement des différends qui orchestre le rôle joué par le droit national. L'arbitre habilité à régler « tout différend d'investissement » a ainsi permis aux deux parties d'ajouter aux réclamations conventionnelles certaines réclamations contractuelles et non-contractuelles fondées sur le droit national<sup>1513</sup>. Comme l'a observé le Tribunal *Bogdanov c. Moldavie*, la clause de règlement des différends de cette nature: « *permits to extend the jurisdiction of the*

---

<sup>1509</sup> L. Achouk-Spivak, « Le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, C. Leben (dir.), Pedone, 2015, p. 851.

<sup>1510</sup> *AES Solar and Others (PV investors) c. Espagne*, Affaire CPA n° 2012-14 (CNUDCI), 28 février 2020, par. 519: « *When applying the law governing the substance of the dispute, the Tribunal is not bound by the arguments and sources invoked by the Parties. Under the maxim jura novit curia...the Tribunal is required to apply the law of its own motion, provided it seeks the Parties' views if it intends to base its decision on a legal theory that was not addressed and that the Parties could not reasonably anticipate* ».

<sup>1511</sup> 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? » dans *Liber Amicorum Jean-Pierre Cot, Le procès international*, 2009, p. 96.

<sup>1512</sup> *Ibid*, p. 91.

<sup>1513</sup> *SGS. c. Pakistan*, Affaire CIRDI n°ARB/01/13, sentence sur la compétence, 6 août 2003, par. 161: « *That phrase [disputes with respect to investments'], however, while descriptive of the factual subject matter of the disputes, does not relate to the legal basis of the claims, or the cause of action asserted in the claims. In other words, from that description alone, without more, we believe that no implication necessarily arises that both BIT and purely contract claims are intended to be covered by the Contracting Parties in Article 9. Neither, accordingly, does an implication arise that the Article 9 dispute settlement mechanism would supersede and set at naught all otherwise valid non-ICSID forum selection clauses in all earlier agreements between Swiss investors and the Respondent. Thus, we do not see anything in Article 9 or in any other provision of the BIT that can be read as vesting this Tribunal with jurisdiction over claims resting ex hypothesi exclusively on contract.* » ; *Perenco c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/6, sentence sur les points restant de compétence et responsabilité, 12 septembre 2014, par. 280; *SGS c. Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/02/6, sentence sur les objections à la compétence, 29 janvier 2004, par. 131: « *The terms ... 'différends relatifs à des investissements' in the French text is not limited by reference to the legal classification of the claim that is made. A dispute about an alleged expropriation contrary to Article VI of the BIT would be a 'dispute with respect to investments'; so too would a dispute arising from an investment contract* »).

*Arbitral Tribunal to any dispute between qualified parties ..., as long as it arises in connection with an investment as defined in the BIT, and irrespective of whether the dispute is based on an alleged breach of the BIT, an alleged breach of a contract between the parties, or other alleged breach of obligation* »<sup>1514</sup>. En l'absence de choix exprès par les parties, le Tribunal a considéré que le droit national, conjointement avec le droit international, serait applicable en vertu de l'article 24 du Règlement de la Chambre de Commerce de Stockholm<sup>1515</sup>. A ce titre, il a notamment apprécié la licéité du comportement de l'Etat au regard des règles de droit national<sup>1516</sup>.

**894.** En conséquence, l'applicabilité du droit national n'est pas remise en cause par la nature internationale des traités ; au contraire, elle est régulièrement confirmée<sup>1517</sup> dès lors que les réclamations principales ou reconventionnelles sont en lien avec l'investissement<sup>1518</sup>. Ainsi, des arbitres ont appliqué le droit de l'Etat hôte (conjointement avec le droit international) aux accords contractuels entre les parties, par ailleurs couverts par un traité<sup>1519</sup>, ou même au traité lui-même<sup>1520</sup>. De sorte que, contrairement à la CIJ, en arbitrage d'investissement « toutes les configurations et permutations sont possibles... un même juge peut être juge du droit interne et

---

<sup>1514</sup> *Iurii Bogdanov, c. Moldovie (I)*, Affaire CCS n° 093/2004, sentence, 22 septembre 2005, par. 32. L'article 10 (1) du TBI entre la Russie et la Moldavie donnait compétence pour tout différend relatif à l'investissement.

<sup>1515</sup> *Ibid*, par. 51.

<sup>1516</sup> *Ibid*, par. 62: « *On the basis of the above, the Arbitral Tribunal finds that the Respondent's decision to determine the compensation of the Transferred Assets by exchanging shares contained in the List of Eligible Compensation Shares may not be deemed a violation of the principle of non-retroactivity of legislation contained in Moldavian law and, in particular, in article 43 of the Foreign Investment Act* ».

<sup>1517</sup> *Ibid*, par. 51: « *To evaluate the pleadings presented by the Claimant, the Arbitral Tribunal applies the BIT and the law of the Republic of Moldova. The law of the Republic of Moldova is applicable on the basis of the BIT, is pleaded by the Claimant and is considered applicable by the Arbitral Tribunal on the basis of the choice of law rule contained in article 24 of the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* ».

<sup>1518</sup> *Consorzio Groupement L.E.S.I.- Dipenta c. Algérie*, Affaire CIRDI n°ARB/03/8, sentence, 10 janvier 2005, par. 25 ; *SGS. c. Pakistan*, Affaire CIRDI n°ARB/01/13, décision sur la compétence, 6 août 2003, paras. 161-162: « *We are not suggesting that the parties cannot, by special agreement, lodge in this Tribunal jurisdiction to pass upon and decide claims sounding solely in the contract. Obviously the parties can. But we do not believe that they have done so in this case. And should the parties opt to do that, our jurisdiction over such contract claims will rest on the special agreement, not on the BIT. 162. We conclude that the Tribunal has no jurisdiction with respect to claims submitted by SGS and based on alleged breaches of the PSI Agreement which do not also constitute or amount to breaches of the substantive standards of the BIT* ».

<sup>1519</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, paras. 146,152 : « Les Demandeurs ont par la suite indiqué qu'ils fondaient certaines de leurs demandes sur le Traité, invoquant des violations [du TPI] et d'autres sur le Protocole d'accord et la Convention spéciale du 23 décembre 1998. S'agissant de ces dernières, les Demandeurs estiment qu'elles sont « *d'ordre contractuel* » et que les manquements reprochés au Burundi « *doivent dès lors être examinés en vertu du Code civil burundais ...* Le Tribunal relève enfin que le Protocole d'accord et la Convention spéciale ne contiennent pas de clauses de droit applicable. Le Tribunal constate que l'argument des Demandeurs selon lequel le Code civil burundais leur est applicable n'a pas été contesté »).

<sup>1520</sup> *Perenco c. Equateur (Petroecuador)*, Affaire CIRDI n°ARB/08/6, décision sur les points restants de compétence et responsabilité, 12 septembre 2014, par. 534 : « *The Tribunal therefore finds that the applicable law for the purposes of this [treaty] claim is Ecuadorian law... and the Treaty* ».

du droit international »<sup>1521</sup>.

## **2. L'applicabilité tacite du droit interne dans les arbitrages contractuels**

**895.** L'ordre juridique international a de longue date consacré le principe que « [t]out contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale »<sup>1522</sup>. Les premiers arbitrages transnationaux contractuels soumis au CIRDI indiquent que le consentement de l'Etat à l'arbitrage dans un contrat n'exclut pas *ipso facto* l'application du droit national à la résolution du différend. Au contraire, le lien de rattachement existant entre un accord contractuel et le territoire d'un Etat hôte, conduit naturellement à appliquer le droit de l'Etat hôte à défaut de choix exprimé par les parties<sup>1523</sup>.

**896.** Certes, la jurisprudence internationale a identifié plusieurs procédés d'internationalisation du contrat, tels que la clause de stabilisation, la désignation des principes du droit international ou la clause compromissoire<sup>1524</sup>. Mais tous ces procédés n'excluent pas *ipso facto* le droit national. Ainsi, bien que l'insertion de clauses arbitrales conduise « à faire appel aux règles du droit international »<sup>1525</sup>, elle ne peut à elle seule « entraîner l'application à titre exclusif du droit international »<sup>1526</sup>. C'est pourquoi, lorsque le contrat internationalisé ne contient pas de choix de loi, l'Etat continue de bénéficier de l'applicabilité du droit national dans sa relation avec l'investisseur et peut s'il souhaite l'utiliser comme fondement d'une action reconventionnelle.

**897.** Dans le cadre du CIRDI, les affaires *Benvenuti c. Congo*, *Klöckner c. Cameroun* et *Amco c. Indonésie* offrent trois exemples dans lesquels les procédés d'internationalisation permettant de conférer aux contrats une force juridique internationale n'a pas eu pour effet d'exclure le droit national au règlement du différend. Les contrats, silencieux quant au droit applicable, ont permis une application du droit national (conjointement avec le droit international) de sorte que l'Etat pouvait s'appuyer sur son droit national pour développer diverses demandes reconventionnelles<sup>1527</sup>.

---

<sup>1521</sup> M. Forteau « Changer de regard : tout ne serait-il pas affaire de droit applicable, plutôt que d'ordres juridiques ? », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 639.

<sup>1522</sup> *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France/Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, Arrêt, CPJI, Série A, No 20/21, 1929, 41.

<sup>1523</sup> *SOABI c. Sénégal*, Affaire CIRDI n°ARB/82/1, sentence, 25 février 1988, par. 5.02 : « faute d'accord entre les parties, le droit national applicable aux relations entre deux parties par rapport à une collaboration qui doit être réalisée [sur le territoire de l'Etat hôte], ne peut être autre que le droit [de l'Etat hôte] »)

<sup>1524</sup> *Infra*, Chapitre 7, paras.1315- 1321 ; *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company c. Libya*, sentence, 19 janvier 1977, par. 41.

<sup>1525</sup> *Ibid*, par. 44.

<sup>1526</sup> *Ibid*.

<sup>1527</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 121-133, *Infra*, Chapitre 7, paras. 1315-1317

**898.** L'affaire *Benvenuti c. Congo*, relative à un accord de joint-venture pour l'exploitation et la construction d'une usine de production d'eau minérale, a été résolue en vertu du droit ivoirien conjointement avec le droit international public<sup>1528</sup>, faute de choix par les parties. L'investisseur reprochait à l'Etat des interférences gouvernementales dans l'exécution du contrat. A titre reconventionnel, l'Etat demandait le paiement de dommages et intérêts pour impayés d'impôts sur certains produits importés par l'investisseur, réparation d'un « préjudice moral »<sup>1529</sup>, et de diverses violations du droit national liées à une prétendue surévaluation du prix des matières premières. Après avoir constaté que l'Etat n'avait pas respecté ses engagements fiscaux<sup>1530</sup> et qu'il était responsable de plusieurs violations contractuelles, le tribunal a rejeté au fond les demandes reconventionnelles et considéré que le préjudice moral de l'Etat n'était pas établi dans la mesure où il était responsable de la violation de l'accord.

**899.** De même, dans l'affaire *Klöckner c. Cameroun*, le tribunal a appliqué le droit camerounais « sur la base du droit français » à la résolution d'un litige pluri-contractuel relatif au développement d'une usine d'engrais. La majorité a constaté la contribution fautive de l'investisseur dans la gestion de l'investissement, observant qu'il « ne s'est pas comporté avec la franchise nécessaire (...) a fait montre, envers son partenaire, d'une franchise, d'une candeur, moins que totales (...) violé son obligation contractuelle de tout révéler et défailli à son obligation de traiter franchement avec son partenaire »<sup>1531</sup>. Sans toutefois tirer les conclusions de ses propres constatations en matière de responsabilité, le tribunal a jugé que les défaillances de l'investisseur dans sa gestion commerciale étaient « suffisamment sanctionnées par le rejet de sa demande »<sup>1532</sup>.

**900.** Le tribunal dans l'affaire *Amco c. Indonésie*, a lui aussi appliqué le droit de l'Etat hôte « *and such rules of international law as the Tribunal deems to be applicable* »<sup>1533</sup>. S'opposant

---

<sup>1528</sup> *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/77/2, sentence, 8 août 1980, par. 4.2.

<sup>1529</sup> *Ibid*, par. 4.101.

<sup>1530</sup> *Ibid*, par. 4.24, 4.106 « *Article 13 of the Agreement provides that: The tax status of PLASCO with respect to the Congolese Code of Investments will be defined in the Establishment Agreements to be drawn up. The plaintiff states that despite numerous requests on its part, it was unable to obtain such a status. In the "Operating Statement for 1976" it is stated that: In conclusion, so as to ensure full production by PLASCO. the following measures must be taken ...4. Ascertain the tax status and the domestic consumer tax so as to be able to offer competitive prices to its potential customers either inside or outside the country... The Government, referring to the fact that PLASCO enjoyed a privileged customs status, states that this amounted to privileged tax treatment which Mr Bonfant abused, under the cover of PLASCO, by importing goods which were unrelated to PLASCO's business and destined for third parties that did not benefit from the same status... The Tribunal recalls in this respect that, as mentioned above, it has not been established that PLASCO obtained privileged tax status. Furthermore it has not been conclusively proven that the company in fact enjoyed preferential customs rights* ».

<sup>1531</sup> *Klöckner c. Cameroun*, sentence, *op. cit.*, note n° 229, p. 421.

<sup>1532</sup> *Ibid*, pp. 421, 428, 440.

<sup>1533</sup> *Amco c. Indonésie (I)*, Affaire CIRDI n° ARB/81/1, sentence, 20 novembre 1984, par. 148 : « *Moreover, the dispute before the Tribunal relating to an investment in Indonesia, there is no doubt that the substantive municipal rules of law to be applied by the Tribunal are to drawn from Indonesian law* ».

aux réclamations de l'investisseur relatives au retrait d'une licence d'exploitation d'un hôtel, l'Indonésie invoquait pour sa part la violation du droit fiscal indonésien et exigeait le remboursement d'impôts impayés. Le tribunal a jugé que l'illégalité de la révocation de la licence à titre principal empêchait l'Etat de réclamer le montant de l'exonération fiscale prévue par ladite licence<sup>1534</sup>.

**901.** L'internationalisation des contrats n'a pas retiré au droit national sa pertinence et il demeure un fondement au secours des demandes reconventionnelles de l'Etat concernant l'opération d'investissement. Certains arbitres ont rigoureusement appliqué les « principes généraux de droit administratif »<sup>1535</sup> tels que le principe de prédominance de l'intérêt général, de continuité du service public, et du droit de résiliation unilatérale, aux concessions de service public<sup>1536</sup>.

**902.** *A fortiori*, les lois de promotion de l'investissement, bien qu'elles puissent être internationalisées, offrent également un terrain propère à l'applicabilité du droit national.

### ***3. L'applicabilité tacite du droit interne dans les différends relatifs aux lois de promotion de l'investissement***

**903.** De la même manière que certains traités désignent le droit de l'Etat hôte, certaines lois d'investissement peuvent également se référer au droit international en donnant primauté aux traités sur la loi<sup>1537</sup>. Ainsi, l'applicabilité expresse du droit national est acquise dans la mesure de sa conformité avec les standards internationaux applicables à l'Etat hôte de l'investissement. Lorsque le différend est introduit sur le fondement d'une loi de protection des investissements désignant le droit de l'Etat hôte comme droit applicable, l'Etat n'est pas mis en difficulté pour formuler une demande reconventionnelle sur le fondement du droit interne.

---

<sup>1534</sup> *Ibid*, par. 286. Le tribunal a néanmoins distingué au sein de l'ordre juridique interne entre les obligations applicables à l'investissement des obligations applicables à titre général. *Supra*, Chapitre 4, paras. 756-758 ; *Infra*, au présent Chapitre par. 931

<sup>1535</sup> *Togo Electricité c. Togo*, sentence, *op. cit.*, note n° 211, par. 170.

<sup>1536</sup> *Ibid*, par. 170-175.

<sup>1537</sup> Loi arménienne sur les investissements étrangers, 1994, article 2– Legal regulation of Foreign Investment: « Relationships arising from foreign investment in the Republic of Armenia shall be regulated by this Law, as well as by other legislation of the Republic of Armenia and international treaties. Should international treaties of the Republic of Armenia establish rules that differ from the one in this Law, the rules of the international treaties shall apply to the respective cases »; Articles 17 et 19 de la loi d'investissement du Kosovo (2014): « In the absence of such an agreement, the court or arbitral tribunal shall apply the substantive law applicable in the Republic of Kosovo - excluding the private international law rules thereof - and such rules of public international law as may be applicable to the issues in dispute. »; « In the event of a conflict between a provision of the present law and a provision of a bilateral or multilateral international agreement related to foreign investment and to which the Republic of Kosovo is a party, such international agreement shall prevail »; Article 23 de la loi d'investissement du Tadjikistan (2007) : « The physical and legal persons breaking the requirements of the present Law, are made answerable, according to the legislation of the Republic of Tajikistan ».

**904.** En l'absence de clause de droit applicable dans la loi d'investissement, il est possible de suivre un raisonnement par analogie avec le domaine contractuel afin d'identifier un principe d'applicabilité du droit interne. A l'instar des contrats, les lois de protection des investissements constituent des sources *internes* du droit international des investissements<sup>1538</sup> susceptibles d'avoir « des conséquences internationales »<sup>1539</sup>. L'origine interne des lois d'investissement justifie d'appliquer aux différends y afférant le droit de l'Etat hôte comme le droit le plus approprié, complété par le droit international. Autrement dit, à l'instar des contrats, l'internationalisation du consentement à l'arbitrage exprimé dans une loi de promotion de l'investissement n'exclut pas l'applicabilité du droit national à la résolution du différend<sup>1540</sup> de manière conjointe avec le droit international. Les tribunaux en application des dispositions règlementaires peuvent aboutir à faire une application conjointe du droit interne et du droit international<sup>1541</sup>.

**905.** L'applicabilité tacite du droit national aux différends relatifs aux lois d'investissements permettrait qu'un Etat fonde sa demande reconventionnelle sur son droit national. Pourtant, la pratique se fait rare et seules deux affaires dans lesquelles l'Etat en a formulé<sup>1542</sup> sont accessibles. Il s'agit du différend opposant *SPP à l'Egypte* et de l'affaire pendante *BSG Resources Limited c. Guinée*.

**906.** Par un considérant qui continue de lui assurer sa célébrité, la sentence *SPP c. Egypte*<sup>1543</sup> a permis qu'un investisseur saisisse un tribunal d'un différend d'investissement sur le

---

<sup>1538</sup> A. de Nanteuil, *Droit international des investissements*, *op. cit.*, note n°153, p. 55 et suivant ; P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol. 250, 1994, p. 55 .

<sup>1539</sup> *Ibid*, p. 59.

<sup>1540</sup> Il existe 72 lois d'investissement en vigueur dans le monde. Seules 42 d'entre elles comportent une clause de règlement des différends. Voir pour IISD, T.L. Berge & T. St John, « Pourquoi les Etats consentent-ils à l'arbitrage dans leurs lois nationales sur l'investissement ? », *IISD Investment Treaty News*, 2020, accès en ligne ( [http://iisd.org/itn/fr/2020/06/20/why-do-states-consent-to-arbitration-in-national-investment-laws-tarald-berge-taylor-john/?utm\\_source=International+Institute+for+Sustainable+Development+Newsletters+Network&utm\\_campaign=15c4ff28ef-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2018\\_04\\_24\\_COPY\\_01&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_3dd24ff452-15c4ff28ef-225940425](http://iisd.org/itn/fr/2020/06/20/why-do-states-consent-to-arbitration-in-national-investment-laws-tarald-berge-taylor-john/?utm_source=International+Institute+for+Sustainable+Development+Newsletters+Network&utm_campaign=15c4ff28ef-EMAIL_CAMPAIGN_2018_04_24_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_3dd24ff452-15c4ff28ef-225940425)).

<sup>1541</sup> M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 5ème ed., CUP, 2020, p. 376: « *The very fact that jurisdiction has to be found in the legislation may point to the absence of a contractual arbitration clause or a choice-of-law clause. In such circumstances, the tribunal will have to be guided either by its own procedural laws or by having recourse to techniques of choice of law in the absence of an express choice by the parties. In the case of the ICSID tribunal, it would be guided by Article 42 of the ICSID Convention, which would require the application of the host state's law supplemented by international law.* »

<sup>1542</sup> En revanche, le taux de transaction amiable est élevé et avoisine les 30% (10 affaires sur 37 ont été retirées) [https://www.italaw.com/browse/investment-case-type?field\\_case\\_type\\_tid%5B0%5D=1687&field\\_case\\_type\\_tid%5B1%5D=1091](https://www.italaw.com/browse/investment-case-type?field_case_type_tid%5B0%5D=1687&field_case_type_tid%5B1%5D=1091))

<sup>1543</sup> *SPP c. Egypte*, Affaire CIRDI n°ARB/84/3, sentence, 20 mai 1992, par. 84.

fondement d'une loi nationale<sup>1544</sup>. La loi égyptienne de protection des investissements en l'espèce ne contenait pas de disposition relative au droit applicable<sup>1545</sup>. Le Tribunal a considéré que pour toutes les questions qui ne sauraient être réglées en vertu du droit égyptien, le droit international jouerait un rôle supplétif<sup>1546</sup>. La postérité de cette affaire est importante puisqu'elle est à ce jour la seule sentence définitive rendue sur le fondement d'une loi nationale ayant affaire à une demande reconventionnelle fondée sur la violation du contrat et du droit national par l'investisseur. L'Égypte lui reprochait en particulier de ne pas avoir exécuté le contrat de construction d'un complexe hôtelier unilatéralement modifié par l'Etat en application de sa loi. Bien que le tribunal ait rejeté la demande reconventionnelle au fond, il n'a pas fait cas de sa recevabilité<sup>1547</sup>. Mais puisque la demande reconventionnelle visait à reconnaître la responsabilité de l'investisseur du fait de la non-réalisation du projet touristique auquel l'Égypte avait mis fin<sup>1548</sup>, il était bien compréhensible qu'une telle demande, fût rejetée au fond. Il est clair que l'enracinement national d'une loi d'investissement, sur laquelle un investisseur s'appuie pour engager une procédure, facilite l'applicabilité du droit national complété le cas échéant du droit international, et permet à l'Etat de s'en prévaloir<sup>1549</sup>.

**907.** Une deuxième affaire introduite par un investisseur allemand (et finalement retirée) sur le fondement de loi d'investissement guinéenne confirme ce constat. Le différend relatif à l'exécution et la révocation de plusieurs contrats miniers portait notamment sur la vraisemblance d'acte de corruption ayant permis à l'investisseur d'obtenir frauduleusement

---

<sup>1544</sup> *Ibid*, décision sur la compétence, 14 avril 1988, paras. 92-108, 116: « *On the basis of the foregoing considerations, the Tribunal finds that Article 8 of Law No. 43 establishes a mandatory and hierarchic sequence of dispute settlement procedures, and constitutes an express "consent in writing" to the Centre's jurisdiction within the meaning of Article 25(1) of the Washington Convention in those cases where there is no other agreed-upon method of dispute settlement and no applicable bilateral treaty* ».

<sup>1545</sup> Loi n° 43 Foreign Investment Law, *International Legal Materials*, vol. 16, n°6, pp. 1476-1488.

<sup>1546</sup> *SPP c. Égypte*, Affaire CIRDI n°ARB/84/3, sentence, 20 mai 1992, paras. 80, 84: « *even accepting the Respondent's view that the Parties have implicitly agreed to apply Egyptian law, such an agreement cannot entirely exclude the direct applicability of international law in certain situations. The law of [Egypt], like all municipal legal systems, is not complete or exhaustive, and where a lacunae occurs it cannot be said that there is agreement as to the application of a rule of law which, ex hypothesi, does not exist. In such case, it must be said that there is 'absence of agreement' and, consequently, the second sentence of Article 42(1) would come into play... When municipal law contains a lacunae, or international law is violated by the exclusive application of municipal law, the Tribunal is bound in accordance with Article 42 of the Washington Convention to apply directly the relevant principles and rules of international law* ».

<sup>1547</sup> *Ibid*, par. 254: « *It results from what the Tribunal has already said that none of these alleged faults was committed and none of them was imputed to the Claimants by the Egyptian authorities as a ground for the cancellation or in any other form before May 28, 1978. It follows that the Counter-Claim is to be dismissed* ».

<sup>1548</sup> *Ibid*, par. 254 (en français dans l'original) : « *Dire et juger que SPP, et subsidiairement SPP (ME) sont responsables à l'égard de la R.A.E. de la non-réalisation des projets, et qu'elles devront payer une somme forfaitaire de 30 millions de USD à titre de réparation du préjudice, incluant les frais de procédure* ».

<sup>1549</sup> *Ibid*, par. 34 : « *[E]n désignant expressément, notamment dans le Heads of Agreement, avec différentes lois égyptiennes, la loi 43/74, les parties ont choisi le droit égyptien comme loi applicable à leurs litiges, y compris le droit administratif, et ce conformément à l'article 42.1, lère phrase de la Convention de Washington* ».

certaines contrats. L'argument de la corruption a été utilisé par la Guinée pour servir trois finalités distinctes. A titre défensif, l'Etat invoquait la corruption pour établir l'irrecevabilité des demandes principales et, à titre subsidiaire pour justifier la sa décision de révocation des droits miniers. Sortant de sa posture défensive, la Guinée faisait valoir à titre reconventionnel que l'obtention frauduleuse des droits miniers par l'investisseur lui avait causé préjudice et l'avait conduit à la perte de chance d'exploitation des sites « viables »<sup>1550</sup>. En l'absence de clause de droit applicable dans la loi guinéenne de protection des investissements, elle soutenait que le droit applicable au fond du litige et à ses prétentions reconventionnelles était « le droit guinéen (civil, administratif et pénal) [et] l'ordre public international [qui] s'impose au Tribunal du fait de sa constitution sous l'égide d'une convention internationale – la Convention CIRDI »<sup>1551</sup>. Afin d'établir que ses demandes reconventionnelles relatives aux conséquences préjudiciables de la corruption « sont fondées en droit guinéen »<sup>1552</sup>, la Guinée a rappelé que l'arbitrage était introduit sur le fondement d'un Code d'investissement, lequel « repos[ait] »<sup>1553</sup> sur le Code minier et le code civil applicables à l'investissement. Les actes frauduleux constituaient en conséquence « une violation des règles de droit international et du droit guinéen tant civil que administratif et pénal »<sup>1554</sup> et un « fait dommageable au regard du droit applicable »<sup>1555</sup>.

**908.** Dans ses écritures en réplique, l'investisseur ne conteste pas la recevabilité de l'action reconventionnelle guinéenne mais seulement le bien-fondé des reproches de corruption au regard du droit national<sup>1556</sup>. Il n'a pas davantage contesté que les dispositions du code civil et du code minier prévoyant des dispositions en matière de responsabilité délictuelle lui étaient applicables. Ainsi, le rattachement entre la loi de protection des investissements et l'ordre juridique interne essentiellement déterminé par un lien territorial justifie d'appliquer aux différends d'investissements introduit sur la base d'un instrument législatif, le droit interne de l'Etat hôte complété le cas échéant des règles issues du droit international. En conséquence, les parties peuvent s'y référer à titre principal comme à titre reconventionnel pour établir leurs prétentions.

**909.** Il ressort de cette analyse que parmi les trois instruments utilisés dans le contentieux de

---

<sup>1550</sup> *BSG Resources Limited c. Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB/14/22, mémoire après audience de la république de Guinée, p. 145 et suivant.

<sup>1551</sup> *Ibid*, par. 12.

<sup>1552</sup> *Ibid*, par. 575.

<sup>1553</sup> *Ibid*, par. 575.

<sup>1554</sup> *Ibid*, par. 580.

<sup>1555</sup> *Ibid*.

<sup>1556</sup> *Ibid*, Réplique de l'investisseur, accès public.

l'investissement, le droit national joue un rôle déterminant dans la résolution des différends. A moins de l'exclure expressément, traités, contrats et lois permettent d'accueillir le droit national et donnent aux tribunaux arbitraux la compétence juridictionnelle pour en assurer le respect, à titre principal comme à titre reconventionnel. Dans le cas des traités, il peut en outre être constaté qu'une partie de la jurisprudence est favorable à l'introduction d'une exigence *implicite* de conformité au droit national qui encadrerait les droits dont l'investisseur peut réclamer la protection.

### ***B. L'exigence implicite de conformité au droit interne***

**910.** L'exigence implicite de conformité au droit de l'Etat hôte est un ultime point d'entrée du droit national sur lequel l'Etat peut prendre appui pour mettre en cause le comportement de l'investisseur au regard du droit national. Par cette pratique qui est loin de faire l'unanimité<sup>1557</sup>, les arbitres ont « imposé »<sup>1558</sup> au-delà de la lettre des traités une norme implicite de conformité. Par exemple, dans l'affaire *SAUR c. Argentine*, le tribunal a jugé que l'obligation de ne pas commettre de violation grave de l'ordre juridique national est « une condition tacite »<sup>1559</sup> et que l'existence d'une clause à cet effet dans le traité n'était pas « un facteur pertinent »<sup>1560</sup>. Plusieurs tribunaux ont ainsi jugé que l'exigence de conformité est un « principe général qui existe indépendamment d'une consécration conventionnelle »<sup>1561</sup>, de sorte qu'il est établi « qu'un investisseur ne peut bénéficier du droit international que s'il respecte le droit de l'Etat qui l'accueille »<sup>1562</sup>.

**911.** S'il est généralement admis que la conformité au droit national *au moment de la réalisation* de l'investissement est une condition-précédent du bénéfice du traité<sup>1563</sup>, un courant jurisprudentiel a opéré une extension de son champ d'application temporel en vertu de laquelle

---

<sup>1557</sup> *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c. Cameroun*, Affaire CIRDI n°ARB/15/18, sentence, 22 juin 2017, par. 467. Il considère que la règle générale d'interprétation « ne permet pas au Tribunal arbitral d'ajouter des critères à ceux que les Parties contractantes ont elles-mêmes prévus dans leur Traité ».

<sup>1558</sup> I. El Hayek, *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement*, *op. cit.*, note n° 1462, p. 275.

<sup>1559</sup> *SAUR International c. Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité, 6 juin 2012, par. 308.

<sup>1560</sup> *Ibid.*, par. 308.

<sup>1561</sup> *Hamester c. Ghana*, sentence, *op. cit.*, note n° 455, par. 124 ; *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, Affaire CIRDI n°ARB/03/24, sentence, 27 août 2008, par. 135 ; *Phoenix c. République Tchèque*, Affaire CIRDI n°ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par. 138 : « States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments not made in good faith ».

<sup>1562</sup> A. de Nanteuil, « Réflexions sur les droits de l'Etat d'accueil dans le droit international de l'investissement », *op. cit.*, note n° 377, p. 331.

<sup>1563</sup> *Ampal-American Israel Corp. c. Egypte*, Affaire CIRDI n°ARB/12/11, décision sur la compétence, 1 février 2016, par. 301 ; *David Minnotte and Robert Lewis c. Pologne*, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/10/1, sentence, 16 mai 2014, par. 131.

le respect du droit de l'Etat hôte accompagne non seulement la réalisation mais également la vie de l'investissement. Comme cela fut expliqué<sup>1564</sup>, la conséquence de cette extension est d'opérer un transfert de la question de la conformité dans les débats au fond<sup>1565</sup>, et de réintroduire, le droit interne comme une source de droit applicable au différend. Alors, le manquement au droit interne ultérieur à la réalisation de l'investissement pourrait être utilisé par l'Etat afin de mettre en cause le comportement de l'investissement sur le plan substantiel. Cette pratique qui tend à se développer confirme que l'exigence de conformité peut être attendue de l'investisseur dans le silence du traité, et ce pendant toute la durée de son investissement.

**912.** L'affaire *Bear Creek Mining c. Pérou* confirme que l'exigence tacite de se conformer au droit interne permet à l'Etat de s'appuyer sur son droit national pour invoquer les manquements de l'investisseur, et ce même lorsque la clause de droit applicable désigne le droit international<sup>1566</sup>. Dans cette affaire relative à la révocation de droits miniers, le Pérou reprochait notamment à l'investisseur de ne pas avoir sécurisé l'accord des populations autochtones et d'avoir contribué aux mouvements de protestation massifs ayant conduit l'Etat à révoquer le décret d'exploitation. La majorité du Tribunal a jugé que la révocation constituait une expropriation contraire au traité. De manière assez inédite en revanche, malgré l'absence de clause de conformité, il a accepté de prendre en compte l'argument péruvien, observant que « *an alleged illegality of the investment is not sufficient to deny admissibility, though it will have to be considered and may become relevant in the examination of the merits. Likewise, the relevance of a social license for Claimant will have to be considered in the merits and in the quantification of possible damages* »<sup>1567</sup>. Ainsi, même les tribunaux réfractaires à l'ajout d'une condition implicite de conformité à la définition de l'investissement acceptent de prendre en compte l'argument de l'illégalité contraire au droit national lors des débats au fond<sup>1568</sup>.

---

<sup>1564</sup> *Supra*, Chapitre 3, paras. 625 et suivant.

<sup>1565</sup> *Hamster c. Ghana*, sentence, op. cit., note n° 455, par. 121: « *If the [contract] was obtained on the basis of fraud, it is an illegal investment that does not benefit from the protection of the ICSID/BIT mechanism. However, the question whether fraudulent behaviour has been committed during the performance of the joint-venture is a different issue that has to be taken into account when judging the merits of the dispute.* »; *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, sentence, op. cit., note n° 1005, par. 335.

<sup>1566</sup> En l'espèce la clause de droit applicable du traité applicable entre le Canada et le Pérou était rédigée comme suit : « *A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.* »

<sup>1567</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, sentence, op. cit., note n° 1005, par. 335.

<sup>1568</sup> *Ibid*, par. 319: « *Since nowhere in the FTA or otherwise in the record is there an express or implied provision of law to the effect that Peru made use of this option, it can only be concluded that there is no jurisdictional requirement that Claimant's investment was legally constituted under the laws of Peru.* » ; *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c. Cameroun*, Affaire CIRDI n°ARB/15/18, sentence, 22 juin 2017, par. 467 ; *Ascom Group S.A. c. Kazakhstan*, Affaire SCC n° 116/2010, sentence, 19 décembre 2013, par. 812 ; *Achmea B.C. c. Slovaquie (I)*, Affaire CPA n° 2008-13, sentence, 7 décembre 2012, par. 171.

**913.** Tel était le cas dans l'affaire *Copper Mesa Mining Corp c. Equateur*, relative à la licéité d'une révocation de droits miniers. Le Tribunal a « *take into account* » l'argument de l'illégalité lors des débats au fond puisque l'illégalité invoquée par l'Etat était postérieure à la réalisation de l'investissement<sup>1569</sup>. Reconnaisant que les agissements violents du personnel sous le contrôle de l'investisseur à l'encontre des populations locales étaient « *in violation of equatorian criminal law* »<sup>1570</sup>, le Tribunal a réduit de trente pour cent la part d'indemnisation de l'investisseur<sup>1571</sup>. Cette prise en compte de l'illégalité dans les débats au fond, alors que la clause de conformité ne couvrait que les illégalités de départ, confirme « la transcendance de l'obligation générale de respecter le droit national »<sup>1572</sup>. En effet, en vertu du traité applicable, la compétence du Tribunal était limitée aux différends « se rapportant à une plainte de l'investisseur selon laquelle une mesure prise ou non prise par la première Partie contractante constitue une violation du présent accord »<sup>1573</sup> et lui demandait de trancher « les points en litige en conformité avec le présent accord et avec les règles applicables du droit international »<sup>1574</sup>.

**914.** Bien qu'il ne soit pas toujours formulé comme une demande reconventionnelle<sup>1575</sup>, l'argument de l'illégalité, lorsqu'il est transféré au fond, en a certains attributs. En le soulevant, l'Etat peut caractériser la négligence fautive et la responsabilité conjointe de l'investisseur à son propre dommage<sup>1576</sup> et ainsi sortir d'une posture seulement défensive. Ces sentences établissent la possibilité qu'en l'absence de clause de conformité, le tribunal juge opportun d'apprécier la licéité du comportement de l'investisseur au regard du droit national, même lorsque le droit applicable au traité se limite au droit international<sup>1577</sup>. Le droit interne demeure

---

<sup>1569</sup> *Copper Mesa Mining Corporation c. Equateur*, CPA, sentence, *op. cit.*, note n° 1032, par. 5.65: « *the Tribunal there prefers to take into account the Claimant's case not in the form of the doctrine of unclean hands as such, but rather under analogous doctrines of causation and contributory fault applying to the merits of the Claimant's claims arising from events subsequent to the acquisition of its investment. That result, based on the Respondent's case on the merits, strikes the Tribunal as more legally appropriate to this case than an outright dismissal of the Claimant's claims (in regard to the Junín concessions) on the ground of inadmissibility* ».

<sup>1570</sup> *Ibid*, par. 6.100.

<sup>1571</sup> *Ibid*, par. 6.102.

<sup>1572</sup> I. El Hayek, *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement*, *op. cit.*, note n° 1462, p. 402.

<sup>1573</sup> TBI Canada Equateur (29 Avril 1996), article XIII (2)

<sup>1574</sup> *Ibid*, article XIII (7)

<sup>1575</sup> *Copper Mesa Mining c. Equateur*, CPA, sentence, *op. cit.*, note n° 1032, par. 5.29: « *in brief, the Respondent submits that, even assuming that the Claimant had made investments in Ecuador, those investments are tainted by illegality under both Ecuadorian law and public international law* ».

<sup>1576</sup> *Ibid*, par. 640; *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, sentence, *op. cit.*, note n° 1005, par. 568. Sur la contribution fautive de l'investisseur, voir, *Infra*, Chapitre 8, paras. 1366-1372.

<sup>1577</sup> *Aven c. Costa Rica*, Affaire CNUDCI, *op. cit.*, note n° 463, par. 342: « *The Tribunal has not found evidence that Claimants acted fraudulently in the establishment of the investment made in the Las Olas Project, and sides with the temporal scope of the legality requirement premised in the Quiborax, Yukos Universal and Copper Mesa Mining cases that have been cited. It should not extend to the subsequent actions during the performance of the*

néanmoins ici cantonné dans un rôle factuel puisque les tribunaux ne sanctionnent pas à proprement parler le comportement de l'investisseur au regard de ce droit. Ils prennent en compte les effets internationaux des violations du droit interne par l'investisseur au regard des obligations de l'Etat prévues par le traité. Il n'est donc pas exclu que l'introduction d'une exigence implicite de conformité au droit de l'Etat hôte pendant toute la durée de l'investissement puisse être directement sanctionnée au regard du droit national lorsque la clause d'arbitrage transnational définit l'objet du différend par « compréhension »<sup>1578</sup>.

**915.** A ce stade intermédiaire de l'analyse du droit applicable, plusieurs observations s'imposent. Premièrement, la détermination du droit applicable se fait au regard de la volonté des parties et de l'objet du différend. Puisque la caractérisation de l'objet du différend se fait de manière objective, notamment à la lumière des prétentions des parties et des instruments en cause, le droit national peut servir de fondement aux demandes reconventionnelles même lorsque les arbitrages sont introduits par la voie des traités. Deuxièmement, en l'absence de choix par les parties, l'applicabilité du droit national n'est pas exclue. Au contraire, le lien de rattachement entre l'opération d'investissement et le droit de l'Etat hôte permet d'en assurer l'application lorsque les parties délèguent au tribunal le soin de régler « les différends relatifs aux investissements ». L'application conjointe du droit national et du droit international, qu'elle soit le fruit de la volonté des parties ou de l'arbitre, n'amoindrit pas le rôle joué par le droit de l'Etat hôte dans la résolution du différend. Enfin, dans le cas des arbitrages engagés sur le fondement des traités, l'exigence de conformité au droit national, lorsqu'elle est étendue à la vie de l'investissement, permet de réintroduire le droit national lors des débats au fond. Alors, une lecture conjointe de la clause de règlement des différends et de la clause de droit applicable donne la mesure du rôle qui sera attribué au droit interne. Si les parties au traité ont désigné le droit international, ce rôle sera réduit aux effets d'un renvoi formel de sorte que l'illégalité au regard du droit national sera « prise en compte » sur le plan factuel pour réduire par exemple le montant de l'indemnisation dû par l'Etat. Si en revanche, les parties n'ont pas désigné de droit applicable ou ont désigné le droit national de manière conjointe avec le droit international, l'exigence de conformité peut avoir l'effet d'un renvoi matériel, permettant de faire du droit de l'Etat hôte un fondement pleinement opératoire au soutien d'une demande reconventionnelle. Plus largement, lorsque le droit interne appartient aux sources de droit applicable à la résolution

---

*investment. Respondent failed to establish that the investment was procured by fraud or non-compliance with applicable law. Thus, the challenge to the admissibility of the Claimants' claims due to the illegalities committed during the operation is dismissed ».*

<sup>1578</sup> Y. Nouvel, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », *op. cit.*, note n°545, p.16.

d'un différend d'investissement, « *it makes little sense to persist with the traditional position that domestic law is only fact* »<sup>1579</sup> puisque le droit national, y compris l'interprétation qui en est faite par les tribunaux nationaux<sup>1580</sup>, est régulièrement appliqué par les arbitres d'investissement<sup>1581</sup>.

**916.** Mais à lire la jurisprudence saisie de demandes reconventionnelles fondées sur la violation du droit interne, l'écart se creuse entre l'applicabilité du droit interne au différend et l'application effective de ce droit à l'investisseur. En effet, les tribunaux d'investissement font preuve d'une certaine retenue dans l'application des règles de droit national<sup>1582</sup> qui se manifeste notamment par l'affirmation que certaines questions relèveraient des juridictions nationales.

### *Section 2 L'application contrariée du droit interne à l'investisseur*

**917.** Si l'on tient pour acquis que la désignation d'un droit applicable permet l'application du droit désigné, l'ensemble des normes de ce droit a vocation à être appliqué. Le sens des termes « droit de l'Etat hôte », doit être interprété pour ce qu'il est : une désignation sans restriction du droit de l'Etat sur le territoire duquel l'investissement est accueilli. Comme l'a observé A. Mann, « *[e]very law that is being applied may be said to be enforced* »<sup>1583</sup>.

**918.** Pourtant, le contentieux reconventionnel fait ressortir deux singularités dans l'application du droit interne justifiant de parler d'une application « contrariée ». Soit l'application d'une branche issue du droit interne est exclue en ce qu'elle n'entrerait pas dans son champ d'applicabilité et le droit interne se trouve morcelé (I) ; soit l'application du droit interne est assurée mais avec la « complicité » du droit international, c'est-à-dire que les tribunaux recherchent une filiation internationale à la norme interne.

#### *I. Le phénomène du morcellement du droit interne*

**919.** Pour cerner de plus près le phénomène du morcellement du droit interne, il faut revenir sur ses origines qui ont conduit les tribunaux à isoler certaines obligations au sein du droit national applicable (A). Cette pratique qui cède au piège du *sui generis*, escamote le champ du

---

<sup>1579</sup> J. Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, O.U.P, 2017, p. 107.

<sup>1580</sup> *Sunreserve Luxo c. Italie*, Affaire SCC V 2016/32, sentence, 25 mars 2020, par. 982; *Hussein Nauman Soufraki c. Emirats arabes unis*, Affaire CIRDI n°ARB/02/7, Comité *ad hoc*, 5 juin 2007, par. 96: « *The ad hoc Committee agrees that, when applying national law, an international tribunal must strive to apply the legal provisions as interpreted by the competent judicial authorities and as informed by the State's 'interpretative authorities'* ».

<sup>1581</sup> Z. Douglas, *The Law of Investment Claims*, *op. cit.*, note n° 165, p. 69: « *The Fallacy of municipal laws as facts before an investment treaty tribunal* ».

<sup>1582</sup> J. Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, *op. cit.*, note 1579, p. 163 (l'auteur parle de « *failure to appreciate the role of domestic law* »).

<sup>1583</sup> F.A. Mann, « Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 40, 1954, p. 27.

droit national susceptible d'être applicable aux demandes reconventionnelles et appelle quelques observations critiques (B).

#### *A. L'isolement de certaines obligations issues du droit national*

**920.** Ainsi qu'il fut expliqué<sup>1584</sup>, l'approche suivie par certains tribunaux dans l'appréciation du lien de connexité juridique des demandes reconventionnelles a été inspirée de celle adoptée par le Tribunal irano – américain des réclamations. Bien que l'apport jurisprudentiel de ces sentences concerne principalement les questions d'admissibilité des demandes reconventionnelles précédemment étudiées, les raisonnements suivis intéressent également le droit applicable puisqu'ils contiennent des observations sur l'applicabilité du droit de l'Etat hôte. C'est donc dans cette perspective qu'elles sont analysées ici. Les arbitres de l'investissement ont repris la distinction consacrée par le Tribunal irano-américain des réclamations entre les obligations « spécialement contractées » et les obligations « générales » pour exclure les demandes reconventionnelles fondées sur la violation de plusieurs branches du droit interne (1). Certaines sentences ont utilisé cette distinction pour exclure la matière fiscale du champ des obligations de droit interne susceptibles d'être appliquées, creusant l'écart entre applicabilité et application du droit national (2).

##### *1. La fragilité de la distinction entre « obligations de droit commun » et « obligations relatives à l'investissement »*

**921.** L'origine de la pratique du morcellement est identifiable dans la jurisprudence du Tribunal irano-américain des réclamations. Dans la mesure où la pratique des demandes reconventionnelles y était très fournie<sup>1585</sup>, il n'est guère surprenant qu'elle se soit imposée comme une source pour les tribunaux d'investissement aux prises avec ce contentieux. Ainsi, le Tribunal irano-américain des réclamations a, à de nombreuses occasions, refusé d'exercer sa compétence sur les réclamations reconventionnelles lorsqu'elles se fondaient sur la violation du droit fiscal iranien<sup>1586</sup>.

**922.** A grands traits, l'isolation de la matière fiscale du champ de compétence repose sur la distinction entre les obligations générales et les obligations spécialement contractées entre les

---

<sup>1584</sup> *Supra*, Chapitre 4, par. 748 et suivant.

<sup>1585</sup> P. Daillier, S. Szurek, H. Gherari *et al.*, « Tribunal irano-américain de réclamations », *A.F.D.I.*, vol. 45, 1999.

<sup>1586</sup> Voir *International Technical Products Corp. and Islamic Republic of Iran*, Affaire TIAR n° 196-302-3, 24 octobre 1985; *Houston Contracting Company c. National Iranian Oil Company, National Iranian Gas Company and The Islamic Republic of Iran*, Affaire TIAR n°173, sentence n° 378-173-3, 22 juillet 1988, par. 117 (« *The obligation to pay taxes finds its source in the domestic law of the State concerned.* »); *Computer Sciences Corporation c. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Affaire TIAR n° 65, sentence n° 221-65-1, 16 avril 1986, par. 132.

parties. Ce n'est que si l'Etat a *contracté* une obligation fiscale spécifique et « indépendante »<sup>1587</sup> dans un contrat, telle qu'une clause de stabilisation, que l'obligation fiscale se mue en une obligation contractuelle susceptible d'être appréciée par le tribunal arbitral<sup>1588</sup>. Alors, « une clause qui fixe et stabilise le montant de l'impôt donne naissance à une obligation indépendante [et] il s'ensuit que l'Etat peut l'invoquer sous forme de demande reconventionnelle car elle est devenue contractuelle »<sup>1589</sup>. Il résulte de cette interprétation que la mention d'une obligation de paiement des impôts, ou la désignation d'un droit national à titre exclusif dans un contrat<sup>1590</sup>, ne crée pas une obligation contractuelle « spécifique » et demeure une obligation fiscale générale, qui échappe à la compétence des tribunaux arbitraux à titre principal comme à titre reconventionnel.

**923.** S'exprimant par le prisme de la connexité, certains tribunaux ont ainsi circonscrit le domaine du droit interne, isolant plusieurs matières au motif que le contentieux y afférant relèverait de la compétence des juridictions nationales.

**924.** Dans l'affaire précitée *Saluka c. République Tchèque*<sup>1591</sup>, le différend portait sur un accord de privatisation du système bancaire. L'Etat reprochait notamment à la filiale de l'investisseur la violation du droit bancaire, commercial, civil et de la concurrence<sup>1592</sup> dans l'exécution d'un accord d'achat d'actions. Le Tribunal, habilité par le TBI à régler « tout différend concernant un investissement », a rejeté les réclamations reconventionnelles au motif que celles-ci n'étaient pas propres à l'opération d'investissement mais relevaient du droit commun tchèque :

« *The legal basis on which the Respondent has itself relied for heads D through K of its counterclaim is to be found in the application of Czech law, and involves rights and obligations which are applicable, as a matter of the general law of the Czech Republic, to persons subject to the Czech Republic's jurisdiction. Consequently, the disputes underlying*

---

<sup>1587</sup> *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran*, Affaire TIAR n°128 et 129, sentence n° 309-129-3, 7 juillet 1987, par. 231.

<sup>1588</sup> *Houston Contracting Company c. National Iranian Oil Company, National Iranian Gas Company and The Islamic Republic of Iran*, Affaire TIAR n°173, sentence n° 378-173-3, 22 juillet 1988, par. 120 : « ...the situation is quite different if the contract includes provisions which create specific obligations, which do not exist in the law, of one party towards the other, in relation to the burden of the taxes to be paid, or provisions which set forth conditions for payment of amounts earned under the contract in relation to the payment of taxes. » ; *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran*, Affaires TIAR n°128 and 129, sentence N° 309-129-3, 7 juillet 1987, par. 231.

<sup>1589</sup> A. Gildemeister, *L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements*, LGDJ/Lextenso, 2013, p. 127.

<sup>1590</sup> *International Technical Products c. Iran and al*, sentence, 24 octobre 1985, Iran-US C.T.R, vol. 9, p. 206.

<sup>1591</sup> *Supra*, Chapitre 4, par. 763.

<sup>1592</sup> *Saluka Investments BV c. République tchèque*, décision sur la compétence et la demande reconventionnelle, *op. cit.*, note n° 443, par. 78 (italiques ajoutés)

*those heads of counterclaim in principle fall to be decided through the appropriate procedures of Czech law and not through the particular investment protection procedures of the Treaty* »<sup>1593</sup>.

**925.** Une telle solution était d'autant plus surprenante que le TBI dictait au tribunal de résoudre le différend « en prenant en compte, de manière non exclusive : *le droit en vigueur dans l'Etat concerné*, les dispositions du traité et tout autre disposition applicable entre les parties, les principes généraux du droit international et *les dispositions d'accords spéciaux en lien avec l'investissement* »<sup>1594</sup>.

**926.** L'affaire *Marco Gavazzi c. Roumanie* est un autre exemple de morcellement du droit interne. Le Tribunal a accru la fragilité de son raisonnement d'incompétence reconventionnelle<sup>1595</sup> par des observations critiquables sur l'étendue de l'applicabilité du droit de l'Etat hôte. Le différend portait sur un accord d'achat d'actions d'un site de production d'acier privatisé par la Roumanie. En échange d'un engagement de réorganisation des dettes par l'Etat, l'investisseur s'était engagé à investir 20 millions de dollars pour la modernisation du site. En raison d'interférence dans les avoirs de l'entreprise, l'investisseur n'avait pas pu sécuriser les fonds nécessaires et fut contraint à la banqueroute. Un premier arbitrage a été engagé par l'Etat en vertu du contrat. Dans cette première procédure, l'investisseur avait présenté des demandes reconventionnelles qui ont été favorablement accueillies par M. Lalive, débouchant sur une condamnation de l'Etat. L'arbitrage a été ultérieurement annulé par les juridictions roumaines, le contrat rompu, et chacune des parties déboutée de ses demandes. L'investisseur saisit alors les tribunaux CIRDI en vertu du TBI au motif que les manquements de l'Etat dans la restructuration de la dette constituaient une expropriation et que l'arbitrage rendu en sa faveur constituait un « investissement » protégé. Donnant raison à l'investisseur, la majorité du Tribunal a jugé que l'Etat avait manqué à ses obligations conventionnelles sur l'expropriation et que la faillite de l'investisseur lui était imputable.

**927.** Ainsi que la Roumanie l'avait fait valoir en tant que demanderesse dans la première procédure arbitrale, elle reprochait à l'investisseur sa mauvaise gestion, privant l'Etat d'un avoir essentiel dans le domaine industriel en violation des obligations nationales<sup>1596</sup>. Mais pour

---

<sup>1593</sup> *Ibid*, par. 79. (italiques ajoutés)

<sup>1594</sup> Article 8 (6) du TBI entre les Pays-Bas et les Républiques Tchèque et Slovaque du 29 avril 1991, (traduction libre): « *The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: - the law in force of the Contracting Party concerned; - the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; - the provisions of special agreements relating to the investment - the general principles of international law* » (italiques ajoutés).

<sup>1595</sup> *Supra*, Chapitre 2, par.321 et suivant; *Marco Gavazzi c. Roumanie*, décision sur la compétence et la responsabilité, *op. cit.*, note n° 504, paras. 153-154.

<sup>1596</sup> *Ibid*, par. 148.

écarter les demandes reconventionnelles, la majorité a considéré que ces demandes fondées sur le droit roumain étaient dépourvues de tout lien avec « *la demande de l'investisseur fondée sur la violation du traité* »<sup>1597</sup> puisqu'en l'absence de choix de loi, seul le droit international était applicable. Pour refuser de faire application du droit interne, la majorité a déclaré que « *it is difficult to accept that two States, parties to a treaty, have agreed to be subject to a domestic law chosen in a later contract, concluded by one of the States and private third persons* »<sup>1598</sup>.

**928.** Ainsi, l'exclusion du droit national fut finalement entérinée au prix d'une interprétation douteuse de l'article 42 de la Convention CIRDI. Selon le tribunal, cet article « *only recognises that, in the absence of an agreement of the parties on the applicable law, the law of the Host State may apply to investment contracts, which are the direct subject-matter of the ICSID arbitration. However, in the present proceedings, not breaches of the Share Purchase Contract, but breaches of the BIT are the subject-matter of the present arbitration. Therefore, the reference to the domestic law of the Host State as the law on the merits in Article 42 of the ICSID Convention, is irrelevant in the present case* »<sup>1599</sup>.

**929.** Le tort de cette approche est de considérer que l'applicabilité du droit interne dépend de la nature des réclamations de l'investisseur et non pas de l'objet du différend. Particulièrement restrictive, cette interprétation de l'article 42 réduit considérablement l'effectivité du principe d'applicabilité du droit interne lorsque l'investisseur invoque à titre principal une violation du traité. Or, s'il serait plus compréhensible d'exclure les réclamations reconventionnelles fondées sur le droit national<sup>1600</sup>, lorsque la compétence du tribunal est limitée aux différends nés de la violation du traité par l'Etat, et que le droit national n'est pas applicable, le tribunal *Marco Gavazzi* ne faisait face à aucune restriction de ce genre. Pourtant, la distinction entre obligations de droit commun et obligations relatives à l'investissement a continué d'être appliquée par les tribunaux d'investissement pour exclure le droit fiscal du champ des obligations de droit interne susceptibles d'être invoquées à titre reconventionnel.

---

<sup>1597</sup> *Ibid*, par. 154.

<sup>1598</sup> *Ibid*, par. 156.

<sup>1599</sup> *Ibid*, par. 155.

<sup>1600</sup>Le cas s'est présenté dans l'affaire *Oxus c. Ouzbékistan*, où le tribunal a jugé que les manquements au droit monétaire et financier de l'investisseur relevaient du droit ouzbèke, précisant toutefois que l'inadmissibilité des demandes reconventionnelles était « sans préjudice du droit de l'Etat de présenter une demande de compensation fiscale devant le juge l'exécution » (*Oxus Gold plc c. Ouzbekistan*, sentence, *op. cit.*, note n°458, par. 973). En vertu de l'article 8 du TBI entre la Mongolie et le Royaume-Uni, le tribunal disposait d'un mandat restreint : « *(I) Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification to a claim, be submitted to international arbitration if the national or company concerned so wishes.* ». Le traité ne contenait pas de clause de droit applicable.

## 2. *La fragile distinction entre « obligations de droit commun » et « obligations relatives à l'investissement » étendue à la matière fiscale*

**930.** Lorsque l'Etat choisit de formuler une demande reconventionnelle, il est fréquent qu'il invoque la violation des dispositions du droit fiscal par l'investisseur. Suivant une logique de mimétisme jurisprudentiel, plusieurs tribunaux ont sanctionné les réclamations reconventionnelles fondées sur le droit fiscal d'une irrecevabilité<sup>1601</sup>. Pour rappel, dans les trois affaires analysées ci-après, l'arbitre bénéficiait d'un large mandat, « relatif aux différends en lien avec l'investissement » ainsi que de la possibilité d'appliquer le droit national.

**931.** Par un considérant qui suscite beaucoup d'interrogations, le tribunal *Amco c. Indonésie* avait écarté l'action reconventionnelle indonésienne fondée sur la violation des obligations fiscales<sup>1602</sup> au motif que « *it is correct to distinguish between rights and obligations that are applicable to legal or natural persons who are within the reach of a host State's jurisdiction, as a matter of general law; and rights and obligations that are applicable to an investor as a consequence of an investment agreement entered into with that host state. Legal disputes relating to the latter will fall under Article 25(1) of the Convention. Legal disputes concerning the former in principle fall to be decided by the appropriate procedures in the relevant jurisdiction unless the general law generates an investment dispute under the Convention. The obligation not to engage in tax fraud is clearly a general obligation of law in Indonesia. It was not specially contracted for in the investment agreement and does not arise directly out of the investment* »<sup>1603</sup>. Le raisonnement, en tout point semblable à la jurisprudence du Tribunal irano-américain des réclamations<sup>1604</sup>, neutralise toute application du droit fiscal, alors que le droit de

---

<sup>1601</sup> *Supra*, Chapitre 4, paras.748 et suivant. Voir aussi, *M. Meerapfel Söhne AG c. République centrafricaine*, Affaire CIRDI n°ARB/07/10, (extraits), 12 mai 2011, par. 447 : « Toutefois, il n'est pas établi que tous les chefs de demandes figurant dans la demande reconventionnelle relèvent de la compétence du Tribunal. Tel est le cas, particulièrement, du non paiement d'impôts et la prétendue fraude fiscale, qui sont des sujets généralement soumis aux juridictions nationales. Le présent Tribunal n'est pas compétent pour connaître de ces demandes. »

<sup>1602</sup> Sollicitant « la reconnaissance par le Tribunal que la révocation du contrat de gestion était justifiée au regard des manquements et violations d'obligations issues du droit national et d'autres règles applicables de droit international, et qu'en conséquence PT Amco [l'entité locale indirectement contrôlée par un investisseur étranger] devrait rembourser à l'Etat le montant des exemptions fiscales par lui accordées » (*Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI n°ARB/81/1, sentence sur la compétence après renvoi par le Comité d'annulation, 10 mai 1988).

<sup>1603</sup> *Ibid*, paras. 125-126.

<sup>1604</sup> *T.C.S.B., Inc. c. Iran, Ministry of Housing and Urban Development and others*, Affaire TIAR n° 140, sentence, n° 114-140-2, 16 mars 1984, par. 47 (« Accordingly, a distinction must be made, in particular, between legal relationships arising out of the application of the law to a situation in which either party individually finds itself and the contractual relationship between the parties to the contract *inter se* »).

l'Etat hôte était désigné par le tribunal comme droit applicable<sup>1605</sup>.

**932.** La distinction entendue par le Tribunal comme régissant les « obligations de droit commun » et « obligations relatives à l'investissement » a ultérieurement trouvé confirmation dans le cadre des arbitrages CNUDCI, isolant toujours plus la matière fiscale des obligations consacrées par le droit national de l'Etat hôte.

**933.** Dans l'affaire *Paushok*, la Mongolie arguait à titre reconventionnel que la violation de la licence d'exploitation minière par l'investisseur constituait un manque à gagner fiscal pour l'Etat, un préjudice environnemental et une perte d'emplois. En appréciant la force du lien de connexité avec les demandes de l'investisseur, le tribunal a jugé la demande irrecevable au motif que : « *the Counterclaims arise out of Mongolian public law and exclusively raise issues of non-compliance with Mongolian public law, including the tax laws of Mongolia. All these issues squarely fall within the scope of the exclusive jurisdiction of Mongolian courts, are matters governed by Mongolian public law, and cannot be considered as constituting an indivisible part of the Claimants' claims based on the BIT and international law* »<sup>1606</sup>.

**934.** Pour justifier sa position, le tribunal s'est explicitement appuyé sur la jurisprudence du Tribunal irano-américain des réclamations<sup>1607</sup>. D'après celle-ci, la détermination d'un manquement aux obligations fiscales de l'Etat hôte par un tribunal arbitral serait contraire au « principe général d'inexécution extraterritoriale des droits nationaux »<sup>1608</sup>, ainsi « *if the Arbitral Tribunal extended its jurisdiction to the Counterclaims, it would be acquiescing to a possible exorbitant extension of Mongolia's legislative jurisdiction without any legal basis under international law to do so, since the generally accepted principle is the non-extraterritorial enforceability of national public laws and, specifically, of national tax laws* »<sup>1609</sup>.

**935.** Ces extraits enseignent que certains tribunaux attribuent une compétence exclusive aux juridictions de l'Etat hôte pour se prononcer sur le domaine fiscal. Ce constat peut surprendre

---

<sup>1605</sup> *Amco c. Indonésie*, Affaire CIRDI n° ARB/81/1, sentence, 20 novembre 1984, par. 148. (« *The parties have not expressed an agreement as to the rules of law according to which the disputes between them should be decided, the Tribunal has to apply Indonesian law and such rules of international law as the Tribunal deems to be applicable...* »).

<sup>1606</sup> *Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, par. 694

<sup>1607</sup> *Computer Sciences Corporation and The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.*, sentence n° 221-65-1, Avril 16, 1986, pp. 55-56: « *Such a claim is essentially a request that this Tribunal enforce the tax laws of a sovereign state [...] It is a "universally accepted rule that public law may not be extraterritorially enforced". Tax laws are manifestation of jus imperii which may be exercised only within the borders of a state. In addition, revenue laws are typically enormously complex, so much so that their enforcement is frequently assigned to specialized courts or administrative agencies. For those reasons, actions to enforce tax laws are universally limited to the domestic forum (...)* The Tribunal thus had no jurisdiction over the [tax claim] ».

<sup>1608</sup> *Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, par. 694.

<sup>1609</sup> *Ibid*, par. 695.

dans la mesure où le traité ne contient aucune limitation dans ce domaine et que le droit national et le droit international étaient désignés par le tribunal comme droits applicables<sup>1610</sup>. Dans l'affaire *Paushok c. Mongolie*, la position était d'autant plus surprenante que le cœur du différend concernait l'exécution d'un accord de stabilisation fiscale octroyé par la Mongolie à l'investisseur.

**936.** Le propos ici n'est pas de laisser entendre que dans ces cas précis, les demandes auraient dû prospérer. Force est de constater que beaucoup de ces demandes reconventionnelles étaient, sinon très opportunes, du moins insuffisamment étayées. Il n'en reste pas moins que le chemin emprunté par les tribunaux escamote considérablement le rôle du droit national en proposant des distinctions dont la légitimité mérite un examen plus approfondi.

### ***B. L'écueil : la prédétermination du droit interne par la spécialisation contentieuse***

**937.** Lorsque le droit national trouve application, la distinction entre les obligations de droit interne et les obligations « relatives à l'investissement » est une ligne de partage fragile qui n'est pas exempte de toute critique. Pour s'en convaincre, il semble opportun d'expliquer que derrière le phénomène du morcellement se niche la dénaturation du rapport entre le champ de compétence matérielle des tribunaux et le droit applicable. Or, la spécialisation contentieuse ne permet pas d'exclure *a priori* certains domaines du droit national (1). Le propos vaut également pour la matière fiscale dans la mesure où le principe d'inexécution extraterritoriale du droit public ne nous semble plus être opérant dans l'arbitrage d'investissement (2).

#### ***1. Absence d'un droit interne de l'investissement***

**938.** Contrairement à ce qui est suggéré par une partie de la jurisprudence précitée, il n'est pas possible – ni souhaitable – de distinguer « les sphères » de droit interne dans la mesure où l'applicabilité du droit national concerne l'ensemble des normes du droit désigné. Le fait que la compétence matérielle des tribunaux porte sur un investissement ne permet pas d'isoler le droit bancaire, le droit de la concurrence ou encore le droit fiscal du droit applicable. A cela, plusieurs raisons.

**939.** Premièrement, pour reprendre les termes de la Convention CIRDI ou des accords d'investissement, la compétence sur les « différends en lien direct avec un investissement » concerne une opération à ramifications multiples. Par exemple, un investisseur concessionnaire d'une mine, peut, pêle-mêle, être soumis aux dispositions du code minier, au droit du travail,

---

<sup>1610</sup> *Ibid*, par. 413.

au droit de l'environnement et au droit fiscal. Chacune des normes considérées couvrant pourtant des domaines bien différents, est éligible à devenir source d'un différend en lien direct avec l'investissement .

**940.** Deuxièmement, la protection de l'investissement ne requiert pas systématiquement de relation contractuelle. Ainsi qu'en témoigne les nombreux différends intra-communautaires initiés sur le fondement du Traité sur la Charte de l'Energie, l'investisseur peut choisir d'investir en réponse à une loi nationale de promotion des énergies renouvelables, sans que cette loi ne soit spécialement applicable aux investisseurs *étrangers*<sup>1611</sup>. Le fait qu'un investisseur contracte directement avec un Etat n'a pas pour effet de neutraliser l'effectivité du droit national dans lequel ce contrat opère, ni de faire échapper certains domaines du droit national à la catégorie des différends en lien avec l'investissement . En effet, la diversité des formes d'investissements pouvant être couverts empêche toute tentative d'exclusion préalable d'un domaine du droit national puisque la nature de l'opération peut simultanément concerner plusieurs secteurs de régulation. Il y a là une différence significative avec d'autres juridictions internationales dites « spécialisées » sur laquelle il faut revenir.

**941.** Devant le TIDM ou la Cour Européenne des droits de l'homme (CEDH) par exemple, il existe une identité entre le droit applicable et le champ de compétence matérielle. La CNUDM donne compétence pour « tout différend », mais celle-ci est néanmoins circonscrite à « l'interprétation ou à l'application de la Convention ». La référence se fait donc à la Convention elle-même et à son objet (la mer), dont le statut est réglé par le droit international. L'article 293 de la CNUDM précise que la Cour ou le tribunal compétent « applique les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci ». De même, en vertu de l'article 32, la compétence de la CEDH « s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises »<sup>1612</sup>. Il n'est guère surprenant qu'en délimitant ainsi la compétence « relative à la convention », les Etats parties entendent faire coïncider le droit de l'action avec le droit au fond (la Convention) complété le cas échéant du droit international général.

**942.** En revanche, si l'on tient pour acquis que le droit applicable au contentieux d'investissement désigne une opération simultanément inscrite dans l'ordre juridique interne et international, alors toutes les règles du droit national peuvent *a priori* être pertinentes pour la

---

<sup>1611</sup> Voir la législation espagnole RD 661/2007 à l'origine de nombreux différends d'investissements contre l'Espagne (*NextEra Energy Global Holdings B.V et autres c. Espagne*, Affaire CIRDI n°ARB/14/11, sentence, 12 mars 2019) ; Voir aussi la législation italienne et le régime des *Contos* (*ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr et autres c. Italie*, Affaire CIRDI n°ARB/16/5, sentence, 14 septembre 2020)

<sup>1612</sup> Convention européenne des droits de l'homme, 4 novembre 1950, article 32.

résolution d'un différend d'investissement. Autrement dit, il n'y a pas d'identité entre le droit d'action (traité, contrat ou loi) et le droit applicable au fond du différend. Contrairement à la CNUDM ou la CEDH, les règles ayant vocation à s'appliquer à l'opération d'investissement en droit interne ne sont pas toujours à proprement parler des normes faites pour l'investissement étranger, mais elles lui sont néanmoins applicables, si bien qu'il existe autant de règles pertinentes de droit interne que de formes d'investissements protégés.

**943.** Dès lors, la question qui se pose n'est pas de savoir quelles obligations de droit national entrent dans le domaine spécial des tribunaux de l'investissement mais plutôt de savoir si la règle invoquée par l'Etat contre l'investisseur vient modifier le rôle du tribunal devant lequel la demande est présentée. Posée de cette manière, la question permet de neutraliser les tentatives de prédétermination du droit applicable aux demandes reconventionnelles.

**944.** Concrètement, si la violation du code de la route de l'Etat hôte par un investisseur opérant dans le domaine bancaire n'entre pas dans la catégorie des différends que le tribunal peut trancher<sup>1613</sup>, c'est parce que l'application du code de la route ne permet pas au tribunal de régler le différend relatif à l'investissement, non parce que le code de la route est une « obligation de droit commun ». En revanche, la violation des règles de droit bancaire par un investisseur ayant obtenu un contrat de privatisation du secteur bancaire (*Saluka c. République Tchèque*) ou la violation des règles du droit fiscal par un investisseur impliqué dans le secteur minier soumis à un régime fiscal particulier (*Paushok c. Mongolie*), sans être spécialement adoptées pour l'investissement étranger, appartiennent au droit applicable car elles concernent directement la gestion de cet investissement. C'est donc la nature de l'investissement protégé qui permet de cerner le champ du droit applicable, et non pas la nature des règles de droit interne *in abstracto*. Par exemple, on ne dit pas du contenu de l'obligation de traitement national, qu'il est limité à certaines obligations ou certaines branches du droit interne. Son énonciation se contente d'établir un standard de protection par renvoi au traitement réservé aux nationaux dans une situation similaire.

**945.** Ainsi, par l'application du droit de la partie contractante, il faut entendre « le droit qu'un tribunal national compétent appliquerait dans l'affaire en cause »<sup>1614</sup> de sorte que la distinction entre les obligations de droit commun et celles relatives à l'investissement en droit interne repose sur une simplification jurisprudentielle à laquelle il est difficile d'adhérer.

---

<sup>1613</sup> *Copper Mesa Mining c. Equateur*, CPA, sentence, *op. cit.*, note n°1032, par. 5.56: « For example, an employee of the investor cycling to work in the dark without a rear light (in contravention of local traffic laws) should not deprive that investor forever of its arbitral remedy under the Treaty ».

<sup>1614</sup> Accord de Libre-échange entre le Canada et le Pérou (29 mai 2008), article 837 « droit applicable ».

**946.** Le problème du morcellement du droit national s'est posé avec la même acuité dans le cadre de l'interprétation des clauses de conformité. Les affaires *Desert Line c. Yémen*<sup>1615</sup>, *LESI c. Algérie* ainsi que *Rumeli c. Kazakhstan* suggèrent que la condition de conformité de l'investissement au droit national s'apprécierait au regard des « principes et droits fondamentaux du droit national de l'Etat hôte »<sup>1616</sup>. Pour la doctrine<sup>1617</sup>, cette circonscription matérielle des obligations du droit national couvertes par la clause de conformité ne paraît ni « opportune »<sup>1618</sup> ni « fondée »<sup>1619</sup>. D'une part, rien dans la rédaction des clauses de conformité ne suggère que l'investisseur étranger ne soit soumis « qu' » au respect des droits fondamentaux<sup>1620</sup>, mais en outre, il est difficile de concevoir un critère de distinction entre ce qui relèverait de la catégorie des « droits fondamentaux » et ce qui en serait exclu.

**947.** Le fait que l'Etat *puisse* poursuivre l'investisseur devant ses juridictions nationales n'est pas un argument juridique permettant d'isoler certaines obligations issues du droit national du droit applicable au différend d'investissement. Pourtant, l'idée que certains domaines du droit national relèveraient de la compétence des juridictions nationales est un argument qui a fait fortune, pour exclure les demandes reconventionnelles fondées sur la violation du droit fiscal.

## ***2. Fondement de l'exclusion de la matière fiscale : le principe d'inapplication extraterritoriale du droit public***

**948.** Même en des cas où le droit national de l'Etat hôte trouvait application, plusieurs tribunaux ont rejeté les réclamations reconventionnelles fiscales. Pour refuser aux réclamations fiscales le label de « différend d'investissement » les tribunaux se sont appuyés sur le principe d'inapplication extraterritoriale du droit public. Si ce principe ne nous semble plus pleinement opérant en arbitrage d'investissement, c'est parce qu'il peine à prendre en compte deux réalités interdépendantes, à savoir l'abandon du principe d'inarbitrabilité des questions fiscales en droit interne (a) et l'internationalisation de la compétence juridictionnelle (b).

### ***a) L'abandon progressif du principe d'inarbitrabilité des questions fiscales en droit***

---

<sup>1615</sup> *Desert Line c. Yémen*, sentence, Affaire CIRDI n° ARB 05/17, 6 février 2008, par. 104.

<sup>1616</sup> *Rumeli c. Kazakhstan*, Affaire CIRDI n° ARB 05/16, sentence, 29 juillet 2008, par. 319 ; *Desert Line Projects LLC c. Yemen*, Affaire CIRDI n° ARB/05/17, sentence, 6 février 2008, par. 104.

<sup>1617</sup> J. Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, *op. cit.*, note 1579, pp. 148-149.

<sup>1618</sup> I. El Hayek, *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement*, *op. cit.*, note 1462, p. 252.

<sup>1619</sup> J. Hepburn, « In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the 'Defence' of Investor Illegality in Investment Arbitration », *op. cit.* note n°1477, p. 535.

<sup>1620</sup> J. Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, *op. cit.*, note 1579, p. 141 (traduction libre).

### *interne*

**949.** L'idée que le droit fiscal étatique est un bastion de souveraineté échappant à la justice arbitrale a longtemps fait fortune<sup>1621</sup> en droit interne comme en droit international. S'exprimant dans le domaine de l'arbitrage commercial, G. Born explique par exemple que « *some matters so pervasively involve public rights, or interests of third parties, which are subjects of uniquely governmental authority, that agreements to resolve such disputes by 'private' arbitration should not be given effect* »<sup>1622</sup>. De même, F.A. Mann expliquait qu'il existait a « *firmly established practice and deeply rooted accepted conviction of the international unenforceability of claims jure imperii* »<sup>1623</sup>.

**950.** Au Nigéria par exemple, les tribunaux nationaux ont appliqué le principe d'inarbitrabilité des différends fiscaux relatifs à un contrat d'exploitation pétrolière<sup>1624</sup> au motif que la Cour suprême disposait d'une compétence exclusive sur ces questions. Cette interprétation restrictive n'a pas reçu l'adhésion de la doctrine<sup>1625</sup>.

**951.** En France, l'argument de l'inarbitrabilité des questions fiscales a été soulevé à l'appui des anciens articles 1104 et 83 du Code de procédure civile qui défendaient de compromettre sur certaines matières relevant du Ministère public. La règle fut ultérieurement développée par l'article 2060 du Code civil qui interdit aux établissements publics non-industriels et non-commerciaux de compromettre « dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public »<sup>1626</sup>.

**952.** Dans le célèbre arrêt *Galakis*, la Cour de Cassation a néanmoins réduit le champ de l'interdiction en affirmant que la restriction ne s'appliquait pas aux contrats internationaux conclus entre l'Etat et une personne privée. En conséquence, l'arbitrabilité des différends fiscaux nés de l'exécution d'un contrat international n'est pas contraire au droit français<sup>1627</sup> et

---

<sup>1621</sup> F.A. Mann, « Conflict of Laws and Public Law », *RCADI*, 1971, vol. 132, p.166; F.A Mann *et al.*, « Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws », *Transactions of the Grotius Society*, 40, 1954, p. 28.

<sup>1622</sup> G. Born, *International Commercial Arbitration*, 3ème ed, Kluwer Law International, 2020, p. 1029.

<sup>1623</sup> F.A Mann *et al.*, « Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws », *Transactions of the Grotius Society*, 40, 1954, p. 32.

<sup>1624</sup> *Shell Nigeria Exploration and Production Ltd c. Federal Inland Revenue Service*, Cour Suprême du Nigéria CA/A/208/2012, 31 août 2016.

<sup>1625</sup> C. Umeche, « Arbitrability of tax disputes in Nigeria », *Arb. Int.*, vol. 33, n°3, 2017, p. 501.

<sup>1626</sup> Article 2060 du Code civil français (« On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre »).

<sup>1627</sup> *Cour de cassation*, 1ère ch. Civ., 2 mai 1966, *Galakis* (accessible sur légifrance): « que la Cour d'appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette règle, édictée pour les contrats internes, devait s'appliquer également à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime. Que l'arrêt attaqué décide justement que la prohibition survisée n'est pas applicable à un tel contrat et que, par suite, en déclarant valable la clause compromissoire souscrite par une personne morale de droit public, la Cour d'appel a, ... légalement justifié sa décision » (Elle se prononçait sur les articles 1104 et 83 précités).

entre dans la compétence des tribunaux arbitraux internationaux.

**b) L'internationalisation de la compétence juridictionnelle en matière fiscale**

**953.** Au niveau international, la pratique des Etats confirme l'abandon progressif du principe d'inarbitrabilité des questions fiscales. En effet, non seulement l'Etat module sa compétence fiscale à la faveur d'un investissement donné (comme la France a pu le faire pour *DisneyLand*<sup>1628</sup>), mais encore, certaines lois de protection de l'investissement reconnaissent le principe d'arbitrabilité des questions fiscales<sup>1629</sup> et réitèrent l'obligation de s'acquitter des impôts<sup>1630</sup>. En outre, sauf disposition contraire dans les traités, le traitement fiscal réservé aux investisseurs est une matière à l'aune de laquelle est apprécié le respect du traitement national<sup>1631</sup>. Les conventions fiscales bilatérales de non-double imposition contenant des clauses d'arbitrage<sup>1632</sup> se font de plus en plus nombreuses. Par exemple, la Suisse et la France ont signé un accord de ce type, qui contient une clause d'arbitrage transnational rédigée en ces termes : « ...Lorsqu'une entreprise résidente d'un Etat contractant a présenté à l'autorité compétente de l'un des Etats contractants, en application du par. 1, un cas relevant de l'art. 9<sup>[1633]</sup> ... et que les autorités compétentes ont été dans l'incapacité d'arriver à un accord pour résoudre ce cas ... toute question non résolue posée par ce cas peut être soumise à un arbitrage si l'entreprise le demande »<sup>1634</sup>. Dans la mesure où la procédure d'arbitrage ne peut pas être

---

<sup>1628</sup> B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, vol. 32, n°1, p. 28.

<sup>1629</sup> Loi béninoise sur les investissements étrangers (30 avril 1990), article 74: « *The settlement of disputes related to the authenticity, interpretation or enforcement of the Approval Decree and the possible computation of fiscal fines due to the ignorance or the breach of liabilities shall be subject to one of the following arbitration procedures...* ».

<sup>1630</sup> Article 10 de la loi arménienne des investissements : « *A foreign investor's profit (revenue), after paying the taxes and other fees established by legislation of the Republic of Armenia, shall remain under his/her disposal.* »

<sup>1631</sup> W. Ben Hamida, « Droit fiscal et droit international des investissements », in *Droit des investissements internationaux perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 122.

<sup>1632</sup> Voir l'article 25 (5) de la Convention fiscale entre l'Allemagne et les Etats-Unis du 29 août 1989.

<sup>1633</sup> « Lorsque a) Une entreprise d'un Etat contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre Etat contractant, ou que b) Les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un Etat contractant et d'une entreprise de l'autre Etat contractant, et que, dans l'un et l'autre cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions acceptées ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient conclues entre des entreprises indépendantes, les bénéficiaires qui, sans ces conditions, auraient été obtenus par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence. »

<sup>1634</sup> Convention entre la Suisse et la France en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales (9 septembre 1966), article 27 « ... Cependant, les questions non résolues ne doivent pas être soumises à un arbitrage si toute personne directement concernée par ce cas est encore en droit, selon la législation interne de l'un des Etats contractants, d'obtenir une décision juridictionnelle de cet Etat contractant sur les mêmes questions, ou si une telle décision juridictionnelle a déjà été rendue. La décision d'arbitrage lie les deux Etats contractants et doit être appliquée nonobstant tout délai existant dans le droit interne de ces Etats. Les autorités compétentes des Etats contractants prévoient d'un commun accord les modalités d'application du présent paragraphe ».

activée si l'entreprise peut encore « obtenir une décision juridictionnelle de cet Etat contractant sur les mêmes questions », elle ne constitue pas à proprement parler une « offre » d'arbitrage automatique mais confirme néanmoins le principe d'arbitrabilité des questions fiscales.

**954.** Pour autant, l'abandon progressif du principe de l'inarbitrabilité de la matière fiscale ne permet pas de cerner avec clarté le rôle des tribunaux internationaux à leur égard. La doctrine dans le domaine de l'investissement n'est d'ailleurs pas fixée sur la question : « *An investment operation typically involves a number of ancilliary transactions...[such as] tax liabilities. In economic terms, these transactions and contracts are all more or less linked to the investment. But whether these peripheral activities and disputes relating to them arise out of an investment for purpose of the ICSID's jurisdiction may be subject to doubt* »<sup>1635</sup>.

**955.** Il a néanmoins été observé que l'augmentation de la pratique des demandes reconventionnelles des Etats fondées sur la violation du droit fiscal devant les tribunaux transnationaux confirme l'abandon de l'inarbitrabilité de la matière fiscale<sup>1636</sup>. Le fait pour un Etat de présenter devant un tribunal arbitral des prétentions visant à investir ce tribunal d'un pouvoir de déterminer la vraisemblance et la réalité des violations de ses dispositions fiscales par l'investisseur comporterait en lui-même l'indice d'une acceptation du principe d'arbitrabilité des questions fiscales.

**956.** En outre, en entrant dans l'analyse de la recevabilité des réclamations reconventionnelles fondées sur une violation du droit fiscal, les tribunaux transnationaux suggèrent que ces questions ne s'analysent plus en termes d'inarbitrabilité<sup>1637</sup>. Néanmoins, le constat de l'irrecevabilité des demandes reconventionnelles fiscales produit un effet quasi similaire, puisque de telles réclamations échappent à la compétence arbitrale. Ainsi, pour rejeter sa compétence sur une action reconventionnelle iranienne portant sur des manquements au droit fiscal, le Tribunal irano-américain des réclamations dans l'affaire *Computer Sciences*<sup>1638</sup>, a

---

<sup>1635</sup> C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, *The ICSID Convention A Commentary*, 2ème ed, CUP, commentaire sous l'article 25.

<sup>1636</sup> A. Gildemeister, *L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements*, 2013, LGDJ/Lextenso, p. 54.

<sup>1637</sup> *Ibid*, p. 54 : « de façon quasiment univoque, le Tribunal s'est concentré sur l'examen de sa compétence sans s'attarder sur la question de l'arbitrabilité ».

<sup>1638</sup> *Computer Sciences Corporation c. Iran*, Affaire TIAR n° 65, sentence n° 221-65-1, 16 avril 1986, par. 132 (références omises) (« *It is a 'universally accepted rule that public law cannot be extraterritorially enforced.' Tax laws are manifestations of jus imperii which may be exercised only within the borders of a state. In addition, revenue laws are typically enormously complex, so much so that their enforcement is frequently assigned to specialized courts or administrative agencies. For these reasons, actions to enforce tax laws are universally limited to their domestic forum. It makes little difference for present purposes whether the rule is considered one of public or private international law. States may of course vary the rule by treaty, but "in view of the firmly*

observé que : « *Such a claim is essentially a request that this Tribunal enforce the tax laws of a sovereign state [...] It is a 'universally accepted rule that public law may not be extraterritorially enforced'. Tax laws are manifestation of jus imperii which may be exercised only within the borders of a state. In addition, revenue laws are typically enormously complex, so much so that their enforcement is frequently assigned to specialized courts or administrative agencies. For those reasons, actions to enforce tax laws are universally limited to the domestic forum (...) The Tribunal thus had no jurisdiction over the [tax claim].* »<sup>1639</sup>.

**957.** Sur la base du même principe, le Tribunal dans l'affaire *Paushok*<sup>1640</sup> a lui aussi rejeté les demandes reconventionnelles par lesquelles la Mongolie arguait que la violation de la licence d'exploitation d'une mine par l'investisseur constituait un manque à gagner fiscal pour l'Etat. Citant la jurisprudence *Computer Sciences* le tribunal *Paushok* a déclaré qu'une telle demande reconventionnelle « *exclusively raise[s] issues of non-compliance with Mongolian public law, including the tax laws of Mongolia. All these issues squarely fall within the scope of the exclusive jurisdiction of Mongolian courts* »<sup>1641</sup>. Mais au lieu de s'en tenir à l'argument du défaut d'identité des parties pour écarter la réclamation, le Tribunal, par un *obiter dictum* qu'il convient de reproduire ici dans son intégralité, a jugé qu'en tout état de cause, une demande de cette nature n'était pas recevable :

« *through the Counterclaims the Respondent seeks to extend the extraterritorial application and enforcement of its public laws, and in particular its tax laws, to individuals or entities not subject to and not having accepted to submit to Mongolian public law or its courts. Thus, if the Arbitral Tribunal extended its jurisdiction to the Counterclaims, it would be acquiescing to a possible exorbitant extension of Mongolia's legislative jurisdiction without any legal basis under international law to do so, since the generally accepted principle is the non-extraterritorial enforceability of national public laws and, specifically, of national tax laws. Were the Arbitral Tribunal to decide on the merits of the Counterclaims in favor of the Respondent, the ensuing arbitral award rendered in The Netherlands would be entitled to recognition and enforcement through the 1958 New York Convention on the Recognition and*

---

*established practice and the deeply rooted and universally accepted conviction of the international unenforceability of claims jure imperii, any qualification of the customary rule will presuppose the clearest possible expression of the international legislators' intention." No such explicit expression appears in the Claims Settlement Declaration, and the Tribunal considers that it would be unwise to imply one. The Tribunal thus had no jurisdiction over the claim for a tax clearance certificate* »).

<sup>1639</sup> *Ibid*, pp. 55-56. (les italiques sont de nous)

<sup>1640</sup> *Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418. L'article 6 du TBI donnait compétence au tribunal en ces termes «*[d]isputes between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party, arising in connection with realization of investments, including disputes concerning the amount, terms or method of payment of compensation*» et ne contenait pas de clause de droit applicable.

<sup>1641</sup> *Ibid*, par. 694.

*Enforcement of Foreign Arbitral Awards in its members countries, including Russia, with the likely effect of advancing the enforcement of Mongolian tax laws by non-Mongolian courts in respect of non Mongolian nationals beyond limitations on the extraterritorial application of Mongolian tax laws rooted in public international law »<sup>1642</sup>.*

**958.** La référence aux sentences *Amco c. Indonésie* et *Computer Sciences*<sup>1643</sup> (différends dans lesquels il existait une identité des parties) ayant adopté une position identique suggère que le différend fiscal survenant entre deux parties ne saurait entrer dans la compétence d'un tribunal arbitral, même lorsque ce dernier est habilité à appliquer le droit national de l'Etat hôte.

**959.** Par ce considérant énoncé comme un principe établi, le Tribunal ampute le droit national de l'Etat hôte de son droit fiscal. Ainsi, le principe d'inexécution extraterritoriale du droit public serait un « principe général » enraciné dans le droit international public, et l'action reconventionnelle devant un tribunal arbitral (tant dans sa formulation que son exécution) serait assimilable à un exercice de compétence extraterritoriale de la part de l'Etat hôte.

**960.** Sur la base de cet énoncé, il convient donc de se demander si i) l'invocation par l'Etat de son droit fiscal devant un tribunal arbitral habilité à appliquer le droit national est en elle-même une application *extraterritoriale* de ce droit qui contrevient au droit international public et si ii) la reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère par les juridictions d'exécution vaut application extraterritoriale du droit public de l'Etat hôte.

*i) Absence d'extraterritorialité devant les tribunaux arbitraux d'investissement*

**961.** Si la question de l'application extraterritoriale du droit public a pu être discutée par la doctrine<sup>1644</sup> et par la jurisprudence interne<sup>1645</sup> et internationale, c'est dans le contexte bien distinct de l'applicabilité du droit public *devant les juridictions nationales étrangères*. En effet, dans l'article de F.A. Mann<sup>1646</sup> cité dans les affaires *Computer Sciences* et *Paushok c. Mongolie*,

---

<sup>1642</sup> *Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, paras. 694-695, (les italiques sont de nous).

<sup>1643</sup> *Computer Sciences Corporation c. Iran*, Affaire TIAR n° 65, sentence n° 221-65-1, 16 avril 1986 ; *Amco c. Indonésie*, Affaire CIRDI n° ARB/81/1, sentence, 20 novembre 1984.

<sup>1644</sup> B. Stern, « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *R.Q.D.I.*, 1986, p.51 ; B. Stern « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *A.F.D.I.*, vol. 31, n°1, 1986, pp. 7-52, B. Stern, « L'extraterritorialité revisitée : où il est question des affaires Alvarez- Machain, Pâte de bois et quelques autres... », *A.F.D.I.*, 1992, vol. 37, n°1, pp. 239-313 ; B. Stern, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy », *R.G.D.I.P.*, 1996, n°4, pp. 979-1003.

<sup>1645</sup> Cass. Civ., 3 Juillet 1928, *JDI (Clunet)* 1929, p. 38 : « L'administration française ne peut poursuivre devant les tribunaux étrangers le recouvrement des taxes qui lui sont dues sur le territoire français et ... les administrations étrangères ne peuvent poursuivre devant les tribunaux française le recouvrement des impôts qui leur sont dus sur leur territoire ; que s'agissant dans l'espèce du recouvrement d'une taxe instituée par le Gouvernement allemand ces règles doivent recevoir leur application ».

<sup>1646</sup> F.A. Mann, « Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws », *Transactions of the Grotius Society*, vol. 40, n° 25, 1955, p. 28.

l'auteur s'interrogeait sur la possibilité qu'un Etat invoque devant les juridictions anglaises l'autorité qu'il détient en vertu de son droit national <sup>1647</sup>. D'après son analyse, aucun Etat ne pouvait exercer sa compétence devant une juridiction étrangère et faire des juridictions nationales étrangères une autorité de collecte d'impôts dus à l'étranger. Le terrain d'étude du principe d'inapplicabilité extraterritoriale du droit public portait donc sur le champ territorial de l'exercice de la compétence des Etats souverains et sur l'existence d'une règle internationale laissant aux juridictions nationales une compétence exclusive dans les matières relevant du *jus imperii* tels que le domaine pénal ou fiscal<sup>1648</sup>.

**962.** Quoique dans des circonstances différentes, la CPJI dans la célèbre affaire *Lotus* était saisie d'un problème analogue relatif aux limites territoriales de la compétence des Etats. En particulier, la Cour répondait à la question de savoir si les poursuites pénales engagées contre un ressortissant français par les autorités turques violaient ou non une règle de droit international<sup>1649</sup>. Juste après le célèbre considérant<sup>1650</sup>, la Cour a énoncé que « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – *sauf l'existence d'une règle permissive contraire* – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État ... Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté ... tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ...» <sup>1651</sup>.

**963.** Par cet énoncé, la Cour expliquait en 1927, qu'il ne saurait y avoir d'exercice de la souveraineté extraterritoriale « *sauf l'existence d'une règle permissive contraire* ». Néanmoins, à l'instar de l'analyse proposée par Mann, ce principe suppose un conflit de compétence entre

---

<sup>1647</sup> *Ibid*, p. 27: « *The peculiar enforcement envisaged in the following observations presupposes that it is a foreign State or one of its instrumentalities that asserts before an English Court the public authority conferred upon it by its own law... It may be said that the enforcement, in this sense, of foreign public law in England, as opposed to its application, is excluded by established principles. If a contract subject to Indian law provides for annual payments to be made without deduction of Indian Income Tax and if Indian law includes a section similar to s.506 of the English Income Tax Act, 1952, an English Court will undoubtedly apply Indian law and hold the contract void. But if, under the authority of its tax legislation, the Republic of India should come to an English Court to recover taxes due to it under its legislation, then Indian law would be unenforceable, because an English Court will not constitute itself the tax-collecting agency of a foreign State* ».

<sup>1648</sup> *Ibid*, « What then are the actions which public international law commits exclusively to their domestic forum? »

<sup>1649</sup> *Lotus*, *Jugement n° 10*, 7 Septembre 1927, *Série A*, p. 18: « Il ne s'agit donc pas, selon le compromis, de préciser les principes qui permettraient à la Turquie d'exercer les poursuites pénales, mais de formuler les principes qui éventuellement auraient été violés par ces poursuites ».

<sup>1650</sup> *Ibid* : « Le droit international régit les rapports entre Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas ».

<sup>1651</sup> *Ibid*, p.19.

deux Etats souverains. Autrement dit, chaque Etat disposant en vertu du droit international d'une compétence propre sur son territoire, aucun ne peut prétendre à l'exercer au-delà, à moins d'y être autorisé par l'Etat étranger<sup>1652</sup>, le droit international leur laissant, à cet égard, « une grande liberté » pour en décider autrement.

**964.** De fait, l'interdiction d'exercer la compétence extraterritoriale concerne l'exécution, sauf règle permissive contraire. Or, les Etats n'ont pas manqué d'étendre cette liberté en exerçant leur compétence normative de manière extraterritoriale. Le cas des sanctions iraniennes adoptées par les Etats-Unis est un exemple récent qui s'ajoute à de nombreux autres<sup>1653</sup>. En parallèle et de manière concertée cette fois, les Etats ont également justifié l'extraterritorialité du droit fiscal en adoptant des conventions de non-double imposition. Ces exemples ont fragilisé la force du principe d'inapplication extraterritoriale du droit national, au point que la doctrine se focalise désormais davantage sur la licéité des critères de rattachement permettant l'extraterritorialité que sur l'interdiction de l'extraterritorialité elle-même<sup>1654</sup>.

**965.** Le propos ici n'est donc pas tant de débattre de la licéité de ces mutations<sup>1655</sup> mais plus modestement de savoir, ainsi que la jurisprudence le suggère, si le principe d'inapplication extraterritoriale du droit public se présente comme un obstacle aux demandes reconventionnelles fondées sur le droit fiscal de l'Etat hôte. Vraisemblablement, l'on ne peut, sans acrobatie, assimiler l'invocation d'une violation du droit fiscal devant un tribunal arbitral international à un exercice de compétence extraterritoriale du droit national de l'Etat. A moins

---

<sup>1652</sup> J.M. Sorel, « Remarques sur l'application extraterritoriale du droit national à la lumière de la législation américaine récente », *Revue juridique de l'Ouest*, 1996, vol. 4, p. 417.

<sup>1653</sup> *Ibid.* Commentant notamment *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act* (« loi Helms-Burton ») voté par le Congrès le 3 janvier 1996 et signé par le Président Clinton le 12 mars 1996 ; et *Iran and Libyan Sanctions Act of 1996* (« loi d'Amato-Kennedy ») voté par le Congrès le 20 juin 1996 et signé par le Président Clinton en août 1996.

<sup>1654</sup> C.D.I. « L'extraterritorialité » : « Aujourd'hui, l'exercice par l'Etat d'une compétence extraterritoriale à l'égard de personnes, de biens ou d'actes hors de son territoire est devenu un phénomène de plus en plus courant, sous l'influence surtout des facteurs suivants : a) l'augmentation des mouvements de personnes au-delà des frontières nationales b) le nombre croissant des sociétés multinationales c) la globalisation de l'économie mondiale, y compris l'activité bancaire internationale et les marchés financiers internationaux... » ; Sorel, « Remarques sur l'application extraterritoriale du droit national à la lumière de la législation américaine récente », *op. cit.*, note 1652, p. 421, A. Geslin, « La position de la France en matière d'extraterritorialité du droit économique national », *Revue juridique de l'Ouest*, 1997, n°4, pp. 411-467 ; R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain - Quelques réflexions autour des sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *A.F.D.I.*, 2015, pp. 785-807 ; R. Bismuth, « Au-delà de l'extraterritorialité une compétence économique », in SFDI *Extraterritorialité*, A. Miron B. Taxil (dir.), Pedone, 2020, p. 113.

<sup>1655</sup> Des divergences existent sur la nature « du rattachement raisonnable » permettant l'extraterritorialité. Pour J.M. Sorel, en 1994, « En l'état actuel du droit international, il ne peut s'agir que d'une ligne de conduite mais non d'un principe général de droit au sens du droit international » ; selon R. Bismuth, l'utilisation de la monnaie n'est pas un critère déraisonnable : « Il s'agit peut-être d'une interprétation extensive par les Etats-Unis de leur souveraineté monétaire, mais il est délicat de conclure qu'elle est manifestement déraisonnable » R. Bismuth, « Au-delà de l'extraterritorialité une compétence économique », in *Extraterritorialité*, A. Miron B. Taxil (dir.), colloque SFDI, Pedone, 2020, p. 121.

bien sûr, d'assimiler les juridictions arbitrales aux juridictions nationales et de créer un « conflit » entre les deux.

**966.** Il nous semble au contraire que l'extraterritorialité dont il est question devant un tribunal arbitral habilité à appliquer le droit national de l'Etat hôte est d'une autre nature, qui n'est pas contraire au droit international. En effet, en consentant à soumettre « tout différend relatif à l'investissement », l'Etat accepte de déraciner le contentieux l'opposant à l'investisseur de ses juridictions nationales. Dans le cadre du CIRDI, il en fait même une obligation conventionnelle<sup>1656</sup>. Alors, par ce consentement à l'arbitrage, l'Etat accepte une mise en œuvre internationale de son droit. Il délègue au tribunal arbitral sa compétence juridictionnelle entendue par la C.D.I comme le « pouvoir de l'État de déterminer les droits des parties en vertu de son droit dans une affaire déterminée »<sup>1657</sup>. Lorsque le droit national est applicable et qu'il est appliqué, le tribunal arbitral possède également une compétence de mettre en œuvre ce droit c'est-à-dire un pouvoir de faire respecter le droit de l'Etat<sup>1658</sup>.

**967.** C'est en ce sens que s'est exprimé un arbitre dans une longue dissidence contre le rejet des demandes reconventionnelles portant sur le manquement au droit fiscal iranien. Selon lui, la majorité a commis « *a glaring error* » en refusant d'appliquer le droit fiscal iranien au motif que « *such laws cannot be extraterritorially enforced* ». Selon lui, le principe d'inapplication extraterritoriale du droit fiscal :

*« cannot be applied by this Tribunal, because pursuant to the Declarations it is an international tribunal rather than a municipal court, whereby it is incumbent upon it to enforce the laws of the High Contracting Parties out of respect for those States' sovereign authority. In other words, it cannot possibly be maintained that in agreeing to the establishment of this Tribunal, the Government of Iran thereby intended to consent to non-enforceability of its own tax laws before this Tribunal, or to evasion of taxes and social security contributions on the part of the claimants [...] the rule of domestic enforcement of revenue laws merely constitutes a remnant of an age when national courts were reluctant to enforce the applicable law, and cannot be justified before international arbitral tribunals [...] Rather, the Tribunal is faced with the issue of recognition of the legal right of one party to recover on a claim which has arisen and been confirmed in accordance with the prevailing law, which even a foreign*

---

<sup>1656</sup> Article 26 de la Convention CIRDI : « Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les *recours administratifs* ou judiciaires internes soient épuisés. »

<sup>1657</sup> C.D.I, « La compétence extraterritoriale », *Ann. CDI 2006*, vol. II, part. 2, p. 245.

<sup>1658</sup> *Ibid* : « Quant à la compétence d'exécution, elle s'entend du pouvoir de l'État d'imposer le respect de son droit » .

*municipal court would necessarily recognize and enforce. In view of the foregoing, it is my opinion that wherever the Tribunal determines that the claimant has undertaken to pay his tax and social security obligations arising out of the transaction constituting the subject matter of the claim – and where the respondent also brings a counterclaim for taxes and social security premiums in connection with that same claim [...] such counterclaims have arisen out of the very same legal relationship on the basis of which the claimant brought claim against the Iranian Government»*<sup>1659</sup>. L'importance de distinguer entre l'application extraterritoriale devant les juridictions nationales et invocation du droit fiscal devant un tribunal arbitral international a été une nouvelle fois soulignée. Le même arbitre dans une autre opinion dissidente<sup>1660</sup>, expliquait que le principe ne trouvait pas application devant un tribunal arbitral international habilité à appliquer le droit de l'Etat hôte.

**968.** En conséquence, l'extraterritorialité dont il est question ne se présente pas sous la forme d'un conflit de compétence entre juridictions nationales et étrangères puisque l'Etat délègue à l'autorité arbitrale le soin de faire respecter le droit applicable à l'opération d'investissement relevant normalement de ses propres juridictions. Ainsi, le fait de conférer à la juridiction arbitrale internationale la compétence juridictionnelle en matière d'investissement prive l'extraterritorialité de son élément constitutif : la collision réelle d'autorités publiques souveraines. La source de l'invocation du droit fiscal est l'accord entre les parties et non pas, comme dans les cas d'extraterritorialité au sens propre, l'autorité publique de l'Etat affirmée en terre étrangère.

**969.** De même, la réclamation reconventionnelle d'un Etat demandant au tribunal international de faire respecter son droit fiscal ne crée pas, contrairement à l'hypothèse de travail de Mann et plus généralement aux travaux sur la question, un conflit de compétence entre juridictions

---

<sup>1659</sup> *Howard Needles Tammen & Bergendoff c. The Government of the Islamic Republic of Iran, Ministry of Roads and Transportation and Bank Tejarat (successor to International Bank of Iran and Japan)*, Affaire TIAR n° 68, Opinion dissidente de Hamid Bahrami.

<sup>1660</sup> *General Dynamics Telephone Systems Center, Inc. c. Iran, Telecommunications Company of Iran and Bank Melli Iran*, Affaire TIAR n° 192-285-2, Opinion dissidente d' Hamid Bahrami, par. IV : « *Even assuming that the classic theory that the courts will not enforce foreign tax laws still holds, this Tribunal is nonetheless not a foreign court. Rather, it is an international arbitral tribunal established by the Governments of Iran and the United States; and pursuant to Article V of the Claims Settlement Declaration, it must enforce the laws of Iran in those instances where contracts have acknowledged the applicability of Iranian law - and we know that Article 11 of the contract expressly and "in every respect" provides that the contract shall be subject to the laws of Iran. In addition, the Tribunal can even enforce Iranian law with the assistance of conflict of law rules. Iranian law must be enforced in the matter of payment of taxes resulting from execution of a contract. Moreover, even without express provisions to that effect, execution of the contract in accordance with the aim and intention of the transacting parties necessarily entails that accrued taxes be deducted. Perhaps the Tribunal would not be readily able to determine the amount to those taxes deductible under Iranian law without referring the matter to an accountant specializing in taxation, in which case the issue should be referred to an expert opinion, just as are other issues of a specialized nature* »).

nationales souveraines, ni un phénomène d'extraterritorialité. En effet, le lien de rattachement territorial entre l'investissement et le droit national de l'Etat hôte n'est pas contesté. Le fait que la compétence juridictionnelle soit déléguée à un tribunal arbitral ne confère pas au droit national une portée extraterritoriale. Si tel était le cas, aucune demande reconventionnelle fondée sur le droit national ne serait recevable et aucun arbitrage rendu sur le fondement d'une loi de promotion de l'investissement ne serait licite au regard du droit international.

**970.** Or, dans l'affaire *Paushok*, le tribunal aurait pu constater qu'en vertu de la loi mongole de promotion de l'investissement, l'Etat lui-même avait consenti au transfert de sa compétence juridictionnelle en matière fiscale aux tribunaux arbitraux. Non seulement l'article 18 de la loi sur les investissements étrangers précisait que tout investisseur étranger était soumis au droit fiscal mais encore, l'article 25 précisait que les différends entre l'investisseur étranger et la Mongolie devaient être soumis aux juridictions internes *sauf disposition contraire prévue par un traité ou par contrat auquel la Mongolie est partie*<sup>1661</sup>. Ainsi formulée, il est clair que la loi mongole favorisait une approche moniste en faisant coïncider ses instruments nationaux et internationaux relatifs aux investissements et qu'en consentant à l'arbitrage dans ces deux instruments, l'Etat hôte déléguait sa compétence juridictionnelle en matière fiscale aux tribunaux arbitraux.

**971.** L'extraterritorialité dont il est ici question tient à la nature transnationale du tribunal, détachée en tout ou en partie d'un ordre juridique national et non pas en la volonté étatique d'exercer son autorité publique dans un Etat étranger, ce que le droit international ne permet pas en l'absence de consentement de l'Etat hôte. Pour s'en convaincre, il suffit d'analyser l'effet d'une demande reconventionnelle fiscale dans le contentieux de l'investissement. Si le tribunal juge que l'investisseur a manqué à ses obligations fiscales, celui-ci met à la charge de l'investisseur une condamnation pécuniaire. Cette condamnation peut être déduite d'une condamnation à titre principal de l'Etat ou simplement prononcée contre l'investisseur même lorsque l'Etat n'est jugé responsable d'une violation. Concrètement, l'arbitre international ne se transforme pas en une autorité de *collecte* des impôts en territoire étranger, mais en une autorité d'exécution de l'obligation à la charge de l'investisseur en vertu du droit national,

---

<sup>1661</sup> Article 26 de la loi sur les investissements étrangers du 1er juillet 1993, « *Disputes between a foreign investor and a Mongolian investor as well as between a foreign investor and a Mongolian legal and natural person shall be resolved in the courts of Mongolia unless provided otherwise by international treaties to which Mongolia is a signatory or by a contract between the parties to the dispute* ».

lorsqu'il est applicable à la résolution du différend<sup>1662</sup>. Bien qu'elle ne soit pas assimilable à un jugement rendu par une juridiction nationale, la condamnation éventuelle de l'investisseur au paiement d'un impôt par un tribunal arbitral international est une condamnation qui empêcherait l'Etat de réclamer de nouveau devant ses instances nationales le paiement d'une dette éteinte.

ii) *Absence d'extraterritorialité devant les juridictions de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères*

**972.** Il faut à présent revenir sur le problème mentionné par les arbitres lié à l'exécution de la sentence étrangère, dans le cadre des arbitrages autres que CIRDI. Pour rappel, ce problème a été formulé dans l'affaire *Paushok* de la manière suivante : « *Were the Arbitral Tribunal to decide on the merits of the Counterclaims in favor of the Respondent, the ensuing arbitral award ... would be entitled to recognition and enforcement through the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ... with the likely effect of advancing the enforcement of Mongolian tax laws by non-Mongolian courts in respect of non Mongolian nationals beyond limitations on the extraterritorial application of Mongolian tax laws rooted in public international law* »<sup>1663</sup>.

**973.** A en lire cet extrait, le tribunal arbitral serait privé du droit de se prononcer sur la matière fiscale puisque pour les arbitrages autres que CIRDI, l'exécution de la sentence comprenant une demande reconventionnelle vaudrait application extraterritoriale du droit fiscal de l'hôte contre des ressortissants étrangers.

**974.** Selon nous, cette affirmation altère la nature du contrôle opéré par les juridictions étrangères. En effet, lorsque l'exécution de la sentence est régie par la Convention de New York de 1958, les juridictions nationales sont seulement tenues « de reconnaître l'autorité » de la sentence conformément aux lois du pays dans lequel la sentence est exécutée<sup>1664</sup>. Formellement, il n'est pas demandé aux juridictions de l'Etat d'exécution d'appliquer le droit de l'Etat hôte, mais seulement de *donner effet* à une sentence étrangère ayant appliqué le droit de cet Etat. Il y a, entre les deux, une différence de taille : alors que le tribunal arbitral revêtu de la compétence

---

<sup>1662</sup> *Metal-Tech Ltd. c. Ouzbekistan*, paras. 393, 397: « *In addition, the Respondent submits that it has suffered direct damage arising from lost tax, custom revenue and foreign exchange as a result of the Claimant's misrepresentations and other violations of Uzbek law, as well as other consequential damages, such as increased unemployment among its citizens .... The Respondent also submits that it does not seek to enforce its own tax or custom laws. Instead, it is seeking to recover for injuries directly sustained by it on account of the Claimant's breach of the investment obligations and fraudulent misconduct. Put differently, the counterclaims seek the amounts that the Respondent would have received had the Claimant fulfilled its investment obligations.* »

<sup>1663</sup> *Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, paras. 694-695 (les italiques ajoutés)

<sup>1664</sup> Article III de la Convention de New York de 1958.

juridictionnelle de l'Etat hôte dispose de l'autorité pour faire respecter le droit de cet Etat applicable à l'investissement, la juridiction d'exécution quant à elle, s'assure « seulement » que la sentence produise des effets. Comme on le sait, reconnaître les effets en France d'une répudiation légalement prononcée à l'étranger ne revient pas à appliquer le droit de l'Etat dans lequel la répudiation a été prononcée.

**975.** Ainsi, à moins qu'il n'existe une loi de police consacrant l'inarbitrabilité des questions fiscales dans l'Etat où la sentence a été rendue<sup>1665</sup>, permettant d'annuler la sentence, aucune règle ne s'oppose à l'exécution d'une sentence reconnaissant la violation par l'investisseur du droit fiscal. Alors, le montant du préjudice fiscal invoqué par l'Etat contre l'investisseur qui est déduit de la condamnation principale est opposable devant les juridictions de l'Etat dans lequel l'exécution de la sentence est sollicitée, en vertu de l'obligation d'exécuter les sentences étrangères.

**976.** Notons que, si par extraordinaire, le tribunal arbitral condamne seulement l'investisseur en raison d'un manquement aux dispositions fiscales, l'application du droit fiscal opéré par le tribunal arbitral ne posera pas forcément un problème d'extraterritorialité puisque l'exécution de la sentence pourrait être engagée sur le territoire de l'Etat hôte<sup>1666</sup>.

**977.** Puisque dans le cadre du CIRDI, les Etats ont contractualisé leur compétence d'exécution en permettant le caractère exécutoire de la sentence, le principe d'inexécution extraterritoriale du droit public devient inopérant. En vertu de l'article 54 (1), « Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat ». En précisant que la sentence « s'impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal national », les Etats parties à la Convention ont donc simultanément neutralisé la question de l'extraterritorialité.

**978.** Pour toutes ces raisons, le consentement des Etats à déraciner le contentieux de l'investissement de leurs juridictions nationales désamorce le problème de l'extraterritorialité et ne permet pas qu'un tribunal arbitral isole le droit fiscal du droit national applicable à

---

<sup>1665</sup> En vertu de l'article V 1. a), l'exécution d'une sentence peut être refusée si « ladite convention [d'arbitrage] n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue.

<sup>1666</sup> L'article premier de la Convention de New York de 1958 dispose « La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales ». En vertu de la Convention, la demande d'exécution de la sentence se fait devant les juridictions de la partie créditrice de la sentence.

l'investissement. En conséquence, l'Etat n'est pas privé du droit d'invoquer la violation du droit fiscal au motif qu'une obligation dans cette matière n'a pas été spécialement contractée, ou que ses juridictions nationales seraient exclusivement compétentes. S'il prouve que l'obligation fiscale est en lien avec l'activité protégée, l'expression du consentement à se soumettre à l'arbitrage pour les différends d'investissement lie ses juridictions nationales. Il est regrettable que le renfort du principe de l'inexécution extraterritoriale du droit public ait perpétué une asymétrie puisque « tandis que l'obligation de l'Etat d'accorder un privilège fiscal à l'investisseur est susceptible d'être appréciée par un tribunal CIRDI, il n'en est pas de même des demandes de l'Etat tendant à faire sanctionner d'éventuelles manipulations frauduleuses de l'investisseur »<sup>1667</sup>.

**979.** Dans le contentieux de l'investissement, la compréhension de la notion d'applicabilité du droit de l'Etat hôte mérite d'être faite au de la singularité de la spécialisation contentieuse des tribunaux d'investissement. Cette spécialisation est forgée sur une notion indéfinie, l'investissement, et l'étendue du droit applicable rarement limité à l'instrument sur lequel un tribunal fonde sa compétence. Les normes applicables au différend d'investissement sont déterminées par le lien factuel et territorial entretenu avec l'opération protégée et pas uniquement par leur spécialisation matérielle. Une grande variété de règles issues du droit interne, sans être spécialement adoptées pour l'investissement étranger, appartiennent bien au droit applicable au différend d'investissement. Il n'y a donc *a priori* aucune matière ou branche du droit national qui se dérobe à la compétence des tribunaux transnationaux lorsque le droit de l'Etat hôte est applicable<sup>1668</sup>.

**980.** Aussi, la fragilité de la distinction entre obligations de droit commun et obligations relatives à l'investissement qui a permis d'exclure certaines dispositions du droit interne, peut *a contrario* être corroborée par l'observation que les tribunaux éprouvent moins de difficulté à appliquer le droit environnemental, administratif ou pénal. Or, comme les obligations fiscales ou bancaires, les obligations internes liées à la protection de l'environnement ou à la lutte contre la corruption ne sont pas spécialement applicables aux investissements étrangers, si elles deviennent applicables à l'investisseur, c'est en raison de l'applicabilité du droit interne au règlement des différends. C'est pourquoi, le fait que les tribunaux aient pu accepter d'analyser le bien-fondé des demandes reconventionnelles fondées sur la violation des règles anti-

---

<sup>1667</sup> A. Gildemeister, *L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements*, *op. cit.*, note 1589, p. 131.

<sup>1668</sup> Plus généralement, C. Santulli observe qu'« aucune matière n'échappe par nature aux juridictions internationales, le 'domaine réservé' de l'Etat est l'ensemble des matières pour lesquelles il n'a pas accepté d'obligation internationale ». C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op.cit.*, note n°35, p. 46, par. 57.

corruption ou environnementales, nous conforte dans l'idée qu'aucune norme issue du droit interne n'est soustraite au champ des obligations de droit interne applicable.

## *II. Acclimatation des obligations nationales en droit international*

**981.** Dans la mesure de sa compatibilité avec le droit international, les tribunaux appliquent le droit interne nécessaire à la bonne résolution du différend. La pratique des Etats, en tant que demandeurs reconventionnels, nous enseigne que les obligations invoquées contre l'investisseur sont protéiformes et puisent dans diverses branches du droit national qui ne sont pas à proprement parler destinées aux investisseurs étrangers mais entretiennent néanmoins un lien avec l'opération d'investissement en cause. Parmi les obligations de droit interne sur lesquelles l'Etat s'appuie, figurent par exemple la lutte de la corruption (A) et le droit environnemental (B). L'application des matières pénales et environnementales confirme l'impossibilité d'une prédétermination du droit national susceptible d'être applicable au différend d'investissement. En réalité, s'ils le peuvent, les tribunaux « acclimatent » les règles du droit interne, c'est-à-dire qu'ils semblent plus enclins à appliquer les normes internes avec lesquelles ils établissent une filiation avec droit international.

### *A. L'application du droit pénal et l'argument de la corruption dans le contentieux de l'investissement*

**982.** En droit international<sup>1669</sup> comme en droit interne<sup>1670</sup>, la définition de la corruption n'est pas univoque et comprend l'offre, la promesse, le don dans le dessein que le destinataire accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte, en violation de ses obligations et de ses responsabilités. La Convention des Nations Unies contre la corruption ne définit pas l'objet sur lequel elle porte mais contient plusieurs dispositions visant à assurer la coordination internationale dans ce domaine. Contrairement à la fraude, la corruption requiert une conduite illicite de la part de deux parties, par exemple l'investisseur et un agent de l'Etat<sup>1671</sup>.

**983.** Le contentieux international en matière commerciale et d'investissement offre un terrain propice aux allégations de corruption<sup>1672</sup>. L'argument de la corruption y est régulièrement

---

<sup>1669</sup> Convention des Nations Unies contre la corruption annexée à la résolution 58/4 de l'Assemblée générale du 31 octobre 2003, A/RES/58/4, entrée en vigueur le 14 décembre 2005, *R.T.N.U.*, vol. 2349, p. 41.

<sup>1670</sup> Article 445-1 du Code pénal français, articles 322octies et 322novies du Code pénal suisse.

<sup>1671</sup> S. Dudas et N. Tsolakidis, « Host-State Counterclaims: A Remedy for Fraud or Corruption in Investment-Treaty Arbitration? », *TDM*, 2013, vol. 10, n°3.

<sup>1672</sup> E. Gaillard, « The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration », *Arbitration International*, 2019, vol. 35, n°1, pp. 1-19; C. Lamm et K. Bordy, « From *World Duty Free* to *Metal Tech*: A Review of Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption », *ICSID Review*, 2014, vol. 29, n°2, pp. 328-349.

présenté le plus souvent comme un argument défensif de l'Etat<sup>1673</sup>, mais à quelques occasions aussi par l'investisseur aux fins de caractériser une violation du traité<sup>1674</sup>. La plupart du temps, l'Etat se saisit de cet argument comme argument de défense pour faire échec à l'applicabilité du traité<sup>1675</sup>. Parfois, l'argument de défense peut se dédoubler en une demande reconventionnelle<sup>1676</sup>.

**984.** Dans les deux cas – soit que les allégations de corruption résultent en une condamnation de l'investisseur ou sur une inapplicabilité du traité – le tribunal arbitral s'appuie sur le droit national interdisant la corruption, et s'il le peut, cherche à asseoir la force de son raisonnement sur le droit international. En effet, la lutte contre la corruption est un engagement international de l'Etat qui correspond le plus souvent à l'adoption d'une réglementation interne. La norme internationale ainsi transposée, devient opposable à l'acteur privé, y compris l'investisseur étranger. Il est donc pertinent d'intégrer à la présente analyse les cas dans lesquels le tribunal arbitral a refusé d'exercer sa compétence au motif que l'investissement était frauduleux. Même dans ces cas-là, l'analyse de la corruption peut être transférée aux débats au fond<sup>1677</sup> et confirme que l'ensemble du droit interne, y compris le droit pénal de l'Etat hôte, est applicable.

**985.** Il est toutefois significatif d'observer que jusqu'ici, en matière de lutte contre la corruption, « [l]e comportement de l'investisseur n'est jamais qualifié de manquement au droit international mais le tribunal prend en compte une règle interne ... et fait produire un effet

---

<sup>1673</sup> A.P. Llamzom, « Arbitrating Transnational Corruption », in *Corruption in International Investment Arbitration*, OUP, 2015, p. 305 (Appendix: Key attributes of corruption related investment cases)

<sup>1674</sup> *Rumeli Telekom A.S. and al c. Kazakhstan*, Affaire CIRDI n°ARB/05/16, sentence, 29 juillet 2008, par. 355 ; *EDF c. Roumanie*, Affaire CIRDI n°ARB/05/13, sentence, 8 octobre 2009, par. 221.

<sup>1675</sup> A.P. Llamzom, « Arbitrating Transnational Corruption », *op. cit.*, note n° 1673, p. 305. En annexe, l'auteur répertorie près de 10 affaires dans lesquelles l'Etat reprochait à l'investisseur d'avoir réalisé l'investissement de manière frauduleuse et dans lesquelles les tribunaux se sont effectivement penchés sur la réalité de ces allégations. (*World Duty Free c. Kenya*, Affaire CIRDI n°ARB/00/7, sentence, 4 octobre 2006; *Wena hotel c. Egypt*, Affaire CIRDI 98/4, sentence, 8 décembre 2000; *Metal-Tech c. Ouzbekistan*, sentence; *Inceysa c. El Salvador*, Affaire CIRDI n°ARB 03/26, sentence, 2 août 2006; *Fraport c. Philippines*, Affaire CIRDI n°ARB 03/25, sentence, 16 août 2007; *African Holding Company of America, Inc. et Société Africaine de construction au Congo SARL c. République Démocratique du Congo*, Affaire CIRDI n°ARB/05/21, sentence sur les objections préliminaires et l'admissibilité, 29 juillet 2008 ; *Thunderbird c. Mexique*, Affaire CNUDCI, sentence, 26 janvier 2006 ; *TSA Spectrum c. Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB 05/5, sentence, 18 décembre 2008 ; *SPP c. Egypte*, sentence.

<sup>1676</sup> S. Dudas et N. Tsolakidis, « Host-State Counterclaims : A Remedy for Fraud or Corruption in Investment-Treaty Arbitration? », *op. cit.*, note n° 1671 p. 19 ; *Supra*, au présent chapitre, par. 907 : *BSG Resources Limited c. Guinée*, Affaire CIRDI n°ARB/14/22, mémoire après audience de la république de Guinée, p. 145 et suivant ; *Al-Warraq c. Indonésie*, sentence, par. 455 et suivant.

<sup>1677</sup> *Al-Warraq c. Indonésie*, sentence sur les objections préliminaires et l'admissibilité, 21 juin 2012, par. 99: « *The Respondent submits that the Claimant has been involved in illegal and immoral conduct, and has been criminally convicted by Indonesian courts for allegations that include corruption and money laundering. The Respondent submits that the Claimant's conduct is to be considered illegal, not only under Indonesian law, but also under Islamic Shari'a and International Law. The Respondent therefore submits that pursuant to Article 9 of the OIC Agreement, the Claimant is excluded from any legal protection provided by the Agreement.* »

international à la situation interne. »<sup>1678</sup>.

**986.** Ainsi par exemple, dans l'affaire *World Duty free c. Kenya*, la violation des règles internes et internationales de lutte contre la corruption par l'investisseur s'est soldée sur une déclaration d'incompétence du tribunal<sup>1679</sup>.

**987.** Le choix de la voie reconventionnelle pour sanctionner des actes de corruption de l'investisseur est soumis à un standard de preuve « particulièrement élevé »<sup>1680</sup> exigeant par exemple la preuve que des poursuites aient été engagées par l'Etat devant ses juridictions internes<sup>1681</sup>. L'exigence d'une preuve de poursuites préalables devant les juridictions internes pour les allégations de corruption complexifie le rapport entre le rôle des juridictions nationales et arbitrales en matière de corruption et met en cause la recevabilité d'une demande reconventionnelle.

**988.** Envisageons que comme dans l'affaire précitée *BSG c. Guinée*<sup>1682</sup>, l'Etat formule une demande reconventionnelle sur le fondement de son droit interne en reprochant à l'investisseur des agissements frauduleux en violation simultanée de son droit civil, pénal et administratif. Si, à l'instar de l'affaire *Al Warraq c. Indonésie*, l'Etat renforce ses allégations de corruption par la preuve que des poursuites pénales ont déjà été intentées contre l'investisseur et qu'elles ont donné lieu à sa condamnation, l'Etat pourrait-il de nouveau solliciter une condamnation de l'investisseur pour ses mêmes agissements frauduleux devant un tribunal arbitral ? Autrement dit, le jugement des juridictions internes saisies des allégations de corruption a-t-il des effets sur la recevabilité des demandes reconventionnelles présentées ultérieurement devant un tribunal arbitral ?

**989.** Si les tribunaux internes et internationaux sont saisis d'un même différend avec un identité de parties, de cause et de fait<sup>1683</sup>, la recevabilité de l'action reconventionnelle peut être

---

<sup>1678</sup> D. Draysse, *Le comportement de la victime en droit international*, Thèse de doctorat, Paris II, 2019, p. 94.

<sup>1679</sup> *World Duty Free c. Kenya*, Affaire CIRDI n° ARB/00/7, sentence, 4 octobre 2006, par. 157 « *In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal.* »

<sup>1680</sup> *African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. République démocratique du Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/05/21, sentence sur les objections préliminaires et l'admissibilité, 29 juillet 2008, par. 55.

<sup>1681</sup> *Ibid*, par. 52 : « Le Tribunal est disposé à considérer toute pratique de corruption comme une affaire très grave, mais exigerait une preuve irréfutable de cette pratique, telle que celles qui résulteraient de poursuites criminelles dans les pays où la corruption constitue une infraction pénale. »

<sup>1682</sup> *Supra*, au présent Chapitre, par. 906.

<sup>1683</sup> P. Janing et A. Reinisch, « General Principles and the Coherence of International Investment Law: of *Res judicata*, *Lis pendens* and the Value of Precedents », in *General Principles and the Coherence of International Investment Law*, M. Andenas, M. Fitzmaurice, A. Tanzi et autres (dir.), 2019, Brill, p. 243.

écartée en application du principe *res judicata*. Ce principe reconnu par les cours et tribunaux arbitraux comme un principe général de droit<sup>1684</sup>, en vertu duquel « la stabilité des relations juridiques exige qu'il soit mis un terme au différend considéré »<sup>1685</sup>, « *imposes limits on what the parties are allowed to argue during arbitration proceedings and the type of claims they can file before tribunals* »<sup>1686</sup>. Il empêcherait qu'un Etat demande à un tribunal arbitral habilité à appliquer le droit interne de condamner de nouveau l'investisseur pour ses actes de corruption<sup>1687</sup> sur le fondement de ce même droit. Cette question de l'effet des jugements internes sur l'admissibilité des demandes reconventionnelles s'est posée en pratique sans être véritablement tranchée par les tribunaux<sup>1688</sup>.

**990.** Toutefois, puisque dans le contentieux international, y compris le contentieux mixte de l'investissement, le principe *res judicata* ne s'applique qu'aux jugements et sentences internationales, les jugements issus des ordres juridiques internes<sup>1689</sup> sont en réalité appréhendés comme des faits. Même si le tribunal arbitral ne s'estime pas juridiquement lié par le jugement des tribunaux internes<sup>1690</sup>, il devrait en vertu du principe *iura novit curia* s'enquérir

---

<sup>1684</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/97/3, décision sur la compétence, 14 novembre 2005, par. 71 ; *Lucchetti c. Peru*, Affaire CIRDI n° ARB/03/4, sentence, 7 février 2005, par.60 ; *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB /03/4, décision sur l'annulation, 5 septembre 2007, par. 86.

<sup>1685</sup> *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie Herzégovine c ; Bosnie Monténégro)*, arrêt, C.I.J Recueil 2007, p. 90, par. 116.

<sup>1686</sup> P. Dumberry, *General principles of Law In International Investment Arbitration*, OUP, 2020, p. 172.

<sup>1687</sup> P. Dumberry considère que les principes généraux de droit sont toujours applicables dans le contentieux de l'investissement, même lorsque les parties ont expressément choisi un droit applicable à leur différend conventionnel, législatif ou contractuel (*Ibid*, p. 75).

<sup>1688</sup> *M. Al-Warraq c. Indonésie*, sentence, 15 décembre 2014, par. 668 : « *The extent to which the criminal prosecution of the Claimant in this case might preclude the Respondent's efforts to obtain compensation for losses from the same factual circumstances that were the basis of the Claimant's conviction is a difficult question, and one that the Tribunal does not need to decide. The counterclaims here fail on broader grounds.* ». L'utilisation du terme «preclude» suggère même que le tribunal s'est posée la question en termes de remise en cause *du droit de* présenter des demandes reconventionnelles.

<sup>1689</sup> *Ibid*, p.172 ; P. Janing et A. Reinisch, « General Principles and the Coherence of International Investment Law: of *Res judicata*, *Lis pendens* and the Value of Precedents », *op. cit.*, note 1683, p. 258

<sup>1690</sup> *Emprunts brésiliens, arrêt no 15, 1929, C.P.J.I. série A no 21*, p. 124 « La Cour étant arrivée à la conclusion qu'il y a lieu d'appliquer le droit interne d'un pays déterminé, il ne semble guère douteux qu'elle doit s'efforcer de l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur. Il s'ensuit que la Cour doit tenir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra déterminer quelles sont vraiment les règles qui, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable en l'espèce. Si la Cour était mise dans la nécessité de faire abstraction de la jurisprudence, le résultat en serait qu'elle pourrait éventuellement appliquer d'autres règles que celles effectivement appliquées ; cela semblerait aller à l'encontre de l'idée même qui est à la base de l'application du droit interne. Sans doute, la Cour appréciera librement la jurisprudence nationale. Si celle-ci est incertaine ou partagée, il appartiendra à la Cour de choisir l'interprétation qu'elle croit être la plus conforme à la loi. Mais il ne serait pas conforme à la fonction qu'exerce la Cour lorsqu'elle applique une loi nationale que de l'obliger à faire abstraction de la jurisprudence. » ; *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI n° ARB/81/1, sentence, 20 novembre

de son contenu. En application de ce principe, il devrait prendre en compte la condamnation prononcée par les juridictions internes à l'encontre de l'investisseur et éviter qu'il ne soit condamné deux fois pour les mêmes faits. Alors, les actes de corruption ayant donné lieu à une condamnation des juridictions internes, pourraient être utilisés par l'Etat dans une demande reconventionnelle dans la procédure arbitrale si celui-ci prend soin de distinguer les aspects civils pénaux et internationaux des actes de corruption.

**991.** Comme l'illustre l'affaire *Al Warraq c. Indonésie*<sup>1691</sup>, l'Etat peut faire produire des effets internationaux aux actes de corruption constatés par ses juridictions internes. A charge pour lui d'élever sa réclamation reconventionnelle dans l'ordre juridique international. En réponse aux arguments de l'investisseur qui considérait la demande reconventionnelle indonésienne irrecevable en vertu du principe *ne bis in idem*, l'Indonésie expliquait qu'elle « *does not seek to re prosecute the Claimant for his criminal offense [because] ... The counterclaim is based on a civil matter that is, the Claimant's breach of Article 9 of the OIC Agreement. Such breach is not a criminal offense, and thus the counterclaim does not violate the rule of ne bis in idem* »<sup>1692</sup>. Ainsi, l'Indonésie invitait le tribunal à accueillir sa demande reconventionnelle relative aux allégations de corruption et d'enrichissement sans cause, non pas parce que les agissements frauduleux étaient contraires au droit interne, mais parce qu'ils étaient contraires à l'obligation internationale de respecter le droit interne. Si en l'espèce, les demandes reconventionnelles ont été rejetées pour défaut d'identité des parties, le tribunal a admis le principe que la violation du droit interne par l'investisseur pouvait être caractérisée en une violation internationale de la clause de conformité du traité<sup>1693</sup>.

**992.** En définitive, en élevant la preuve de la corruption à ce niveau, l'Etat défendeur se retrouve dans la situation suivante : s'il poursuit les actes de corruption devant ses juridictions nationales et qu'un jugement constatant la corruption a été rendu, la corruption peut être utilisée dans une procédure arbitrale ultérieure à des fins autres que pénales, par exemple pour faire

---

1984, par. 177 : « *In any case, an international tribunal is not bound to follow the result of a national court. One of the reasons for instituting an international arbitration procedure is precisely that parties - rightly or wrongly - feel often more confident with a legal institution which is not entirely related to one of the parties. If a national judgment was binding on an international tribunal such a procedure could be rendered meaningless, Accordingly, no matter how the legal position of a party is described in a national judgment, an international arbitral tribunal enjoys the right to evaluate and examine this position without accepting any res judicata effect of a national court. In its evaluation, therefore, the judgments of a national court can be accepted as one of the many factors which have to be considered by the arbitral tribunal* » ; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, jugement, 30 novembre 2010, par. 70 : « Exceptionnellement, si un Etat propose de son droit interne une interprétation manifestement erronée, notamment afin d'en tirer avantage dans une affaire pendante, il appartient à la Cour de retenir l'interprétation qui lui paraît correcte ».

<sup>1691</sup> *Al-Warraq c. Indonésie*, sentence, *op. cit.*, note n°423, par. 668.

<sup>1692</sup> *Ibid*, par. 465.

<sup>1693</sup> *Ibid*, par. 663.

échec à l'application d'un traité en vertu de la doctrine des mains propres<sup>1694</sup> et/ou pour établir par la voie reconventionnelle une violation du droit international. Toutefois, le jugement des juridictions internes peut également être utilisé par l'investisseur dans la procédure arbitrale pour établir une violation du traité.

**993.** L'affaire *Karkey c. Pakistan* offre un exemple de cette réalité. Liés par contrat, l'Etat et l'investisseur s'étaient engagés à la rénovation du secteur énergétique par la mise en place d'un site de production d'énergie diesel. Très tôt, *Transparency international* fit part de ses soupçons de corruption dont la Cour Suprême pakistanaise fut saisie. Le contrat fut rompu à l'initiative de l'investisseur. Dans son jugement, la Cour suprême déclara le contrat nul *ab initio* et demanda aux autorités compétentes de se saisir du volet pénal concernant les allégations de fraude et de corruption. Ultérieurement, l'investisseur initia une procédure arbitrale alléguant que les agissements du Pakistan, y compris le jugement de la Cour suprême, constituaient une violation du traité<sup>1695</sup>. A titre reconventionnel, le Pakistan demandait au tribunal de reconnaître les effets du jugement de la Cour suprême ayant condamné l'investisseur au remboursement des avances contractuelles et réparer l'enrichissement sans cause. Le tribunal ne s'est pas estimé lié par le jugement de la Cour suprême et a considéré que les agissements du Pakistan<sup>1696</sup> étaient contraires au traité. Appliquant le standard de la preuve claire et convaincante à l'allégation de corruption<sup>1697</sup>, il conclut à l'absence d'éléments probants permettant de constater la corruption en vertu du droit national et rejeta sa compétence à connaître des demandes reconventionnelles pour des raisons que nous avons déjà évoquées et critiquées<sup>1698</sup>.

**994.** Le fait pour un Etat de ne pas avoir poursuivi l'investisseur devant ses juridictions internes pour des agissements frauduleux n'éteint pas son droit de présenter une demande reconventionnelle liée à la corruption. Dans l'affaire *Metal Tech c. Ouzbékistan*<sup>1699</sup> relative à

---

<sup>1694</sup>*Ibid*, par. 647: « *it is established the Claimant has breached Article 9 of the OIC Agreement by failing to uphold the Indonesian laws and regulations and in acting in a manner prejudicial to the public interest. The Claimant's actions were also prejudicial to the public interest. The Tribunal finds that the Claimant's conduct falls within the scope of application of the "clean hands" doctrine, and therefore cannot benefit from the protection afforded by the OIC Agreement.* »

<sup>1695</sup>*Karkey c. Pakistan*, sentence, *op. cit.*, note n°509, par. 550: « *in order to decide whether the Tribunal may rely on the Judgment, the Tribunal must analyse whether the Judgment presents deficiencies which are unacceptable from the viewpoint of international law. However, contrary to what is alleged by Pakistan, there is no need that such deficiencies amount to a denial of justice which, as pointed out by the Helnan award on which both parties rely albeit from different points of views, is only one of the possible breaches of international law to be taken into consideration* ».

<sup>1696</sup> *Ibid*, par. 550

<sup>1697</sup> *Ibid*, par. 492.

<sup>1698</sup> *Supra*, chapitre 2, par. 325.

<sup>1699</sup> *Metal-Tech LTD c. Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n°ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013. Dans cette affaire, le Traité applicable avait la clause compromissoire suivante : « *[e]ach Contracting Party hereby consents to submit to [ICSID] any legal dispute arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment [...]*»

un partenariat visant à produire du molybdène, l'Ouzbékistan se prévalait de la corruption à double titre. Il entendait faire échec à la compétence du tribunal et demandait, à titre reconventionnel, l'indemnisation du préjudice subi, notamment le manque à gagner fiscal du fait des agissements frauduleux en violation du code pénal ouzbek compatible avec les traités internationaux<sup>1700</sup>. Environ trois millions de dollars auraient ainsi été versés par l'investisseur à des consultants, sommes que le Tribunal a pu qualifier sans grande difficulté d'actes de corruption<sup>1701</sup>. Pour parvenir à la conclusion que le traité était inapplicable et l'action reconventionnelle naturellement éteinte<sup>1702</sup>, le Tribunal a vérifié que les agissements frauduleux contrevenaient au code pénal de l'Etat hôte. Pour établir le contenu du droit interne, le Tribunal a pris en compte l'interprétation faite par les autorités ministérielles internes en vertu du principe *iura novit curia*<sup>1703</sup>. Bien que le constat d'incompétence soit un moyen d'éviter la question plus épineuse de la responsabilité de l'investisseur, il confirme que le droit pénal de l'Etat hôte, faisant partie intégrante du droit interne, peut être mobilisé par les arbitres pour un différend d'investissement. A partir de ce constat, il n'est guère surprenant que lorsque la corruption est réalisée pendant la vie de l'investissement, les arbitres se saisissent du droit national pour analyser le bien-fondé d'une demande reconventionnelle, à la condition, bien entendu, que l'Etat établisse la preuve de ses allégations<sup>1704</sup>. Ainsi, l'application du droit pénal de l'Etat hôte au différend reconventionnel fondé sur des allégations de corruption s'est faite,

---

<sup>1700</sup> *Ibid* paras. 278, 397. : « *The Respondent submits that Uzbekistan's anti-bribery provisions are consistent with international treaties and the laws of many other States... The Respondent also submits that it does not seek to enforce its own tax or custom laws. Instead, it is seeking to recover for injuries directly sustained by it on account of the Claimant's breach of the investment obligations and fraudulent misconduct. Put differently, the counterclaims seek the amounts that the Respondent would have received had the Claimant fulfilled its investment obligations.* »

<sup>1701</sup> *Ibid*, par. 351.

<sup>1702</sup> *Ibid*, para 373: « *Uzbekistan's consent to ICSID arbitration, as expressed in Article 8(1) of the BIT, is restricted to disputes 'concerning an investment'. Article 1(1) of the BIT defines investments to mean only investments implemented in compliance with local law. Accordingly, the present dispute does not come within the reach of Article 8(1) and is not covered by Uzbekistan's consent. This means that this dispute does not meet the consent requirement set in Article 25(1) of the ICSID Convention. Accordingly, failing consent by the host state under the BIT and the ICSID Convention, this Tribunal lacks jurisdiction over this dispute.* ».

<sup>1703</sup> *Ibid.*, par. 287: « *In any event, the Tribunal considers that, when it comes to applying the law, including municipal law, as opposed to establishing facts, the principle iura novit curia - or better iura novit arbiter- allows it to form its own opinion on the meaning of the law. Doing so, it may of course seek guidance from academic writings.* »

<sup>1704</sup> *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, sentence, par. 4.106: « *None of the documents lodged with the Tribunal established that Mr Bonfant perpetrated fraudulent acts against the Customs Division. In these circumstances, the Tribunal must dismiss the Government's claim under this head, without it being necessary to examine the question of whether the plaintiff should be considered as responsible for possibly fraudulent acts perpetrated by Mr Bonfant.* »

sans succès, dans le cadre de différend contractuel<sup>1705</sup> ou conventionnel<sup>1706</sup>.

**995.** Finalement, à moins bien sûr que le traité ne prévoie explicitement des obligations à la charge de l'investisseur élevant l'interdiction de la corruption dans la sphère internationale<sup>1707</sup>, l'action reconventionnelle en matière de corruption se trouve être circonscrite aux actes réalisés après la réalisation de l'investissement. Alors, il est envisageable que le tribunal arbitral applique le droit pénal de l'Etat hôte au fond pour savoir si les actes reprochés à l'investisseur constituent une violation des normes anti – corruption. Il s'en tiendrait néanmoins à une application des effets civils et pécuniaires de la loi pénale.

**996.** Mais en matière de corruption, l'arbitre s'en tient rarement au droit interne et sera tenté de faire coïncider son analyse du droit national aux règles du droit international, nombreuses dans ce domaine<sup>1708</sup>. Cela explique qu'à l'instar du droit pénal relatif à la corruption, les règles internes environnementales offrent un autre terrain propice aux demandes reconventionnelles dont on prédit une forte propension à se développer.

### ***B. L'application du droit interne de l'environnement***

**997.** La réglementation environnementale est un autre corpus du droit interne auquel l'opération d'investissement peut être soumise tout au long de son existence. Son intégration dans le contentieux de l'investissement se juxtapose, il est vrai, avec le développement normatif du droit international de l'environnement qui s'est considérablement accéléré depuis la tenue

---

<sup>1705</sup> *Ibid*: « None of the documents lodged with the Tribunal established that Mr Bonfant perpetrated fraudulent acts against the Customs Division. In these circumstances, the Tribunal must dismiss the Government's claim under this head, without it being necessary to examine the question of whether the plaintiff should be considered as responsible for possibly fraudulent acts perpetrated by Mr Bonfant. »

<sup>1706</sup> *Karkey c. Pakistan*, sentence, *op. cit.*, note n°509, par. 492.

<sup>1707</sup> *Infra*, Chapitre 6, paras.1027-1035.

<sup>1708</sup> *Metal-Tech LTD c. Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n°ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013, paras. 290-292: « Before doing so, it notes that the condemnation of corruption under Uzbek law is in conformity with international law and the laws of the vast majority of States. In addition to early bilateral treaties providing for extradition in cases of corruption, manifestations of the fight against corruption are found at the multilateral level in the Vienna Convention of the Law of Treaties and in the ICSID Convention. In effect, Article 50 of the VCLT allows a State whose consent has been obtained through corruption to invalidate a treaty and Article 52 of the ICSID Convention provides for the annulment of an award if there was corruption on the part of a member of an ICSID tribunal. The international community of States has thereafter sought to address the issue of corruption with a targeted effort to eliminate corrupt practices in the public service sector and criminalize corruption in domestic legal orders. For instance, on 17 December 1979 the General Assembly of the United Nations adopted a "Code of Conduct for Law Enforcement Officials". In the same year, the UN prepared a Draft International Agreement on Illicit Payments. Also, in 1997, the General Assembly adopted a Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions. Further, a number of international agreements were adopted mainly seeking to criminalize corruption, but also dealing with administrative and civil law aspects relating to the fight against corruption. These include the 1996 Inter-American Convention against Corruption; the 1997 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions; the 1999 Council of Europe Civil Law Convention on Corruption; the 1999 Criminal Law Convention on Corruption and the 1999 Civil Law Convention on Corruption, both adopted under the aegis of the Council of Europe; the 2003 African Union Convention on Preventing and Combating Corruption; and the 2004 UN Convention against Corruption.».

de la conférence de Stockholm sur l'environnement humain en 1972.

**998.** Le fait est que les règles internes de protection de l'environnement sont applicables à l'investisseur alors même qu'elles ne sont pas spécialement destinées aux investissements étrangers, si bien que ces domaines, autrefois hermétiques, continuent de se rapprocher<sup>1709</sup>. Ainsi qu'il fut expliqué, c'est la nature de l'investissement qui permet d'élire au sein du droit interne les règles nationales pertinentes à la résolution du différend, et non pas la nature des règles elles-mêmes. Dans ce contexte, il n'est guère surprenant de constater que la violation du droit interne de l'environnement par l'investisseur a servi de fondement aux demandes reconventionnelles de l'Etat dans les différends impliquant les Etats de l'Amérique latine, regroupant à eux seul 40% de la biodiversité mondiale<sup>1710</sup>. Compte tenu du développement normatif au niveau interne, régional et international du droit de l'environnement l'on peut pressentir que les demandes reconventionnelles dans ce domaine devraient croître au sein des tribunaux d'investissement<sup>1711</sup>.

**999.** Trois différends concernant respectivement l'Equateur et le Costa Rica ont ainsi anticipé des évolutions jurisprudentielles importantes en matière environnementale, proposant des raisonnements plus harmonieux de deux objectifs autrefois appréhendés isolément. Ainsi qu'il ressort des sentences *Perenco* et *Burlington*, l'objectif de promotion de l'investissement ne doit pas contrevenir à celui de protection de l'environnement, de sorte que, dans une rare inversion de perspective, plein effet a été donné au droit national en matière environnementale.

**1000.** Les affaires *Perenco* et *Burlington* ont ouvert à bien des égards la voie d'une réconciliation entre environnement et investissement. L'investisseur français (*Perenco*) souhaitait engager la responsabilité de l'Equateur du fait des interférences gouvernementales dans l'exécution de deux contrats de concessions pétrolières sur deux sites conjointement exploités avec *Burlington*, ayant entraîné la suspension des activités par l'investisseur et la rupture des accords par l'Etat. Les contrats désignaient le droit équatorien comme droit applicable et le traité était silencieux sur la question. En application de l'article 42 de la Convention CIRDI, le tribunal *Perenco c. Equateur*, habilité à régler « tout différend légal à propos d'un investissement », a retenu l'application conjointe du droit national et du droit international<sup>1712</sup>.

---

<sup>1709</sup> J. Viñuales, « Foreign Investment and the Environment in International Law: An ambiguous relationship », *BYIL*, vol. 80, 2010, p. 24.

<sup>1710</sup> G. Bottini, E. Bräutigam, « Investment claims against Latin American states », *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Elgar, 2019, p. 408.

<sup>1711</sup> *Ibid.*, p. 423.

<sup>1712</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Equateur (Petroecuador)*, Affaire CIRDI n°ARB/08/6, décision sur les points restants de compétence et de responsabilité, 12 septembre 2014, par. 533.

**1001.** A titre principal, le Tribunal a jugé que la rupture des contrats alors que la procédure de règlement des différends était engagée était contraire au droit équatorien et en violation de la clause d'expropriation du traité<sup>1713</sup>. De manière assez inédite, les demandes reconventionnelles de l'Equateur relatives à la violation des règles environnementales ont ultérieurement fait l'objet d'une sentence séparée dans chacune des procédures parallèles<sup>1714</sup> et ont toutes deux abouti à la condamnation des exploitants.

**1002.** L'Equateur demandait au tribunal d'engager la responsabilité de l'investisseur pour violation du cadre législatif applicable à l'environnement et aux hydrocarbures. Il estimait en particulier que les concessionnaires (Perenco et Burlington) avaient causé d'importantes pollutions des sols et manqué à leur obligation de remise en l'état des sites qu'ils avaient exploités. Pour la pollution reprochée à Perenco, l'Etat évaluait son préjudice à 3 milliards de dollars. Il faut dire qu'en 40 ans, ce pays avait considérablement développé son arsenal législatif en matière environnementale ayant abouti sur une importante réforme constitutionnelle en 2008. La nouvelle Constitution s'est ainsi enrichie d'une consécration de droits à la nature, du respect des principes de précaution et de prévention, du droit des citoyens à un environnement sain, et d'un régime de responsabilité objective applicable à tous les dommages environnementaux<sup>1715</sup>.

**1003.** Le cœur du désaccord entre les parties portait sur le régime de responsabilité applicable au dommage environnemental. L'Equateur soutenait qu'un régime de responsabilité objective s'appliquait aux activités de Perenco puisque le dommage à l'environnement fut découvert après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution et que la pollution du site constituait un dommage continu. Au contraire, l'investisseur considérait que les dispositions constitutionnelles ne pouvaient pas être rétroactives et qu'en application de l'ancien régime de responsabilité pour faute, il revenait à l'Etat de prouver que le demandeur avait manqué à son devoir de prudence et que cette négligence était à l'origine d'un dommage environnemental. Ainsi, aucune responsabilité ne pouvait être engagée dès lors que l'exploitant avait respecté les règles applicables pendant son exploitation, même s'il laissait la zone exploitée dans un état différent que celui dans lequel il en avait pris possession.

**1004.** Engagé dans une analyse minutieuse du droit équatorien, le Tribunal a rappelé que de nombreuses dispositions avant la réforme constitutionnelle de 2008 étaient applicables aux

---

<sup>1713</sup> *Ibid*, par. 533.

<sup>1714</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Equateur*, Affaire CIRDI n°ARB/08/6, sentence intérimaire sur les demandes reconventionnelles environnementales, *op. cit.*, note n°155 ; *Burlington Resources, Inc. c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155.

<sup>1715</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Equateur*, Affaire CIRDI n°ARB/08/6, sentence intérimaire sur les demandes reconventionnelles environnementales, *op. cit.*, note n°155, par. 70.

activités d'exploitation d'hydrocarbures et, à ce titre, applicables à l'investisseur. Ainsi, pour interpréter le sens des termes de dommage environnemental en droit interne, le Tribunal a recherché une filiation entre les lois équatoriennes et le droit international, constatant que les premières étaient inspirées des secondes<sup>1716</sup>.

**1005.** Soucieux de maintenir une harmonie entre les droits des investisseurs et les impératifs environnementaux de l'Etat, le Tribunal a d'abord reconnu que l'Etat était en droit d'obtenir réparation pour les dommages subis en vertu de son droit national<sup>1717</sup>. Pour renforcer la portée du droit interne, le Tribunal a commencé son analyse des demandes reconventionnelles en rappelant que *le droit international conférait : « wide latitude ... to prescribe and adjust its environmental laws, standards and policies in response to changing views and a deeper understanding of the risks posed by various activities, including those of extractive industries such as oilfields. All of this is beyond any serious dispute and the Tribunal enters into this phase of the proceeding mindful of the fundamental imperatives of the protection of the environment in Ecuador »*<sup>1718</sup>.

**1006.** Ayant constaté que l'Equateur n'avait pas rapporté la preuve qu'un régime de responsabilité objective était applicable avant la réforme constitutionnelle de 2008, le tribunal appliqua l'ancien régime de responsabilité pour faute<sup>1719</sup>. Pour engager la responsabilité de l'investisseur, le Tribunal a rappelé que l'obligation de remise en l'état ne saurait s'éteindre par la présence d'un nouvel exploitant<sup>1720</sup>. Au contraire, il revenait à l'investisseur de prouver à quel moment sa responsabilité civile s'arrêtait et non à l'Etat d'allouer les responsabilités pour les dommages causés à l'environnement.

**1007.** Appliquant le standard de « *strong rebuttable presumption* », le Tribunal constata que la présence de fuites pétrolières ne pouvait correspondre à une conduite normale de l'exploitation et qu'elles constituaient à elles seules la preuve d'une faute de nature à engager la responsabilité

---

<sup>1716</sup> *Ibid*, par. 331: « Moreover, RAOHE and TULAS are consistent with the supreme law's embrace of the principle of sustainable development. On this the experts agreed; in tracing the development of environmental laws in Ecuador from the 1970s and the influence of the Rio Declaration in 1992, they indicated that 'sustainable development' informed the precepts of the Environmental Management Law, RAOHE, TULAS and other Ecuadorian regulatory instruments. The Tribunal considers that this is relevant to the distinction drawn by the Environmental Management Law between the definitions of "environmental harm" and "environmental impact." »

<sup>1717</sup> *Ibid*, par. 34: « The Tribunal agrees that if a legal relationship between an investor and the State permits the filing of a claim by the State for environmental damage caused by the investor's activities and such a claim is substantiated, the State is entitled to full reparation in accordance with the requirements of the applicable law. »

<sup>1718</sup> *Ibid*, paras. 34-35.

<sup>1719</sup> *Ibid*. Un raisonnement identique fût adopté par le tribunal Burlington Burlington Resources, Inc. c. Equateur, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155, par. 234.

<sup>1720</sup> *Perenco Ecuador Limited c. Equateur*, Affaire CIRDI n°ARB/08/6, sentence intérimaire sur les demandes reconventionnelles environnementales, *op. cit.*, note n°155, par. 369.

de l'investisseur en vertu du droit équatorien<sup>1721</sup>. De manière assez inédite, en raison de l'amplitude des divergences entre les parties au sujet du montant de la réparation, le tribunal a donc choisi de nommer un expert indépendant et de réserver pour une sentence ultérieure le montant de l'indemnisation dû à chacune des parties<sup>1722</sup>. Ainsi, sur les quelques quatre cent cinquante millions octroyés à l'entreprise Perenco, cinquante millions ont été accordés à l'Equateur pour les demandes reconventionnelles.

**1008.** Une solution similaire fut adoptée par le tribunal *Burlington c. Equateur* qui condamna l'investisseur pour les préjudices environnementaux et infrastructurels à payer quarante-deux millions de dollars<sup>1723</sup>. Toutefois, les interprétations du droit national offertes par les deux tribunaux pour parvenir à ce résultat ne sont pas concordantes quant à la nature du régime de responsabilité applicable en droit équatorien<sup>1724</sup>.

**1009.** Malgré ces déconvenues qui illustrent les risques associés à l'application divergente du droit interne, ces deux sentences sont à ce jour les seuls exemples de succès de demandes reconventionnelles dans le cadre d'arbitrages introduits par la voie des traités. Par une rare inversion de perspective, les violations du droit national par l'investisseur ont été sanctionnées par des tribunaux internationaux et élevées dans la sphère internationale<sup>1725</sup>. Ainsi, le droit interne, même lorsqu'il transpose des standards internationaux en matière d'environnement est

---

<sup>1721</sup> *Ibid*, par. 374: « Given the special difficulties attendant in proving the commission of an environmental tort, it appears to the Tribunal to be wrong in principle that an operator can simply plead that a spill occurred in the ordinary course of business and it is not liable therefor unless it is proved to have acted negligently. The Tribunal is thus inclined to employ a strong rebuttable presumption that if there is a regulatory exceedance, that in itself is evidence of fault. Any alternative approach would make it too onerous for a claimant because it would likely lack sufficient evidence to demonstrate that the operator failed in its duty of care in many if not most instances in which regulatory exceedances have occurred. The Tribunal considers that regulatory exceedances are indicative of operational failures and therefore should be taken as falling below the standard of care ».

<sup>1722</sup> *Ibid*, paras. 571-572.

<sup>1723</sup> *Burlington Resources, Inc. c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 155, par. 1075. Les deux parties avaient tenté dans chaque procédure de faire annuler les demandes reconventionnelles auxquelles elles avaient consenti, au motif que l'Equateur bénéficierait d'une double réparation. Cet argument fut rejeté par les deux tribunaux.

<sup>1724</sup> *Ibid*, note 881: « [The Tribunal has ] difficulty following the Perenco [T]ribunal's view, holding that the Ecuadorian courts indeed 'have established a strict liability regime »; *Perenco Ecuador Limited c. Equateur*, sentence, 27 septembre 2019: « [t]he two tribunals have addressed the issues in significantly different ways, both substantively, in terms of their findings on Ecuadorian law, and technically, in terms of evaluating the expert evidence of contamination in the Blocks ». Dans l'affaire *Perenco*, l'Equateur a notamment demandé annulation de la sentence pour excès de pouvoir au motif que le tribunal avait refusé de faire une application rétroactive du régime de responsabilité sans faute contrairement aux dispositions du droit équatorien. Le comité d'annulation n'a pas jugé qu'une interprétation incorrecte du droit interne constituait un excès de pouvoir manifeste : « The fact that the Tribunal did not uphold Ecuador's interpretation of the Ecuadorian law that Article 396 of the 2008 Constitution applied retroactively, and conversely concluded that the strict liability environmental regime set out in Article 396 could not be applied retroactively is not a ground for annulment. Even if the Committee were to find that Ecuador's interpretation is correct, a difference of interpretation on the applicable law is not a ground for annulment » (*Perenco Ecuador Limited c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/6, décision sur la demande d'annulation, 28 mai 2021, par. 590)

<sup>1725</sup> Pour rappel, l'affaire *Antoine Goetz c. Burundi* avait ouvert la voie en analysant au fond une demande reconventionnelle fondée sur le droit national sans toutefois condamner l'investisseur. *Supra*, Chapitre 2, par. 273.

donc une source normative plus efficace que le droit international, puisqu'il permet de produire des effets concrets sur la responsabilité de l'investisseur<sup>1726</sup>.

**1010.** S'inscrivant dans le sillage de ces jurisprudences, le tribunal dans l'affaire *Aven c. Costa Rica* a ultérieurement confirmé l'importance jouée par le droit national pour le rapprochement des objectifs de protection de l'investissement et ceux de protection de l'environnement. Cette affaire, sur laquelle nous reviendrons<sup>1727</sup>, mérite d'être évoquée ici puisque le tribunal limité à résoudre les différends nés de la violation du traité par l'Etat, s'est néanmoins prononcé à titre surabondant sur l'importance du respect du droit interne et a amplement analysé la teneur du droit costaricain en matière environnementale. Son analyse était d'autant plus surprenante que le droit national ne trouvait pas application en vertu du traité.

**1011.** L'investisseur estimait qu'en engageant des poursuites pénales à son encontre pour violation des règles environnementales par la construction d'un complexe hôtelier, le Costa Rica avait violé l'Accord de libre-échange États-Unis-République dominicaine-Amérique centrale (DR-CAFTA). A titre reconventionnel, le Costa Rica estimait quant à lui que l'investisseur avait violé le droit applicable aux sites protégés pour leur biodiversité et que les poursuites engagées étaient conformes au droit national, particulièrement protecteur des écosystèmes. Les deux parties furent déboutées de l'ensemble de leurs demandes respectives mais, en se prononçant sur la recevabilité des demandes reconventionnelles, le Tribunal a déclaré que le respect du droit environnemental était une obligation *erga omnes* à laquelle l'investisseur ne peut se soustraire<sup>1728</sup>.

**1012.** Bien que le droit applicable désigné par les parties soit limité au traité et au droit international, plusieurs dispositions codifiaient le droit de l'Etat de réguler en matière de protection de l'environnement. Ces dispositions, que l'on peut regrouper sous le label de non-régression environnementale<sup>1729</sup>, réconcilient l'impératif de protection des investissements

---

<sup>1726</sup> Voir, X. Shao, « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International law », *Journal of International Economic Law*, vol. 24, n°1, 2021, p. 20.

<sup>1727</sup> *Infra*, Chapitre 6, par. 1137 et suivant.

<sup>1728</sup> *Infra*, Chapitre 6, paras. 1139-1141

<sup>1729</sup> Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement (DR-CAFTA), 5 août 2004, Article 10.11 « *nothing prevents the Treaty Parties ... from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns* » ; Article 17.2(1) « (a) *A Party shall not fail to effectively enforce its environmental laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement. (b) The Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to investigatory, prosecutorial, regulatory, and compliance matters and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement*

étrangers avec celui de protection de l'environnement. C'est à la lumière de celles-ci que le tribunal a retenu sa compétence sur la demande reconventionnelle costaricaine, expliquant que la protection de l'investisseur était subordonnée au respect du droit de l'Etat hôte<sup>1730</sup>. Pour savoir si les poursuites engagées par l'Etat étaient conformes au traité, le tribunal s'est engagé dans une analyse minutieuse du droit national relatif à la protection des mangroves et des forêts. Pour le Tribunal, le « particularisme »<sup>1731</sup> costaricain en matière environnementale fut reconnu comme un atout attractif en matière de tourisme, de sorte que « *it is therefore not surprising that the country has adopted internal legislation seeking to protect nature, in parallel to efforts to protect the health and wellbeing of its population* »<sup>1732</sup>.

**1013.** Au regard du corpus législatif de l'Etat hôte et des dispositions du traité, le Tribunal a jugé que l'investisseur avait l'obligation nationale et internationale de respecter le droit environnemental et qu'aucun investisseur ne saurait violer ces dispositions ou être exempté de responsabilité<sup>1733</sup>. Au contraire, selon le Tribunal, il n'est pas impossible qu'un investisseur soit déclaré responsable d'une violation du droit national engageant sa responsabilité en vertu du traité<sup>1734</sup>. En rejetant les demandes reconventionnelles pour manque d'éléments probants, le Tribunal n'en a pas moins confirmé que les normes environnementales des Etats hôtes de l'investissement sont une terre d'élection pour les demandes reconventionnelles même lorsque celles-ci sont formulées dans le cadre d'une procédure conventionnelle.

---

*with respect to other environmental matters determined to have higher priorities. Accordingly, the Parties understand that a Party is in compliance with subparagraph (a) where a course of action or inaction reflects a reasonable exercise of such discretion, or results from a bona fide decision regarding the allocation of resources; Article 17.2(2). The Parties recognize that it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws as an encouragement for trade with another Party, or as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. »*

<sup>1730</sup> *David Aven and al. c. Costa Rica*, sentence finale, *op. cit.*, note n°463, par. 412: « *Although the express terms of Article 10.11 essentially subordinate the rights to investors under Chapter Ten to the right of Costa Rica to ensure that the investments are carried out "in a matter sensitive to environmental concerns", this subordination is not absolute in the view of the Tribunal. It requires that the actions to be taken by the States Parties to DR-CAFTA act in line with principles of international law, which require acting in good faith. It is not a question of "not-applying" those provisions under Chapter Ten, but rather giving preference to the standards of environmental protection that were stated to be of interest to the Treaty Parties at the time it was signed* ».

<sup>1731</sup> *Ibid*, par. 439: « *The Arbitral Tribunal believes that Respondent has both adopted international conventions and has enacted internal legislation in environmental matters that are not only consistent with most international conventions, but are at the forefront of most jurisdictions* ».

<sup>1732</sup> *Ibid*, par. 420.

<sup>1733</sup> *Ibid*, paras. 734-735: « *Therefore, following said interpretation the investors have the obligation, not only under domestic law but also under Section A of Chapter 10 of DR-CAFTA to abide and comply the environmental domestic laws and regulations, including the measures adopted by the host State to protect human, animal, or plant life or health. No investor can ignore or breach such measures and its breach is a violation of both domestic and international law, so that the perpetrator cannot be exempt of liability for the damages caused.* »

<sup>1734</sup> *Ibid*: « *it is not impossible either de facto or de jure, that a foreign investor could be found to breach an obligation under Section A, by the violation the environmental domestic laws and regulations* ».

**1014.** Cette lignée jurisprudentielle établie par les affaires *Perenco c. Equateur*, *Burlington c. Equateur* et *Aven c. Costa Rica* restaure la place du droit national sans se dérober à l'analyse de sa teneur ni de sa portée. Toutefois, on ne peut manquer de constater que si ces demandes reconventionnelles ont réussi à capter l'attention des arbitres, c'est qu'en parallèle le droit international a connu dans ces domaines un développement normatif particulièrement conséquent au cours des dernières années. Cet écho, nous semble-t-il, est celui sur lequel les tribunaux sont enclins à s'appuyer pour revenir en terrain plus familier. Il n'est dès lors guère surprenant d'observer que les développements jurisprudentiels consacrés au bien-fondé des demandes reconventionnelles fondées sur le droit interne en matière environnementale ou de corruption ont été bien plus fouillés et conséquents que ceux dédiés aux allégations de violation du droit bancaire ou du droit fiscal de l'Etat hôte.

## Conclusion du Chapitre 5

**1015.** Dans le contentieux transnational de l'investissement, le rôle du droit interne est déterminé par la volonté des parties ou parce qu'il constitue le droit le plus approprié, mais encore, parce qu'il est attendu de tout investisseur qu'il respecte les dispositions du droit de l'Etat accueillant l'investissement. En effet, si l'Etat est tenu de garantir un certain niveau de protection conformément au droit international, l'investisseur étranger en tant que professionnel est quant à lui responsable de son activité sur le territoire de l'Etat hôte. Celle-ci doit se faire en conformité avec le droit interne tel qu'il existe au moment de la réalisation de l'investissement et ainsi qu'il est susceptible d'évoluer pendant toute sa durée. En sortant de sa position défensive pour mettre en cause le comportement de l'investisseur au regard du droit interne, l'Etat élargit l'objet du différend et peut réintroduire le droit national comme droit applicable au règlement du différend même lorsqu'il est poursuivi sur le fondement d'un traité.

**1016.** En considérant que certaines demandes étatiques fondées sur la violation du droit interne devraient être soumises aux juridictions internes, certains tribunaux contribuent à mettre en cause leur légitimité<sup>1735</sup> et se détournent de l'objectif d'économie procédurale<sup>1736</sup>. Pourtant, lorsqu'il est applicable, il paraît inapproprié de distinguer *a priori* les obligations de droit commun des obligations « relatives à l'investissement » pour exclure les demandes reconventionnelles. C'est la nature de l'investissement qui permet d'élire au sein du droit interne les règles pertinentes à la résolution du différend, et non pas la nature des règles elles-mêmes. En excluant sur la base de distinction fragile certaines dispositions du droit interne certains tribunaux creusent injustement l'écart entre applicabilité et l'application du droit.

**1017.** Les difficultés d'application du droit interne et la nature internationale des tribunaux d'investissement expliquent sans doute la volonté de rechercher une filiation internationale aux dispositions du droit interne dont l'Etat invoque la violation. Conscient des difficultés que peuvent susciter l'application du droit interne, en particulier lorsqu'il est attaqué sur le fondement d'un traité, l'Etat a également manifesté une volonté de faire coïncider les violations de son ordre juridique avec l'ordre juridique international. Cette volonté se manifeste par une diversification des fondements juridiques utilisés par les Etats demandeurs reconventionnels. Encore très accidentée, la possibilité d'évaluer la licéité du comportement de l'investisseur au regard du droit international, a été récemment ouverte dans l'affaire *Urbaser c. Argentine* et mérite une analyse plus approfondie.

---

<sup>1735</sup> J. Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, *op. cit.*, note 1579, p. 196.

<sup>1736</sup> *Supra*, Chapitre 4, par.815-825

## Chapitre 6 L'opposabilité du droit international à l'investisseur

**1018.** Actrice de la mondialisation et de la privatisation des secteurs publics<sup>1737</sup>, la personne privée a investi des domaines autrefois occupés par l'Etat. Plusieurs exemple d'actualité dépeignent l'acteur privé, personne morale ou une personne physique, comme une entité ayant de nombreux attributs pour rivaliser avec l'Etat<sup>1738</sup>. D'ailleurs, lorsque le rôle de ces acteurs est mis en cause par l'opinion publique ou par les gouvernements, il n'est pas rare que ceux-ci convoquent des normes internationales applicables aux relations interétatiques (principes de non-ingérence, respect de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles) et celles relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement<sup>1739</sup>.

**1019.** Face à la montée en puissance du rôle de l'acteur privé et en particulier des multinationales, il n'est guère surprenant de constater que l'Etat attaqué par l'investisseur ait progressivement augmenté le recours aux demandes reconventionnelles pour mettre en cause son comportement. Si l'Etat a utilisé l'outil reconventionnel pour invoquer la violation du droit national par l'investisseur<sup>1740</sup>, il a, dans deux affaires récentes, directement puisé dans l'ordre juridique international pour lui reprocher la violation du droit international des droits de l'homme et de l'environnement. Ainsi, l'Argentine et le Costa Rica dans les affaires *Urbaser c. Argentine* et *Aven c. Costa Rica* ont incité l'arbitre à se saisir de l'épineuse question du rôle de l'investisseur dans le respect et la mise en œuvre du droit international.

**1020.** Or, si l'applicabilité du droit international au différend d'investissement ne pose pas de difficulté, son opposabilité, c'est-à-dire, l'« aptitude d'une règle... à déployer ses effets

---

<sup>1737</sup> E. De Brabandère, M. Hazelzet, « Corporate responsibility and human rights: navigating between international, domestic and self-regulation », in *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Y. Radi (dir.), Elgar, 2018, p. 221.

<sup>1738</sup> Etant entendu que par le passé, certaines entreprises comme la Compagnie néerlandaise des Indes orientales et la Compagnie britannique des Indes orientales, étaient dotées de pouvoirs régaliens (fonction de police, de défense, droit de battre monnaie). Ces cas étaient étroitement liés au contexte colonial et demeuraient exceptionnels. En 2019, la société Facebook investissait massivement pour développer *Libra*, crypto monnaie dont la mission est de permettre le développement d'une devise et infrastructure financière privées au service de millions de consommateurs. En 2012, par une déclaration largement relayée, l'ancien PDG de Nestlé s'exprimait en faveur d'une « marchandisation de l'eau », jugeant « extrémistes » ceux qui considèrent l'eau potable comme un bien public Le Monde, « Nestlé et le business de l'eau en bouteille : comment la multinationale suisse a privatisé le marché de l'eau potable », 11 septembre 2012 accessible en ligne [https://www.lemonde.fr/culture/article/2012/09/11/nestle-et-le-business-de-l-eau-en-bouteille\\_1757464\\_3246.html](https://www.lemonde.fr/culture/article/2012/09/11/nestle-et-le-business-de-l-eau-en-bouteille_1757464_3246.html)

<sup>1739</sup> En France, une procédure contre l'entreprise Lafarge a été introduite pour complicité de crime contre l'humanité, la Cour de cassation se prononcera sur sa mise en examen en Septembre 2021. C'est la première fois en France que la responsabilité pénale d'une multinationale pour ce crime est recherchée. Une autre procédure d'enquête est en cours contre plusieurs multinationales opérant dans le textile pour recel de travail forcés et de crimes contre l'humanité des ouighours. Voir le site de l'association plaignante, Sherpa : <https://www.asso-sherpa.org/plainte-contre-4-geants-du-textile-pour-travail-force-des-ouighours-la-justice-francaise-ouvre-une-enquete-pour-recel-de-crimes-contre-lhumanite> (consulté le 15 juillet 2021).

<sup>1740</sup> *Supra*, Chapitre 5.

juridiques *envers des sujets de droit extérieurs* »<sup>1741</sup> afin que celle-ci puisse être « utilement invoqué[e] par un plaideur à l'encontre de son adversaire »<sup>1742</sup>, n'allait pas de soi. D'une part, la responsabilité de prévenir, respecter et mettre en œuvre les droits internationalement reconnus de la personne et de l'environnement pèse d'abord et avant tout sur les Etats<sup>1743</sup>, d'autre part, le processus de subjectivisation de l'investisseur n'était pas arrivé à maturation puisque le statut de l'acteur privé en droit international a longtemps nourri d'inépuisables controverses doctrinales<sup>1744</sup>.

**1021.** En reconnaissant successivement que « *it cannot be admitted that it would reject by necessity any idea that a foreign investor company could not be subject to international law obligations* »<sup>1745</sup> et que « *it can no longer be admitted that investors operating internationally are immune from becoming subjects of international law* »<sup>1746</sup>, ces sentences portent de manière sectorielle, l'affirmation de la subjectivité internationale de l'investisseur étranger. Internationalement protégé et titulaire de droits, il serait dorénavant appréhendé comme un sujet débiteur d'obligations participant à la mise en œuvre du droit international.

**1022.** Prenant appui sur cette reconnaissance jurisprudentielle, il n'apparaît pas donc pas nécessaire d'interroger la réalité de cette subjectivité pour savoir si celui-ci est capable d'être le destinataire d'obligations internationales. Dans le cadre du présent chapitre, la subjectivité est plutôt utilisée comme un paradigme permettant d'analyser plus avant la teneur des obligations internationales de l'investisseur qui y seraient associées et dont l'Etat pourrait, en tant que demandeur reconventionnel faire constater la violation.

**1023.** En ce qu'elle est utilisée par un Etat pour mettre en cause le comportement de l'investisseur au regard des règles de droit international, la demande reconventionnelle apporte une novation à l'opposabilité du droit international à l'acteur privé. Par sa dimension offensive,

---

<sup>1741</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n° 1, p. 782.

<sup>1742</sup> *Ibid*, p. 625.

<sup>1743</sup> Commission des droits de l'homme (ci-après « CDH »), *Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, 62ème session, doc n° E/CN.4/2006/97, 22 février 2006, paras. 60–61.

<sup>1744</sup> Voir par exemple, J. Spiropoulos « L'individu et le droit international », *RCADI*, vol. 30, 1929, pp. 192-270 (l'individu est un sujet immédiat du droit international) ; D. Anzilotti, *Cours de droit international*, (réédition de la traduction française de l'ouvrage paru en 1929, Recueil Sirey), Editions Panthéon-Assas, 2<sup>ème</sup> ed., 1999 (rejet du statut de sujet à l'individu en raison de son incapacité normative); P.C. Jessup, *A modern Law of Nations*, The MacMillan Company, 1948 (l'entreprise comme sujet du droit international). G. Sperduti « L'individu et le droit international », *RCADI*, vol. 90, 1956, pp. 728-849 (l'individu comme sujet « matériel » protégé par le droit international mais par l'intermédiation étatique) ; J. Barberis, « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *RCADI*, vol. 179, 1983, p. 169 ; Voir aussi M. Cosnard, « Rapport introductif », in *Le sujet en droit international*, SFDI Colloque du Mans, Pedone, 2005, pp. 13-54.

<sup>1745</sup> *Urbaser c. Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB 07/26, 8 décembre 2016, sentence, par. 1194 (ci-après « *Urbaser c. Argentine* »)

<sup>1746</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, par. 738.

elle ne se contente pas de faire constater une contrariété à une règle internationale, c'est-à-dire une conduite jugée incompatible avec celui-ci, mais entend établir un manquement à une obligation internationale<sup>1747</sup>. Il paraît donc légitime d'explorer si la subjectivité internationale de l'investisseur reconnue par les tribunaux d'investissement et postulée par la pratique des demandes reconventionnelles, s'accompagne d'obligations internationales indépendantes de celles que le droit international fait peser sur l'Etat dans ces domaines similaires.

**1024.** Deux éléments convergents conduisent à conclure de manière positive. D'une part, le rôle de l'acteur privé dans la réalisation des objectifs de protection des droits de l'homme et de l'environnement s'est autonomisé par rapport à celui que le droit international fait peser sur l'Etat (Section 1). D'autre part, en puisant directement dans l'ordre juridique international, les demandes reconventionnelles échafaudent la doctrine des attentes de l'Etat à l'égard des investisseurs. Ces attentes « imprimée[s] nulle part »<sup>1748</sup> dans la plupart des traités d'investissement qui « reste[nt] inexprimée[s] jusqu'au moment où elle[s] se brise[nt] »<sup>1749</sup> sont révélées par la pratique reconventionnelle. Ainsi, en elle-même, la pratique des demandes reconventionnelles accélère le processus d'identification des attentes qui se greffent sur une obligation non conventionnelle de diligence due exigeant notamment de l'investisseur de respecter les normes internationales relatives aux droits de l'homme et de l'environnement (Section 2).

### *Section 1 L'autonomisation du rôle de l'acteur privé en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement*

**1025.** Si l'obligation de respecter le droit international pèse d'abord et avant tout sur les Etats, sujets primaires du droit international, aucune règle de droit international n'interdit d'associer l'acteur privé (personne morale ou personne physique) à la réalisation des obligations internationalement reconnues<sup>1750</sup>. Aucun obstacle théorique ne se dresse pour que la

---

<sup>1747</sup> D. Draysse, *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale, Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale, op. cit.*, note n° 1678, pp. 98 et suivant. Au sujet de la confusion entre « manquement à une obligation » et « conduite incompatible avec un énoncé de règle », l'auteur explique : « S'il ne fait aucun doute que le comportement de la personne privée peut être en contradiction avec une interdiction internationale, ce comportement ne doit pas être analysé comme une violation du droit international ».

<sup>1748</sup> Y. Nouvel, « Les attentes dans le droit de l'OMC », *AFDI*, 2001, vol. 47, p. 462.

<sup>1749</sup> *Ibid.*

<sup>1750</sup> P. Dumberry, « Corporate investors' international legal personality and their accountability for human rights violations under IIA », in *Improving International Investment Agreements*, A. de Mestral C. Lévesque (dir.), Routledge, 2013, p. 187 : « There is no theoretical objections to impose obligations on corporations under international law »; P. Dailler, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public* (N. Quoc Dinh), 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009, p. 714 : « reconnaître aux entreprises transnationales la qualité de sujets du droit international, sujets mineurs et dérivés au demeurant, ne se heurte à aucun obstacle théorique ou pratique dirimant » .

personnalité juridique interne de l'entreprise et de l'acteur privé s'accompagne d'une subjectivité internationale à laquelle serait associée des obligations spécifiques<sup>1751</sup>. Kelsen avait observé que « l'affirmation que les sujets du droit international sont les Etats ne signifie pas que les individus ne le soient pas eux aussi. Elle signifie que les individus sont sujets du droit international d'une manière spécifique, différente de la manière dont ils sont sujets d'un droit national »<sup>1752</sup>. De fait, la capacité juridique internationale de l'individu, c'est-à-dire, sa « capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux »<sup>1753</sup> indispensable à la qualité de sujet, s'est progressivement affirmée. Au cours des cinquante dernières années, les devoirs internationaux notamment en matière de respect des droits de l'homme et de l'environnement se sont étendus à l'acteur privé y compris aux entreprises. Cette individualisation visant à associer l'acteur privé à la réalisation des objectifs fixés par le droit international, s'est faite sur le plan normatif par l'adoption d'instruments à force contraignante variable (I). L'évolution normative a bénéficié d'une contribution prétorienne qui établit, parfois avec retenue, à quelles conditions ces devoirs coexistent avec la responsabilité primaire de l'Etat de respecter le droit international et en particulier les droits fondamentaux et de l'environnement (II).

### *I. Diversité des modes de reconnaissance d'obligations internationales à la charge de l'acteur privé*

**1026.** La catégorie internationalement protégée des investisseurs étrangers est une manifestation internationale de la notion de personne privée, « physique » ou « morale », catégorie bien connue des droits internes. A ce titre, les développements normatifs concernant les entreprises observés au niveau international ou au niveau interne intéressent directement les investisseurs et a fortiori l'étude des demandes reconventionnelles. Bien que la voie contraignante du traité soit la plus directe pour imposer des obligations internationales à l'acteur privé (A), elle n'est pas exclusive. Aussi, sans qu'il ne soit nécessaire d'en passer par la

---

<sup>1751</sup> CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1949, p. 179 ; CPJI, *Avis du 3 mars 1928, Compétence des tribunaux de Dantzig, Série B*, n°15, p. 18.

<sup>1752</sup> H. Kelsen, *Théorie du droit international public*, RCADI, vol. 84, 1953, p.67.

<sup>1753</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, note n°1, p. 820 ; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif, C. I. J. Recueil 1949*, p. 179 : « l'Organisation était destinée à exercer des fonctions et à jouir des droits qui ne peuvent s'expliquer que l'organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international. Elle...ne pourrait répondre aux intentions de ses membres fondateurs si elle était dépourvue de la personnalité internationale. On doit admettre que ses membres, en lui assignant certaines fonctions avec les devoirs et responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtu de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ses fonctions...En conséquence, la Cour arrive à la conclusion que l'Organisation est une personne internationale...Cela signifie que l'Organisation est un sujet de droit international, qu'elle a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et qu'elle a capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale. »

médiation étatique, l'adhésion volontaire des entreprises aux standards développés par le droit souple contribue à rendre l'investisseur débiteur de certains devoirs internationaux (B)

### *A. La reconnaissance d'obligations à la charge de l'acteur privé par la voie contraignante*

**1027.** En dehors du droit international pénal et de la Partie XI de la CNUDM, peu de traités font de l'acteur privé le destinataire d'obligations internationales. Or, l'existence d'obligations internationales contraignantes facilite considérablement la pratique des demandes reconventionnelles puisqu'elle permet à l'Etat de directement puiser dans les traités pour identifier les obligations applicables à l'investisseur. Dans ce contexte, les TBI et modèles d'accords d'investissement visant à reconnaître des obligations internationales à la charge de l'investisseur (1), tout comme le Projet d'instrument contraignant à destination de l'entreprise en matière de droits de l'homme, quoique plus controversée, (2) retiennent l'attention.

#### *1. La reconnaissance d'obligations internationales de l'investisseur par les instruments applicables aux investissements*

**1028.** Le continent africain concentre plusieurs instruments faisant de l'investisseur le destinataire d'obligations internationales<sup>1754</sup>. Avec lui, d'autres instruments internationaux opèrent un rééquilibrage des droits et des obligations incombant respectivement à l'Etat et aux investisseurs étrangers.

**1029.** Plusieurs traités bilatéraux puisent directement dans les normes internationales pour reconnaître des obligations à la charge de l'investisseur. L'accord entre le Maroc et le Nigeria<sup>1755</sup> met à sa charge le respect du principe de précaution dans la conduite d'une étude d'impact environnemental<sup>1756</sup>. Parmi les obligations internationales applicables à l'investisseur pendant la vie de l'investissement (« *Post-establishment obligations* ») figurent le respect des

---

<sup>1754</sup> M.M. Mbengue, « Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 34, n°2, 2019, p. 456; M.M. Mbengue, « 'Somethin' ELSE': African Discourses on ICSID and on ISDS An Introduction », *ICSID Review - FIJL*, vol. 34, n°2, 2019, p. 260.

<sup>1755</sup> Accord réciproque de protection et promotion de l'investissement entre le Royaume du Maroc et le gouvernement fédéral du Nigéria (3 décembre 2016).

<sup>1756</sup> *Ibid*, article 14 (1) et (3): « *Investors or the investment shall comply with environmental assessment screening and assessment processes applicable to their proposed investments prior to their establishment, as required by the laws of the host state for such an investment or the laws of the home state for such an investment, whichever is more rigorous in relation to the investment in question.... Investors, their investment and host state authorities shall apply the precautionary principle to their environmental impact assessment and to decisions taken in relation to a proposed investment, including any necessary mitigation or alternative approaches of the precautionary principle by investors and investments shall be described in the environmental impact assessment they undertake* ».

droits de l'homme et de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail<sup>1757</sup>. En application d'un principe de non-régression, le traité attend de l'investisseur qu'il se conforme aux « *international accepted standards* »<sup>1758</sup> de bonne gouvernance des entreprises ainsi qu'aux meilleures pratiques développées dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises<sup>1759</sup>.

**1030.** L'accord de coopération et de facilitation des investissements entre le Mozambique et le Brésil demande également à l'investisseur d'assurer « le niveau le plus élevé » de contribution au développement durable, prenant en référence les principes de responsabilité sociale des entreprises<sup>1760</sup>. Une rédaction similaire est adoptée dans l'accord entre le Brésil et le Malawi<sup>1761</sup>.

---

<sup>1757</sup> *Ibid*, article 18: « *Investments shall, in keeping with good practice requirements relating to the size and nature of the investment, maintain an environmental management system. Companies in areas of resource exploitation and high-risk industrial enterprises shall maintain a current certification to ISO 14001 or an equivalent environmental management standard. Investments shall uphold human rights in the host state. Investors and investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998. Investors and investments shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents international environmental, labour and human rights obligations to which the host state and/or home state are Parties.* »

<sup>1758</sup> *Ibid*, article 19 (a) (b): « *Investments shall meet or exceed national and internationally accepted standards of corporate governance for the sector involved, in particular for transparency and accounting practices. b) Investments shall establish and maintain, where appropriate, local community liaison processes, in accordance with internationally accepted standards when available.* »

<sup>1759</sup> *Ibid*, article 24 : « *In addition to the obligation to comply with all applicable laws and regulations of the Host State and the obligations in this Agreement, and in accordance with the size, capacities and nature of an investments, and taking into account the development plans and priorities of the Host State and the Sustainable Development Goals of the United Nations, investors and their investments should strive to make the maximum feasible contributions to the sustainable development of the Host State and local community through high levels of socially responsible practices. 2) Investors should apply the LO Tripartite Declaration on Multinational Investments and Social Policy as well as specific or sectorial standards of responsible practice where these exist. 3) Where standards of corporate social responsibility increase, investors should strive to apply and achieve the higher level standards.* »

<sup>1760</sup> Accord de coopération et de facilitation des investissements entre la république fédérale du Brésil et le gouvernement de la république du Mozambique (30 mars 2015), article 10 : « *Os investidores e seus investimentos deverão se empenhar em realizar o maior nível possível de contribuições ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da comunidade local, por meio da adoção de um elevado grau de práticas socialmente responsáveis, tomando por referência os princípios voluntários e padrões definidos no Anexo II – «Responsabilidade Social Corporativa* ». Les standards de responsabilité sociale des entreprises comprennent : l'objectif de développement durable, le respect des droits humains auxquels l'Etat hôte a adhéré, la coopération et l'intégration des acteurs locaux, la prévention de la régression des protections environnementales et salariales, l'encouragement de l'adhésion volontaire aux meilleurs standards de gouvernance.

<sup>1761</sup> Accord de coopération et de facilitation des investissements entre la république fédérale du Brésil et le gouvernement de la république du Malawi (26 juin 2015), article 9 : « *Investors and their investment shall strive to achieve the highest possible level of contribution to the sustainable development of the Host Party and the local community, through the adoption of a high degree of socially responsible practices, based on the voluntary principles and standards set out in this Article.* » ; et, en dehors du continent africain dans le TBI entre le Canada et le Qatar, article 12 (6 novembre 2016) : « *Les investisseurs...doivent veiller à intégrer volontairement les lignes directrices internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises dans leurs politiques et pratiques commerciales* ». Voir aussi TBI Argentine – Qatar, (6 novembre 2016), article 12; Accord de coopération et de facilitation des investissements Brésil-Inde, (25 janvier 2020), article 12 –*Corporate social responsibility* : « *The Investors...Shall endeavour to comply with the following voluntary principles and standards for a responsible business conduct.... :respect the internationally recognized human rights of those involved in the companies'activities..., develop and implement effective self-regulatory practices...that foster a relationship of mutual trust between the companies and the societies in which their operation are conducted...*»

**1031.** Les références aux standards internationaux de protection de la santé, de l'environnement sont également faites dans les préambules des TBI<sup>1762</sup> et réitérés sous la forme de clause de non-régression environnementale<sup>1763</sup>. Les accords internationaux n'intègrent toutefois pas les standards internationaux de la même manière. Alors que les accords jusqu'ici évoqués, imposent directement à l'investisseur l'obligation de se conformer à certains standards internationaux, d'autres, demandent à l'Etat d'encourager les entreprises à s'y conformer<sup>1764</sup>.

**1032.** Plusieurs accords en cours de négociations et modèles d'accord font référence aux « standards internationaux » de protection du droit de l'environnement, des droits de l'homme et du droit du travail<sup>1765</sup>. Le modèle d'accord de la Communauté de développement de l'Afrique australe (CDAO) prévoit que l'investisseur respecte les droits de l'homme ainsi que les standards internationaux en vigueur dans l'Etat hôte ou l'Etat de nationalité « *whichever is higher* »<sup>1766</sup>. Il intègre également les standards « acceptés » en matière de responsabilité sociale

---

<sup>1762</sup> TBI Autriche – Nigéria, préambule, (8 avril 2013)

<sup>1763</sup> *Ibid*, article 4. En vertu de cet article, les parties contractantes reconnaissent que l'encouragement de l'investissement ne peut se faire au détriment de l'environnement par l'assouplissement des mesures nationales dans ces domaines.

<sup>1764</sup> TBI Nigéria – Singapour (4 novembre 2016) article 11 Corporate Social responsibility: « *Singapore reaffirms the importance of encouraging enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognised standards... These principles address issues such as labour, the environment, public health, human rights, community relations and anti-corruption*»; Le TBI entre le Burkina-Faso et le Canada, article 16, (20 avril 2015) demande aux Etats parties d' « encourage[r] les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer dans leurs pratiques et politiques internes des normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises, telles que les déclarations de principe auxquelles les Parties ont adhéré et qui portent sur des questions comme le travail, l'environnement, les droits de la personne, les relations avec la collectivité ou la lutte contre la corruption » ; TBI Argentine– Emirats Arabes Unis (16 avril 2018), article 17 – Corporate Social Responsibility: « *The Parties, being mindful of internationally-recognized corporate social responsibility standards, guidelines and principles, including the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises, shall endeavour to encourage enterprises doing business in its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily include said standards, guidelines and principles* », TBI France-Colombie (17 juillet 2014, entré en vigueur le 14 octobre 2020), article 11 : « Chaque Partie contractante encourage les entreprises opérant sur son territoire ou soumises à sa juridiction à incorporer volontairement dans leurs politiques internes les standards internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale des entreprises, tels que les déclarations de principe adoptées ou soutenues par les Parties contractantes, notamment les lignes directrices de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour les entreprises multinationales. Ces principes concernent notamment les questions sociales, environnementales, les droits de l'homme, les relations avec la société civile et la lutte contre la corruption. Les Parties contractantes rappellent aux entreprises l'importance d'intégrer ces standards de responsabilité sociale dans leurs politiques internes. »

<sup>1765</sup> Tous les modèles cités sont publiés sur le site de l'UNCTAD : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

<sup>1766</sup> Modèle de l'accord de la CDAO de 2012, article 15: « *Investors and their investments have a duty to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located. Investors and their investments shall not undertake or cause to be undertaken acts that breach such human rights. Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife. Investors and their investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998. Investors and their investments shall not [establish,] manage or operate Investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher* », accessible en ligne : <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf> (consulté le 30 juin 2020)

des entreprises<sup>1767</sup>. De même, la dernière version publique du *projet de code Panafricain d'investissements* consacre un chapitre aux obligations de l'investisseur<sup>1768</sup>, l'encourageant à respecter les règles éthiques et droits de l'homme<sup>1769</sup> et exigeant une utilisation raisonnable des ressources naturelles<sup>1770</sup>. Enfin, le modèle marocain de TBI prévoit que « [l]es investisseurs devront gérer et exploiter leurs investissements en respectant les obligations internationales en matière d'environnement, de travail et de droits de l'homme auxquelles les deux Parties sont parties »<sup>1771</sup>.

**1033.** L'obligation pesant sur l'investisseur de respecter les normes internationales environnementales, techniques et sanitaires, est également prégnante dans les lois de promotion de l'investissement adoptées en Afrique. Il s'agit en particulier des lois ou Code d'investissement ivoirien<sup>1772</sup>, guinéen<sup>1773</sup>, et togolais<sup>1774</sup>. La pratique africaine confirme une tendance régionale visant à reconnaître des devoirs internationaux aux investisseurs.

---

<sup>1767</sup> *Ibid*, article 16: « *Corporate Governance Standards: Investments shall meet or exceed national and internationally accepted standards of corporate governance for the sector involved, in particular for transparency and in the application of internationally accepted accounting standards...* » ; Modèle canadien d'accord d'investissement (2021) « *Article 16: Responsible Business Conduct 1. The Parties reaffirm that investors and their investments shall comply with domestic laws and regulations of the host State, including laws and regulations on human rights, the rights of Indigenous peoples, gender equality, environmental protection and labour. 2. Each Party reaffirms the importance of internationally recognized standards, guidelines and principles of responsible business conduct that have been endorsed or are supported by that Party, including the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, and shall encourage investors and enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate these standards, guidelines and principles into their business practices and internal policies. These standards, guidelines and principles address areas such as labour, environment, gender equality, human rights, community relations and anti-corruption* »

<sup>1768</sup> Projet de code panafricain d'investissements, version de décembre 2016, chapitre 4 « obligations des investisseurs », en ligne sur le site de l'Union africaine <https://au.int/en/documents/20161231/pan-african-investment-code-paic> (consulté le 30 juin 2020)

<sup>1769</sup> *Ibid*, article 24 *Ethique commerciale et droits humains* : « Les principes suivants doivent guider les investisseurs en matière de respect de l'éthique commerciale et des droits humains : a) promouvoir et respecter la protection des droits humains internationalement reconnus ; b) veiller à ne pas être complices de violations des droits humains ; c) éliminer toutes les formes de travail forcé ou obligatoire, y compris l'abolition effective du travail des enfants... ».

<sup>1770</sup> *Ibid*, article 23 *Obligations relatives à l'utilisation des ressources naturelles* : « Les investisseurs ne doivent pas exploiter ou utiliser les ressources naturelles locales au détriment des droits et intérêts de l'Etat d'accueil. 2. Les investisseurs veillent au respect des droits des populations locales, et évitent les pratiques d'accaparement des terres, préjudiciables à ces communautés. »

<sup>1771</sup> Modèle marocain de traité d'investissement, article 18.7.

<sup>1772</sup> Loi d'investissement de la Côte d'Ivoire, 2015, article 24 : « Les investisseurs bénéficiant d'avantages institués par le présent Code sont tenus de se conformer aux normes techniques, sociales, sanitaires et environnementales, nationales ou, à défaut, internationales applicables à leurs produits, services et environnement de travail. »

<sup>1773</sup> Code des investissements de la Guinée n° 2015/N°008/AN, (25 mai 2015), article 22 : « l'investisseur applique les principes internationaux relatifs au droit du travail et au droit de la personne, parmi lesquels ceux issus de la norme ISO 26000. »

<sup>1774</sup> Loi togolaise d'investissement n°2012-001 (21 janvier 2012), article 50 (i) : « se conformer aux normes de qualités nationales ou internationales applicables aux produits, équipements, infrastructures, ou services résultant de leur activité ; étant précisé que lorsque l'entreprise est contrôlée par des investisseurs étrangers, les normes de qualité et de sécurité ne sauraient être inférieures aux normes de qualité exigées dans le pays d'origine de l'investisseur étranger ».

**1034.** Le mouvement visant à rééquilibrer les droits et obligations des Etats et des investisseurs est également apparent dans les modèles d'accords sur le continent européen. Les modèles néerlandais, norvégien et belgo-luxembourgeois de traité d'investissement suivent une voie similaire en consacrant respectivement un article à la responsabilité sociale des entreprises<sup>1775</sup> et une « obligation d'agir conformément aux standards internationalement acceptés »<sup>1776</sup>. L'obligation faite à l'investisseur de respecter les standards internationaux figure également dans le modèle italien de traité d'investissement au sein de la clause de conformité<sup>1777</sup>.

**1035.** La reconnaissance des devoirs internationaux varie selon qu'elle est établie au niveau interétatique dans un traité ou au niveau interne par la loi. Dans la plupart des cas, elle fait toutefois de l'investisseur le débiteur direct de devoirs internationaux relatifs aux droits humains et de l'environnement. En cela, la pratique conventionnelle récente témoigne d'un processus d'autonomisation du rôle joué par l'investisseur dans la promotion et le respect des standards internationaux. Aussi, la volonté étatique d'utiliser la voie contraignante pour imposer des obligations internationales à l'acteur privé est également visible au sein du Conseil des droits de l'homme.

## *2. Le Projet d'instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises*

**1036.** Créé par le Conseil des droits de l'homme (ci-après « le CDH ») dans sa résolution 26/9 du 26 juin 2014, le Groupe de travail intergouvernemental sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme (ci-après « le groupe de travail ») est chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et

---

<sup>1775</sup>Modèle néerlandais d'accord d'investissement, 22 mars 2019, article 7, (consulté en ligne le 20 juin 2020), <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-buitenlandse-zaken/documenten/publicaties/2019/03/22/nieuwe-modeltekst-investeringsakkoorden>; modèle norvégien de TBI, 2015, préambule : « Emphasising the importance of corporate social responsibility », article 31 « *The Parties agree to encourage investors to conduct their investment activities in compliance with the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and to participate in the United Nations Global Compact.* »

<sup>1776</sup> Modèle d'accord d'investissement de la Belgique et du Luxembourg (2019) accessible en ligne (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5854/download>)

<sup>1777</sup> Modèle d'accord d'investissement de l'Italie (2020), Article X- Compliance with the host State law: « *Investors and their investments shall be subject to and comply with the legislation of the host State. This includes, but is not limited to the following: ... relevant national and internationally accepted standards of corporate governance and accounting practices; and... Investors and their investments shall strive, through their management policies and practices, to contribute to sustainable development of the host State and to promote gender equality.* »

autres entreprises.

**1037.** L'analyse est ici portée sur l'origine du Projet d'instrument et non pas sur le contenu de l'instrument lui-même<sup>1778</sup> afin de rendre compte de l'évolution normative et de la genèse d'une volonté étatique plus affirmée en faveur d'une responsabilisation de l'acteur privé et de l'entreprise multinationale en matière de protection des droits de l'homme.

**1038.** Le fait que l'Equateur et l'Afrique du Sud soient à l'initiative du projet de résolution proposant la négociation d'un instrument juridique contraignant<sup>1779</sup> retient l'attention. En effet, il est possible de jeter un pont entre l'attitude adoptée par ces deux Etats dans le domaine des droits de l'homme et celui du droit des investissements. Au moment de l'adoption de la résolution, l'Equateur était engagé dans un contentieux à ramifications multiples contre la multinationale américaine Chevron allant jusqu'à l'activation de la procédure interétatique du TBI conclu avec les Etats-Unis<sup>1780</sup>. S'ensuivirent deux condamnations parallèles dans les affaires *Perenco* et *Burlington*. Bien que l'Equateur ait obtenu réparation pour ses prétentions reconventionnelles<sup>1781</sup>, ce succès inédit dans une procédure engagée sur le fondement d'un traité ne l'a pas empêché de mettre fin à l'ensemble de ses TBI et de se retirer de la Convention de Washington<sup>1782</sup>. L'Afrique du Sud, pour sa part, initiait un mouvement de retrait des TBI avec les pays occidentaux et préparait l'adoption un an plus tard du *South Africa Investment Protection Act* (2015) ayant significativement raboté les protections « phares » des investisseurs étrangers, à savoir : le standard du traitement juste et équitable (transformé en « traitement administratif juste ») et le droit de recourir à l'arbitrage transnational (dorénavant élevé au niveau interétatique après épuisement des voies de recours internes)<sup>1783</sup>.

**1039.** Tel que présenté au CDH par ces Etats, le projet de résolution précisait que « les sociétés transnationales et autres entreprises ont l'obligation de respecter les droits de l'homme »<sup>1784</sup> et qu'il convenait de créer un groupe de travail chargé d'élaborer un instrument juridique contraignant.

**1040.** Adoptée<sup>1785</sup> avec 20 votes en faveur, 14 contre et 13 absentions, on ne peut pas dire que la résolution « cristallisait » un consensus universel quant à l'utilité de la voie contraignante. Le mot « utilité » est utilisé à escient, car le scepticisme exprimé par les délégations

---

<sup>1778</sup> *Infra*, dans ce chapitre, par. 1116 et suivant.

<sup>1779</sup> CDH, Projet de résolution A/HRC/26/L.22/rev.1, 26<sup>ème</sup> session, 37<sup>ème</sup> séance, 25 juin 2014.

<sup>1780</sup> *République de l'Equateur c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire CPA n°2002/05, sentence, 29 septembre 2012.

<sup>1781</sup> *Supra*, Chapitre 5, par. 1000 et suivant.

<sup>1782</sup> L'Equateur a finalement réintégré la Convention CIRDI en juillet 2021.

<sup>1783</sup> M.M. Mbengue, « Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *op cit*, note 1754, p. 464.

<sup>1784</sup> CDH, Projet de résolution A/HCR/26/L.22/rev.1, 26<sup>ème</sup> session, 37<sup>ème</sup> séance, 25 juin 2014.

<sup>1785</sup> CDH, résolution A/HCR/26/9, L.22, 26<sup>ème</sup> session, 37<sup>ème</sup> séance, 25 juin 2014.

intervenantes ne portait pas à proprement parler sur l'obligation des entreprises multinationales de respecter des droits de l'homme<sup>1786</sup> mais sur l'opportunité de suivre la voie contraignante pour formaliser cette obligation.

**1041.** Pour un groupe d'Etats<sup>1787</sup> défavorables à la résolution, l'idée d'un instrument contraignant allait inutilement diluer l'efficacité des principes internationalement reconnus dans les instruments de droits souple que les Etats commençaient à peine à mettre en œuvre. En outre, la création d'un groupe de travail risquait de détourner les moyens politiques, juridiques et financiers déjà alloués pour satisfaire les objectifs fixés par les Principes Directeurs des Nations-Unies<sup>1788</sup>. Cette faiblesse fut soulignée par l'Union européenne, les Etats-Unis, le Japon, l'Irlande et le Royaume-Uni. Vraisemblablement, plusieurs Etats abstentionnistes comme l'Argentine partageaient ce sentiment<sup>1789</sup>.

**1042.** Au contraire, pour l'Inde, la Chine, l'Equateur et l'Afrique du Sud, le projet d'un instrument contraignant constituait une étape nécessaire dans la mise en œuvre des principes non contraignants. A grands traits, ces Etats justifiaient la nécessité d'un traité pour remédier aux vides juridiques existants dans les ordres juridiques internes dont continuaient de bénéficier les multinationales au détriment des victimes. Selon l'Inde par exemple, l'utilité d'un tel instrument serait précisément nourrie par les carences en matière de législation nationale justifiant que la « communauté internationale » se saisisse collectivement du problème. Quant à elle, la Chine exprimait « une attitude ouverte » sur les moyens susceptibles d'améliorer le respect des droits humains par les entreprises, y compris par la voie contraignante. Le continent africain fit preuve de cohérence, puisque le vote favorable de ses Etats<sup>1790</sup> s'inscrit dans la pratique suivie dans le cadre des accords internationaux d'investissements.

**1043.** Les sept interventions représentent un échantillon fidèle aux positions relatives à l'effet des conventions internationales en matière de droits fondamentaux. Si tous les Etats en

---

<sup>1786</sup> A l'exception notable des Etats-Unis qui jugeaient que « l'entreprise multinationale n'est pas un sujet de l'ordre juridique international »

<sup>1787</sup> Les sept interventions des Etats précédant l'adoption de la résolution commentées ici sont accessibles en ligne : <http://webtv.un.org/search/ahrc26l.22rev.1-vote-item3-37th-meeting-26th-regular-session-human-rights-council/3643474570001/?term=Elaboration%20of%20an%20international%20legally%20binding%20instrument%20on%20transnational%20corporations%20and%20other%20business%20enterprises%20with%20respect%20to%20human%20rights&sort=date&page=7> (37<sup>ème</sup> séance de la 26<sup>ème</sup> session du CDH, A/HRC/26/L.22/Rev.1 Vote Item:3 - 37th Meeting 26th Regular Session Human Rights Council).

<sup>1788</sup> *Infra*, au présent chapitre, par. 1052 et suivant.

<sup>1789</sup> L'Equateur et l'Afrique du Sud se sont désolidarisés du Groupe Central composé de l'Argentine du Ghana, de la Norvège et de la Russie et proposé le projet d'instrument contraignant alors que les Groupe Central avait trouvé un consensus sur un projet de création d'un groupe intergouvernemental d'experts visant à améliorer l'accès à la justice des victimes de violation des droits fondamentaux par les entreprises multinationales.

<sup>1790</sup> Sur les vingt votes en faveur de la résolution, dix Etats sont africains (Afrique du Sud, Algérie, Bénin, Burkina Faso, Chine, Congo, Côte d'Ivoire, Cuba, Éthiopie, Fédération de Russie, Inde, Indonésie, Kazakhstan, Kenya, Maroc, Namibie, Pakistan, Philippines, Venezuela, Viet Nam).

reconnaissent l'importance, une partie semble considérer qu'il appartient aux droits internes de transposer les standards internationaux. Pour d'autres au contraire, le droit international devrait se saisir de la question précisément en raison des carences législatives et institutionnelles observées dans certains Etats et compte tenu du caractère transnational des grandes entreprises. La difficulté principale de la voie contraignante étant de s'accorder sur un contenu normatif qui formerait un « tout cohérent »<sup>1791</sup>, susceptible de réunir au sein d'un même traité une grande diversité de domaines.

**1044.** Les discussions entourant la proposition d'adoption d'un traité contraignant pour les entreprises et le respect des droits de l'homme cristallisent une évolution importante dans la position des Etats. Le débat ne porte plus sur la capacité internationale des entreprises d'être destinataires de devoirs internationaux, mais plutôt sur la méthode de formalisation de ces devoirs. Toutefois, que la reconnaissance se fasse directement par la voie internationale ou par la voie interne n'altère pas la véritable nature internationale de ces devoirs. L'obligation resterait la même, seule la mise en œuvre et la nature de la responsabilité diffèrent : « *if there are obligations (albeit indirect), it means that the object of a treaty on business and human rights could be to clarify or expand existing international obligations, since the obligations already exists on an international level* »<sup>1792</sup>. Il est d'ailleurs significatif de constater que les Etats défavorables à la résolution ont justifié leur désaccord avec la voie contraignante par l'utilité des principes développés antérieurement dans les instruments de droit souple. Selon eux, les instruments de droit souple qui constituent le tissage le plus serré des devoirs internationaux de l'entreprise n'ont rien à envier au laborieux processus conventionnel qui cristallise des volontés étatiques parfois au prix de grandes approximations.

### ***B. La reconnaissance d'un effet horizontal des standards internationaux par le « droit assourdi »***

**1045.** Plusieurs instruments de « droit assourdi »<sup>1793</sup>, plus communément désigné sous le terme de « *soft law* », ont conquis de nouveaux territoires de réglementation internationale,

---

<sup>1791</sup> C. Kessedjan, « Entreprises et droits de l'homme - vers une Convention internationale », in *Le droit international collaboratif*, Pedone, 2016, p.159.

<sup>1792</sup> A. Lopez Latorre, « In defence of Direct obligations for Businesses Under International Human Right Law », *Business and Human Rights Journal*, vol. 5, n°1, 2020, p. 76.

<sup>1793</sup> L'expression de « droit assourdi » employée par F. Rigeaux nous semble être appropriée en ce qu'elle exprime le potentiel de révélation de la règle, assourdie par une conception souvent volontariste de la normativité internationale. F. Rigeaux, « Les Situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *Cours Général de Droit International Privé, RCADI*, vol. 213, 1989, p. 362. Comme l'explique I. Duplessis, « la soft law peut annoncer le droit de demain et tracer pour les États le chemin vers l'adoption d'obligations juridiques contraignantes conventionnelles et coutumières. » I. Duplessis « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *RQDI*, Hors-série avril 2007, Hommage à Katia Boustany, p. 258.

reconnaissant un effet horizontal à certaines normes internationales<sup>1794</sup>, en vertu duquel l'entreprise est investie d'un devoir de respecter ces normes à l'égard d'autres individus<sup>1795</sup>. Par rapport aux sources coutumières et conventionnelles, les formes souples de normativité ont, d'après une partie de la doctrine<sup>1796</sup>, l'avantage de la malléabilité, lui permettant : « se déployer là où la *hard law* ne peut ou n'ose s'aventurer »<sup>1797</sup>. En outre, « la *soft law* élargit le cercle des acteurs impliqués dans la création de la norme internationale »<sup>1798</sup>. Les instruments de ce type sont nombreux et « *highly developed* »<sup>1799</sup> notamment en matière de respect des droits de l'homme et de l'environnement. Ils régulent les activités des entreprises et les incitent à adopter une conduite conforme aux normes internationales. Le terme de régulation est ici utilisé comme « englobant les différentes formes de production juridique quel que soit le degré d'obligatorité ou de normativité »<sup>1800</sup>.

**1046.** En utilisant les normes internationales comme patron pour dessiner les devoirs de l'entreprise, le droit assourdi individualise le rôle de l'acteur privé indépendamment du devoir de l'Etat (1). L'adhésion unilatérale de l'entreprise à ces standards est susceptible de produire des effets internationaux dans le cadre limité du contentieux transnational de l'investissement et ainsi produire l'effet escompté (2)

### *1. Le développement des devoirs internationaux de l'entreprise par le droit assourdi*

**1047.** Différents instruments permettent d'identifier une « convergence substantielle »<sup>1801</sup> visant à associer l'entreprise à la réalisation des objectifs fixés par le droit international. Les notions d'entreprise, créature du droit interne, comme celle d'entreprise

---

<sup>1794</sup> L. Boisson de Chazournes, « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions », in *International Law and the Quest for its Implementation/ Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre : Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, L. Boisson de Chazournes & M. Kohen (dir.), Brill, 2010, p. 355.

<sup>1795</sup> E. Pariotti, « International soft law, Human-Rights and Non-state Actors: Towards the Accountability of Transnational Corporations? », *Human Rights Review*, vol. 10, 2009, p.142.

<sup>1796</sup> I. Duplessis, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *op.cit.*, note n°1793, p. 250.

<sup>1797</sup> G. Abi-Saab, « Eloge du droit assourdi : quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », in *Hommage à François Rigaux, Le développement du droit international : réflexions d'un demi-siècle*. Vol.I, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 141.

<sup>1798</sup> I. Duplessis, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *op. cit.*, note n° 1793, p. 251.

<sup>1799</sup> S. Robert-Cuendet, « Protection of the Environment and International Investment Law », *op. cit.*, note n° 1419, p. 605.

<sup>1800</sup> L. Boisson de Chazournes, « Standards, régulation internationale et organisations internationales », in *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, B. Frydman, A. Van Waeyenberge, (dir.), Bruylant / LGDJ, 2014. p. 71.

<sup>1801</sup> P.M Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, 14ème ed., 2018, p. 449.

multinationale<sup>1802</sup> ou transnationale<sup>1803</sup> ne sont pas définies par le droit international conventionnel. C'est pourtant sur cette dernière notion que les premiers instruments de droit assourdi se sont concentrés avant de s'élargir plus largement à toutes les entreprises. Ils se donnent pour objectifs de cibler l'entreprise d'un devoir de respecter certains standards internationaux et de simultanément autonomiser le rôle joué par celle-ci par rapport à celui de l'Etat dans les mêmes domaines.

**1048.** Si jusqu'au milieu des années soixante-dix, l'entreprise n'était pas encore perçue comme une entité échappant au contrôle des Etats, c'est que l'implantation d'entreprises étrangères était, sinon interdite, du moins considérablement limitée. En effet, elle ne pouvait avoir lieu qu'avec l'implication formelle de l'Etat hôte à travers la création d'un partenariat dont la figure privilégiée était la « joint-venture ». Avec la mondialisation, l'entreprise a connu un changement de ses caractéristiques institutionnelles et une forte augmentation de ses moyens et de ses rayons d'action<sup>1804</sup>. Elle s'est démembrée en un faisceau de personnalités juridiques distinctes opérant sur plusieurs territoires, dont l'autonomie complique l'imputation des agissements à l'entité contrôlant l'ensemble transnational<sup>1805</sup>. Ce phénomène d'atomisation a favorisé la pratique du « *liability shopping* »<sup>1806</sup> tant et si bien que « les normes étatiques sur le droit des sociétés ont été entièrement dépassées par la constitution de groupes transnationaux [et qu'] [a]ucun Etat n'[était] plus en mesure d'assurer seul une maîtrise adéquate du phénomène »<sup>1807</sup>. Afin de combler l'écart de responsabilité entre les activités d'une société mère et celle de ses démembrements, il fut envisagé de faire de l'entreprise transnationale un partenaire de l'Etat dans le respect et la protection du droit international.

---

<sup>1802</sup> Voir L. Dubin, « Rapport introductif », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque SFDI, 2016, Pedone, pp. 13-51. Bien qu'il n'existe pas de définition univoque de l'entreprise multinationale l'*Institut de droit international* l'a définie de la manière suivante « [u]ne entreprise multinationale est un groupe de sociétés opérant sous un régime de propriété ou de contrôle commun, et dont les membres sont constitués conformément à la loi de plus d'un Etat » ; « Les obligations des entreprises multinationales et de ses sociétés membres », Rapporteur Lowenfeld, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66 (II), session de Lisbonne, 1995, Pedone, p. 373; « Les entreprises multinationales », Rapporteur Goldman, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 57 (II), session d'Oslo, 1979, Schmidt peridocials, p. 340 : « Les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays, devraient être considérées comme constituant, en droit, des entreprises multinationales ».

<sup>1803</sup> F. Rigaux, « Les Situations Juridiques Individuelles Dans Un Système de Relativité Générale », *op.cit.*, note 1793, p. 335.

<sup>1804</sup> CDH, Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 62ème session, doc n° E/CN.4/2006/97, 2006, paras. 10-11.

<sup>1805</sup> *Supra*, Chapitre 3, par.464 et suivant.

<sup>1806</sup> G. Lhuillier, « MNCs' obligations in their 'sphere of influence' » in *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Y. Radi (dir.), Elgar, 2018, p. 248.

<sup>1807</sup> F. Rigaux, « Les Situations Juridiques Individuelles Dans Un Système de Relativité Générale », *op.cit.*, note 1793, p. 335.

**1049.** La question de l'implication des entreprises transnationales dans le respect des droits fondamentaux a été débattue dans le contexte de la guerre froide et de la décolonisation<sup>1808</sup>. Depuis l'adoption de la résolution instaurant le *Nouvel ordre économique international*<sup>1809</sup> ainsi que de la *Charte des droits et des devoirs économiques des Etats*<sup>1810</sup>, plusieurs initiatives ont plaidé en faveur d'une « harmonisation internationale progressive des règles de droit matériel relatives aux activités des entreprises multinationales »<sup>1811</sup> qui s'est formalisée par la rédaction de codes de conduite<sup>1812</sup>. Avec l'instauration du Nouvel ordre économique furent créés la Commission des sociétés transnationales et le Centre sur les sociétés transnationales<sup>1813</sup>, dont les tentatives de réglementation contraignantes sont restées inabouties. A quelques années d'intervalle, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) a adopté en 1976 la *Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales*, à laquelle furent annexés des *Principes directeurs à l'attention des Etats et des entreprises multinationales*. Ces principes énoncent des normes de bonnes pratiques conformes aux autres normes internationalement admises et appellent les entreprises à « respecter les droits de l'homme internationalement reconnus vis-à-vis des personnes affectées par leurs activités »<sup>1814</sup>. La volonté d'appréhender la société multinationale comme un ensemble dont les activités de ses démembrements seraient régies par un régime commun avait également envisagée par l'I.D.I en 1977. Il préconisait une harmonisation des règles matérielles relatives aux activités des entreprises et l'adoption de code de conduite<sup>1815</sup>. Jusqu'au milieu des années quatre-vingt, les principes à destination de l'entreprise multinationale se contentaient de réitérer un niveau minimum d'exigences et « à énoncer des règles de respectabilité plutôt que des obligations

---

<sup>1808</sup> F. Marrella, « Protection Internationale Des Droits de L'homme et Activités Des Sociétés Transnationales », *RCADI*, vol. 385, 2017, p. 159.

<sup>1809</sup> AGNU, Résolution, *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique mondial*, Doc A/Res/S-6/3201, 1 mai 1974.

<sup>1810</sup> AGNU, Résolution, *Charte des droits et des devoirs économiques des Etats* n° 3281 (XXIX), 12 décembre 1974.

<sup>1811</sup> I.D.I, résolution « Les entreprises multinationales », (Rapporteur Goldman), *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 57 (II), session d'Oslo, 1979, p. 341.

<sup>1812</sup> Conseil économique et social, Rapport de la première session par la Commission sur les sociétés transnationales, 17-28 mars 1975, UN Doc E/5655 et E.C.10/6 ; Projet de code de conduite pour les sociétés transnationales, 12 juin 1990, UN Doc E/1990/94.

<sup>1813</sup> Institués par la résolution 1913 (LXVII) du Conseil économique et social du 5 décembre 1974.

<sup>1814</sup> OCDE, *Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales*, C(76)99/FINAL, 21 juin 1976.

<sup>1815</sup> I.D.I, Résolution, « Les entreprises multinationales », (Rapporteur Goldman), III. 1 a), *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session d'Oslo, vol. 57 (II), 1979, Schmidt Periodicals, p. 342 : « Il est souhaitable que soit envisagée une harmonisation internationale progressive des règles de droit matériel relatives aux activités des entreprises multinationales, et que soient poursuivis les travaux d'élaboration de 'Codes de conduite' pour ces entreprises ».

proprement juridiques »<sup>1816</sup>.

**1050.** Après l'échec d'un code contraignant à destination des entreprises multinationales, l'ONU a adopté en l'an 2000 au Pacte mondial de l'ONU (*Global Compact*), et fait de l'entreprise multinationale un partenaire dans l'accomplissement de dix objectifs de protection des droits humains, des normes internationales du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption. L'entreprise multinationale y est par exemple invitée à « promouvoir et respecter la protection internationale des droits de l'homme »<sup>1817</sup>, à contribuer à « l'élimination de toute forme de travail forcé »<sup>1818</sup>, « à ne pas se rendre complice de violation » de ces droits<sup>1819</sup> ou encore à mettre en œuvre le principe de précaution en matière environnementale<sup>1820</sup>.

**1051.** Malgré sa nature non contraignante, le Pacte mondial constitue « un pas franchi dans la direction d'une nouvelle forme de responsabilité juridique transnationale détachée des droits nationaux et rattachée au marché mondial »<sup>1821</sup>. En effet, non seulement le rôle de l'entreprise multinationale est associé à celui de l'Etat dans la réalisation des objectifs de protection des droits fondamentaux, mais encore, le Pacte puise directement dans l'ordre juridique international pour formuler une invitation au respect des droits énoncés<sup>1822</sup>.

**1052.** Poursuivant la reconnaissance de devoirs internationaux de l'entreprise, les Nations Unies, par l'intermédiaire du Représentant spécial du Secrétaire général, M. Ruggie, ont présenté au Conseil des droits de l'homme un rapport contenant les *Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* (ci-après les « Principes directeurs »)<sup>1823</sup>. Adoptés en 2011<sup>1824</sup>, les Principes directeurs associent les entreprises multinationales à l'Etat dans le respect de certains droits fondamentaux. Ils énoncent de manière négative une norme de

---

<sup>1816</sup> F. Rigaux, « Les Situations Juridiques Individuelles Dans Un Système de Relativité Générale », *op.cit*, note 1793, p. 363.

<sup>1817</sup> Global Compact, principe 1, (en ligne), <http://www.globalcompact-france.org/p-77-principe-1>

<sup>1818</sup> *Ibid*, principe 3.

<sup>1819</sup> *Ibid*, principe 2.

<sup>1820</sup> *Ibid*, principe 7, Le principe de précaution, introduit par le principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992, stipule que « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».

<sup>1821</sup> F. Marrella, « Protection Internationale Des Droits de L'homme et Activités Des Sociétés Transnationales », *op.cit*, note 1808, pp. 71-72.

<sup>1822</sup> L. Boisson de Chazournes, « Standards, régulation internationale et organisations internationales », *In Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, B. Frydman, A. Van Waeyenberge (dir.), Bruylant / LGDJ, 2014. p. 77.

<sup>1823</sup> CDH, « Rapport du Rapporteur Spécial du Secrétaire général sur les droits de l'homme et les entreprises multinationales, Principes directeurs sur le business et les droits de l'homme », UN Doc A/HCR/17/31, 21 mars 2011.

<sup>1824</sup> CDH, résolution 17/4 du 16 juin 2011. (Ci-après « Rapport Ruggie, 2011 »)

conduite appelant l'entreprise « à éviter de porter atteinte aux droits de l'homme »<sup>1825</sup>, arguant que la responsabilité de respecter tous les droits de l'homme reconnus sur le plan international est une règle de conduite exigible de toutes les entreprises où qu'elles opèrent. Cette obligation de respecter les droits fondamentaux existe « indépendamment des capacités et/ou de la détermination des États de remplir leurs propres obligations »<sup>1826</sup> en la matière et prévaut sur les dispositions nationales.

**1053.** A l'instar de certains principes du Pacte mondial et des standards de l'OCDE actualisés cinq fois depuis leur première adoption<sup>1827</sup>, les Principes directeurs puisent directement dans les instruments internationaux. Ils élargissent les références aux sources exprimant un consensus universel : à savoir, la Déclaration universelle des droits de l'homme (ayant en outre un caractère coutumier<sup>1828</sup>), les Pactes de 1966<sup>1829</sup>, la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail (OIT)<sup>1830</sup> et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992. Il n'y a là rien de surprenant dans la mesure où les principes consacrés par ces instruments sont les plus universellement reconnus par la communauté internationale et que « c'est principalement à leur aune que les autres acteurs sociaux jugent de l'impact des entreprises sur les droits de l'homme »<sup>1831</sup>. Enfin, les Principes directeurs font peser sur les entreprises multinationales un devoir de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme qui s'articule autour de quatre axes : i) identification, ii) prévention et gestion des risques, iii) réparation des dommages en lien direct avec les activités de l'entreprise et iv) obligation de rendre compte.

**1054.** Le devoir de diligence est également présent dans les « normes de performance » développées par la Société Financière Internationale de la Banque mondiale relatives à la *Politique de durabilité environnementale et sociale* dont l'objectif est d'assurer que les

---

<sup>1825</sup> *Rapport Ruggie*, 2011, principe 11.

<sup>1826</sup> *Ibid*, commentaire du principe 11.

<sup>1827</sup> Les standards de l'OCDE dans leur version actuelle (2011) couvrent plusieurs domaines de régulation internationale, à savoir le droit de l'environnement, les droits de l'homme, la lutte contre la corruption. Par exemple, le Chapitre VI des principes de l'OCDE portant sur l'environnement puise directement dans les instruments internationaux tels que la Déclaration de Rio de 1992 pour dégager trois piliers de protection de l'environnement que sont le principe de gestion raisonnable, la transparence et la prévention. L'originalité des principes est d'établir un système d'*accountability* volontaire par la création de Point de Contact Nationaux (PCN) dont la fonction est d'enregistrer et analyser les plaintes de la société civile concernant le respect par l'entreprise transnationale des standards OCDE.

<sup>1828</sup> *Ion Micula, Viorel Mucula SC European Food et autres c. Roumanie*, Affaire CIRDI n°ARB/05/20, décision sur la compétence et la recevabilité, 24 septembre 2008, par. 88.

<sup>1829</sup> *Al-Warraq c. Indonésie*, sentence, *op. cit.*, note n°423, par. 556. Dans cette affaire, le Tribunal a reconnu que les garanties offertes par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques correspondaient aux composantes du traitement juste et équitable.

<sup>1830</sup> *Rapport Ruggie*, 2011, principe 12.

<sup>1831</sup> F. Marrella, « Protection Internationale Des Droits de L'homme et Activités Des Sociétés Transnationales », *op.cit.*, note 1808, p. 212.

investissements qu'elle finance se conforment aux objectifs de durabilité environnementale et sociale<sup>1832</sup>. Axée autour du standard de diligence, la première norme de performance attend de l'entreprise qu'elle évalue les risques environnementaux et sociaux. A l'instar des Principes directeurs, la Société Financière Internationale précise « reconnaît[re] la responsabilité du secteur privé en matière de respect des droits de l'homme indépendamment du devoir qu'a l'Etat de respecter, protéger et d'[en] assurer le respect »<sup>1833</sup>.

**1055.** Ces principes, standards ou autres lignes de conduite, ont pour point commun d'avoir puisé dans l'ordre juridique international les ressources pour préciser les devoirs de l'entreprise et systématisé l'horizontalité des normes internationales relatives au droit de l'homme et à l'environnement. Le rôle de l'individu dans la promotion des droits de l'homme est explicitement reconnu par la *Déclaration Universelle des droits de l'homme et du citoyen* en vertu de laquelle « Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et nations et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent... de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives »<sup>1834</sup>. L'implication de l'individu dans le respect des droits énoncés par la Déclaration est reconnu à l'article 30 qui dispose qu'« [a]ucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant, pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés »<sup>1835</sup>. Une formulation identique figure à l'article 5 du *Pacte international relatifs aux droits sociaux économiques et culturels*<sup>1836</sup>.

**1056.** L'identification de devoirs spécifiques de l'acteur privé dans les normes primaires a permis au droit assourdi de développer le devoir de diligence de l'entreprise, indépendamment de celui attribué à l'Etat. En effet, c'est à partir de ces standards que se grefferait l'obligation de diligence de l'entreprise. Comme l'explique S. Besson : « Sans l'obligation spécifique de x, sur laquelle se greffe le standard de due diligence, l'obligation de due diligence n'est pas encore

---

<sup>1832</sup> Société Financière Internationale, *Politique de durabilité environnementale et sociale*, 1 janvier 2012, en ligne : [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics\\_ext\\_content/ifc\\_external\\_corporate\\_site/sustainability-at-ifc/policies-standards/sustainability-policy](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/sustainability-at-ifc/policies-standards/sustainability-policy)

<sup>1833</sup> *Ibid*, p. 4.

<sup>1834</sup> AGNU Résolution 2017 (III), Déclaration Universelle des droits de l'homme et du citoyen, 10 décembre 1948.

<sup>1835</sup> *Ibid*, article 30.

<sup>1836</sup> AGNU, Résolution 22001 (XIX), *Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels*, 16 décembre 1966, article 5 : « Aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues dans ledit Pacte. »

une véritable obligation et n'en porte que le nom »<sup>1837</sup>. En ce sens, le corpus développé par le droit assourdi ne crée pas de nouvelles normes mais se contente de préciser le rôle de l'acteur privé dans la réalisation des objectifs internationaux. L'architecte des Principes Directeurs déclare à ce titre que « [l]a contribution des Principes directeurs sur le plan normatif ne consiste pas à créer de nouvelles obligations juridiques internationales mais à *préciser* les conséquences découlant des normes et pratiques existantes pour les Etats et les entreprises »<sup>1838</sup>.

**1057.** Finalement, l'originalité du droit assourdi se situe autant sur la forme que sur le fond. On lui doit l'émergence d'une catégorie normative autonome<sup>1839</sup> dont la finalité est d'établir un standard de comportement de l'entreprise au regard de certaines normes internationales. L'entreprise y est appréhendée comme un acteur clairement distingué de l'Etat<sup>1840</sup> et un « vecteur d'application »<sup>1841</sup> du droit international, notamment en matière de droit de l'homme. Son rôle est essentiellement articulé autour de l'obligation de veiller à ne pas nuire aux droits fondamentaux<sup>1842</sup> en agissant avec diligence<sup>1843</sup>. En ce qu'elle repose sur l'adhésion volontaire de l'entreprise, l'effectivité de ces instruments interroge sur la possibilité que les actes de l'acteur privé produisent des effets dans l'ordre juridique international et en particulier dans le contentieux de l'investissement.

## *2. L'effet international de l'adhésion de l'entreprise aux standards développés par le droit assourdi*

**1058.** Le fait que le respect de ces standards dépende du bon vouloir de l'entreprise fragilise leur effectivité. Toutefois, leur portée n'est pas anodine. L'initiative *Global Compact* recense 8000 entreprises implantées dans plus de 160 pays<sup>1844</sup> ayant adhéré aux dix principes universellement reconnus en matière de droits fondamentaux. Certaines entreprises ont consenti à intégrer les Principes directeurs dans les clauses de droit applicable de leurs contrats

---

<sup>1837</sup> S. Besson, « La due diligence en droit international », *RCADI*, vol. 409, 2020, p. 212.

<sup>1838</sup> Rapport Ruggie, 2011, point 14. (Les italiques sont de nous).

<sup>1839</sup> M. A. Bekhechi, « Droit international et investissement international : quelques réflexions sur les développements récents », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : Mélanges en l'honneur de M. Virally*, Pedone, 1991, p. 117.

<sup>1840</sup> D. Arnold, « Corporations and Human Rights Obligations », *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, 2016, p. 273.

<sup>1841</sup> H. Ascensio, « Les activités normatives des entreprises multinationales », in SFDI, *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque de Saint-Denis, 2016, Pedone, p. 275.

<sup>1842</sup> S. Besson, « La due diligence en droit international », *op.cit.*, note n° 1837, p. 214.

<sup>1843</sup> A. Sanders, « The Impact of the 'Ruggie Framework' and the 'United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights' on Transnational Human Rights Litigation », in *The Business and Human Rights Landscape: Moving Forward, Looking Back*, J. Martin & K. Bravo (dir.), CUP, 2015, pp. 298-299.

<sup>1844</sup> Site UN Global Compact, « Our participants », en ligne, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants>

internationaux<sup>1845</sup>. D'autres ont développé leurs propres codes de conduite exprimant une volonté de se conformer au droit international des droits de l'homme<sup>1846</sup>. *British Petroleum* reconnaît par exemple « sa responsabilité de respecter les droits humains en évitant de se rendre complice de violation des droits humains, tel que prévu par les Principes Directeurs des Nations Unies »<sup>1847</sup>. De même, *Goldcorp*, importante entreprise minière déclare avoir « adhéré aux principes sociaux, environnementaux et économiques du développement durable ... Y compris par la promotion des droits fondamentaux de la personne humaine »<sup>1848</sup>. *H&M*, célèbre enseigne textile suédoise fait part de son « engagement à respecter les droits humains tels que définis par la Déclaration Universelle des droits de l'homme et les deux Pactes de 1966 ... ainsi que la Convention des Nations Unies sur les droits de l'Enfant et la Convention des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes »<sup>1849</sup>. Les exemples de ce type sont nombreux et se multiplient à mesure que l'entreprise s'expose aux attentes de la société civile.

**1059.** A l'évidence, la production normative de l'entreprise transnationale « a largement débordé le champ des rapports contractuels »<sup>1850</sup> pour être en constante interaction avec l'ordre juridique international. L'adoption de ces codes de conduite transforme les entreprises en agents d'application du droit international, indépendamment du rôle de l'Etat. En faisant reposer leur effectivité sur le consentement de l'entreprise, les instruments de droit souple supposent que le consentement et l'autorégulation sont des moyens susceptibles de faire produire à la norme internationale des effets juridiques. Dans ce contexte, la multiplication des engagements de l'entreprise au respect des droits internationaux identifiés par les instruments de droit assourdi pose la question de l'effet juridique du consentement de l'acteur privé.

**1060.** L'effet de l'engagement unilatéral des particuliers au respect des standards internationaux

---

<sup>1845</sup> J. Ruggie & J. Sherman, « Adding Human Rights Punch to the New *Lex Mercatoria*: The Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice », *JIDS*, 2015, p. 455.

<sup>1846</sup> Nestlé Corporate Business Principles, p. 9, en ligne, <https://www.nestle.com/aboutus/businessprinciples>

<sup>1847</sup> British Petroleum, *Business and Human Rights Policy*, p. 1, en ligne, <https://www.bp.com/en/global/corporate/sustainability/human-rights/human-rights-policy.html> (traduction libre).

<sup>1848</sup> Newmont Goldcorp, *Code of conduct*, en ligne, <https://www.newmont.com/home/default.aspx>

<sup>1849</sup> *H&M*, *Code of Conduct*, en ligne, <https://hmgroup.com/sustainability/sustainability-reporting/standards-and-policies/human-rights-policy.html> (traduction libre) ; Voir aussi ENI, Code of Ethics, disponible sur <https://www.eni.com/en-IT/about-us/governance/code-of-ethics.html>. (« *Eni is committed to ensuring respect for internationally recognized Human Rights in its own activities and those of its commercial partners, in line with the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP) and with the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Eni's commitment to comply with the International Human Rights Treaties and Standards is expressed in the Eni's Statement on respect for Human Rights and is integrated into other fundamental documents of the company's internal regulatory system. Eni's approach to Human Rights is further confirmed in the Global Framework Agreement on International Industrial Relations and on Corporate Social Responsibility renewed in 2019 and in compliance with the Voluntary Principles on Security and Human Rights* »).

<sup>1850</sup> H. Ascensio, « Les activités normatives des entreprises multinationales », *op.cit.*, note n° 1841, p. 277.

de droit souple a été discuté, par le juge français dans l'affaire *Tramway de Jérusalem*<sup>1851</sup>. L'affaire a été portée par l'Organisation de Libération de la Palestine (OLP) contre les sociétés *Véolia* et *Alstom* en charge de l'exécution d'un contrat de concession conclu avec Israël pour l'exploitation du Tramway de Jérusalem lequel devait traverser une partie des territoires occupés. Motif pris de ce que les sociétés avaient pris l'engagement dans un code éthique de « respecter les dispositions relatives aux Droits de l'Homme, [et d']adhère[r] aux principes directeurs de l'OCDE, à la Déclaration des Droits de l'Homme et aux principes du Pacte Mondial »<sup>1852</sup>, l'OLP soutenait que les règles impératives du droit humanitaire leur étaient directement applicables et entraînaient l'annulation du contrat pour cause illicite<sup>1853</sup>. D'après l'OLP, l'adhésion unilatérale d'*Alstom* et *Véolia* au Pacte mondial serait donc un engagement unilatéral de volonté permettant au tiers de s'en prévaloir afin de mettre en cause la responsabilité délictuelle des contractants.

**1061.** La Cour d'appel n'a pas suivi cette interprétation. Pour nier tout effet juridique à l'engagement unilatéral des deux sociétés, elle a constaté que l'application du Pacte mondial reposait sur la seule volonté des entreprises et que le caractère non obligatoire de ses dispositions ne permettait pas au tiers de s'en prévaloir<sup>1854</sup>. Le raisonnement de la Cour d'appel, critiqué par la doctrine<sup>1855</sup>, suggère qu'en droit interne, « la route vers la découverte d'un engagement unilatéral de volonté dans les codes d'éthique est encore longue »<sup>1856</sup>. Il est vrai qu'en écartant tout effet à l'engagement unilatéral, la Cour d'appel semble déduire un peu rapidement du caractère facultatif de l'engagement une absence d'obligatorité de l'engagement à respecter les standards eux-mêmes. Or, si l'adhésion ou l'engagement de respecter les standards est bien facultatif, il n'est pas exclu qu'une fois exprimé, il produise des

---

<sup>1851</sup> CA Versailles, 22 mars 2013 *Association France-Palestine Solidarité et Organisation de Libération de la Palestine c. Société Alstom Transport SA, Société Alstom SA et SA Veolia Transport*, n° 11/05331, RGDIP, vol. 118, n°3, 2014, p. 191, note B. Tranchant.

<sup>1852</sup> *Ibid.*

<sup>1853</sup> CA Versailles, *Association France-Palestine Solidarité*...22 mars 2013 : « L'OLP soutient que les règles de droit international public tirées du droit humanitaire qu'elle invoque sont applicables aux sociétés du seul fait de leur engagement à les respecter par leur adhésion au Pacte Mondial auquel elles avaient adhéré ou dans leur code d'éthique. »

<sup>1854</sup> *Ibid.* : « Le Pacte mondial ... repose sur la seule volonté des entreprises. Il n'a aucun caractère obligatoire. ... Le Pacte Mondial n'étant qu'un élément de référence, il ne peut être invoqué le non respect de ses principes pour justifier une violation de droits internationaux. Ce guide [d'éthique adopté par Véolia], qui émane d'une démarche personnelle, sans sanction prévue ne peut être considéré comme un acte valant engagement dont les tiers peuvent se prévaloir. »

<sup>1855</sup> B. Tranchant a critiqué « la facilité avec laquelle la Cour d'appel exclut du revers la main que les engagements énoncés dans le Pacte mondial ou dans les codes d'éthiques puissent créer la moindre obligations juridique ». B. Tranchant, note *Association France-Palestine Solidarité et Organisation de Libération de la Palestine c. Société Alstom Transport SA*, *op. cit.*, note 1851, p. 212 .

<sup>1856</sup> G. Marain, *La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises*, Presses Universitaire Aix-marseille, 2016, p. 369.

obligations d'exécution et de comportement<sup>1857</sup>.

**1062.** En outre, il importe de souligner que dans son arrêt, la Cour d'appel a également constaté que les entreprises multinationales ne sauraient être considérées comme des sujets du droit international<sup>1858</sup>. Dès lors, l'absence de subjectivité internationale de l'entreprise multinationale n'est sans doute pas étrangère au refus de faire produire tout effet à l'engagement unilatéral de l'entreprise puisque dans l'ordre interne comme dans l'ordre juridique international, la qualité de sujet est déterminante pour identifier et faire produire des effets internationaux aux engagements unilatéraux.

**1063.** Toutefois, en observant que : « la personnalité des entreprises transnationales n'est reconnue que de façon très limitée [et que] [l]eur capacité internationale ne se trouve admise que dans le cadre d'actes conventionnels particuliers essentiellement d'ordre économique et en vue d'assurer à ces entreprises une protection dans le cadre de leur activité dans des pays à l'étranger vis-à-vis des Etats avec lesquels elles peuvent se trouver en litige (convention de Washington 1985 [sic]) », la Cour d'appel confirme *a contrario* que dans le contentieux de l'investissement, la situation de l'investisseur est différente. Ainsi, le refus de faire produire un effet horizontal à l'engagement unilatéral de l'acteur privé *dans l'ordre interne* n'exclut pas, la possibilité que ce même engagement produise des effets dans l'ordre juridique international et en particulier dans le contentieux de l'investissement.

**1064.** L'engagement unilatéral d'un investisseur de respecter les normes issues du droit international pourrait produire des effets juridiques internationaux. Dans le contentieux de l'investissement, l'investisseur est investi d'une forme de subjectivité et le droit international bénéficie d'une « l'immédiateté »<sup>1859</sup> permettant que « sans intermédiaire d'un autre ordre juridique, il s'applique directement à une entité ou un individu »<sup>1860</sup>.

**1065.** Si l'on appréhende l'entreprise comme un sujet capable d'être titulaire de devoirs

---

<sup>1857</sup> B. Teyssier, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *JDI (Clunet)*, 2021, n°1, pp. 8-9 : « Affichés comme 'non contraignants', à la manière des recommandations de l'OIT ou de l'Union européenne, les Principes directeurs arrêtés par l'OCDE le sont-ils vraiment ? Le doute naît lorsque référence y est opérée dans un accord d'entreprise ou de groupe de dimension transnationale. Dès lors qu'il est affirmé que l'entreprise ou le groupe s'engage à les respecter, les Principes directeurs, contractualisés, n'acquièrent-ils pas force obligatoire... Que l'engagement de respecter les Principes directeurs ait été pris de manière ferme et précise induit qu'à la question posée une réponse affirmative soit apportée. »

<sup>1858</sup> CA Versailles, 22 mars 2013 *Association France-Palestine*, *op. cit.*, note 1851 : « Cet effet [horizontal] signifie que les sociétés sont tenues par le contenu des normes, ce qui suppose qu'elles soient sujets de droit international... Dépourvues de la personnalité internationale, elles ne peuvent se voir opposer les différentes normes dont se prévaut l'appelant. »

<sup>1859</sup> R. Rivier, *Droit international public*, PUF, 3ème éd., 2017, pp. 544, 656 : la possibilité « qu'une norme internationale s'adresse en tant que telle, indépendamment de sa matérialisation interne, aux particuliers, leurs conférant immédiatement des droits et des obligations dans l'ordre international dont ils pourraient se prévaloir dans cet ordre, éventuellement devant un organe international ».

<sup>1860</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n°1, p. 555.

internationaux, il serait alors possible d'appliquer par analogie les éléments d'identification de l'acte unilatéral international de l'Etat au consentement des personnes privées. Par le consentement exprimé publiquement sur des sites internet, en dehors de toute obligation coutumière ou conventionnelle qui leur serait applicable, les entreprises opèrent « une manifestation de volonté ... destinée à créer des effets juridiques correspondant à la volonté exprimée »<sup>1861</sup>. Celles-ci expriment une intention de se lier à certains standards de comportement dans leur sphère d'activité de sorte que l'effet normatif de ces déclarations ne serait pas que « de la cosmétique juridique »<sup>1862</sup>. En se référant directement au respect du droit international, les entreprises expriment une volonté de s'y soumettre et contribuent à créer des obligations internationales de leur propre chef<sup>1863</sup>. L'adhésion privée au droit international jouerait comme « un palliatif »<sup>1864</sup> à l'absence de mention des acteurs privés dans les traités de protection des droits de l'homme. Dans le même temps, la répétition de la mise en œuvre des « bonnes pratiques » participe au processus de formation d'une norme de conduite internationalement admise<sup>1865</sup>, que certains qualifient de principe général<sup>1866</sup>, ou d'autres, de norme coutumière<sup>1867</sup>.

**1066.** Si au contraire, suivant une position plus prudente, on considère que la subjectivité de l'acteur privé ne lui permet pas de produire unilatéralement, sans la médiation étatique, des obligations internationales, il serait plus difficile d'associer des obligations internationales à ses

---

<sup>1861</sup> *Affaire des Essais nucléaires (Australie c. France, Nouvelle Zélande c. France)*, Recueil CIJ 1974, par. 46.

<sup>1862</sup> F. Marrella, « Protection Internationale Des Droits de L'homme et Activités Des Sociétés Transnationales », *op.cit.*, note n° 1808, p.77.

<sup>1863</sup> J.A Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, C.U.P, 2006, p. 262.

<sup>1864</sup> Au sujet de l'applicabilité des droits de l'homme aux organisations internationales, H. Ascensio explique que « l'engagement unilatéral de l'organisation à respecter certains textes de protection des droits de l'homme » est un moyen de surmonter les difficultés de l'applicabilité du droit international aux organisations internationales. H. Ascensio, « Le règlement des différends liés à la violation par les organisations internationales des normes relatives aux droits de l'homme », in SFDI, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Journée d'études de Strasbourg, Pedone, 2009, p. 106

<sup>1865</sup> Au sujet de l'effet de l'adhésion unilatérale des entreprises aux codes éthiques en matière commerciale, il a été observé que : « le temps est proche où certaines règles de *compliance* élémentaires, immanquablement présentes aujourd'hui dans les codes et chartes d'entreprise, seront vues comme des usages du commerce international (comme l'interdiction de certains types de conflits d'intérêts particulièrement graves ou bien la mise en place d'un système d'alerte même rudimentaire, etc » (H. Barbier, A. Fessas, « Chronique des sentences arbitrales », Sentence arbitrale rendue dans l'affaire CCI n° ICC-FA-2020-240 en 2012, *JDI (Clunet)*, 2020, n°4, p. 1488).

<sup>1866</sup> L. Chassui, *General Principles For Business and Human Rights in International Law*, Brill, 2020, pp. 273 et suivant.

<sup>1867</sup> K. Stefanik, « Rise of the Corporation and Corporate Social Responsibility: The case for Corporate Customary International Law », *ACDI*, vol. 54, 2016, p. 298.

engagements unilatéraux de respecter des standards internationaux<sup>1868</sup>. Toutefois, cela ne prive pas les engagements de tout effet<sup>1869</sup>. Les réactions provoquées par l'engagement unilatéral permettent de lui faire produire des effets internationaux<sup>1870</sup> et en particulier dans le cadre du contentieux de l'investissement.

**1067.** Dans la construction du rapport entre investisseur étranger et l'Etat, qui, pour rappel, doit s'inscrire dans la durée, le consentement de l'investisseur aux standards internationaux peut produire des effets internationaux tout au long de la vie de l'investissement. D'abord, il peut influencer le choix de l'Etat d'accepter ou de contracter avec l'investisseur étranger. Lorsque l'engagement de l'entreprise de respecter les standards est connu de lui, il n'est pas impossible de déceler au sein des dispositions du traité telles que le traitement juste et équitable ou celui de la sécurité pleine et entière, une certaine obligation de comportement attendu de l'investisseur. L'engagement pris par l'investisseur peut effectivement nourrir des attentes légitimes de l'Etat et encadrer le niveau de protection qu'il doit à l'investisseur<sup>1871</sup>. Comme l'a observé le Tribunal dans l'affaire *Maminoil*, le standard du traitement juste et équitable « *is addressed to both the State and the investor. Fairness and equitableness cannot be established adequately without an adequate and balanced appraisal of both parties' conduct.* »<sup>1872</sup>. En choisissant par une demande reconventionnelle de mettre en cause de manière offensive le comportement de l'investisseur à l'égard de ses engagements qu'il aurait pris unilatéralement, l'Etat pourrait alors utiliser le standard du traitement juste et équitable et la bonne foi<sup>1873</sup> comme une proposition normative *renforçant* ses propres attentes<sup>1874</sup>. La malléabilité du standard du traitement juste et équitable devrait permettre une prise en compte du comportement des deux parties y compris si l'en est, l'engagement unilatéral de la partie privée. Comme M. Sornarajah l'explique: « *Equity is a double-edged sword, and, in ascribing blame on the basis of equity, it*

---

<sup>1868</sup> J. Matringue, « Les effets juridiques internationaux des engagements des personnes privées », in *Le sujet en droit international*, colloque SFDI du Mans, Pedone, 2005, p.127 : « si certaines règles de droit international mentionnent la faculté pour certaines personnes privées de former des engagements auprès d'institutions internationales, ces engagements, dans les cas qu'on a pu recenser, ne semblent jamais véritablement pouvoir produire par eux-mêmes des effets juridiques internationaux ».

<sup>1869</sup> L. Chassui, *General Principles For Business and Human Rights in International Law*, *op. cit.*, note n° 1866, p. 273.

<sup>1870</sup> J. Matringue, « Les effets juridiques internationaux des engagements des personnes privées », *op. cit.*, note n° 1868, p. 128.

<sup>1871</sup> K. P. Sauvart et G. Ünüvar, « Can Host State have Legitimate Expectations ? », *Columbia FDI Perspectives*, n°183, 2016, p. 3.

<sup>1872</sup> *Mamidoil. c. Albanie*, sentence, *op. cit.*, note n° 989, par. 494 ; *Infra*, Chapitre 8, par. 1359 et suivant.

<sup>1873</sup> La CIJ a rappelé dans les affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France) (Nouvelle-Zélande c. France)* que : « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale... » (*Arrêts, C.I.J. Recueil 1974*, p. 268, par. 46, et p. 473, par. 49).

<sup>1874</sup> *Sempra c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/0/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 289; Voir, *Infra*, au présent chapitre, par. 1175.

*is necessary to look into whether the claimant also was at fault and whether the respondent's conduct was a reaction to that fault. In this sense, a defence is created that is internal to the standard* »<sup>1875</sup>.

**1068.** Il est clair que les Etats souhaitant formuler des demandes reconventionnelles gagneraient à s'enquérir de l'existence d'un code de conduite spécifiquement adopté par une entreprise multinationale afin de confronter son comportement, non seulement au droit national lorsqu'il est applicable, mais encore aux standards internationaux auxquels elle aurait adhéré. L'engagement unilatéral et les codes de conduite des investisseurs offrent ainsi « certainement de[s] standard[s] à l'aune desquels le comportement d'un acteur privé peut-être apprécié »<sup>1876</sup>. A charge pour l'Etat de prouver qu'il avait connaissance de l'engagement de l'entreprise et qu'il pouvait légitimement attendre d'elle un certain comportement. Saisi d'une demande reconventionnelle, l'arbitre pourrait alors, dans le cadre spécifique du contentieux, conférer un effet juridique international à l'engagement unilatéral de l'entreprise de respecter certains standards internationaux et sanctionner son comportement contraire à son engagement unilatéral sur le terrain de la bonne foi<sup>1877</sup>. L'engagement unilatéral d'un investisseur de respecter les standards internationaux de *soft law* serait utilisé comme un « élément d'objectivité »<sup>1878</sup> des attentes de l'Etat qui se greffent sur une norme de comportement de l'investisseur gravitant autour de la bonne foi<sup>1879</sup>.

**1069.** La faculté des entreprises multinationales de produire des obligations internationales du fait de leurs engagements unilatéraux est également reconnue, sans l'intervention étatique, par

---

<sup>1875</sup> M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 5ème ed., CUP, 2020, p. 597, p. 598: « *The acceptability of the prior conduct of the multinational corporation thus becomes relevant to any assessment of the fairness involved in the reaction of the state to such conduct. Such an assessment is internal to the notion of fairness and equity. A foreign investor who violated standards of good corporate responsibility cannot plead a case on the basis of the fair and equitable standard particularly in situations where the state took measures complained of in response to the violations* »

<sup>1876</sup> S. Manciaux, « Du point de vue des entreprises : la régulation d'origine privée des opérations d'investissements », in *Droit des investissements internationaux perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 180.

<sup>1877</sup> R. Kolb, *La bonne foi en droit international public contribution à l'étude des principes généraux de droit*, op. cit., note n° 763, p. 328 (Comme l'explique l'auteur, de nombreux auteurs fondent le caractère obligatoire des actes unilatéraux sur la bonne foi objective et sur la stabilité et la confiance nécessaires aux rapports internationaux) ; L. Chassui, *General Principles For Business and Human Rights in International Law*, op. cit., note n° 1866, p. 304: « *The increasing relevance of the investor's conduct in international investment law illustrate that the principle of good faith includes at a minimum the requirement of corporate compliance with international human rights standards. As to the much-debated voluntary codes of conduct adopted by companies, it has been emphasised how those – the largest majority – which incorporate by explicit reference binding human rights instruments, may foreclose companies from acting inconsistently with their commitments.* »

<sup>1878</sup> S. Robert-Cuendet, « La protection des attentes légitimes en droit public : approche comparée », in *La protection des attentes légitimes en droit public : approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, S. Robert-Cuendet (dir.), PUR, 2020, p. 20.

<sup>1879</sup> *Infra*, au présent chapitre, par. 1170 et suivant.

le *Règlement de la Haye sur l'arbitrage des entreprises et des droits de l'homme*, qui a ajusté le règlement arbitral de la CNUDCI de 2013 aux spécificités du contentieux des droits de l'homme. Le règlement a pour ambition de fournir une voie de recours aux victimes des activités préjudiciables des entreprises et d'offrir à ces dernières la possibilité de se conformer aux exigences des Principes directeurs<sup>1880</sup>. En acceptant de régler « les différends relatifs aux impacts des entreprises sur les droits de l'homme »<sup>1881</sup>, l'entreprise accepterait unilatéralement de soumettre la résolution des différends nés d'un rapport contractuel ou transactionnel à la compétence d'un tribunal arbitral. Surtout, par cet engagement, elle accepte que son comportement soit analysé au regard des normes de droit international puisque le Règlement permet au tribunal d'appliquer les normes et standards internationaux en matière de protection des droits de l'homme<sup>1882</sup>. L'effectivité du règlement est encore incertaine<sup>1883</sup>, mais il offre résolument une voie procédurale pour assurer la justiciabilité des principes du droit assourdi et des normes internationales aux entreprises sans passer par « l'intermédiation étatique »<sup>1884</sup>.

**1070.** Finalement, la question de la reconnaissance d'obligations internationales à la charge de l'acteur privé dont l'entreprise est une des incarnations ne se pose plus en termes de subjectivité internationale. Le débat est davantage porté sur la manière dont le droit international formalise cette reconnaissance et les moyens d'assurer leur effectivité. Plusieurs auteurs considèrent que le droit international fait déjà des entreprises multinationales les destinataires d'obligations

---

<sup>1880</sup> *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, Center for International Legal Cooperation (version de décembre 2019), en ligne, <https://www.cilc.nl/indexprojects/.L>, préambule: « Arbitration under the Rules can provide: For the possibility of a remedy for those affected by the human rights impacts of business activities, as set forth in Pillar III of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (the 'UN Guiding Principles'), serving as a grievance mechanism consistent with Principle 31 of the UN Guiding Principles; and (b) Businesses with a mechanism for addressing adverse human rights impacts with which they are involved, as set forth in Pillar II and Principles 11 and 13 of the UN Guiding Principles ». Présidé par B. Simma, le comité de rédaction a publié un projet de règlement modelé sur celui de la CNUDCI, applicable à toute entité (étatique ou non). Le règlement ne contient aucune restriction d'application personnelle.

<sup>1881</sup> *Ibid*, article 3.

<sup>1882</sup> *Ibid*, article 41 sur le droit applicable, à défaut de choix par les parties, le tribunal « shall have special regard for any business and human rights norms, standards or instruments that have become part of the trade usage or the applicable law, and to international human rights obligations of any States involved in the dispute either as parties or as States of nationality of any parties ».

<sup>1883</sup> K. Kessedjian, « *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises », *JDI (Clunet)*, 2021, n°1, pp.75-76. L'auteur souligne par exemple qu'il s'agit d'un contentieux particulier où les demandeurs sont « particulièrement vulnérables ». Aussi « [l]e consentement à l'arbitrage pose des questions différentes tant pour les demandeurs que pour l'entreprise soupçonnée d'avoir causé le dommage... Il aurait pu être rassurant pour les demandeurs, mais aussi pour les défendeurs, de savoir à l'avance comment les consentements sont réunis et si un système d'opt in ou d'opt out est favorisé ».

<sup>1884</sup> Expression empruntée à P. Bodeau Livinec, « La responsabilité des Etats à raison des activités des entreprises multinationales », in *SFDI, L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque de Saint-Denis, 2016, Pedone, p. 404.

internationales notamment en matière de respect des droits de l'homme<sup>1885</sup>. D'autre considèrent au contraire que les interactions existantes entre le droit international des investissements et les droits de l'homme, formalisées par des références aux standards internationaux dans les contrats ou les traités ne seraient pas en mesure de créer des obligations pour les investisseurs<sup>1886</sup>. Il faudrait en conséquence, laisser aux Etats la responsabilité d'intégrer au sein de leur ordre juridique interne des obligations pour l'entreprise en matière de respect des droits de l'homme qui pourraient à leur tour être appliquées dans le contentieux de l'investissement<sup>1887</sup>. Cette position ne remet toutefois pas en cause la capacité d'un investisseur d'être lié par des obligations internationales mais seulement manière dont leur responsabilité serait engagée.

**1071.** Ainsi, la voie incitative comme l'engagement unilatéral de l'investisseur et les instruments de droit souple sont des procédés susceptibles de produire des effets juridiques non négligeables<sup>1888</sup> puisque « [l]'accumulation de textes de pré-droit assure dans certains cas une montée progressive vers la norme juridique contraignante, invocable devant un juge international ou national »<sup>1889</sup>. L'intégration progressive de ces standards dans les instruments contraignants applicables aux investissements confirment que « *[t]he soft law nature of these standards is not an absolute impediment to their efficacy.* »<sup>1890</sup> Ces éléments qui participent à l'autonomisation du rôle de l'acteur de l'acteur privé dans la réalisation des objectifs fixés par le droit international, bénéficient en outre d'une contribution prétorienne qui renforce la

---

<sup>1885</sup> A. Lopez Latorre, « In defence of Direct obligations for Businesses Under International Human Right Law », *op. cit.*, note n° 1792, p. 57; D. Arnold, « Corporations and Human Rights Obligations », *op. cit.*, note n°1840, pp. 255-275 ; L. van den Herik et J. Letnar Černič, « From Human Rights to International law and back Again », *Journal of International criminal Justice*, vol. 8, 2010, p. 732; L. Chassui, *General Principles For Business and Human Rights in International Law*, *op. cit.*, note n° 1866, p. 304; J. L. Černič, « Corporate human rights obligations and international investment law », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 3, 2010, pp. 246-247.

<sup>1886</sup> J. Marcoux, « Informal instruments to impose human rights obligations on foreign investors: An emerging practice of legality? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 34, n°1, 2021, p. 126.

<sup>1887</sup> M. Krajewski, « A Nightmare or a Noble Dream ? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application », *Business and Human Rights journal*, vol. 5, 2020, p. 105-1; X. Shao, « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International law », *op. cit.*, note 1726, p. 20.

<sup>1888</sup> S. Manciaux, « Du point de vue des entreprises : la régulation d'origine privée des opérations d'investissements », *op. cit.* note n° 1876, p. 188 : « Apparaissant ponctuellement à côté des sources principales du droit des investissements internationaux, les régulations d'origine privée appliquées aux opérations d'investissement présentent par ailleurs l'intérêt d'ériger des règles qui sont le plus souvent – mais pas toujours – porteuses d'obligations pour les investisseurs étrangers, indiquant la manière dont ils doivent conduire leurs opérations....Alors que le droit des investissements est souvent présenté – à raison d'ailleurs et critiqué à ce titre – comme un droit ne créant des obligations qu'à la charge des États récepteurs d'investissements, une plus grande place faite aux régulations d'origine privée permettrait de rééquilibrer cette relation en créant des obligations à la charge, cette fois-ci, des opérateurs privés. »

<sup>1889</sup> H. Ascensio, « Soft law : cinquante nuances de gris » in *Dictionnaire des idées reçues*, Pedone, 2017, pp. 550-551.

<sup>1890</sup> S. Robert-Cuendet, « Protection of the Environment and International Investment Law », *op. cit.* note n° 1419, p. 605.

conviction que l'entreprise est titulaire de ses propres devoirs internationaux.

## *II. La contribution prétorienne au processus d'individualisation des obligations internationales*

**1072.** La contribution prétorienne au processus d'individualisation des devoirs internationaux est de deux ordres. Le TIDM est d'avoir clarifié la coexistence des obligations internationales de l'Etat et de l'Entreprise dans les cas où l'acteur privé est explicitement destinataire d'obligations conventionnelles. L'arbitre de l'investissement a, quant à lui, reconnu en dehors de toute disposition à cet effet, la subjectivité internationale de l'investisseur à laquelle il associe certains devoirs.

**1073.** Mais que l'investisseur soit reconnu sujet capable de l'ordre juridique international ne permet pas de discerner avec précision la teneur de ses devoirs par rapport à l'Etat et justifie d'élargir le champ de nos investigations à d'autres situations dans lesquelles les activités de la personne privée sont « patronnées » par l'Etat. Le régime conventionnel de l'exploitation de la Zone organise une cohabitation des devoirs internationaux de l'acteur privé et de l'Etat pour une même opération encadrée au niveau international. La CNUDM nous enseigne que le droit international peut directement faire de l'acteur privé un sujet soumis à des devoirs internationaux tout en maintenant une responsabilité primaire de l'Etat *de veiller* à ce que ses activités ne soient pas dommageables. L'existence d'une subjectivité de l'Entreprise à laquelle est associée des devoirs internationaux permet d'établir une responsabilité propre de l'acteur privé distincte de celle de l'Etat dans la conduite des opérations. Bien qu'elle ne soit pas strictement identique, l'obligation conventionnelle *de veiller* à établit dans le cadre de la Zone intéresse le régime de l'investissement dans la mesure où l'Etat, qu'il patronne l'Entreprise opérant dans la Zone ou qu'il accueille l'investisseur, a l'obligation de « veiller à » ce que les activités sur son territoire ne soient pas dommageables<sup>1891</sup>. Selon le TIDM, l'obligation faite à l'Etat « de veiller à » n'est pas absolue et se distingue clairement des devoirs internationaux propres à l'Entreprise associés à sa subjectivité (A). En revanche, dans le contentieux de l'investissement, la subjectivité de l'investisseur et les devoirs qui l'accompagnent sont plus statiques et difficilement dissociés du rôle primaire de l'Etat de veiller à assurer le respect des normes internationales (B).

---

<sup>1891</sup> F. Marrella, « Protection Internationale Des Droits de L'homme et Activités Des Sociétés Transnationales », *op. cit.* note 1808, p. 88 : « l'obligation de respect suppose que les Etats n'entravent pas la jouissance des droits de l'homme. Les protéger revient à veiller à ce que des tiers n'entravent ni ne bafouent aucun des droits. En vertu de l'obligation de protection, qui prend en considération le rôle des tiers, les Etats sont tenus d'empêcher ces derniers d'entraver l'exercice des droits de l'homme par la population ».

**A. Les conséquences dynamiques de la subjectivité internationale  
de l'Entreprise patronnée par l'Etat d'après le TIDM**

**1074.** Quoique couvrant des domaines distincts, la situation juridique de l'investisseur étranger et celle de l'Entreprise opérant dans la Zone des hauts fonds marins ne sont pas si éloignées<sup>1892</sup>. L'admission des investissements étrangers est une forme de patronage qui n'est pas totalement étrangère à celle organisée dans la Zone par la CNUDM. L'Etat en droit international de l'investissement, dispose d'un droit international coutumier d'acceptation ou de refus d'entrée des capitaux étrangers sur son territoire<sup>1893</sup> qui se dresse comme un obstacle au principe contraire, de libre admission<sup>1894</sup>. Certes, contrairement à l'investisseur étranger, l'Entreprise admise dans la Zone opère dans un espace non-étatique, mais les droits et obligations internationaux qu'elle tire du droit international requièrent le patronage ou l'accord de l'Etat de soumettre l'opération au droit international de sorte que par « le canal du patronage, [l'Entreprise] s'acquitte des obligations énoncées par la Convention »<sup>1895</sup>.

**1075.** Comme la plupart des accords d'investissement le prévoit, les différends relatifs à l'interprétation des contrats conclus dans la Zone par l'Autorité internationale des fonds marins (ci-après « l'AIFM ») et l'Entreprise sont soumis à l'arbitrage<sup>1896</sup>. Lorsque l'Etat accepte d'offrir une protection internationale, l'acteur privé est associé à l'Etat dans la réalisation d'un objectif fixé au niveau interétatique, à savoir, la protection d'un intérêt public lié au respect du Patrimoine commun de l'humanité dans le cadre de CNUDM, ou la promotion de l'investissement étranger pour le bénéfice de l'Etat hôte dans le cadre des TBI. L'effet de cette association et de l'origine internationale de la protection accordée à l'acteur privé est d'enraciner, au moins en partie, la relation dans l'ordre juridique international. Certes, l'activité de l'Entreprise opérant dans la Zone œuvre au profit de l'humanité là où les activités de l'investisseur sont censées être bénéfiques pour l'Etat hôte de l'investissement. Cette différence

---

<sup>1892</sup> V. Grandaubert, « La responsabilité internationale de l'entreprise privée patronnée patronnées pour ses activités menées dans le cadre de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », in SFDI, réseau des jeunes chercheurs, *journee de Saint-Denis*, 2016.

<sup>1893</sup> AGNU, résolution 1803 (XVII), *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, 14 décembre 1962, article 2 ; AGNU, résolution 3281 (XXIX), *Charte des droits et devoirs économiques des Etats*, 14 décembre 1974, article 2.2 : « Chaque Etat a le droit : a) de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale ».

<sup>1894</sup> A. Gilles-Yeum, « La liberté d'investissement », in *Droit des investissements internationaux perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 40.

<sup>1895</sup> TIDM, Chambre pour le règlement des différends, *Avis sur les responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, *TIDM Recueil 2011*, par. 75

<sup>1896</sup> CNUDM, article 188, par. 2, a) : « [I]es différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'un contrat [...] sont soumis à la demande de toute partie au différend, à un arbitrage commercial obligatoire, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement ».

a une incidence sur la notion de partie lésée (en l'occurrence tous les Etats parties à la CNUDM dans le cadre de la Zone), mais pas sur l'applicabilité du droit international à l'acteur privé. Ainsi, l'admission de l'acteur privé sur le territoire de l'Etat hôte ou dans la Zone n'a pas pour effet de « transférer » les devoirs de l'Etat à l'acteur privé ; au contraire, les deux acteurs ont des obligations distinctes. Réduite à sa plus simple acception, la question commune qui se dégage de ces deux situations est celle de savoir si l'octroi d'une protection internationale étendue s'accompagne de devoirs qui coexistent avec ceux de l'Etat qui « admet » ou « patronne » les activités internationalement protégées.

**1076.** Le régime juridique de la Zone, espace situé au-delà des juridictions étatiques et élément du patrimoine commun de l'humanité, est réglementé par la partie XI de la CNUDM. En vertu de l'article 156, c'est l'Autorité Internationale des Fonds Marins (AIFM) qui est chargée d'en contrôler l'exploitation. Les activités conduites dans la Zone répondent à un mécanisme intégré de contractualisation<sup>1897</sup> en vertu duquel seules sont habilitées à explorer ou exploiter les Entreprises qui contractent avec l'AIFM<sup>1898</sup>. Les contractants peuvent être des Etats, des entreprises publiques ou encore, et c'est un « phénomène récent »<sup>1899</sup>, des entreprises du secteur privé. La contractualisation de l'exploitation marine est ancrée dans l'ordre juridique international<sup>1900</sup>. En effet, tout contrat signé entre une Entreprise exploitante et l'AIFM est régi par les clauses contractuelles, la partie XI de la CNUDM et « les autres règles internationales qui ne sont pas incompatibles avec la Convention »<sup>1901</sup>. L'Entreprise opérant dans la Zone peut donc avoir une personnalité juridique propre « échappant fonctionnellement à [l']entreprise directe [ de l'Etat ] »<sup>1902</sup>.

**1077.** L'Entreprise est titulaire de droits et d'obligations en vertu de la partie XI de la CNUDM. Par exemple, en vertu du code d'exploitation minière applicable à la prospection, l'exploration et l'exploitation de la Zone internationale des hauts fonds marins, les prospecteurs et contractants ont plusieurs obligations internationales axées autour du principe de précaution<sup>1903</sup>. Ces obligations concernent la protection marine et requièrent de faire usage des meilleures

---

<sup>1897</sup> M. Karavias, « Corporations and Responsibility under International Law », in *Permutations of Responsibility in International Law*, P. Pazartzis, & P. Merkouris, (dir.), Brill | Nijhoff, 2019, p. 61.

<sup>1898</sup> CNUDM, article 153 (3).

<sup>1899</sup> G. Le Gurun, « Le rôle des entités établies par la Convention de Montego Bay », in *Traité de droit international de la mer*, M. Forteau et J.M Thouvenin (dir.), Pedone, 2017, p. 146.

<sup>1900</sup> *Ibid.*

<sup>1901</sup> Annexe III de la CNUDM « Dispositions de base concernant la prospection, l'exploration et l'exploitation », article 21 « droit applicable ».

<sup>1902</sup> P. Bodeau Livinec, « Le rôle incontournable des Etats », in *Traité de droit international de la mer*, M. Forteau et J.M Thouvenin (dir.), Pedone, 2017, p. 231.

<sup>1903</sup> AIFM, *Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone*, articles 2 et 15, doc. ISBA/19/C/17.

pratiques environnementales<sup>1904</sup>, d'appliquer un programme de surveillance<sup>1905</sup>, de maîtriser autant que possible la pollution marine<sup>1906</sup>, et de minimiser les déchets. Le contractant est également tenu en cas de dommage à une obligation de restauration. Le contractant demeure responsable de tout dommage résultant d'actes illicites commis dans la conduite de ses opérations, en particulier de tout dommage au milieu marin, après l'achèvement de la phase d'exploration<sup>1907</sup>. La réglementation applicable à la Zone fait donc jaillir de l'obligation de diligence due, une obligation de précaution à la charge des contractants privés.

**1078.** L'article 139 de la CNUDM crée un mécanisme de responsabilité partagée entre les trois sujets opérant dans la Zone à savoir, l'Entreprise l'Etat et l'AIFM. Il se lit comme suit : « ... un Etat Partie ou une organisation internationale est responsable des dommages résultant d'un manquement de sa part aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie ; des Etats Parties ou organisations internationales agissant de concert assument conjointement et solidairement cette responsabilité. Toutefois, l'Etat Partie n'est pas responsable des dommages résultant d'un tel manquement de la part d'une personne patronnée par lui ..., s'il a pris toutes les mesures nécessaires et appropriées pour assurer le respect effectif de la présente partie... »<sup>1908</sup>.

**1079.** C'est à l'occasion d'une procédure consultative devant la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins que le TIDM a spécifié le contenu du régime de responsabilité prévu par l'article 139. L'AIFM demandait en particulier dans quelle mesure la responsabilité de l'Etat patron était engagée « à raison de tout manquement aux dispositions de la Convention... de la part d'une entité qu'il a patronnée »<sup>1909</sup> et quelles mesures l'Etat qui patronne devait prendre pour s'acquitter de ses obligations en vertu de l'article 139. Par cette formulation, l'AIFM invitait le TIDM à se prononcer sur la répartition des responsabilités pesant sur l'Etat sponsorisant et l'Entreprise habilitée à conduire des activités dans la Zone, et sur la possibilité qu'un dommage créé par l'Entreprise ne soit pas imputable à l'Etat qui patronne dès lors que cet Etat n'avait violé aucune de ses obligations propres.

**1080.** Pour le TIDM, l'Entreprise et l'Etat qui patronne ont des obligations internationales

---

<sup>1904</sup> AIFM, Annexe IV du Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des sulfures dans la Zone, doc. ISBA/19/C/17, article 5 par. 1.

<sup>1905</sup> *Ibid*, articles 33 et 34.

<sup>1906</sup> *Ibid*, article 6, par. 1

<sup>1907</sup> AIFM, Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone, doc. n° (ISBA/16/A/12/Rev.1), article 32.

<sup>1908</sup> CNUDM, article 139.

<sup>1909</sup> TIDM, *Responsabilités obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activité dans la zone, avis consultatif, 1 février 2011, TIDM Recueil 2011*, par. 1. (ci-après « TIDM, Responsabilités obligations des Etats qui patronnent »)

distinctes créant une *responsabilité partagée* d'assurer la mise en œuvre de la CNUDM et du droit international applicable, et non pas une *responsabilité conjointe ou solidaire*. Ainsi, ce dernier régime permettant de demander réparation aux entités ayant conjointement contribué au même dommage « n'est pas le cas du régime de responsabilité énoncé à l'article 139, paragraphe 2, de la Convention [puisque] la responsabilité de l'Etat qui patronne découle d'un manquement à ses obligations, tandis que la responsabilité du contractant découle de la violation des obligations qui lui incombent. Les deux formes de responsabilité existent donc en parallèle »<sup>1910</sup>.

**1081.** La reconnaissance des droits et des devoirs internationaux de l'Entreprise associée à sa qualité de sujet<sup>1911</sup> a ainsi une incidence sur l'obligation de l'Etat patronnant « de veiller à » ce que les activités conduites dans la zone soient conformes à la partie XI de la CNUDM<sup>1912</sup>. Pour le TIDM, ceci signifie que « la responsabilité de l'Etat qui patronne résulte non pas d'un manquement de l'entité privée, mais plutôt du fait que cet Etat n'a pas honoré ses propres obligations »<sup>1913</sup>. Autrement dit, l'Etat qui patronne n'engage pas sa responsabilité « si le contractant patronné *manque à ses obligations* en vertu de la Convention, des règlements ou de son contrat et si un tel manquement entraîne un dommage »<sup>1914</sup>. En conséquence, l'obligation de « veiller à » ne s'étend pas à la violation des obligations propres de l'Entreprise qu'il patronne et l'Avis a pour effet de « dégager l'Etat patronnant des effets du comportement d'une entité privée qu'il patronne »<sup>1915</sup>.

**1082.** Il est donc tout à fait possible d'envisager des situations dans lesquelles l'Entreprise, pourtant patronnée par l'Etat, soit responsable des dommages causés par ses activités et qu'un tel comportement ne soit pas imputable à l'Etat dès lors que ce dernier n'a pas manqué à son devoir de diligence, consistant à « veiller à » ce que les activités de l'Entreprise ne soient pas préjudiciables.

**1083.** S'exprimant sur la relation entretenue entre la responsabilité du contractant et celle de

---

<sup>1910</sup> *Ibid*, paras. 201-202.

<sup>1911</sup> B. Cheng, « La notion de personnalité juridique », in *Droit international bilan et perspectives, t.1*, M. Bedjaoui (dir.), Pedone, 1991, p. 36. Selon l'auteur, les règles encadrant la Zone reflètent un droit global « conférant directement aux [personnes privées] des droits et leur imposant directement des obligations, ce qui indiqueraient qu'[elles] jouissent de la capacité légale d'être sujets de droits et d'obligations en vertu de ce système sans intervention de la structure étatique ».

<sup>1912</sup> CNUDM, article 139.1, *Voir aussi* l'article 4(4) de l'Annexe III de la CNUDM : « Toutefois, l'Etat Partie n'est pas responsable des dommages résultant d'un tel manquement de la part d'une personne patronnée par lui en vertu de l'art. 153, par. 2, let. b), s'il a pris toutes les mesures nécessaires et appropriées ».

<sup>1913</sup> TIDM, *Responsabilités obligations des Etats qui patronnent...*, par. 182.

<sup>1914</sup> *Ibid*, par. 186. (les italiques sont de nous)

<sup>1915</sup> E. Jamarche, « L'Etat patronnant (*sponsoring State*) dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », in *Droit international, de la mer, droits de l'homme, enjeux et perspectives*, *Mél. Haritini Dipla*, L. Boisson de Chazournes, E. Doussis, G. Andreone, A. Zervaki (dir.), Pedone, 2020, p.104.

l'Etat qui patronne, le TIDM rappelle le principe prévu à l'Annexe III de la Convention selon lequel « *Tout dommage causé par un acte illicite du contractant dans la conduite des opérations engage sa responsabilité, compte tenu de la part de responsabilité imputable à l'Autorité à raison de ses actes ou omissions* », crée « un partage de responsabilité entre le contractant, l'Autorité et l'Etat qui patronne »<sup>1916</sup>. Mais l'idée d'un partage de responsabilité se distingue d'une responsabilité solidaire. Au contraire, puisque l'Etat patronnant et l'entité patronnée ont chacun des obligations distinctes, « la responsabilité de l'Etat qui patronne découle d'un manquement à ses obligations, tandis que la responsabilité du contractant découle de la violation des obligations qui lui incombent »<sup>1917</sup>. En raison de la distinction entre les obligations pesant sur l'Etat patronnant et l'entité patronnée, le TIDM a également exclu la possibilité d'un régime de responsabilité sans faute, tenant au contraire à souligner que « la responsabilité de l'Etat qui patronne découle uniquement d'un manquement de l'Etat à son obligation de diligence requise »<sup>1918</sup> et non pas des manquements de l'Entreprise à ses propres obligations internationales.

**1084.** La partie XI de la CNUDM a ainsi réussi à intégrer l'Entreprise comme sujet du droit international (de la mer) en exigeant d'elle un certain comportement au regard des normes internationales<sup>1919</sup>. L'avis *Responsabilités obligations des Etats qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activité dans la zone*, a précisé les conséquences de cette subjectivité par rapport à l'obligation primaire de diligence pesant sur l'Etat<sup>1920</sup>, « [i]l ne s'agit pas de se demander si on peut attribuer le comportement des contractants à l'État, mais de se demander si ce dernier a exercé son obligation de veiller à, son obligation de diligence due »<sup>1921</sup>.

**1085.** Or, compte tenu de l'origine internationale de la protection de l'investisseur étranger, on pourrait s'attendre à ce que l'étendue des droits internationaux dont il bénéficie s'accompagne d'un certains nombres de devoirs distincts de ceux de l'Etat. A la différence de la CNUDM, ces

---

<sup>1916</sup> *Ibid*, par. 200.

<sup>1917</sup> *Ibid*, par. 201. C'est dans ce contexte que le TIDM s'est prononcé en faveur de la création d'un fonds d'affectation spécial permettant d'indemniser les dommages causés par l'Entreprise qu'elle n'est pas en mesure d'indemniser et qui ne constituent pas à proprement parler un fait internationalement illicite de l'Etat qui patronne. Le fonds viendrait combler le vide juridique existant entre l'incapacité de certains contractants d'assurer l'entière réparation d'un dommage et l'irresponsabilité de l'Etat du fait des activités des personnes privées.

<sup>1918</sup> *Ibid*, par. 189.

<sup>1919</sup> B. Cheng, « La notion de personnalité juridique », *op. cit.*, note 1911, p. 36 ; H. Ascensio, « Rapport introductif », in *L'entreprise dans la société internationale*, H. Ghérari et Y. Kerbrat (dir.), Pedone, 2010, p. 32.

<sup>1920</sup> I. Plakokefalos, « The Limits of Responsibility: Liability for Damage in the Deep Seabed? », in *Permutations of Responsibility in International Law*, P. Pazartzis & P. Merkouris (dir.), Brill | Nijhoff, 2019, p. 82; M. Karavias, « Corporations and Responsibility under International Law », *ibid*, p. 64.

<sup>1921</sup> S. Maljean-Dubois, « Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l'environnement », in SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'étude franco-italienne du Mans, Pedone, 2018, p. 147.

devoirs ne sont pas toujours directement identifiables dans les traités, mais pourraient néanmoins être associés aux droits qu'il tire de l'ordre juridique international. C'est notamment au regard de l'étendue des droits dont l'organisation des Nations Unies dispose, que la Cour a considéré que l'existence d'une subjectivité « ne peut s'expliquer que »<sup>1922</sup> par l'étendue des droits internationaux dont elle bénéficie. Il est donc possible par analogie de déduire que l'étendue des droits internationaux reconnus à l'investisseur étranger ne peuvent s'expliquer que si, il est également investi de certains devoirs au regard de l'ordre juridique dont il revendique la protection. Toutefois, pour l'arbitre de l'investissement, la subjectivité de l'investisseur demeure encore relativement statique et peine à être formellement distinguée des obligations que le droit international fait peser sur les Etats.

### ***B. La subjectivité statique de l'investisseur dans l'affaire Urbaser c. Argentine***

**1086.** La sentence rendue en décembre 2016 par le Tribunal CIRDI *Urbaser c. Argentine* occupe la littérature contemporaine concernant les demandes reconventionnelles<sup>1923</sup> et plus généralement celle sur le rapport entre droit international des droits de l'homme<sup>1924</sup>, de l'environnement<sup>1925</sup> et des investissements. Si à bien des égards, la sentence innove sur l'interprétation des critères de recevabilité des demandes reconventionnelles<sup>1926</sup>, elle associe à la subjectivité internationale de l'investisseur peu d'obligations juridiques. Pour le comprendre, il convient d'établir un rappel des faits (a) ainsi qu'une analyse critique du raisonnement suivi par le Tribunal sur le bien-fondé de la demande reconventionnelle argentine visant à mettre en cause la responsabilité de l'investisseur au regard des normes internationales (b).

#### ***1. Les faits***

**1087.** Le différend opposant *Urbaser* et *CABB* à l'Argentine était relatif à la rupture d'un contrat

---

<sup>1922</sup> CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1949, p. 179 : « De l'avis de la Cour, l'Organisation était destinée à exercer des fonctions et à jouir de droits — et elle l'a fait — qui ne peuvent s'expliquer que si l'Organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international »

<sup>1923</sup> Voir notamment: A. de Nanteuil, « Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers? », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17, n°2, 2018, pp. 374-392 ; E. De Brabandère, « Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration » *Revue Belge de droit international*, vol.2, 2017, pp. 591-611 ; G. Bottini & E.M Bräutigam, « Investment claims against Latin American states: environmental protection and the applicable law », in *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Elgar, 2019, pp. 408-439.

<sup>1924</sup> R. Polanco Lazo & R Mella, « Investment arbitration and human rights cases in Latin America », in *Research Handbook on Human Rights and Investments*, Y. Radi (dir.), Elgar, 2018, pp. 41-92.

<sup>1925</sup> U. Kreibbaum, « Water and Investment », in *Research Handbook on Environment and Investment Law*, W. Miles (dir.), Elgar, 2018, pp. 69-106.

<sup>1926</sup> *Supra*, Chapitre 2, par. 398 ; Chapitre 4, paras. 796, 822.

de concession d'un site d'épuration d'eau potable et de traitement des eaux usées. L'Etat avait octroyé le contrat à une filiale argentine, *AGBA*, détenue à 100% par *Urbaser*, société immatriculée en Espagne, et *CABB* désigné comme opérateur de la concession octroyée à *AGBA*<sup>1927</sup>. Après avoir adopté plusieurs législations d'urgence, l'Argentine a interdit au concessionnaire de fixer librement le prix d'accès à l'eau, normalement indexé sur le dollar américain. Selon les investisseurs, ces mesures avaient réduit d'un tiers la valeur des tarifs applicables et provoqué la rupture de l'équilibre contractuel auquel ils pouvaient s'attendre au moment de la réalisation de l'investissement<sup>1928</sup>. En raison du dommage subi, *Urbaser* et *CABB* ont introduit une procédure sur le fondement du TBI entre l'Espagne et l'Argentine, demandant au Tribunal de constater que l'Argentine avait violé ses obligations conventionnelles d'accorder un traitement juste et équitable, une protection pleine et entière notamment contre les mesures discriminatoires ainsi qu'une obligation d'indemnisation en cas d'expropriation. Chaque demandeur estimait respectivement son préjudice à plus de 100 millions de dollars.

**1088.** Rejetant les allégations de l'investisseur, l'Argentine avançait à titre reconventionnel que l'investisseur avait sous-investi dans la concession en violation du contrat et du droit d'accès à l'eau potable reconnu comme un droit fondamental par le droit international. Pour rappel, le TBI donnait compétence au tribunal pour « les différends relatifs aux investissements »<sup>1929</sup> et désignait le droit de l'Etat hôte, le droit international et les dispositions du traité comme règles applicables. Adoptant une interprétation conforme des critères d'admissibilité, fondée sur le lien factuel entre les demandes principales et reconventionnelles et le principe d'économie procédurale, le Tribunal a rejeté les objections d'incompétence<sup>1930</sup> et accepté d'analyser le bien-fondé de la contre-réclamation.

**1089.** Au moment de la réalisation de l'investissement, l'Argentine était engagée dans un processus de privatisation du secteur de l'eau et du gaz initié au début des années quatre-vingt-dix. Afin d'encourager les investissements dans ces secteurs, le pays avait adopté un cadre

---

<sup>1927</sup> En vertu du contrat de concession, l'opérateur – *CABB* – devait détenir 20 % des actions et des droits de vote du concessionnaire *AGBA* (« *Operator is required to be the holder of a minimum 20% of the nominative shares and voting rights of the Concessionaire, which shall be non-transferable for the first six (6) years. After the expiration of said term, Operator may reduce its holding with the prior approval of Grantor, provided Operator holds no less than 10% of the nominative shares and voting rights of the Concessionaire. After the first 12 (twelve) years of the Concession, Operator may freely transfer its holding. The restrictions set forth herein shall also apply in the event of increases in Concessionaire's capital* »).

<sup>1928</sup> *Urbaser c. Argentine*, décision sur la compétence, 19 décembre 2012, par. 33.

<sup>1929</sup> TBI Espagne-Argentine, 2 janvier 1991, article X (1): « *Disputes arising between a Party and an investor of the other Party in connection with investments within the meaning of this Agreement shall, as far as possible, be settled amicably between the parties to the dispute* » (à l'initiative des deux parties).

<sup>1930</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1151; *Supra*, Chapitre 2, par. 398 ; Chapitre 4, paras. 796,822.

législatif très favorable aux investisseurs étrangers et dans le même temps, signa plusieurs TBI. La privatisation du secteur de l'eau en Argentine représentait en 1990 la plus grande concession au monde, couvrant 280 000 hectares pour 9 millions d'usagers. Des parcelles des régions de Buenos Aires, Mendoza et Cordoba furent successivement exploitées par *Vivendi*, *Suez*, *Companie générale des eaux* et *Azurix* et les concessions rompues par l'Etat au prix de plusieurs procédures transnationales.

**1090.** Au début de l'année 2000, *AGBA*, société dans laquelle *Urbaser* et *CABB* sont actionnaires, a obtenu une concession dans une région très appauvrie de presque deux millions d'habitants. Seuls trente-cinq pour cent d'entre eux disposaient d'un accès à l'eau et treize pour cent, d'un système d'évacuation des eaux usées. En vertu du contrat, le concessionnaire (*AGBA*) s'engageait respectivement à augmenter la part d'accès à l'eau potable jusqu'à soixante-quinze pour cent et jusqu'à cinquante-cinq pour cent celle du traitement des eaux usées<sup>1931</sup>. D'après l'Argentine, l'amélioration et l'extension des infrastructures dans la région était un besoin impérieux exprimé par la région concédante dans le contrat et corroboré par plusieurs analyses socio-économiques constatant que la moitié de la population vivait dans une situation d'extrême précarité sanitaire. Cette situation s'est considérablement aggravée lorsque le pays est entré en récession au début des années 2000.

**1091.** En vertu du contrat, le concessionnaire devait ainsi garantir la qualité, la régularité et la continuité du service<sup>1932</sup>, le maintien et l'amélioration des infrastructures locales, la collecte des paiements sous la supervision d'une autorité administrative indépendante chargée du contrôle de l'exploitation. Les exigences en matière de qualité de l'eau étaient particulièrement détaillées et les charges pesant sur le concessionnaire, divisées en trois axes. Il devait : remédier au problème de connexions illégales et non déclarées au réseau d'eau potable ; identifier les usagers susceptibles d'être connectés au réseau existant ; et étendre le réseau d'eau potable aux usagers déconnectés par des travaux coûteux d'infrastructure. Bien que complémentaires, ces missions n'exigeaient pas le même niveau d'investissement. Ainsi, au cours des premières années, le concessionnaire a effectivement relié plusieurs habitants au réseau existant. En revanche, selon l'Argentine, il n'avait pas réalisé les investissements attendus en infrastructures pour étendre le réseau en eau potable, mais avait « rafistolé » certaines installations préexistantes.

**1092.** Le désaccord entre les parties concernait donc l'état du réseau au moment de la reprise, seuil à partir duquel il était possible d'évaluer la performance contractuelle et la valeur des

---

<sup>1931</sup> *Ibid*, par. 57.

<sup>1932</sup> *Ibid*, par. 78.

investissements réalisés pour assurer l'extension du réseau. Sur ces points, le Tribunal a rappelé que l'appréciation de l'état du réseau faisait partie du devoir de diligence qu'un investisseur averti se devait d'entreprendre avant de s'engager dans une concession<sup>1933</sup> et que la valeur des travaux d'extension réelle du réseau, bien plus onéreuse que les autres activités, correspondait à elle seule à plus 60% de l'investissement total<sup>1934</sup> sur cinq ans. Or, presque aucun investissement d'extension n'avait été effectivement réalisé par l'investisseur sur cette période<sup>1935</sup> si bien qu'à la fin de la première période quinquennale, le Tribunal a reconnu que l'investisseur « *was far from reaching the target of investing USD 230 million* »<sup>1936</sup>.

**1093.** Selon le Tribunal, l'appréciation de l'équilibre contractuel devait être lu à la lumière de la nature du contrat, lequel faisait peser sur le concessionnaire un risque important qu'il acceptait d'encourir<sup>1937</sup>. Par exemple, en vertu du contrat, le concessionnaire avait droit à « une juste rémunération » à condition d'une gestion et d'une maintenance effective du réseau<sup>1938</sup> et du respect des instructions données par les autorités administratives sur lesquelles pèse l'obligation d'assurer l'intérêt collectif<sup>1939</sup>. Néanmoins, les difficultés rencontrées par le concessionnaire du fait des mesures d'urgence adoptées par l'Argentine ont été jugées contraires à la clause du traitement juste et équitable sans que la rupture du contrat ne soit pour autant considérée comme une violation du traité. Le Tribunal a constaté en particulier que l'investisseur avait violé son obligation d'expansion du réseau<sup>1940</sup> et manqué à son devoir de diligence requis pour maintenir un faible niveau en nitrate, susceptible de causer un dommage important aux enfants et autres personnes vulnérables<sup>1941</sup>, raisons suffisamment justifiées pour rompre le contrat sans violation du traité.

**1094.** En réponse aux allégations du demandeur, l'Argentine réclamait à titre reconventionnel l'engagement de la responsabilité du concessionnaire pour ses divers manquements

---

<sup>1933</sup> *Ibid*, par.263.

<sup>1934</sup> *Ibid*, par. 286.

<sup>1935</sup> *Ibid*, par. 294.

<sup>1936</sup> *Ibid*, par. 491.

<sup>1937</sup> *Ibid*, par. 512

<sup>1938</sup> *Ibid*, par. 505, article 12.1 du contrat de concession : « *The calculation of applicable tariffs pursuant to Article 28-11 of Law 11,820 shall be based on the general principle that tariffs shall cover all operating expenses, maintenance expenses and service amortization and provide a reasonable return on Concessionaire's investment subject to efficient management and operation by the Concessionaire and strict compliance with the applicable service quality and expansion goals.* »

<sup>1939</sup> *Ibid*, par. 514.

<sup>1940</sup> *Ibid*, par. 1008: « *The Tribunal has explained above that Decree No. 1666/06 declared the termination of the Concession Contract on grounds that were mainly and rightly based on the Concessionaire's fault in not having achieved, and by far, the expansion goals determined* ».

<sup>1941</sup> *Ibid*, par. 944: « *The Tribunal adds that the failure to ensure compliance with the required Nitrate levels appears of some gravity, in light of the threat to the population's health and in particular small children and other vulnerable people* ».

contractuels matérialisés par un sous-investissement ayant empêché la réalisation des travaux d'extension du réseau. Selon elle, les manquements du concessionnaire à ses engagements contractuels constituaient une violation des principes cardinaux du droit international que sont la bonne foi et le principe *pacta sunt servanda*<sup>1942</sup>, ainsi que des normes internationales reconnaissant le droit d'accès à l'eau comme un droit fondamental découlant de la nature de l'investissement<sup>1943</sup>.

**1095.** En outre, s'appuyant sur l'expertise de B. Klicksberg, elle soutenait que le respect des droits reconnus par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et l'obligation de garantir le droit d'accès à l'eau ne pesaient pas uniquement sur les Etats mais également sur les acteurs privés<sup>1944</sup>. Invoquant les instruments de droit assourdi tels que les principes Directeurs des Nations Unies et la Déclaration tripartite de l'OIT et la responsabilité sociale des entreprises, dont l'expert fut l'un des pères fondateurs<sup>1945</sup>, l'Argentine a renforcé son plaidoyer en faveur d'un effet immédiat de la Déclaration Universelle des droits de l'homme et des Pactes de 1966. Elle réclamait le paiement de 400 millions de dollars à l'investisseur, correspondant au montant des engagements contractuels non réalisés au détriment de la population.

## ***2. L'analyse des demandes reconventionnelles sur le fond***

**1096.** L'analyse du Tribunal propose dans un premier temps un projet ambitieux en faveur d'une responsabilisation de l'investisseur dont l'ampleur *in concreto* est finalement plus limitée. A grands coups de considérants de principe, il reconnaît successivement à l'investisseur la

---

<sup>1942</sup> *Ibid*, par. 1156.

<sup>1943</sup> *Ibid*, par.1206 : « [Respondent] argues that such human right was incumbent on Claimants because providing for water and sewage was AGBA's and therefore its shareholders' obligation under the Concession. Even if this obligation could be imposed upon Claimants, Respondent does not state that such obligation is based on international law. It merely asserts that the performance obligation under the Concession had the effect of supplying the services that are part of the population's human right to access to water. Respondent also states that Claimants had violated human rights obligations clearly applicable to international companies. This argument does not reference any particular international law obligation, but relies only on AGBA's obligations based on the Concession Contract. And while Respondent correctly introduces the principle of *pacta sunt servanda* as a principle of international law, it identifies the relevant pactum as Claimants' obligation to invest in expansion work, thus relying again on the Concession Contract and admitting that international law does not provide a cause of action for the Counterclaim »

<sup>1944</sup> *Ibid*, par. 1159: « The Declaration avoids making reference to who would be responsible for the rights and obligations arising therefrom. However, upon reading the Declaration, it is evident that obligations arising therefrom do not lie exclusively on States. The Preamble expressly sets forth that the duties would lie both on institutions and on individuals. Article 1 states that its provisions apply to individuals even in private relationships. Article 30 declares that nothing in the Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of the rights and freedoms set forth herein. Article 29 sets forth that everyone has duties to the community. Therefore, business companies and international corporations are affected by the obligations included in international human rights law ».

<sup>1945</sup> B. Klicksberg est docteur en économie et sciences administratives et conseiller spécial aux Programme des Nations Unies pour le développement. Il préside l'*Ibero-American Network of Universities for Corporate Social Responsibility* et a conseillé plusieurs gouvernements. Il est l'auteur de plus de 50 ouvrages dont *L'éthique des entrepreneurs, pourquoi les entreprises et les pays ont tout à gagner avec la responsabilité sociale*, L'Harmattan, 2015, 267 p.

subjectivité internationale, le devoir de respecter le droit international, et la responsabilité partagée de garantir les droits fondamentaux. Il exprime sa « *reluctan[ce] to share Claimants' principled position that guaranteeing the human right to water is a duty that may be born solely by the State, and never borne also by private companies like the Claimants. When extended to human rights in general, this would mean that private parties have no commitment or obligation for compliance in relation to human rights, which are on the States' charge exclusively* »<sup>1946</sup>.

Le Tribunal ajoute que la prétendue incapacité des acteurs privés à être reconnus sujets de l'ordre juridique international est une position surannée et qu'au contraire, nul ne saurait ignorer que l'investisseur peut être destinataire d'obligations internationales<sup>1947</sup>.

**1097.** Pour asseoir la reconnaissance de subjectivité internationale de l'entreprise et de l'obligation de respecter le droit international des droits de l'homme, le Tribunal observe que le droit international « *accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. This standard includes commitments to comply with human rights in the framework of those entities' operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation* »<sup>1948</sup>. Il ajoute que le respect des normes internationales telles que la dignité humaine et l'octroi de conditions de vie décentes à l'individu sont des obligations dues « *on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights* »<sup>1949</sup>. Par ces quatre considérants, le Tribunal franchit, il est vrai, une étape longtemps attendue des acteurs de la société civile, en reconnaissant *in abstracto* que l'investisseur étranger est un sujet tenu par une obligation internationale de respecter les droits de l'homme.

**1098.** Néanmoins, le raisonnement proposé *in concreto*, sur la question de savoir si l'obligation du concessionnaire d'assurer l'accès à l'eau potable est rattachée à une obligation internationale, n'éclaire guère le lecteur sur l'effet concret de la subjectivité internationale de l'investisseur. Des doutes demeurent sur la réalité d'une séparation du rôle de l'entreprise par rapport à l'Etat en matière de protection des droits de l'homme. Le Tribunal distingue vraisemblablement l'obligation *contractuelle* d'assurer un droit d'accès à l'eau, de l'obligation *internationale* du

---

<sup>1946</sup>*Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1193.

<sup>1947</sup>*Ibid.*, par. 1194: « *A principle may be invoked in this regard according to which corporations are by nature not able to be subjects of international law and therefore not capable of holding obligations as if they would be participants in the State-to-State relations governed by international law. While such principle had its importance in the past, it has lost its impact and relevance in similar terms and conditions as this applies to individuals. If the BIT therefore is not based on a corporation's incapacity of holding rights under international law, it cannot be admitted that it would reject by necessity any idea that a foreign investor company could not be subject to international law obligations* »

<sup>1948</sup>*Ibid.*, par. 1195.

<sup>1949</sup>*Ibid.*, par. 1199.

même ordre. Alors que la seconde pèserait exclusivement sur les Etats, la première en tant qu'obligation positive de performance, « *is not based on international law* »<sup>1950</sup> ne pèserait sur le concessionnaire qu'à travers sa reconnaissance par le droit national ou contractuel.<sup>1951</sup>

**1099.** Le contenu des obligations internationales de l'investisseur que le Tribunal fait associer à sa subjectivité se trouve ainsi être réduit, lorsqu'il déclare que : « *The human right to water entails an obligation of compliance on the part of the State, but it does not contain an obligation for performance on part of any company providing the contractually required service. Such obligation would have to be distinct from the State's responsibility to serve its population with drinking water and sewage services [... ] While it is thus correct to state that the State's obligation is based on its obligation to enforce the human right to water of all individuals under its jurisdiction, this is not the case for the investors who pursue, it is true, the same goal, but on the basis of the Concession and not under an obligation derived from the human right to water. Indeed, the enforcement of the human right to water represents an obligation to perform. Such obligation is imposed upon States. It cannot be imposed on any company knowledgeable in the field of provision of water and sanitation services* »<sup>1952</sup>.

**1100.** Ce raisonnement eût été compréhensible s'il s'adressait aux actionnaires (parties à l'arbitrage en l'espèce), mais en réalité, dans sa formulation même, le Tribunal exempte bien ici « les entreprises » de l'obligation de protéger le droit d'accès à l'eau et dans une certaine mesure celle de protéger les droits de l'homme « comme si le droit international, irréductiblement interétatique, était incapable de saisir directement, sans l'intermédiation étatique, les conséquences que peut juridiquement engendrer l'implication de nouveaux acteurs ou sujets dans les rapports internationaux. »<sup>1953</sup>. C'est à ce titre qu'il est justifié d'opérer une analyse critique.

**1101.** S'il est clair que dans le cas de l'affaire *Urbaser*, la demande reconventionnelle argentine ne pouvait difficilement prospérer puisqu'elle visait en fait les agissements du concessionnaire

---

<sup>1950</sup> *Ibid*: « *In order to have such an obligation to perform applicable to a particular investor, a contract or similar legal relationship of civil and commercial law is required. In such a case, the investor's obligation to perform has as its source domestic law; it does not find its legal ground in general international law. The situation would be different in case an obligation to abstain, like a prohibition to commit acts violating human rights would be at stake. ... This obligation is framed by the legal and regulatory environment under which the investor is admitted to operate on the basis of the BIT and the host State's laws...However, the investor's obligation to ensure the population's access to water is not based on international law* ».

<sup>1951</sup> *Ibid*.

<sup>1952</sup> *Ibid*, paras. 1208, 1210.

<sup>1953</sup> P. Bodeau Livinec, « La responsabilité des Etats à raison des activités des entreprises multinationales », *op.cit*, note n° 1884, p. 337.

qui n'était pas partie à l'arbitrage<sup>1954</sup> et ne permettait pas de satisfaire l'exigence d'identité des parties<sup>1955</sup>, les développements du Tribunal en ce qu'ils visaient l'entreprise, sont *mutatis mutandis* transposables aux cas dans lesquels le concessionnaire serait directement ou indirectement sous contrôle étranger.

**1102.** Le Tribunal laisse penser que l'association d'un partenaire étranger dans la réalisation d'une mission de service public serait dépourvue d'effet international et que les normes du droit international ne seraient pas opposables à l'investisseur en dépit des atteintes aux droits fondamentaux que son activité peut générer. Cette position, toute tranchée qu'elle soit, peut être interrogée au regard de la reconnaissance de subjectivité de l'investisseur.

**1103.** Premièrement, contrairement au contrat de concession interne, l'opération en cause en tant qu'investissement protégé est en réalité simultanément ancrée dans l'ordre juridique interne et international. La concession n'est pas seulement un contrat de droit interne mais également un investissement protégé en droit international par le traité. Le droit à l'eau est « inextricablement liée »<sup>1956</sup> au droit d'accès à l'eau en droit international. Sur le plan factuel, en refusant de procéder aux investissements participant au développement du réseau d'eau potable et ne respectant pas les seuils maximaux de nitrate dans l'eau courante, le concessionnaire porte simultanément atteinte au droit du contrat et au droit à l'accès à l'eau reconnu par le droit international. Sur le plan juridique, d'aucuns considèrent que le fait que les entreprises étrangères liées par contrat avec l'Etat soient dépourvues « de personnalité juridique complète...empêche que leur responsabilité puisse être recherchée en droit international public »<sup>1957</sup>. Il faudrait donc que l'obligation internationale soit explicitement assortie d'une obligation contractuelle pour que la violation puisse produire des effets juridiques dans l'ordre

---

<sup>1954</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1212: « *AGBA's performance and its shareholders' investment were certainly designed as a substantial contribution to the enforcement of the population's right to water. Nevertheless, the mere relevance of this human right under international law does not imply that AGBA and its shareholders were holding corresponding obligations equally based on international law. No human rights obligation to provide access to water existed on part of Claimants before they entered into the Concession. The acceptance of the Bid and the Concession Contract could not have as an effect that the obligations arising out under this Contract became, in addition or in parallel, obligations based on international law. The BIT does not contain any indication in such a direction, and its reference to general principles of international law in Article X(5) cannot let emerge an obligation that did not exist on charge of the investing companies before they entered into their investment in the Argentine Republic* ».

<sup>1955</sup> *Supra*, Chapitre 3 paras.465-494.

<sup>1956</sup> L. Boisson de Chazournes, « Le droit à l'eau et la satisfaction des besoins humains : notions de justice », in *Unité et diversité du droit international, Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, D. Alland, V. Chetail, O de Frouville & J. E. Viñuales (dir.), Martinus Nijhoff, 2010, p. 968 : « ce droit [à l'eau] inclut également un accès à un système d'assainissement. C'est sous le couvert de ces différents éléments que le droit à l'eau doit être compris...L'accès à l'eau potable et l'accès à un système d'assainissement sont inextricablement liés. Les instruments juridiques les envisagent de manière associée. »

<sup>1957</sup> A. de Nanteuil, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives limitée », in *Droit de l'homme et droit international économique*, C. Titti (dir.), Bruylant, 2019, p. 36.

juridique international<sup>1958</sup>. Toutefois, il existe « une différence de traitement substantiel et contentieuse »<sup>1959</sup> entre l'investisseur étranger et « l'investisseur autochtone »<sup>1960</sup> qui n'exclut pas la possibilité que le premier réponde de ses agissements au regard des normes internationales. L'investisseur étranger, débiteur de l'obligation contractuelle d'assurer le droit d'accès à l'eau en droit interne, peut être le même sujet responsable dans l'ordre juridique international dont il revendique le bénéfice.

**1104.** Pourtant, en reconnaissant comme il l'a fait la subjectivité internationale de l'investisseur et l'importance cruciale *en droit international* du standard de responsabilité sociale des entreprises, le Tribunal *Urbaser* reconnaît bien l'investisseur comme un destinataire de devoirs internationaux au premier rang desquelles figure le respect des droits de la personne, des droits collectifs ou encore des « collectivités »<sup>1961</sup> touchant « aux grandes préoccupations de notre temps »<sup>1962</sup> telles que la protection de l'environnement. Le débat doctrinal porte donc sur l'opposabilité de ces droits à l'entreprise en l'absence de dispositions à cet effet et non pas sur la capacité de l'entreprise d'être le destinataire et l'agent d'exécution du droit international. Finalement, la demande reconventionnelle visant à mettre en cause la conformité du comportement de l'investisseur au regard du droit d'accès à l'eau ne fait qu'interroger l'effet international de la concession et de l'obligation contractuelle violée par l'investisseur. Il nous semble que dans le cadre strictement limité du contentieux de l'investissement, il est possible d'opposer aux entreprises étrangères la violation d'obligations internationales externes au traité néanmoins en lien avec l'investissement. La détermination de ce lien et donc de l'opposabilité des normes internationales à l'acteur privé requiert une prise en compte de l'objet du contrat et la nature étrangère du cocontractant.

**1105.** Dans l'affaire *Urbaser*, l'objet du contrat de concession portait sur une ressource naturelle limitée, un « bien public »<sup>1963</sup> dont l'accès est « une condition préalable à la réalisation des

---

<sup>1958</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par.1210: « *the enforcement of the human right to water represents an obligation to perform. Such obligation is imposed upon States. It cannot be imposed on any company knowledgeable in the field of provision of water and sanitation services. In order to have such an obligation to perform applicable to a particular investor, a contract or similar legal relationship of civil and commercial law is required. In such a case, the investor's obligation to perform has as its source domestic law; it does not find its legal ground in general international law.* »

<sup>1959</sup> E. Lagrange, « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », *in Droit des investissements internationaux perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 488.

<sup>1960</sup> *Ibid.*

<sup>1961</sup> F. Sudre, *Droit européen et international de l'environnement*, Puf, p.106 (préférant l'expression droit des collectivités aux « pseudo- droits de solidarité »).

<sup>1962</sup> *Ibid.*

<sup>1963</sup> Comité des droits sociaux économiques et culturels (ci-après « CDSEC »), Observation générale n°15, le droit à l'eau (articles 11 et 12 du Pacte international relatifs aux droits économiques sociaux et culturels), doc n° EC.12/2002/11, 2002, par. 1.

droits de l'homme »<sup>1964</sup>. D'après le Comité des droits économiques sociaux et culturels, le droit à l'eau est un droit fondamental visé par l'article 11 du Pacte de 1966<sup>1965</sup>. Il figure plus explicitement au sein de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ainsi que dans la Convention relative aux droits de l'enfant. Dans son Observation générale n°15, le comité des droits économiques sociaux et culturels qualifie l'obligation d'assurer un droit à l'eau comme une obligation faite à l'Etat de « respecter, de protéger et de mettre en œuvre »<sup>1966</sup>.

**1106.** Contrairement au Tribunal *Urbaser* qui a qualifié le droit d'accès à l'eau comme une « obligation de performance » de l'Etat, le Comité considère que pour assurer l'obligation de protéger l'accès à l'eau, l'Etat doit « empêcher...des tiers de refuser l'accès en toute égalité à un approvisionnement en eau adéquat, et de polluer ou de capter de manière injuste les ressources en eau, y compris les sources naturelles, les puits et les systèmes de distribution d'eau »<sup>1967</sup>. Il précise que l'Etat a une obligation de « veiller à » ce que les tiers qui gèrent les services en eau, comme le concessionnaire dans l'affaire *Urbaser*, « ne compromettent pas l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination, à une eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante »<sup>1968</sup>. Selon la Chambre de règlement des différends de la Zone du TIDM, l'obligation *de veiller à* ce que les activités de l'acteur privé ne soient pas préjudiciables « n'est pas une obligation d'obtenir dans chaque cas le résultat que le contractant patronné respecte les obligations précitées. Il s'agit plutôt d'une obligation de mettre en place les moyens appropriés, de s'efforcer dans la mesure du possible et de faire le maximum pour obtenir ce résultat...cette obligation peut être caractérisée comme une obligation 'de comportement' et non 'de résultat', et comme une obligation de 'diligence requise' »<sup>1969</sup>.

**1107.** En envisageant le devoir d'accès à l'eau comme une obligation de performance uniquement applicable à l'Etat, le Tribunal exempte *in abstracto* l'entreprise de toute obligation internationale en la matière, et impose une obligation accrue à l'Etat, qui ne permettrait pas d'isoler les manquements propres de l'investisseur étranger. Il aurait au contraire été possible de dissocier l'obligation de performance de l'Etat de l'obligation de l'investisseur concessionnaire en regardant si celui-ci avait agi ou non de manière diligente. L'appréciation

---

<sup>1964</sup> *Ibid.*

<sup>1965</sup> CDSEC, *Observation générale n° 6 sur les droits économiques, sociaux et culturels des personnes âgées*, doc n°E/C.12/1995/16/Rev.1, 1995, paras. 5, 32.

<sup>1966</sup> CDSEC, *Observation générale n°15, le droit à l'eau* (articles 11 et 12 du Pacte international relatifs aux droits économiques sociaux et culturels), doc n° EC.12/2002/11, 2002.

<sup>1967</sup> *Ibid.*, par. 23.

<sup>1968</sup> *Ibid.*, par. 24.

<sup>1969</sup> TIDM, *Responsabilités obligations des Etats qui patronnent...*, par. 110.

de la diligence de l'investisseur aurait pu se greffer sur l'obligation faite aux entreprises de respecter le droit international reconnue par le Comité des droits économiques et sociaux<sup>1970</sup>, ainsi que sur les déclarations de l'entreprise *Urbaser* elle-même. Ainsi déclare-t-elle dans son code de conduite, « s'engage[r] à respecter les Principes du Pacte mondial des Nations-Unies »<sup>1971</sup>, « les droits de l'homme et libertés fondamentales », et s'estime-t-elle « particulièrement soucieuse de la protection et de la conservation de l'environnement » par la conservation et la consommation des ressources naturelles « selon des critères de rationalité, d'efficacité et d'économie ». Bien que l'effet de l'engagement unilatéral de l'acteur privé demeure controversé<sup>1972</sup>, il pouvait, non seulement nourrir les attentes contractuelles internationalement protégées de l'Etat, mais plus généralement renforcer l'existence d'un devoir de diligence.

**1108.** L'immédiateté du droit international à la résolution du différend pouvait en outre faciliter l'identification d'un devoir de diligence. Contrairement aux juridictions internes, la capacité d'un investisseur de porter une réclamation devant un tribunal international permet d'inscrire le différend dans le substrat du droit international et de conférer une immédiateté aux règles pertinentes du droit international. L'application du droit international à l'investisseur ne dépend pas d'un renvoi par des dispositions du contrat, mais de l'applicabilité du droit international au différend prévue par le traité. Dans ce contexte, le contrat étant protégé par le traité, il n'est pas exclu que la performance contractuelle soit également appréciée au regard des dispositions du droit international. Dans le cadre de sa performance, l'investisseur sujet du régime conventionnel créé par le traité peut être tenu de « respecter les droits énoncés dans le Pacte des droits culturels sociaux et politiques »<sup>1973</sup>, au sein desquels figure le droit d'accès à l'eau. La (sous) performance de l'entreprise protégée par un traité international a ainsi pu être prise en compte, non seulement pour apprécier la licéité du comportement de l'Etat<sup>1974</sup> à son égard, mais

---

<sup>1970</sup> CDSEC, Observation générale n°24, Obligations des Etats en vertu du Pacte international relatifs aux droits économiques et sociaux dans le contexte des activités d'entreprise, doc n°E/C.12/GC/24, 2017, par. 5. (ci-après « Observation générale n°24 ») : « De surcroît, en vertu des normes internationales, les entreprises doivent respecter les droits énoncés dans le Pacte, qu'il existe ou non des lois internes ou que celles-ci soient, ou non, intégralement appliquées en pratique. La présente observation générale vise donc également à aider le secteur privé à s'acquitter de ses obligations en matière de droits de l'homme et à assumer ses responsabilités, en atténuant ainsi les risques de réputation susceptibles d'être associés, dans la sphère d'influence des entreprises concernées, à la violation de droits garantis par le Pacte. »

<sup>1971</sup> Code de conduite *Urbaser*, mai 2019, accessible en ligne : <https://www.google.com/search?q=code+de+conduite+Urbaser&oq=code+de+conduite+Urbaser&aqs=chrome..69i57.4583j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8> auquel l'Argentine s'est référée

<sup>1972</sup> *Supra*, au présent chapitre, par. 1060 et suivant.

<sup>1973</sup> Observation générale n°24, *op.cit.*, note n° 1970, par. 5.

<sup>1974</sup> *Biwater Gauff Tanzania Limited c. République unie de Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence 24 juillet 2008 dans laquelle le tribunal a refusé d'indemniser l'investisseur en raison de sa mauvaise performance contractuelle qui justifiait entre autres la résiliation d'un contrat de concession.

encore pour établir une responsabilité indépendante de celle de l'Etat<sup>1975</sup>.

**1109.** C'est bien l'immédiateté du droit international qui a ouvert la voie d'une reconnaissance d'un standard « *of crucial importance... includ[ing] commitments to comply with human rights* »<sup>1976</sup>. Bien que la reconnaissance de devoirs internationaux de l'investisseur n'ait pas eu d'effet concret dans cette affaire, il n'en demeure pas moins qu'une telle avancée est le produit de la pratique reconventionnelle. Le Tribunal identifie, sans la nommer, une obligation non-conventionnelle de l'entreprise de ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux. Toutefois, le silence gardé par le Tribunal sur la nature de l'obligation laisse subsister un doute qui justifie d'interroger le rapport entre la pratique reconventionnelle en tant que droit procédural et le droit matériel.

**1110.** La pratique visant à mettre en cause le comportement de l'investisseur au regard des normes internationales peut être envisagée comme une conséquence du lent développement normatif visant à associer l'acteur non étatique à la mise en oeuvre du droit international. En ce qu'elle incite l'arbitre à analyser la conformité du comportement de l'investisseur, la pratique reconventionnelle participerait elle aussi au processus de formation des règles visant à imputer des obligations internationales à l'investisseur. La pratique reconventionnelle peut aussi être comprise comme le pendant processuel du droit matériel existant. Les demandes reconventionnelles formulées par l'Etat seraient alors appréhendées comme une pratique permettant de mettre à jour les obligations primaires qui sont associées à l'étendue des droits que l'investisseur tire de l'ordre juridique international. Sous cet aspect, l'action reconventionnelle ne participe pas à la création de la norme mais accélère l'identification des obligations de l'investisseur par l'arbitre sur lesquelles se grefferaient les attentes de l'Etat.

---

<sup>1975</sup> *Ibid*, paras. 379-380, conclusions d'*Amicus curiae* formulées par des ONG: « *given the nature of the Project, the issue of investor responsibility in this case must be assessed in the context of sustainable development and human rights. It is noted that the Millennium Development Goals, adopted by the United Nations in 2000, include the target of reducing by half the number of people without proper access to potable water, by 2015. The implementation of this target has since been the subject of many conferences, statements and declarations, which have declared that "water is a key to sustainable development". Access to clean water is, moreover, characterised as a basic human right by the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights in 2002 ... The Amici submit that human rights and sustainable development issues are factors that condition the nature and extent of the investor's responsibilities, and the balance of rights and obligations as between the investor and the host State. They conclude that foreign corporations engaged in projects intimately related to human rights and the capacity to achieve sustainable development (such as the project here), have the highest level of responsibility to meet their duties and obligations as foreign investors, before seeking the protection of international law* ».

<sup>1976</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, paras. 1195, 1199.

## *Section 2 L'action reconventionnelle comme agent révélateur des attentes légitimes de l'Etat*

**1111.** La contribution jurisprudentielle de la sentence *Urbaser* est d'avoir identifié, en dehors du traité mais néanmoins au sein du droit international « un standard d'importance cruciale »<sup>1977</sup> de responsabilité sociale des entreprises. La conséquence en est que le comportement de l'investisseur peut être apprécié au regard de sa conformité avec certains standards internationaux qui ne sont pas toujours explicitement reconnus dans les traités d'investissement. Toutefois, cette approche demeure encore minoritaire puisque nombreux sont les tribunaux qui déclinent leur compétence sur les demandes reconventionnelles étatiques, en particulier lorsque l'investisseur introduit sa demande sur le fondement d'un traité<sup>1978</sup>. Un tribunal est même allé jusqu'à considérer que « *an agreement between the Contracting Parties on a liability of the investor would constitute an impermissible agreement at the expense of a third party to the Treaty, i.e., the investor in the present case.* »<sup>1979</sup>

**1112.** Malgré ces déconvenues, l'Etat continue d'utiliser cet outil pour mettre en cause la responsabilité de l'investisseur au regard du droit international. En ce qu'elle postule la subjectivité de l'investisseur internationalement protégé, la demande reconventionnelle abolit en partie l'intermédiation étatique dans la réalisation des obligations issues de l'ordre juridique international.

**1113.** Si l'on tient pour acquis que l'Etat sujet primaire de l'ordre juridique international est le même sujet que l'Etat défendeur au procès transnational, la pratique des demandes reconventionnelles, en elle-même, se présente à l'observateur sous un aspect renouvelé. L'allégation de violation du droit international portée par l'Etat contre l'investisseur porte en lui l'indice que ce dernier est titulaire d'obligations dont l'Etat peut légitimement attendre le respect. Concentrant à la fois une « pratique » et une « conviction » de l'Etat, la pratique des demandes reconventionnelles servirait de catalyseur à l'identification d'une norme internationale non-écrite sédimentée dans différents instruments juridiques à force contraignante variable (I). Le produit de la rencontre des deux éléments permettrait de révéler l'existence d'un principe général de diligence due de l'investisseur associé au standard de responsabilité sociale des entreprises (II).

---

<sup>1977</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, paras. 1195

<sup>1978</sup> *Supra*, Chapitre 2 par. 319 et suivant.

<sup>1979</sup> *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan*, décision sur la compétence et la responsabilité, par. 1445

### ***I. La demande reconventionnelle : catalyseur d'identification de la norme internationale non écrite***

**1114.** A partir du constat que la perspective d'un accord multilatéral énonçant les obligations internationales dont les sociétés auraient la charge semble être lointaine et accidentée (A), la pratique reconventionnelle présente l'avantage comparatif d'accélérer l'identification d'obligations internationales des investisseurs sur lesquelles se grefferaient les attentes de l'Etat. En effet, cet outil procédural concentre simultanément deux éléments propres au processus d'identification des normes non-conventionnelles à savoir : une « pratique » qui incite l'arbitre à évaluer la licéité du comportement de l'investisseur (B) reposant sur la conviction que l'Etat a des attentes légitimes à l'égard de l'investisseur étranger internationalement protégé (C).

#### ***A. Analyse contextuelle : la pratique des demandes reconventionnelles contourne les obstacles inhérents au droit conventionnel***

**1115.** Créé par le Conseil des droits de l'homme par la résolution 26/9 du 26 juin 2014, le Groupe de travail intergouvernemental sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme (ci-après « le groupe de travail ») a été chargé d'élaborer un *instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises* (ci-après « le Projet »)<sup>1980</sup>. Un regard sur la dernière version du Projet (1) et les réactions des Etats participant à son élaboration (2) nous confortent dans l'idée que la voie d'un instrument conventionnel multilatéral destiné aux Etats et aux entreprises – qui serait du même coup applicable aux investisseurs agissant à travers une personne morale – est une voie accidentée qui n'est pas en mesure de clarifier le contenu des obligations internationales de l'investisseur par rapport au rôle primaire de l'Etat.

#### ***1. Les limites du Projet d'instrument international juridiquement contraignant dans sa dernière version***

**1116.** Le produit de l'initiative portée par certains Etats devant le CDH contraste avec l'intention initiale de faire l'entreprise le destinataire d'obligations internationales. En effet, dans sa dernière version, le Projet n'a finalement pas repris l'esprit de la résolution qui entendait directement imputer aux entreprises des obligations internationales. Son ambition, trop limitée

---

<sup>1980</sup> *Supra*, au présent chapitre, paras 1036-1042.

pour certains<sup>1981</sup>, est de créer une obligation internationale de l'Etat d'introduire des mécanismes de responsabilité en droit interne notamment pour la violation de normes internationales en matière de droits de l'homme<sup>1982</sup>. Le Projet prévoit de s'appliquer « *to all business* »<sup>1983</sup> que les entreprises soient ou non transnationales et de couvrir « *all internationally recognized human rights* » - aucune précision n'étant faite, ni du contenu des droits humains ni de leur applicabilité à l'entreprise. Ainsi, peut-on lire dans le préambule que « toutes les entreprises sans considération de leur taille, du secteur, du contexte dans lequel elles opèrent, ni de leur structure, ont la responsabilité de respecter les droits de l'homme dans la conduite de leurs activités et de remédier aux impacts quand ils se produisent, ainsi que de prévenir et réduire les effets néfastes des atteintes aux droits de l'homme étant directement liés à leurs opérations, produits ou services »<sup>1984</sup>. Derrière cette annonce prometteuse et contrairement à ce que suggère son intitulé (« *Projet révisé d'instrument juridiquement contraignant visant à régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et des autres entreprises* ») le lecteur ne trouvera pourtant aucune obligation à la charge l'entreprise.

**1117.** En effet, le Projet articule ses dispositions autour de la notion de « victime » définie comme « *any persons or group of persons who individually or collectively have suffered or*

---

<sup>1981</sup> N. Bernaz, I. Pietropaoli, « Developing a Business and Human Rights Treaty: Lessons from the Deep Seabed Mining Regime Under the United Nations Convention on the Law of the Sea », *Business and Human Rights Journal*, 2020, vol. 5, n°2, p. 203: « *the treaty should establish direct general obligations for corporations, as the language of the UNGPs, now included in the Revised Draft's preamble, is not enough. The chance to set up human rights standards for global corporate activity should not be missed, and UNCLOS demonstrates it is possible to set up broad standards directly applicable to the private sector* ».

<sup>1982</sup> S. Besson, « La diligence due en droit international », *op. cit.*, note n° 1837, p. 350.

<sup>1983</sup> Projet révisé d'instrument juridiquement contraignant visant à régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et des autres entreprises (6 août 2020, deuxième version), Article 3 Scope: « *Unless stated otherwise, this (Legally Binding Instrument) shall apply to all business enterprises, including but not limited to transnational corporations and other business enterprises that undertake business activities of a transnational character... 3. This (Legally Binding Instrument) shall cover all internationally recognized human rights and fundamental freedoms emanating from the Universal Declaration of Human Rights, any core international human rights treaty and fundamental ILO convention to which a state is a party, and customary international law.* ».

( Traduction libre, accessible en ligne:

[https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG\\_Chair-Rapporteur\\_second\\_revised\\_draft\\_LBI\\_on\\_TNCs\\_and\\_OBEs\\_with\\_respect\\_to\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf); )

<sup>1984</sup> *Ibid*, préambule « *Underlining that all business enterprises, regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure have the responsibility to respect all human rights, including by avoiding causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities and addressing such impacts when they occur, as well as by preventing or mitigating adverse human rights impacts that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships* » (traduction libre).

*have alleged to have suffered harm...or substantial impairment of their human rights* »<sup>1985</sup>. De cette notion, les rédacteurs font découler des obligations exclusivement à la charge des Etats. Ces obligations visent à faciliter le droit d'accès à la justice nationale (sans d'ailleurs préciser quand ces réclamations sont portées contre l'Etat ou la société). Or, ces objectifs n'ont rien d'inédit. La plupart des obligations sont une réitération d'obligations existantes (assurer aux victimes des voies judiciaires pour porter leurs réclamations<sup>1986</sup>, l'obligation d'enquêter et de condamner les atteintes aux droits de l'homme, l'obligation de prévenir les atteintes<sup>1987</sup> et d'adopter des sanctions efficaces contre les activités dommageables des entreprises<sup>1988</sup>).

**1118.** D'autres dispositions développent les devoirs de coopération interétatique et d'assistance juridique mutuelle<sup>1989</sup> dont la mise en œuvre passerait par la désignation d'autorités centrales, la reconnaissance des jugements et la coordination des enquêtes entre autorités judiciaires des Etats où le dommage a eu lieu et où le tribunal est saisi. En effet, la « victime » peut, indistinctement de sa nationalité, saisir les juridictions du lieu où le dommage a été subi, du lieu de sa résidence ou « des » lieux où l'entreprise est établie<sup>1990</sup>. En résumé, l'accent est mis sur le droit des victimes de faire valoir le respect de leurs droits fondamentaux et obtenir réparation devant les tribunaux étatiques, et sur l'obligation étatique d'intégrer au niveau national des obligations pour les entreprises de respect des droits de l'homme.

**1119.** L'obligation des entreprises de respecter les droits fondamentaux passe en réalité par l'écran des obligations étatiques dans ce domaine. Par exemple, l'obligation de diligence due en matière des droits de l'homme est une obligation faite à l'Etat de prévoir dans son arsenal

---

<sup>1985</sup> *Ibid*, Section 1, definition « “Victim” shall mean any persons or group of persons who individually or collectively have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, or economic loss, or substantial impairment of their human rights, through acts or omissions in the context of business activities, that constitute human rights abuse...». Et celle de violation des droits de l'homme comme « “Human rights abuse” shall mean any harm committed by a business enterprise, through acts or omissions in the context of business activities, against any person or group of persons, that impedes the full enjoyment of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including regarding environmental rights ».

<sup>1986</sup> *Ibid*, Article 4 « Rights of victims », article 7 « Access to remedy »

<sup>1987</sup> *Ibid*, Article 5 « Prevention »

<sup>1988</sup> *Ibid*, Article 8 « Legal liability »

<sup>1989</sup> *Ibid*, Article 12(1) « International cooperation and International judicial cooperation: States Parties shall make available to one another the widest measure of mutual legal assistance and international judicial cooperation in initiating and carrying out effective, prompt, thorough and impartial investigations, prosecutions, judicial and other criminal, civil or administrative proceedings in relation to all claims covered by this (Legally Binding Instrument), including access to information and supply of all evidence at their disposal that is relevant for the proceedings. »

<sup>1990</sup> *Ibid*, Article 7 (2) liste: le lieu d'immatriculation de l'entreprise, le siège social, l'administration centrale, le lieu où l'entreprise a des intérêts substantiels.

législatif des dispositions applicables aux activités de l'entreprise<sup>1991</sup>.

**1120.** Bien que le Projet ait pour ambition de réglementer *dans le cadre du droit international des droits de l'homme* les activités des entreprises, le droit applicable aux réclamations portées par les victimes est limité aux dispositions du Projet et au droit de l'Etat devant lequel la réclamation est portée sans mention des conventions internationales en la matière<sup>1992</sup>. Une référence est faite aux accords internationaux d'investissement et de commerce sous la forme d'une clause de compatibilité<sup>1993</sup> mais le Projet ne distingue pas suffisamment la notion d'atteintes et de violations des droits fondamentaux.

**1121.** Ainsi, tout repose sur la capacité de l'Etat à transposer dans sa législation nationale les standards des traités internationaux en matière de protection des droits fondamentaux en les rendant applicables aux entreprises situées sur leur territoire. En optant pour la médiation étatique, il a été observé que ce Projet n'avait pas suffisamment distingué les questions de la titularité des obligations internationales et leur mise en œuvre<sup>1994</sup>. Demander à l'Etat de mettre en oeuvre dans son droit interne des mécanismes de responsabilité ciblant l'entreprise pour la violation de droits internationaux, ne remet pas en cause, la titularité des devoirs internationaux de l'entreprise dans ce domaine, seulement les moyens juridictionnels de la révéler. Le devoir imposé à l'entreprise reste en réalité le même<sup>1995</sup>.

**1122.** Dans ce contexte, si le Projet entendait remédier au problème de l'irresponsabilité des entreprises, il n'y parvient guère puisque c'est précisément le manque de moyens juridiques et

---

<sup>1991</sup> *Ibid*, Article 6 (1) (2) : « ...For this purpose States shall take all necessary legal and policy measures to ensure that business enterprises, including but not limited to transnational corporations and other business enterprises that undertake business activities of a transnational character, within their territory or jurisdiction, or otherwise under their control, respect all internationally recognized human rights and prevent and mitigate human rights abuses throughout their operations. 2. For the purpose of Article 6.1, State Parties shall require business enterprises, to undertake human rights due diligence. »

<sup>1992</sup> *Ibid*, Article 11 « 1. Subject to the following paragraph, all matters of substance or procedure regarding claims before the competent court which are not specifically regulated in the (Legally Binding Instrument) shall be governed by the law of that court, including any rules of such law relating to conflict of laws... »

<sup>1993</sup> Article 14 (5) « Consistency with international law principles and instruments: any existing bilateral or multilateral agreements, including regional or sub-regional agreements, on issues relevant to this (Legally Binding Instrument) and its protocols, including trade and investment agreements, shall be interpreted and implemented in a manner that will not undermine or limit their capacity to fulfill their obligations under this (Legally Binding Instrument) and its protocols, as well as other relevant human rights conventions and instruments. »

<sup>1994</sup> A. Lopez Latorre, « In defence of Direct obligations for Businesses Under International Human Right Law », *op. cit.*, note n° 1792, p. 71; L. van den Herik et J. Letnar Čerňič, « From Human Rights to International law and back Again », *op. cit.*, note n°1885, p. 732.

<sup>1995</sup> A. Lopez Latorre, « In defence of Direct obligations for Businesses Under International Human Right Law », *op. cit.*, note n° 1792, pp. 74-76: « The legal force of an obligation does not derive from the existence of punishment, but from the understanding that obedience to the law is necessary to act in favour of the...international community ...if there are obligations (albeit indirect), it means that the object of a treaty on business and human rights could be to clarify or expand existing international obligations, since the obligations already exists on an international level ».

institutionnels dans certains pays récepteurs de capitaux qui a généré une attente de régulation internationale de leurs activités<sup>1996</sup>. On peut douter qu'en ajoutant de nouvelles obligations étatiques, qui sont au demeurant très imprécises, à travers le prisme fluctuant de la « victime », le Projet atteigne le résultat qu'il s'était pourtant fixé. Les difficultés rencontrées pour préciser la nature des obligations qui pèseraient sur l'entreprise ont été soulignées par les Etats.

## *2. Les critiques des Etats participants quant à l'absence d'obligations à la charge de l'entreprise*

**1123.** Parmi la centaine Etats participants<sup>1997</sup> certains ont exprimé des réticences quant à la mise en œuvre des (trop) nombreuses obligations au niveau étatique et à l'absence de mention spécifique du rôle joué par l'entreprise dans la réalisation et le respect des droits fondamentaux. Les Etats d'Amérique latine concentrant près de 30% des affaires portées devant les tribunaux CIRDI<sup>1998</sup> et 12 pour cent de la part des investissements étrangers dans le monde<sup>1999</sup> concentrent de nombreuses critiques sur le Projet. Le Brésil, la Colombie, le Honduras et Cuba doutent que celui-ci clarifie le rôle des entreprises dans le respect des droits fondamentaux. La Colombie à ce titre se demande s'« il ne faudrait pas envisager un système de cohabitation de responsabilité entre Etat et entreprises multinationales ... puisque la portée des obligations mentionnées ne doit pas se situer dans les limites de la seule responsabilité de l'Etat »<sup>2000</sup>. Cuba estime que le Projet « semble loin de l'objectif de responsabilisation internationale des entreprises en ce qu'il n'internationalise pas le mécanisme de réponse aux violations du droit international »<sup>2001</sup>. Quant à elle, l'Argentine reproché au Projet de ne pas suffisamment s'appuyer sur les principes existants permettant une responsabilisation de l'entreprise, notamment les Principes Directeurs des Nations Unies ou la déclaration de l'OIT<sup>2002</sup>.

---

<sup>1996</sup> *Supra*, au présent chapitre, paras. 1042, 1043.

<sup>1997</sup> Afghanistan, Algérie, Angola, Argentine, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bolivie, Botswana, Brésil, Burkina Faso, Burundi, Chili, Chine, Colombie, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Cuba, Tchéquie, Danemark, Djibouti, Equateur, Egypte, El Salvador, Ethiopie, Finlande, France, Gabon, Gambie, Allemagne, Ghana, Grèce, Guatemala, Honduras, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran, Irak, Irlande, Italie, Jordanie, Kenya, Liban, Libéria, Liechtenstein, Luxembourg, Mauritanie, Mexico, Monténégro, Maroc, Mozambique, Myanmar, Namibie, Népal, Pays-Bas, Nicaragua, Niger, Nigeria, Pakistan, Panama, Paraguay, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, Qatar, Russie, Arabie Saoudite, Serbie, Sierra Leone, Slovaque, Slovénie, Iles Salomon, Afrique du Sud, Espagne, Suède, Suisse, Thaïlande, Togo, Turquie, Ouganda, Ukraine, Royaume-Uni, Tanzanie, Uruguay, Venezuela, Zambie, l'Union européenne (dans la catégorie organisations intergouvernementales)

<sup>1998</sup> CIRDI, Statistiques du CIRDI, 2020, vol.1, Répartition géographique des affaires pour la période 1966-2020, p. 12 (l'Amérique du Sud représente 23% et l'Amérique centrale et Caraïbes, 7%).

<sup>1999</sup> Voir, sur le site de l'UNCTAD les données par région pour l'année 2019 : <https://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/Regional-FDI-at-a-glance.aspx>

<sup>2000</sup> Annexe du Rapport de la cinquième session du Groupe de travail, compilation des déclarations des Etats, doc n°A/HCR/43/55, 2020, p. 8 (ci-après « Annexe du Rapport de la 5<sup>ème</sup> session »)

<sup>2001</sup> *Ibid*, p. 9.

<sup>2002</sup> *Ibid*, p. 5.

**1124.** D'autres pays comme la Russie ou la Suisse ont également fait part de leur scepticisme quant au manque « de différenciation dans la définition des différentes formes de participation possibles d'une entreprise à des atteintes aux droits de l'homme, telles que définies dans les Principes directeurs, et des conséquences juridiques qui leur sont attachées »<sup>2003</sup>, estimant que le Projet ne va pas assez loin sur l'association de l'entreprise au développement des objectifs des droits fondamentaux. Le groupe africain représenté par l'Angola adhère à l'idée que les entreprises transnationales « doivent être tenues pour responsables de toute violation et abus des droits de l'homme »<sup>2004</sup> alors que l'Algérie rappelle que « les entreprises transnationales requièrent davantage d'encadrement juridique au niveau international afin qu'elles soient en conformité avec les normes universelles des droits de l'homme »<sup>2005</sup>.

**1125.** De même, la France relevant « des modifications en demi-teinte de l'obligation de vigilance et de la responsabilité juridique » a observé que la seconde version du Projet « manque l'opportunité d'apporter des améliorations supplémentaires en particulier quant à la définition du contenu du devoir de vigilance et au partage des responsabilités entre les Etats et les entreprises »<sup>2006</sup>.

**1126.** Tout en étant largement perfectible, il faut reconnaître que le Projet est une tentative de développement normatif des règles visant à protéger les victimes des activités dommageables des entreprises. Au-delà du texte, le processus de négociation interétatique institutionnalisé depuis 2014 et qui concentre un grand nombre d'Etats (plus de 100 étaient représentés lors de la dernière session), fait ressortir au moins deux avancées quant aux devoirs de l'entreprise multinationale. Premièrement, à regarder les interventions écrites et orales des Etats, la question de la subjectivité internationale de l'entreprise semble être dépassée. C'est moins l'idée d'un traité consacrant des obligations applicables aux entreprises que la teneur des obligations qui est véritablement discutée. Deuxièmement, ce processus de négociations conventionnelles permet aux Etats de jeter un regard rétrospectif sur les avancées consacrées par les Principes Directeurs, dont ils ne cessent de rappeler la grande utilité. Dans la mesure où ces Principes font baigner les devoirs de l'entreprise dans le droit international, il peut en être déduit que la communauté des Etats la considère dorénavant comme un partenaire dans l'exécution et le respect des droits fondamentaux et donc destinataire d'obligations.

**1127.** Cependant, en se focalisant sur les droits de la victime, le Projet nous prive d'éléments

---

<sup>2003</sup> *Ibid*, p. 19.

<sup>2004</sup> *Ibid*.

<sup>2005</sup> *Ibid*, p.3.

<sup>2006</sup> *Avis de suivi sur le projet d'instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'Homme, JORF*, n° 0260, 24 octobre 2020, p. 64

sur le contenu des obligations pesant sur les auteurs des violations : l'entreprise. En n'identifiant pas les hypothèses dans lesquelles elle serait ou non responsable des atteintes aux droits fondamentaux indépendamment des obligations de l'Etat dans ce domaine, il fige la subjectivité internationale de l'entreprise dans le substrat du droit national et ne nous semble pas être en mesure de remédier aux problèmes existants<sup>2007</sup>. Enfin sur le plan pratique, l'efficacité du mode conventionnel de production de la norme peut être mise en doute. Au regard des nombreuses critiques à son encontre, il est possible qu'un faible nombre d'Etats soient enclins à en devenir partie. Si au contraire, le Groupe de Travail arrive à lever ces obstacles et cherche à emporter l'adhésion d'un plus grand nombre d'Etats, le risque est grand d'atteindre un consensus au prix d'un contenu fortement dilué.

**1128.** Dans ce contexte, la pratique des demandes reconventionnelles fondées sur des violations du droit international par l'investisseur, qui continue de se développer, présente des avantages comparatifs sur le développement voire, l'identification d'une règle internationale non-écrite faisant peser sur l'investisseur certaines obligations internationales. Ciblée dans le cadre du procès transnational et d'un contentieux spécifique, elle incite les tribunaux à se prononcer sur la conformité du comportement de l'investisseur au regard du droit international et réaliser l'objectif de responsabilisation de l'acteur privé.

***B. Analyse formelle : La demande reconventionnelle, une « pratique » incitant l'arbitre à évaluer la licéité du comportement de l'investisseur internationalement protégé***

**1129.** En tant que sujet primaire du droit international l'Etat est à la fois destinataire, créateur et l'exécutant des normes internationales<sup>2008</sup>. A ce titre, le comportement qu'il adopte devant les cours et tribunaux internationaux est une pratique qui peut participer à la création d'une règle coutumière, d'un principe général de droit ou une obligation internationale<sup>2009</sup>. En effet, la pratique des Etats n'est pas limitée au comportement qu'il adopte dans la sphère interétatique mais inclut également les comportements suivis vis-à-vis d'autres sujets du droit international

---

<sup>2007</sup> M. Krajewski, « A Nightmare of a Noble Dream: Establishing Investors' Obligations Through Treaty-making and Treaty-application », *Business and Human Rights Journal*, vol. 5, 2020, p. 112.

<sup>2008</sup> G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », RCADI, vol. 207, 1987, p. 68

<sup>2009</sup> Voir, *Supra*, Chapitre 4, par. 740-741 notamment l'affaire CIRDI *Joy Mining* ; M. Longobardo, « States' Mouthpieces or Independent Practitioners? The Role of Counsel before the ICJ from the Perspective of the Legal Value of Their Oral Pleadings », *L&PICT*, vol. 20, n°1, 2021, pp. 54-76: « Pleadings of counsel constitute State practice for the formation of customary international law and treaty interpretation, and they are attributable to the litigating State under the law on State responsibility » ; A. Pellet, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse de doctorat, Paris, 1974, p. 333.

ou de ses propres ressortissants<sup>2010</sup>, ou encore les comportements suivis devant les cours et tribunaux internationaux<sup>2011</sup>.

**1130.** La demande reconventionnelle formulée par l'Etat, entité souveraine, devant un tribunal arbitral international peut donc être appréhendée comme une pratique de l'Etat<sup>2012</sup>. Il ne s'agit pas à ce stade d'analyser la pratique reconventionnelle comme une preuve de l'existence de la règle<sup>2013</sup>, mais plutôt d'analyser en quoi elle participe au processus d'identification de la règle dont il est encore prématuré d'établir la nature. Bien qu'elle fût discrètement amorcée, la montée en puissance des demandes reconventionnelles dans les arbitrages engagés par la voie conventionnelle opère un changement sur le contentieux transnational et sur le statut de l'investisseur.

**1131.** La pratique reconventionnelle traduit deux changements importants : le respect du droit international et des droits fondamentaux n'est pas seulement utilisé par l'Etat comme une circonstance excluant sa propre illicéité mais comme un argument offensif (1), en conséquence l'Etat incite l'arbitre international à se prononcer sur la licéité du comportement de l'investisseur au regard des normes internationales, y compris celles relatives à la protection de des droits de l'homme et de l'environnement (2).

### *1. Le respect des droits fondamentaux comme argument offensif plutôt que défensif*

**1132.** Même dans sa position de défendeur, la stratégie défensive de l'Etat a évolué pour demander aux tribunaux d'intégrer les standards de droit souple en matière de protection des

---

<sup>2010</sup> CDI, « Projet de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs », *Annuaire de la Commission du droit international*, 2018, vol. II (2), p. 140, Conclusion 5 : « La pratique de l'Etat consiste dans le comportement de celui-ci, dans l'exercice de ses fonctions exécutive, législative, judiciaire ou autre. », Commentaire : « La pratique pertinente des Etats n'est pas limitée à leur comportement vis-à-vis d'autres Etats ou d'autres sujets de droit international ; un comportement au sein de l'Etat, comme le traitement par celui-ci de ses propres ressortissants, peut aussi être lié à des questions de droit international ».

<sup>589</sup>*bid*, Commentaire conclusion 6. « l'expression 'conduite exécutive' vise de manière générale toute forme d'acte de l'exécutif, qu'il s'agisse d'ordonnances, de décrets ou d'autres mesures, les déclarations officielles faites sur le plan international ou devant un organe législatif, et les demandes soumises à des juridictions nationales ou internationales » ; Actes du pouvoir exécutif: Il peut s'agir d'ordonnances, de décrets et d'autres 'mesures administratives', ainsi que de prises de position officielles du Gouvernement telles que déclarations, proclamations, déclarations gouvernementales devant le parlement<sup>1</sup>, thèses défendues par l'Etat devant des juridictions internes ou internationales (notamment dans des mémoires d'*amicus curiae*) et de déclarations d'intérêt international ».

<sup>2012</sup> Contrairement à la CIJ qui distingue dans son Statut les fonctions d'agents et de conseils, la distinction n'est pas applicable dans le contentieux transnational où les conseils sont ceux qui représentent les Etats.

<sup>2013</sup> G. Abi-Saab, « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », in *Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago*, A. Giuffrè, (dir.) 1987. Vol. 1, p. 58 : « La pratique générale acceptée comme étant le droit n'est que la preuve, pas la coutume elle-même ».

droits de l'homme dans le droit applicable au règlement des différends<sup>2014</sup>. En choisissant de mettre en cause le comportement de l'investisseur au regard du droit d'accès à l'eau, alors que le traité permettait l'application du droit de l'Etat hôte, l'Argentine dans l'affaire *Urbaser* postule la subjectivité internationale de l'investisseur à laquelle elle associe des obligations internationales. Pour la première fois dans ce type de contentieux, un Etat défendeur convoque le respect des droits fondamentaux internationaux non pas comme une circonstance de nécessité excluant sa propre illicéité, mais comme un argument offensif visant à engager la responsabilité de l'investisseur.

**1133.** Jusque-là, le respect du droit international et notamment des droits fondamentaux était utilisé par l'Etat comme un argument défensif<sup>2015</sup> ou comme une circonstance excluant l'illicéité des violations des TBI. Dans plusieurs affaires, l'Argentine avait en effet invoqué l'Etat de nécessité pour justifier un certain nombre de résiliation de contrats de concession liant à des investisseurs étrangers concessionnaires de site d'épuration et de traitement d'eau potable ou de distribution de gaz. Par exemple, dans l'affaire *SAUR c. Argentine*, elle invoquait le respect des « règles relatives à la protection des droits de l'homme, et en particulier avec le droit de l'homme à l'eau »<sup>2016</sup> comme « un exercice impératif du pouvoir de police et de réglementation »<sup>2017</sup> excluant le caractère expropriatoire de la mesure. Elle invoquait en outre l'état de nécessité au motif que « les mesures adoptées constituent le seul moyen de préserver des intérêts essentiels de l'Etat face à un grave danger de dissolution sociale et d'anarchie politique »<sup>2018</sup> provoqués par la crise financière de 2001.

**1134.** De même, dans l'affaire *Vivendi II c. Argentine*, elle expliquait qu'elle avait « *adopted*

---

<sup>2014</sup> J. Marcoux, « Informal instruments to impose human rights obligations on foreign investors: An emerging practice of legality? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 34, n°1, 2021, p. 121. L'auteur note une convergence de vue entre les Etats et les *amicus curiae*. Voir, *South American Silver Limited c. Bolivie*, Affaire CPA n° 2013-15, décision sur les objections à la compétence, 31 mars 2015: « *Within applicable usages of trade ..the Tribunal shall consider some instruments such as [UN Guiding Principles] on Business and Human rights and the ECD [Guidelines], which expressly provide the need to respect and protect human rights and particularly indigenous peoples' rights* » ; *Copper Mesa Mining c. Equateur*, CPA, sentence, *op. cit.*, note n°1032, par. 5.29 : « *conduct of the Claimants'...so the respondent submits, [amounts] to severe breached of legal principles governing corporate social responsibility and is contrary to international public policy, including the UN Global Compact and the OECD Guidelines* » ; *Bear creek Mining c. Pérou*, sentence, *op. cit.*, note n° 1005.

<sup>2015</sup> *Azurix Corp. c. Argentine (I)*, Affaire CIRDI n°ARB/01/12, sentence, 14 juillet 2006, paras. 254, 261. « *The Respondent also raises the issue of a conflict between the BIT and human rights treaties that protect consumers' rights. According to Argentina's expert, a conflict between a BIT and human rights treaties must be resolved in favor of human rights because the consumers' public interest must prevail over the private interest of service provider...The Respondent has also raised the issue of the compatibility of the BIT with human rights treaties. The matter has not been fully argued and the Tribunal fails to understand the incompatibility in the specifics of the instant case.* »

<sup>2016</sup> *SAUR International c. la République Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/04/4, décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 juin 2012, par. 328.

<sup>2017</sup> *Ibid.*

<sup>2018</sup> *Ibid.*, par. 451.

*the measures in order to safeguard the human right to water of the inhabitants of the country. Because of its importance to the life and health of the population, Argentina states that water cannot be treated as an ordinary commodity. Because of the fundamental role of water in sustaining life and health and the consequent human right to water, it maintains that in judging the conformity of governmental actions with treaty obligations this Tribunal must grant Argentina a broader margin of discretion* »<sup>2019</sup>. Or, cette stratégie défensive tant de fois invoquée par l'Argentine, a souvent échoué à convaincre<sup>2020</sup>.

**1135.** En comparaison avec l'affaire *Urbaser*, les arguments argentins donnent un exemple prégnant de circulation d'un même argument (le respect des droits fondamentaux) dans deux pratiques distinctes (circonstances excluant l'illicéité ou demande reconventionnelle) qui traduit une mutation. En choisissant de se placer sur le terrain offensif pour mettre en cause les défaillances d'un concessionnaire au regard du droit international, l'Argentine, qui est l'Etat au monde le plus attaqué par les investisseurs<sup>2021</sup>, ne fait qu'interroger l'effet international de la privatisation des secteurs autrefois monopolisés par l'Etat sur les acteurs non-étatiques. Il s'agit moins pour l'Etat hôte de se décharger de sa propre responsabilité en vertu du traité, que d'affiner les obligations internationales de l'entreprise « patronnée » par l'Etat hôte et impliquer les acteurs dans la réalisation de ses obligations internationales. En ce sens, l'utilisation de la demande reconventionnelle traduit une inversion de perspective. Elle incite le tribunal à s'interroger sur le fait de savoir si la protection internationale dont bénéficie l'investisseur étranger s'accompagne, *en droit international*, d'un partage d'obligation entre l'Etat hôte et l'investisseur étranger, créant une obligation distincte et complémentaire de respect du droit international.

**1136.** En ayant recours à un outil procédural offensif plutôt qu'à une circonstance excluant l'illicéité, l'Etat fait valoir que la protection internationale et l'admission du capital étranger s'accompagne de certains devoirs. De ce fait, il associe l'investisseur étranger à la réalisation des objectifs fixés par le droit international en matière de protection des droits fondamentaux

---

<sup>2019</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/19, sentence sur la responsabilité, 30 juillet 2010, par. 252.

<sup>2020</sup> *Ibid*, par. 249 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007 ; *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, par. 315 ; *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, sentence sur la responsabilité, 30 juillet 2010, par. 252. Affaires dans lesquelles l'état de nécessité a été reconnu : *Continental Casualty Company c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence, 5 septembre 2008, par. 164. *SAUR International v. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité, 6 juin 2012, para. 463 ; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, par. 201.

<sup>2021</sup> CNUCED, « Investor-State Dispute settlement cases pass the 1,000 mark : cases and outcomes in 2019 », p.2 (62 affaires initiées sur le fondement d'un traité sur la période 1987-2018).

et de droit de l'environnement, à charge pour le tribunal d'en circonscrire la teneur. Cette manière d'utiliser le respect du droit international de manière offensive et non pas seulement défensive a également été choisie par le Costa Rica dans l'affaire CNUDCI *Aven c. Costa Rica*.

## **2. *L'affaire Aven c. Costa Rica, confirmation d'une pratique incitant l'arbitre à se prononcer sur la licéité du comportement de l'investisseur***

**1137.** Le différend *Aven c. Costa Rica* concernait l'acquisition de terres et la signature d'un contrat de concession en vue d'établir un complexe touristique sur un site protégé. Après plusieurs plaintes des populations locales, le Costa Rica multiplia les demandes d'études d'impact et de faisabilité du projet compte tenu de la présence de mangroves et de forêts tropicales. Des poursuites pour violations des règles environnementales avaient été engagées devant les juridictions internes par l'Etat hôte, que l'investisseur jugeait contraires au traité et notamment aux clauses du traitement juste et équitable et d'expropriation.

**1138.** A titre reconventionnel, le Costa Rica reprochait à l'investisseur d'avoir violé le droit environnemental applicable à l'investissement situé sur une zone protégée en construisant des infrastructures asséchant la mangrove et en aggravant la sédimentation des sols. En vertu du traité, seul le droit international était applicable aux réclamations relatives aux violations par l'Etat des protections substantielles prévues par le traité<sup>2022</sup>. Selon le Costa Rica, l'investisseur avait notamment violé le droit international coutumier<sup>2023</sup> et manqué à l'obligation de précaution.

**1139.** Le Tribunal a constaté que l'accord de libre-échange reconnaissait à l'Etat plusieurs prérogatives pour assurer le respect des normes internationales en matière de protection de l'environnement. Ces clauses « sans préjudice »<sup>2024</sup>, ont été appréhendées comme une

---

<sup>2022</sup> *Supra*, Chapitre 2, paras.284-288, Chapitre 4, paras. 798-800; Chapitre 5, paras. 1010- 1013; CAFTA-DR article 10.22 Governing Law: « *when a claim is submitted ...the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law* »; Article 10.16: *Submission of a Claim to Arbitration* « *1. the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim i. that the respondent has breached... A. an obligation under Section A, B. an investment authorization, or C.an investment agreement....*».

<sup>2023</sup> *Aven c. Costa Rica*, Mémoire après audience, par. 1106: « *Claimants violated domestic provisions as well as the obligation under customary international law to respect the environment* »

<sup>2024</sup>CAFTA-DR, article 10.11: « *nothing prevents the Treaty Parties... from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns* » ; article 17.2(1) « *(a) A Party shall not fail to effectively enforce its environmental laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement. (b) The Parties*

obligation internationale faite à l'investisseur de respecter les mesures prises par l'Etat pour atteindre ces objectifs au risque d'engager sa responsabilité :

« *the investors have the obligation, not only under domestic law but also under Section A of Chapter 10 of DR-CAFTA to abide and comply with the environmental domestic laws and regulations, including the measures adopted by the host State to protect human, animal, or plant life or health. No investor can ignore or breach such measures and its breach is a violation of both domestic and international law, so that the perpetrator cannot be exempt of liability for the damages caused. Thus, if it could be interpreted that these provisions impose affirmative obligations on investors, it is not impossible either de facto or de jure, that a foreign investor could be found to breach an obligation under Section A, by the violation of the environmental domestic laws and regulations.* »<sup>2025</sup>

**1140.** Prenant appui sur les considérants de principe de la sentence *Urbaser*, le Tribunal a reconnu que le respect du droit international de l'environnement est une obligation qui pèse en premier lieu sur l'Etat mais qu'il ne saurait être admis qu'un investisseur étranger ne puisse pas être soumis au droit international dans ce domaine<sup>2026</sup>. Mais contrairement au Tribunal *Urbaser* qui s'est contenté d'identifier une obligation négative de ne pas nuire aux droits de la personne humaine, le Tribunal *Aven c. Costa Rica*, a quant à lui identifié une obligation positive de respecter le droit international de l'environnement<sup>2027</sup>. S'appuyant sur la jurisprudence de la

---

*recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to investigatory, prosecutorial, regulatory, and compliance matters and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other environmental matters determined to have higher priorities. Accordingly, the Parties understand that a Party is in compliance with subparagraph (a) where a course of action or inaction reflects a reasonable exercise of such discretion, or results from a bona fide decision regarding the allocation of resources; Article 17.2(2). The Parties recognize that it is inappropriate to encourage trade or investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws as an encouragement for trade with another Party, or as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory ».*

<sup>2025</sup> *David Aven and al. c. Costa Rica*, sentence finale, *op. cit.*, note n°463, para. 734-735.

<sup>2026</sup> *Ibid*, par.737: « *The Urbaser tribunal instead, based on Argentina-Spain BIT, ICSID Convention, international human rights law and general international law, including general principles of international law, concluded, it has jurisdiction to deal with Respondent's Counterclaim in accordance with Articles 25 and 46 of the ICSID Convention and Article X of the BIT* ». Some aspects of this decision may help to elucidate the issue of the admissibility of a counterclaim. In fact, environmental law is integrated in many ways to international law, including DR-CAFTA. It is true that the enforcement of environmental law is primarily to the States, but it cannot be admitted that that a foreign investor could not be subject to international law obligations in this field, particularly in the light of Articles 10.9.3, 10.11 and 17 of DR-CAFTA ».

<sup>2027</sup> B. Debadatta, « *David R Aven v Costa Rica : The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law* », *ICSID Review – FIJL*, vol. 35, n°1-2, 2020, p. 24.

CIJ<sup>2028</sup>, il a érigé l'impératif de protection de l'environnement en une obligation *erga omnes* applicable aux investisseurs : « *it can no longer be admitted that investors operating internationally are immune from becoming subjects of international law. It is particularly convincing when it comes to rights and obligations that are the concern of all States, as it happens in the protection of the environment. It is pertinent to recall the observation of the International Court of Justice regarding this kind of obligations: 'In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes'* »<sup>2029</sup>.

**1141.** Suivant une interprétation très souple des termes du traité, le Tribunal a jugé que la combinaison d'une subjectivité internationale de l'investisseur et de la nature *erga omnes* des obligations dont le Costa Rica invoquait la violation, ne laissait aucune raison d'exempter l'investisseur de possibles violations du traité, en particulier dans le domaine du droit environnemental<sup>2030</sup>. Le défaut de preuve substantielle du dommage subi par l'Etat n'a pas permis d'aboutir à une condamnation de l'investisseur en l'espèce. A l'évidence toutefois, le rejet sur le fond de la demande reconventionnelle pour défaut de preuve<sup>2031</sup> n'a nullement

---

<sup>2028</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, par. 33 : « Dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement. Ces obligations ne sont toutefois ni absolues ni sans réserve. Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. »

<sup>2029</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence finale, *op. cit.*, note n°463, par.738: « *Under international law of investments, particularly under DR-CAFTA, the investors enjoy by themselves a number of rights both substantive and procedural, including the right to sue directly the host State when it breaches its international obligations on foreign investment (Section A of Article 10 in DR-CAFTA). What about the investor's obligations arising of the investment according to international law? ...* ».

<sup>2030</sup> *Ibid*, par.739: « *Under Article 10, Section A of DR-CAFTA, foreign investors have the obligation to abide by and comply with the measures taken by the host State to protect the environment. The claims subject to arbitration according to Article 10.16 must indicate that the respondent has breached an obligation under Section A. Normally it is the State who is in such position but, what happens if the foreign investor breaches an obligation that is deemed to have been imposed to it by Section A? Are foreign investors immune to be sued either directly or through a counterclaim before an arbitral tribunal established according to DR-CAFTA? There are no substantive reasons to exempt foreign investor of the scope of claims for breaching obligations under Article 10 Section A DR-CAFTA, particularly in the field of environmental law* ».

<sup>2031</sup> *Ibid*, par. 745: « *A counterclaim is a separate claim, autonomous with respect to the respondent's statement of defense, although it is usual that materially it is a part of that statement. As such, the counterclaim must satisfy by itself the requirements Articles 20.2 and 20.4 of the UNCITRAL Arbitration Rules, in the same way that the main claim does. In the Tribunal's opinion, Costa Rica did not meet such requirements. In its Counter Memorial (statement of defense under Art. 21 of the UNCITRAL Arbitration Rules) as well as in its Rejoinder, Costa Rica only made a general reference to environmental damages in the Las Olas Project site attributed to the Claimants' activity. There is no precise statement of the facts supporting the claims but rather a reference to expert reports attached to those pleadings. There is no specification of the relief sought but in very general terms and the*

atténué la force du principe de la responsabilité de l'investisseur que le Tribunal associe directement à la subjectivité internationale de ce dernier et à la nature *erga omnes* des impératifs liés à la protection de l'environnement.

**1142.** On peut toutefois s'interroger sur la finalité que le Tribunal attribue en l'espèce à la qualification *erga omnes* des normes de protection environnementale. Premièrement, dans aucune de ses écritures, le Costa Rica ne s'est référé à cette catégorie pour détailler sa demande reconventionnelle. Il demandait au Tribunal d'appliquer le droit international, y compris le droit coutumier arguant notamment de l'importance du principe de précaution dans l'ordre juridique international. Bien que la CIJ n'ait pas reconnu la nature *erga omnes* des principes internationaux protégeant l'environnement<sup>2032</sup>, la CDI a précisé que cette catégorie « est [une] notion dont la portée évoluera nécessairement avec le temps. »<sup>2033</sup> et « qui pourraient concerner l'environnement »<sup>2034</sup>. Toutefois, la finalité de cette qualification est d'élargir le droit d'invoquer la responsabilité<sup>2035</sup>, et non pas, comme le Tribunal semble ici le suggérer, d'élargir la catégorie des destinataires de l'obligation. A partir du moment où le Tribunal avait identifié au sein du traité une obligation faite à l'investisseur de respecter les normes environnementales, y compris celles issues du droit international, la qualification *erga omnes* des obligations n'était donc pas indispensable. Le Costa Rica en tant qu'Etat partie au traité avait un intérêt juridiquement protégé qu'il pouvait faire valoir dans une demande reconventionnelle indépendamment de cette qualification. Ainsi, le Tribunal pouvait éventuellement s'appuyer sur la nature coutumière de l'obligation de prévention « trouvant son origine dans la diligence requise »<sup>2036</sup>, et plus généralement sur l'obligation de diligence due que la CIJ a clairement associée à l'obligation de conduire une étude d'impact environnemental<sup>2037</sup>. Il pouvait

---

*quantification is much approximated, based only in the personal experience of an expert rather than any accurate method of valuation. Moreover, the evidence that Costa Rica has mentioned is diluted in its statement of defense, without specifying clearly and precisely the facts to be proved within the counterclaim, particularly the evidence that the Claimants are the perpetrators of all environmental damages ».*

<sup>2032</sup> M. Fitzmaurice, « The International Court of Justice and International Environmental Law », in *The Development of International Law by the International Court of Justice*, C. Tams et J. Sloan (dir.), OUP, 2013, p. 358.

<sup>2033</sup> CDI, *Articles sur la responsabilité des Etats*, commentaire de l'article 48, p. 346.

<sup>2034</sup> *Ibid.*

<sup>2035</sup> *Ibid.*, p. 344. La qualification *erga omnes* de la norme permet de créer une catégorie d'obligation qui « donnent naissance au droit élargi d'invoquer la responsabilité ».

<sup>2036</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J Recueil 2010, par. 101. « La Cour observe que le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise (« due diligence ») de l'Etat sur son territoire. »

<sup>2037</sup> *Ibid.*, par. 204 : « Ainsi, l'obligation de protéger et de préserver, énoncée à l'alinéa a) de l'article 41 du statut doit être interprétée conformément à une pratique acceptée si largement par les Etats ces dernières années que l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation

également suivre la position costaricaine et se prononcer davantage sur l'effet du principe de précaution considéré comme « une norme coutumière émergente »<sup>2038</sup>.

**1143.** Malgré ces incertitudes, l'analyse formelle de la demande reconventionnelle du Costa Rica dans cette affaire confirme que par la pratique des demandes reconventionnelles, l'Etat incite le tribunal à se prononcer sur la licéité du comportement de l'investisseur *au regard des normes internationales* ou des normes internes auxquels le traité fait référence. En elle-même, la pratique postule l'existence d'une subjectivité internationale de l'investisseur et abolit l'intermédiation étatique dans la mise en œuvre des normes internationales relatives aux droits de l'homme (*Urbaser c. Argentine*) ou à l'environnement (*Aven c. Costa Rica*). En ayant recours à l'outil reconventionnel pour mettre en cause de manière offensive le comportement de l'investisseur, les Etats se donnent pour objectif d'élargir l'effet des normes internationales sur les acteurs privés auxquels ils offrent leur protection. L'action reconventionnelle ne vise pas seulement à constater une contrariété à une règle internationale, c'est-à-dire une conduite jugée incompatible, qui le priverait par exemple de protection, mais bien d'établir un manquement à une obligation internationale<sup>2039</sup> susceptible d'engager la responsabilité.

**1144.** A ces deux précédents expressément fondés sur des violations du droit international, s'ajoutent sur la même période concernée – de 2015 à 2018 – les différends opposant *Perenco* et *Burlington* à l'Equateur dans lesquels l'Etat avait invoqué la violation du droit national relatif à l'environnement. Pour rappel<sup>2040</sup>, dans ces affaires, l'Etat faisait également valoir que les dispositions issues de son droit national étaient une mise en œuvre des principes reconnus par le droit international en la matière, à savoir, le principe du pollueur-payeur et de prévention<sup>2041</sup>. Dans ces cas-là, la pratique reconventionnelle poursuit une logique similaire, il ne s'agit pas seulement de constater un manquement, mais bien de faire produire des effets internationaux aux violations du droit interne commises par l'investisseur.

---

de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée. De plus, on ne pourrait considérer qu'une partie s'est acquittée de son obligation de diligence, et du devoir de vigilance et de prévention que cette obligation implique, dès lors que, prévoyant de réaliser un ouvrage suffisamment important pour affecter le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux, elle n'aurait pas procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement permettant d'apprécier les effets éventuels de son projet »

<sup>2038</sup> L. Boisson de Chazournes et S. Maljean-Dubois, « Principes du droit international de l'environnement », *Jurisclasseur Environnement et Développement durable*, 2020, vol. 5, n° Fasc. 2010, p. 17.

<sup>2039</sup> D. Draysse, *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, note 1678, p. 98.

<sup>2040</sup> *Supra*, Chapitre 5, paras. 1004, 1005.

<sup>2041</sup> *Perenco c. Equateur*, sentence sur les demandes reconventionnelles environnementales, *op. cit.*, note n°155, par. 81: « *One of Ecuador's legal experts ... explained that the Environmental Management Law was inspired by the content of international instruments relating to environmental protection, such as the Rio Declaration, which, according to Article 3 of the Law, is a "guiding instrument for Ecuador's environmental policy" .*

**1145.** Une lecture rétrospective des prononcés jurisprudentiels confirme que la pratique reconventionnelle a contribué à développer les devoirs de l'investisseur internationalement protégé. En se positionnant sur le terrain offensif, l'Etat a incité l'arbitre à se prononcer de manière définitive sur la subjectivité internationale de l'investisseur ainsi que sur l'opposabilité des standards internationaux relatifs à la protection de l'environnement et aux droits fondamentaux. Pas à pas, la pratique reconventionnelle permet « la formation d'un chemin »<sup>2042</sup> de responsabilisation de l'investisseur qu'il appartient à l'arbitre, faute de disposition conventionnelle, de baliser. En se présentant sous la forme de conclusions écrites, la pratique reconventionnelle contient des arguments au sein desquels le juriste peut déceler des convictions qui permettent également de préciser le contenu des devoirs que l'Etat s'estime en droit d'attendre de l'investisseur.

***C. Analyse matérielle : Les demandes reconventionnelles comme agent révélateur de la légitimité des attentes de l'Etat***

**1146.** Les arguments choisis par l'Etat demandeur reconventionnel traduisent trois convictions interdépendantes qui gravitent autour de la reconnaissance d'une subjectivité internationale de l'investisseur. Ces arguments utilisés par l'Etat demandeur reconventionnel, en ce qu'ils expriment une conviction de l'Etat constituent des déclarations publiques qui peuvent également participer à l'identification d'une norme internationale<sup>2043</sup>. Selon la CDI, « les avis publiés de conseillers juridiques gouvernementaux peuvent aussi être indicatifs de la position juridique de l'Etat, sauf lorsque celui-ci a refusé d'y souscrire »<sup>2044</sup>. Dans l'affaire franco-

---

<sup>2042</sup> *Ibid.*

<sup>2043</sup> CDI, Projet de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II (2), 2018, p. 149, Commentaire de la Conclusion 10 sur les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit : « Que ce soit dans un sens ou dans l'autre, sont notamment considérés comme des déclarations publiques faites au nom d'un État les déclarations faites dans le cadre d'une instance multilatérale, les projets de loi présentés au parlement, les écritures ou plaidoiries *présentées devant les tribunaux*, les déclarations dénonçant le caractère illicite de la conduite d'un autre État et les réponses à des propositions de codification. Ces déclarations peuvent être individuelles ou conjointes. » A ceux-ci s'ajoutent « Les avis publiés de conseillers juridiques gouvernementaux peuvent aussi être indicatifs de la position juridique de l'État, sauf lorsque celui-ci a refusé d'y souscrire. », p. 150 ; J.Crawford, A. Pellet et Catherine Redgwell, «Anglo-American and Continental Traditions in Advocacy before International Courts and Tribunals », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, n°4, 2013, p. 724: « *it is very interesting to use the pleadings before the ICJ or elsewhere to establish opinion iuris...what [counsel] say[s] in the International Court is read by the agent and approved by the agent, and it is as such a representative view of the State* ».

<sup>2044</sup> *Ibid.*, p. 150.

canadienne *Filetage dans le Golfe du Saint-Laurent*<sup>2045</sup>, le Tribunal a jugé que les assurances données en cours de procédure orale par l'agent de la France engageaient la France. Les tribunaux d'investissement ont également donné effet aux déclarations faites par les Etats à travers ses agents ou conseils en cours d'instance<sup>2046</sup>. L'analyse matérielle des demandes reconventionnelles des Etats opposés à l'investisseur expriment certaines convictions sur lesquelles se greffent les attentes légitimes de l'Etat. Ces convictions diffèrent sensiblement de l'élément psychologique de la coutume. Il ne s'agit pas d'une conviction étatique de respecter la règle, mais d'une conviction que ces attentes existent et sont légitimes.

**1147.**Premièrement, l'Etat exprime la conviction que l'exigence de conformité du comportement de l'investisseur s'étend au respect du droit international (1). Deuxièmement, en tant que sujet internationalement protégé, l'investisseur est tenu par un devoir de diligence due qui se situe au sein de l'ordre juridique international (2). Troisièmement, l'Etat demandeur reconventionnel fait valoir qu'il peut être lésé par le comportement de l'investisseur contraire au droit international et porter atteinte à ses attentes légitimes (3).

***1. Première conviction : L'exigence de conformité étendue au respect des normes internationales en matière de protection de l'environnement et des droits humains***

**1148.**La possibilité qu'un Etat fonde ses demandes reconventionnelles sur des normes issues du droit international comme dans les affaires *Urbaser* ou *Aven Costa Rica* peut être

---

<sup>2045</sup> *Filetage dans le Golfe du Saint-Laurent (Canada/France)*, sentence, 17 juillet 1986, *RGDIP*, 1986, vol. 3, p. 756 ; par. 63 (2) : « Le Tribunal estime devoir exclure cette éventualité [ que les parties aient songé à assigné une certaine capacité de pêche dans leur accord] dans le cas d'espèce , non seulement pour les motifs qui ont déjà été développés, mais aussi pour les raisons suivantes : ... 2) Au cours de la procédure orale devant le présent Tribunal, l'Agent du Gouvernement français a constamment tiré argument de l'existence des quotas de captures pour affirmer qu'un navire fileteur opérant dans le golfe était ainsi limité dans son effort de pêche, allant même jusqu'à déclarer, au cours de l'audience du mardi 4 juin 1986, à propos des chalutiers-fileteurs, que, filetant ou non à bord, "ils ne captureront pas un kilogramme de morue de plus que le quota autorisé" (PV n° 3, p. 112). Eu égard aux circonstances dans lesquelles elle a été faite, le Tribunal doit considérer pareille déclaration comme engageant la France à user de tous les moyens dont elle dispose pour veiller, conjointement avec les autorités canadiennes, au respect de cette déclaration. » ; Voir aussi, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt, 27 juin 2001, *C.I.J Recueil 2001*, par. 127 : « la Cour se bornera donc à prendre acte de l'engagement pris par les Etats-Unis d'assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées en exécution de leurs obligations au titre de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, ainsi que de l'obligation susvisée qu'ont les Etats-Unis de prendre les mesures qui s'imposent en cas de violation de cette convention, si de telles violations se produisaient en dépit des efforts déployés pour en assurer le respect. »

<sup>2046</sup> *Joy Mining Machinery Limited c. Egypt*, Affaire CIRDI n° ARB/03/11, décision sur la compétence, 6 août 2004, par. 98-99 : « As the solemn declaration by Counsel for the Respondent was made on behalf of both the Egyptian State and IMC, the Tribunal also takes note that the Egyptian State is under an international legal obligation to facilitate the enforcement of any award issued in this case to the extent that the intervention of the State is required. The option of resorting to Egyptian courts is also precluded by the Declaration made as the obligations both to resort to arbitration and abide by its results have been solemnly recorded. »

appréhendée comme le prolongement d'une jurisprudence bien établie<sup>2047</sup> d'après laquelle la violation de certaines obligations priverait l'investisseur de protection internationale.

**1149.** Le refus d'accorder le bénéfice de la protection internationale a été maintes fois confirmé par les tribunaux notamment en matière de lutte contre la corruption et plus généralement en cas de violation des normes impératives. Dans l'affaire *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, le tribunal a jugé que les réclamations de l'investisseur « *cannot be read and interpret in isolation of public international law* »<sup>2048</sup> et que la protection dont il bénéficie par les traités ne peut être accordée en cas de violation « *of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs.* »<sup>2049</sup>

**1150.** L'irrecevabilité des réclamations de l'investisseur pour violation du droit international n'est toutefois pas limitée au cas de violations des normes impératives. Elle s'étend aux règles non-impératives telles que la bonne foi érigée comme un « *general principle of international law* »<sup>2050</sup>. Dans l'affaire *Hamester c. Ghana*, le Tribunal a jugé que le respect par l'investisseur du principe international de la bonne foi et du droit interne sont des principes généraux existant indépendamment des dispositions conventionnelles<sup>2051</sup>, dont la violation le prive du bénéfice de la protection internationale. Plus généralement, le comportement frauduleux de l'investisseur au moment de la réalisation de l'investissement sera jugé contraire à l'exigence internationale de conformité au droit interne que les tribunaux identifient dans les traités de manière expresse ou tacite<sup>2052</sup>. Le manquement à cette exigence le privera du droit d'invoquer la responsabilité de l'Etat<sup>2053</sup>. Le produit de cette jurisprudence est donc d'établir de manière

---

<sup>2047</sup> *CTC c. République démocratique du Congo*, Arbitrage CCI n°19515/MCP, sentence partielle, 22 juillet 2015, par.112. En l'espèce, selon le Tribunal, la République du Congo invoquait ces règles de manière « abstraite » car utilisait les règles de la Convention pour établir la nullité du contrat qui n'aurait pas été conclu de manière transparente, sans pour autant avoir allégué tout acte de corruption ; *Metal-Tech Ltd. c. Ouzbekistan*, sentence, par. 372 ; *Fraport AG Frankfurt c. Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/03/25, sentence, 16 août 2007, par. 344 ; *World Duty Free Company c. Kenya*, Affaire CIRDI n° ARB/00/7, sentence, 4 octobre 2006, par. 157.

<sup>2048</sup> *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, Affaire CIRDI n° ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par. 78.

<sup>2049</sup> *Ibid.*

<sup>2050</sup> *Ibid.*, par. 106.

<sup>2051</sup> *Hamester c. Ghana*, sentence, *op. cit.*, note n° 455, par. 124 : « *These are general principles that exist independently of specific language to this effect in the Treaty.* »

<sup>2052</sup> *Supra*, Chapitre 5, par. 910 et suivant.

<sup>2053</sup> *Fraport AG Frankfurt c. Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/03/25, sentence, 16 août 2007, par. 344. *SAUR International c. Argentine*, Affaire CIRDI No. ARB/04/4, décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 juin 2012, par. 308 : « Il entend que la finalité du système d'arbitrage d'investissement consiste à protéger uniquement les investissements licites et *bona fide* » ; *David Minnotte and Robert Lewis c. Pologne*, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/10/1, sentence, 16 mai 2014, par. 131 « *Nonetheless, it is now generally accepted that investments made on the basis of fraudulent conduct cannot benefit from BIT protection; and this is a principle that is independent of the effect of any express requirement in a BIT that the investment be made in accordance with the*

négative que l'investisseur doit non seulement se conformer au droit interne mais également à certaines normes issues du droit international.

**1151.**C'est à partir de cet acquis que la pratique des demandes reconventionnelles et les arguments avancés par l'Etat sont bâtis. Le principe d'incompétence ou d'irrecevabilité sur les différends d'investissement réalisés de manière frauduleuse est construit sur l'attente exprimée par l'Etat – et endossée par les tribunaux– que l'investisseur doit se conformer au droit interne et au droit international. A l'évidence, en refusant d'octroyer la protection internationale aux investissements frauduleux ou réalisés en violation des normes internationales, les tribunaux conditionnent la subjectivité au respect des normes issues de cet ordre juridique. Le déni de protection internationale du fait de la violation des normes internationales par l'investisseur peut être appréhendé comme une preuve négative que la capacité procédurale de l'investisseur est encadrée par le respect des normes substantielles issues de l'ordre juridique interne et international.

**1152.**Si cette lignée jurisprudentielle confirme que l'investisseur étranger est assujéti au respect du droit international pour accéder aux prétoires internationaux, la pratique reconventionnelle dans sa fonction offensive qui vise à mettre en cause le comportement de l'investisseur est construite sur la proposition qu'il est destinataire d'obligation dont la violation engage sa responsabilité. Elle repose sur la conviction que, tenu au respect de certaines normes issues du droit international et du droit interne, il devrait répondre de ses violations. Cette approche n'est guère surprenante puisque certains secteurs d'investissement sont plus enclins à violer les droits humains de seconde et troisième génération, comportant respectivement les droits collectifs et les droits de la collectivité concernant la santé et l'environnement<sup>2054</sup>. D'après le Rapporteur spécial J. Ruggie, les activités de l'industrie extractive sont les plus

---

*host State's law.* »; *Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica*, Affaire CIRDI n°ARB/14/5, décision sur la compétence, 4 décembre 2017, par. 138: « *Hence, to be protected under the BIT, an investment must have been at the very least established in accordance with Costa Rican law* » ; *Anglo-Adriatic Group Limited c. Republic of Albania*, Affaire CIRDI n° ARB/17/6, 7 février 2019, par. 296 : « *For these reasons, the Tribunal finds that Claimant has not made a protected investment under Arts. 1 and 8 LFI. The corollary is that the Centre lacks jurisdiction and the Tribunal, competence ratione materiae to adjudicate this dispute* »; *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, Affaire CIRDI n°ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par. 101: « *The purpose of the international mechanism of protection of investment through ICSID arbitration cannot be to protect investments made in violation of the laws of the host State or investments not made in good faith, obtained for example through misrepresentations, concealments or corruption, or amounting to an abuse of the international ICSID arbitration system. In other words, the purpose of international protection is to protect legal and bona fide investments.* »; *Metal-Tech Ltd. c. Ouzbékistan*, sentence, par. 372.

<sup>2054</sup> I. Odumosu-Ayanu, « Local Communities Environment and Development : the case of Oil and Gas Investment in Africa », in *Research Handbook on Environment and Investment Law*, K. Miles (dir.), Elgar, 2019, p. 482.

préjudiciables dans ces domaines et cumulent le plus grand nombre d'abus<sup>2055</sup>. Ce secteur est également celui qui a le plus utilisé l'arbitrage transnational représentant 24% des affaires portées devant le CIRDI pour la période 1966- 2020<sup>2056</sup>.

**1153.** D'ailleurs, il est significatif d'observer qu'en matière de protection de l'environnement et de corruption, l'Etat demandeur reconventionnel ne se contente pas d'invoquer la violation du droit national lorsqu'il est applicable dans ces domaines, mais va également chercher une filiation internationale à son droit interne<sup>2057</sup>. Parmi ces règles figurent l'interdiction de la corruption<sup>2058</sup>, l'obligation de prévenir et de réparer les dommages à l'environnement<sup>2059</sup>, l'obligation négative de ne pas porter atteinte au respect des droits fondamentaux ou au statut de certaines zones protégées<sup>2060</sup>.

**1154.** Aussi, certains considèrent que la notion d'ordre public transnational pourrait être utilisée pour intégrer les droits fondamentaux de la personne humaine dont la violation par l'investisseur serait sanctionnée sur le terrain de la compétence<sup>2061</sup>. D'autres ont proposé d'utiliser la notion comme fondement juridique des demandes reconventionnelles de l'Etat en matière environnementale<sup>2062</sup>. Il faudrait identifier, comme l'a fait le Tribunal dans l'affaire *World Duty Free c. Kenya* en matière de lutte contre la corruption, des éléments communs dans

---

<sup>2055</sup> Commission des droits de l'homme, Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 62ème session, doc n° E/CN.4/2006/97, 22 février 2006, par.25.

<sup>2056</sup> CIRDI, « Affaires du CIRDI- statistiques », n°2020-I, en ligne <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>

<sup>2057</sup> *Aven c. Costa Rica*, Mémoire après audience, par. 1106 : « *Claimants violated domestic provisions as well as the obligation under customary international law to respect the environment* » ; *BSG Resources Limited c. Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB/14/22, mémoire après audience de la république de Guinée, par. 580.

<sup>2058</sup> *Fraport AG Frankfurt c. Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/03/25, sentence, 16 août 2007, par. 344.

<sup>2059</sup> *Perenco c. Equateur*, sentence sur les demandes reconventionnelles environnementales *op. cit.*, note n°155; *Burlington c. Equateur*, sentence intérimaire sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155..

<sup>2060</sup> *Bear Creek Mining c. Pérou*, sentence, *op. cit.*, note n° 1005, par. 406 : « *Even though the concept of "social license" is not clearly defined in international law, all relevant international instruments are clear that consultations with indigenous communities are to be made with the purpose of obtaining consent from all the relevant communities* » ; Sur la notion de Social Licence to Operate voir *Supra*, Chapitre 3, par.622; CIADH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam, Série C*, n° 309, 2015, p. 223. Dans cette affaire, la CIDH a reconnu l'obligation de l'entreprise de ne pas porter atteinte à l'environnement ou aux droits de communautés indigènes.

<sup>2061</sup> J. M Marcoux, « Transnational Public policy as a vehicle to Impose Human Rights Obligations in International Investment Arbitration, *JWI&T*, vol. 21, n°6, 2020, p. 834: « *Assuming that transnational public policy includes peremptory norms of international law, a foreign investor that has committed a violation of a fundamental human right covered by the concept of jus cogens could be considered as violating transnational public policy. While it appears fairly uncontroversial to maintain that an investment claim submitted by such an investor would have to be dismissed by a tribunal, conceptualizing the protection of fundamental human rights through transnational public policy would ensure an innovative approach to address this matter at an early stage in international investment arbitration, either as a matter of jurisdiction or admissibility* »

<sup>2062</sup> T. Gleason, « Examining host-State counterclaims for environmental damage in investor-State dispute settlement from human rights and transnational public policy perspectives », in *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2020, en ligne uniquement: <https://doi.org/10.1007/s10784-020-09519-y>.

les ordres juridiques internes et international<sup>2063</sup> l'existence de principe ayant en commun d'intégrer certains principes fondamentaux en matière de protection de l'environnement permettant de dégager un « *minimum standard of conduct in most countries concerning environmental damage* »<sup>2064</sup>.

**1155.** Toutefois, ainsi que l'observe E. de Brabandere, l'utilisation de l'ordre public transnational comme moyen d'imposer des obligations aux investisseurs est contestable. D'abord, la notion a été importée de la pratique de l'arbitrage commercial principalement pour écarter les demandes sur le terrain de l'incompétence ou de l'irrecevabilité<sup>2065</sup>. Elle a pour fonction d'écarter le droit applicable au différend et de supplanter la volonté contraire des parties<sup>2066</sup>. Elle n'est donc pas transposable sans difficulté dans le contentieux transnational de l'investissement. Surtout, il est discutable de considérer qu'elle est une notion susceptible d'imposer des obligations supplémentaires aux parties : « *But transnational public policy in international arbitration as such does not 'impose' additional obligations on the parties; it adds a set of norms to the legal regime to be applied by the tribunal. It does not have the effect of imposing obligations on the parties; transnational public policy sanctions transgression of the norms comprised in the concept by, for example, refusing the recognition of rights deriving from treaties obtained by corruption.* »<sup>2067</sup>

**1156.** Ainsi, il n'est pas surprenant que les Etats utilisent la notion d'ordre public transnational pour écarter le bénéfice de la protection octroyée dans un traité ou dans un contrat. C'est pourquoi, afin de faire produire des effets substantiels aux manquements de l'investisseur, l'Etat demandeur reconventionnel, peut associer à l'exigence de conformité un devoir de diligence dont la violation peut satisfaire la fonction offensive des demandes reconventionnelles

---

<sup>2063</sup> *World Duty Free c. Kenya*, Affaire CIRDI n° ARB/00/7, sentence, 4 octobre 2006, par. 157 ; *Supra*, Chapitre 5, par. 984.

<sup>2064</sup> T. Gleason, « Examining host-State counterclaims for environmental damage in investor-State dispute settlement from human rights and transnational public policy perspectives », *op. cit.*, note 2062.

<sup>2065</sup> E. De Brabandere, « The (Ir)relevance of Transnational Public Policy in Investment Treaty Arbitration – A Reply to Jean-Michel Marcoux », *JWI&T*, vol. 21, n°6, 2020, pp. 849-850.

<sup>2066</sup> *Ibid*, p. 850 « *Secondly, the implication of transnational public policy might result in an arbitral tribunal overriding the lex contractus chosen by the parties or otherwise applicable to the dispute* ». La finalité de l'ordre public transnational n'est pas identique à celle qui prévaut dans l'arbitrage commercial : « *International law generally applies, including possible preemptory norms and their effects. There thus is no need for a transnational public policy to 'trump' or overrule the law as chosen by the parties: 'higher' norms (as understood in the concept of transnational public policy) are part of (and even mostly derived from) the international law applicable to the disputes, and no 'higher' norms can trump international law which has its own preemptory norms* ».

<sup>2067</sup> *Ibid*, p. 865.

**2. Deuxième conviction : L'investisseur est tenu par une obligation d'agir de manière diligente qui se situe dans l'ordre juridique international**

**1157.** Les fondements utilisés par l'Etat demandeur reconventionnel reflètent la conviction que l'ordre juridique international est un lieu d'identification d'obligations pour l'investisseur. Dans ses demandes reconventionnelles, l'Etat fait découler de la responsabilité sociale des entreprises une obligation de diligence due qui a un caractère continu, tout au long de la vie de l'investissement<sup>2068</sup>.

**1158.** Dans l'affaire précitée *Aven c. Costa Rica*, l'argumentation Costaricaine appuyait la thèse de l'internationalisation des obligations des investisseurs en se référant au standard de responsabilité sociale des entreprises expliquant que « *To develop the Las Olas Project, Claimants assumed investment obligations which gave rise to bona fide expectations by Costa Rica that their investment would indeed be made ensuring the protection to the environment. By failing to make their investment appropriately, Claimants violated domestic provisions as well as the obligation under customary international law to respect the environment. Such obligation is binding not only upon sovereign States, but also upon legal and natural persons such as Claimants... This standard [corporate social responsibility] includes commitments to comply with human rights in the framework of those entities' operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation.* »<sup>2069</sup>.

**1159.** En convoquant le principe de la responsabilité sociale des entreprises reconnu d'importance « cruciale » par le Tribunal *Urbaser*, le Costa Rica rappelle que l'Etat est en droit d'attendre que l'investisseur agisse avec diligence dans la conduite de son projet. En effet, la filiation entre la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et l'obligation de diligence due n'est guère contestée<sup>2070</sup>.

**1160.** En droit international général, la CIJ a décrit l'obligation de diligence due comme une obligation de comportement en vertu de laquelle l'Etat « se doit non seulement d'adopter les normes et mesures appropriées, mais également d'exercer un certain degré de vigilance dans

---

<sup>2068</sup> *Supra*, sur le devoir de diligence voir au présent Chapitre, paras. 1052-1054, 1065-1068.

<sup>2069</sup> *David Aven and al. c. Costa Rica*, sentence finale, *op. cit.*, note n°463, par. 699, reproduisant in extenso la décision du Tribunal *Urbaser*.

<sup>2070</sup> W. Visser, « Due diligence », in *The A to Z of Corporate Social Responsibility : A Complete Reference Guide to Concepts, Codes and Organisations*, W. Visser, D. Matten, M. Pohl, N. Tolhurst (dir.), John Wiley & Sons, Incorporated, 2007, p. 165.

leur mise en œuvre »<sup>2071</sup>. En droit international des investissements, le standard de diligence due est aussi analysé du point de vue du devoir de l'Etat envers l'investisseur<sup>2072</sup>. Il sert de mètre-étalon sur la base duquel on apprécie la légitimité des attentes de l'investisseur. L'on peut y voir le prolongement de l'idée selon laquelle l'objet du droit de l'investissement serait limité à la protection des investisseurs étrangers<sup>2073</sup>.

**1161.** Pourtant, il est possible de concevoir que la notion de diligence soit utilisée par l'Etat envers l'investisseur. En effet, l'objectif de protection des investissements n'est pas exclusif du droit de l'Etat d'attendre un certain comportement responsable de l'investisseur<sup>2074</sup>, qui inclut aussi la protection des intérêts de l'Etat et de sa population. S. Robert-Cuendet observe à ce titre qu'« il est évident » que le seul objectif de protection des investissements ne peut suffire à délimiter les contours du droit des investissements internationaux. Du moins, cet objectif ne peut pas être considéré comme une fin en soi. Non seulement le droit des investissements est aujourd'hui en proie à une profonde crise de légitimité qui tient en grande partie à la remise en cause de l'étendue de la protection, substantielle et conventionnelle... [m]ais en outre, la focalisation sur l'étendue de cette protection élude totalement sa raison d'être qui n'a de sens qu'en considération du fait que les flux d'investissements doivent servir de vecteurs de développement et de transmission des richesses »<sup>2075</sup>.

**1162.** Appréhendé comme un facteur de développement et de « progrès social »<sup>2076</sup>, l'investisseur internationalement protégé est donc tenu de se comporter de manière diligente c'est-à-dire que l'attente de générer des profits ne saurait se faire au détriment du développement social et humain de l'Etat lui offrant sa protection. Comme en droit international général, la diligence requiert de l'investisseur d'évaluer les risques politiques, juridiques et financiers formant le contexte dans lequel l'investissement est réalisé<sup>2077</sup>. L'exigence de

---

<sup>2071</sup> *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J Recueil 2010, par.197.

<sup>2072</sup> A. de Nanteuil, « Due diligence et investissements étrangers », in SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'étude franco-italienne du Mans, Pedone, 2018, pp. 93-106.

<sup>2073</sup> A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2020, p.5.

<sup>2074</sup> M.M. Mbengue, « Les obligations des investisseurs », in SFDI, *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque Saint-Denis, 2016, Pedone, p. 299.

<sup>2075</sup> S. Robert- Cuendet, « Introduction », in *Droit international des investissements internationaux perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 26.

<sup>2076</sup> Charte de La Havane instituant une Organisation internationale de commerce, 24 mars 1948, article 21 (1) (a) : « [l]es investissements internationaux, tant publics que privés peuvent contribuer dans une grande mesure à favoriser le développement économique et la reconstruction, et, par voie de conséquence, le progrès social », disponible en ligne sur le site de l'OMC : [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/havana\\_f.pdf](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf).

<sup>2077</sup> *NextEra Energy Global Holdings B.V. et NextEra Energy Spain Holdings c. Espagne*, Affaire CIRDI n°ARB/14/11, sentence sur la compétence, la responsabilité et les principes du quantum, 12 mars 2019, par. 595.

diligence<sup>2078</sup> accompagne la vie de l'investissement et requiert par exemple que l'investisseur collecte l'accord de populations résidant sur une zone protégée<sup>2079</sup>, qu'il conduise une étude d'impact environnemental, qu'il minimise les risques d'atteinte à l'environnement et aux droits des populations potentiellement impactées par ses activités. Puisque les droits fondamentaux et le droit de l'environnement ne sont pas statiques, leur respect ne s'éteint pas une fois l'étude d'impact ou l'investissement réalisés<sup>2080</sup>. Ainsi, la diligence de l'investisseur est prise en compte à différents stades du procès transnational tant au niveau procédural que substantiel<sup>2081</sup> ou encore du quantum<sup>2082</sup>.

**1163.** Il a justement été observé que la diligence de l'investisseur peut servir de curseur pour interpréter les droits accordés aux investisseurs, ce qui aurait l'avantage de rétablir un équilibre entre droits et obligations des parties au différend tout en préservant l'intégrité des accords existants<sup>2083</sup>. Par exemple, dans l'affaire *Mamidoil*, le Tribunal a identifié au sein du standard de traitement juste et équitable un devoir réciproque de diligence pesant respectivement sur l'Etat et l'investisseur :

*« They reflect the specificities of the fair and equitable standard, which protects investors against a certain conduct, namely unacceptable and inappropriate changes of conditions and circumstances by the State. The investor is entitled to rely on the stability and transparency of the legal framework. However, the obligation of the State does not dispense the obligation of the investor to evaluate the circumstances. Reliance has at its prerequisite diligent inquiry and information. The investor has to understand the content and the context of the law and the administrative practice. Put differently, the standard is addressed to both the State and the investor. Fairness and equitableness cannot be established adequately without an adequate and*

---

<sup>2078</sup> *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, p. 40 : « la diligence raisonnable de l'entreprise ...[est] une activité continue, étant entendu que les risques concernant les droits de l'homme peuvent changer à mesure que les activités de l'entreprise et son environnement évoluent ».

<sup>2079</sup> *Bear Creek Mining c. Pérou*, sentence, *op. cit.*, note n° 1005, par. 406 : « *Even though the concept of 'social license' is not clearly defined in international law, all relevant international instruments are clear that consultations with indigenous communities are to be made with the purpose of obtaining consent from all the relevant communities* ».

<sup>2080</sup> *Principes Directeurs des Nations Unies*, article 17 : « La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme ... devrait s'exercer en permanence » ; commentaire de l'article 18 : « Les situations en matière de droits de l'homme étant dynamiques, on devrait évaluer les incidences sur les droits de l'homme à intervalles réguliers ».

<sup>2081</sup> *Bear Creek Mining c. Pérou*, sentence, *op. cit.*, note n° 1005, par. 406 ; *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 263 ; *Perenco c. Equateur*, sentence intérimaire sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 155, par. 447.

<sup>2082</sup> *Al Warraq c. Indonésie*, sentence, *op. cit.*, note n° 423, par. 683. Le tribunal rejette l'indemnisation de l'investisseur en raison d'agissements contraires à l'intérêt public ayant conduit à la violation de la clause de conformité du traité.

<sup>2083</sup> J. Viñuales, « Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments », *ICSID Review*, vol. 32, n° 2, 2017 p. 368; *Infra*, Chapitre 8, par. 1357 et suivant.

*balanced appraisal of both parties' conduct.* »<sup>2084</sup>

**1164.** Cette manière de voir est conforme à l'approche suivie par la CIJ qui utilise la diligence due comme une règle d'interprétation afin de préciser le contenu d'obligations primaires<sup>2085</sup>.

**1165.** Mais la Cour ne s'est pas arrêtée là dans l'utilisation du principe. Dans d'autre cas, la diligence due est conçue comme un principe général à partir duquel le juge identifie des obligations plus spécifiques. La Cour l'a également utilisée comme un principe au sein duquel elle a identifié de nouvelles règles coutumières<sup>2086</sup>. Dans l'affaire *Usines de pâtes à papier*, elle a reconnu le caractère coutumier de l'obligation de prévention, observant que « le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise ('due diligence') de l'Etat sur son territoire. Il s'agit de l'obligation pour tout Etat de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats. En effet, l'Etat est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire...ne causent préjudice. »<sup>2087</sup> Adoptant la technique des « poupées russes »<sup>2088</sup>, la Cour a identifié le caractère coutumier de l'obligation d'étude d'impact

---

<sup>2084</sup> *Mamidoil. c. Albanie*, sentence, *op. cit.*, note n° 989, par. 494.

<sup>2085</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, C.I.J Recueil 2007, paras. 430, 432 : « il est clair que l'obligation dont il s'agit [de prévenir le génocide] est une obligation de comportement et non de résultat...l'obligation qui s'impose aux Etats parties est plutôt celle de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide. La responsabilité d'un Etat ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint ; elle l'est, en revanche, si l'Etat a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher. En la matière, la notion de 'due diligence', qui appelle une appréciation in concreto, revêt une importance cruciale. Plusieurs paramètres entrent en ligne de compte quand il s'agit d'apprécier si un Etat s'est correctement acquitté de l'obligation en cause... il suffit, pour que sa responsabilité internationale soit susceptible d'être engagée à ce titre, qu'il ait eu connaissance, ou eût dû normalement avoir connaissance, de l'existence d'un risque sérieux de commission d'actes de génocide » ; interprétant un article de la convention obligeant les Etats à adopter certaines mesures administratives pour le maintien de l'équilibre écologique du fleuve Uruguay, la CIJ a également eu recours à la notion de diligence due : « La Cour considère que l'obligation formulée à l'article 36 incombe aux deux Parties et leur impose d'adopter un comportement spécifique consistant à prendre les mesures nécessaires de façon coordonnée, par l'intermédiaire de la commission, pour éviter toute modification de l'équilibre écologique. L'obligation d'adopter des mesures réglementaires ou administratives, que ce soit de manière individuelle ou conjointe, et de les mettre en œuvre constitue une obligation de comportement. Les deux Parties doivent donc, en application de l'article 36, faire preuve de la diligence requise (« due diligence ») en agissant dans le cadre de la commission pour prendre les mesures nécessaires à la préservation de l'équilibre écologique du fleuve. » ; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, 20 avril 2010, C.I.J Recueil 2010, par. 187.

<sup>2086</sup> Y. Kerbrat, « Le standard de due diligence catalyseur d'obligations conventionnelles et coutumières pour les Etats », in *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, journée d'étude franco-italienne du Mans, Pedone, 2018, p. 27.

<sup>2087</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, Recueil C.I.J 2010, par. 101, pp. 55-56.

<sup>2088</sup> Y. Kerbrat, « Le standard de due diligence catalyseur d'obligations conventionnelles et coutumières pour les Etats », *op cit*, note 2086, p. 36.

environnemental comme une conséquence de sa filiation avec le principe de prévention<sup>2089</sup>, qui découle de la diligence due.

**1166.** Comme en droit international général, la diligence due est utilisée comme un cadre au sein duquel sont identifiées des obligations à la charge de l'entreprise. Le devoir de diligence figure au sein des Principes Directeurs des Nations-Unies<sup>2090</sup>, les Principes de l'OCDE<sup>2091</sup> ou la Déclaration tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale<sup>2092</sup> et est associé au respect par l'entreprise des droits de l'homme et les principes fondamentaux en matière de droit du travail.

**1167.** La conviction de l'Etat que l'entreprise – *a fortiori* l'investisseur étranger – est tenue par une obligation de diligence due dont l'origine se situe au sein du droit international est également apparente dans plusieurs catégories de législations nationales, à savoir : les lois visant à réglementer les activités des entreprises à l'étranger, celles applicables à l'investissement étranger<sup>2093</sup> et celles applicables aux entreprises engagées dans des activités industrielles dangereuses. Certes, les législations nationales sont un élément important de la

---

<sup>2089</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, Recueil CIJ 2010, par. 205, pp. 83-84 ; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt 16 décembre 2015, C.I.J Recueil 2015, pp. 722-723, par. 161.

<sup>2090</sup> Nations Unies, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, 2011, Principe 15. (« Afin de s'acquitter de leur responsabilité en matière de respect des droits de l'homme, les entreprises doivent avoir en place des politiques et des procédures en rapport avec leur taille et leurs particularités, y compris: a) L'engagement politique de s'acquitter de leur responsabilité en matière de respect des droits de l'homme ; b) Une procédure de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient ; c) Des procédures permettant de remédier à toutes les incidences négatives sur les droits de l'homme qu'elles peuvent avoir ou auxquelles elles contribuent »).

<sup>2091</sup> OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, IV. (Les droits de l'homme (« Les États ont le devoir de protéger les droits de l'homme. Dans le cadre des droits de l'homme internationalement reconnus, des engagements internationaux envers les droits de l'homme souscrits par les pays où elles exercent leurs activités ainsi que des lois et règlements nationaux pertinents, les entreprises devraient...Exercer une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, en fonction de leur taille, de la nature et du contexte de leurs activités et de la gravité des risques d'incidences négatives sur ces droits »).

<sup>2092</sup> OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, mars 2017, par. 10 (d) : « Les entreprises, y compris les entreprises multinationales, devraient faire preuve de diligence raisonnable afin d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités sur les droits de l'homme, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles remédient à celles qui ont trait aux droits de l'homme internationalement reconnus, à savoir, au minimum, ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail ».

<sup>2093</sup> Le Code guinéen des investissements de 2015 requiert que les investisseurs « se conforment aux normes internationales applicables à leurs produits, services, et environnement de travail, en ce qu'elles peuvent compléter la législation nationale ». Parmi ces obligations figure le respect des principes internationaux relatifs au droit du travail et au droit de la personne, parmi lesquels ceux issus de la norme ISO 26000 ; Le principe de la responsabilité sociale des entreprises est également reconnu par la loi égyptienne (article 15) qui favorise les investissements participant aux objectifs du développement durable (2017).

pratique étatique dans la formation de la norme coutumière<sup>2094</sup>, mais elles peuvent également être utilisées pour appuyer l'élément psychologique, la conviction que l'Etat considère l'entreprise liée par une obligation internationale de diligence due.

**1168.** En mettant en cause le comportement de l'investisseur au regard du droit international, l'Etat exprime la conviction que l'investisseur est tenu par une obligation internationale d'agir de manière diligente qui est indépendante du devoir primaire pesant sur les Etats dans ces domaines<sup>2095</sup>. Telle était en substance l'argumentation argentine<sup>2096</sup> dans l'affaire *Urbaser* et costaricaine dans l'affaire *Aven*<sup>2097</sup>. Les Etats attendent de l'investisseur qu'il agisse de manière diligente dans la conduite de ses activités en s'assurant de respecter les droits de l'homme et les standards internationaux en matière de protection de l'environnement. Le lieu d'identification de l'obligation de diligence est ancré au sein de l'ordre juridique international<sup>2098</sup> et peut être importé dans les ordres juridiques nationaux qui en précisent la teneur. Dans ce contexte, la conviction exprimée par l'Etat demandeur reconventionnel que l'acteur privé est associé au respect des droits de l'homme et de l'environnement, corrobore l'approche préconisée par les instruments de droit assourdi ou les lois nationales que l'entreprise est tenue par un devoir international de diligence due.

**1169.** En outre, cette conviction est cohérente avec la position exprimée par les Etats membres de la CNUDCI participant aux travaux du Groupe de Travail III dont l'objet est d'instruire d'éventuelles réformes du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE). En effet, plusieurs Etats, dont le Costa Rica<sup>2099</sup>, ont souhaité – et obtenu – que le sujet des

---

<sup>2094</sup> CDI, Deuxième rapport sur l'identification de la coutume, doc n°A/CN.4/672, 2014, en ligne ([https://legal.un.org/ilc/guide/1\\_13.shtml](https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml)), p. 25.

<sup>2095</sup> Société Financière Internationale, *Politique de durabilité environnementale et sociale*, en ligne ([https://www.idbinvest.org/sites/default/files/Sustainability\\_Policy-French.pdf](https://www.idbinvest.org/sites/default/files/Sustainability_Policy-French.pdf)) p. 4.

<sup>2096</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, paras. 1151-1162: « *The Declaration avoids making reference to who would be responsible for the rights and obligations arising therefrom. However, upon reading the Declaration, it is evident that obligations arising therefrom do not lie exclusively on States. The Preamble expressly sets forth that the duties would lie both on institutions and on individuals...Therefore, business companies and international corporations are affected by the obligations included in international human rights law ... It is evident that rules of International Human Rights Law create obligations that must also be respected by multinational companies* ».

<sup>2097</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, par. 699: « *By failing to make their investment appropriately, Claimants violated domestic provisions as well as the obligation under customary international law to respect the environment. Such obligation is binding not only upon sovereign States, but also upon legal and natural persons such as Claimants* »; *Supra*, au présent chapitre, par.1159

<sup>2098</sup> Association de droit international (ILA), 2ème rapport sur la diligence requise en droit international, 2016, p. 6: « *Even if the content of due diligence is very general, it is clear that its requirement are defined at the level of international rather than national law* ») en ligne: <https://www.ila-hq.org/index.php/study-groups?study-groupsID=63>

<sup>2099</sup> Voir CNUDCI, Groupe de travail III, *Eventuelles réformes du règlement des différends entre investisseurs et Etats*, 38ème session, octobre 2019, Communication du gouvernement costaricain, doc n° A/CN.9/WG.III/WP.178, p. 5.

demandes reconventionnelles soit inscrit parmi les préoccupations des Etats sur la base desquelles d'éventuelles réformes pourraient être proposées<sup>2100</sup>. Lors de la session de Vienne en octobre 2019, plusieurs délégations ont alors saisi le Groupe de travail III de « la question de savoir si les obligations des investisseurs (en ce qui concerne les droits de la personne, l'environnement et la responsabilité sociale des entreprises) devaient faire l'objet d'un examen plus approfondi »<sup>2101</sup>, question que le Groupe de Travail a jugé « étroitement liée » à la pratique des demandes reconventionnelles. Le fait que le Groupe de travail ait lié la question substantielle de la responsabilité internationale de l'investisseur au droit procédural de formuler des demandes reconventionnelles ne fait que renforcer l'idée que l'outil reconventionnel contribue à l'identification de la norme en incitant l'arbitre à se prononcer sur les manquements, voire les violations de l'investisseur.

**1170.** En visant de manière offensive l'investisseur d'une demande reconventionnelle, l'Etat exprime donc la conviction que l'investisseur internationalement protégé est obligé de se conformer au droit interne et à certains standards internationaux qui sont associés à un devoir diligence due. Il y aurait en conséquence la conviction que l'Etat est en droit d'attendre un certain comportement de l'investisseur qu'il protège.

### ***3. Troisième conviction : l'Etat a des attentes internationalement protégées à l'égard de l'investisseur étranger et peut être internationalement lésé par ses activités***

**1171.** En permettant à l'Etat d'investir la place de demandeur, la pratique reconventionnelle met en exergue non seulement les obligations de l'investisseur mais plus largement les attentes légitimes de l'Etat. Une recherche comparative du rôle des attentes légitimes dans les ordres juridiques, interne européen et international donne à voir que les attentes légitimes protègent un intérêt et sont parfois considérées comme une norme substantielle agissant de manière autonome qui protège l'administré à l'égard de l'Etat<sup>2102</sup>. Au niveau interétatique, la notion des

---

<sup>2100</sup> Communication présentée par le Gouvernement marocain A/CN.9/WG.III/WP.161; Communication présentée par le Gouvernement sud-africain A/CN.9/WG.III/WP.176.

<sup>2101</sup> CNUDCI, Groupe de travail III, *Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats*, note du Secrétariat, 39<sup>ème</sup> session, avril 2020, par. 40.

<sup>2102</sup> S. Robert-Cuendet, « La protection des attentes légitimes en droit public : une approche comparée », *op. cit.*, note n° 1878, p. 17 : « Si la doctrine des attentes légitimes vise à protéger des intérêts, elle ne présente manifestement, qu'une faible utilité dans les situations où l'administré peut se prévaloir de droits qui garantissent le maintien ou au moins la stabilité de la situation juridique dans laquelle il se trouve. ».

attentes de l'Etat existe par exemple en droit de l'OMC<sup>2103</sup> mais ne confère pas de droit subjectif associé à un intérêt juridiquement protégé<sup>2104</sup>. Le fait que la CIJ ait refusé<sup>2105</sup> de rendre opératoire un principe autonome en vertu duquel les Etats seraient tenus de protéger des attentes légitimes dans leurs relations<sup>2106</sup> n'exclut pas que le principe, particulièrement ancré dans la jurisprudence transnationale de l'investissement, soit transposé à la faveur de l'Etat, demandeur reconventionnel<sup>2107</sup>.

**1172.** En effet, le rôle des attentes légitimes est autrement plus important dans le contentieux de l'investissement puisqu'elles sont appréhendées comme un intérêt juridiquement protégé. Largement accréditée pour la protection des droits des investisseurs, la doctrine des attentes légitimes, quasi-inexistante dans les TBI de première génération, s'est imposée comme un critère d'appréciation – au demeurant très fluctuant – de la violation du traitement juste et équitable ainsi qu'un élément d'identification de l'expropriation indirecte. Toutefois, ainsi que l'observe A. de Nanteuil, alors que « la violation [des attentes] emporte en principe violation du traitement [juste et équitable] »<sup>2108</sup>, dans le cadre de l'expropriation indirecte « les attentes sont mobilisées uniquement pour identifier l'expropriation et non pour se prononcer sur son illicéité »<sup>2109</sup>.

**1173.** La doctrine des attentes légitimes est un produit de la pratique suivie par les investisseurs devant les tribunaux arbitraux, dont l'utilisation répétée leur a permis d'obtenir l'aval

---

<sup>2103</sup> Rapport final du Groupe spécial, *République Dominicaine – Mesures de sauvegarde visant les importations de sacs en polypropylène et de tissu tubulaire*, 31 janvier 2012, WT/DS415/R, par. 7.129 : « Le système de règlement des différends de l'OMC n'établit pas un système de précédents, de sorte que le raisonnement de l'Organe d'appel dans une affaire donnée n'a pas de caractère contraignant pour les groupes spéciaux qui seront chargés d'examiner d'autres affaires. Cependant, les rapports adoptés par l'Organe de règlement des différends suscitent des attentes légitimes parmi les Membres de l'OMC. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué, "suivre les conclusions de l'Organe d'appel dans des différends précédents n'est pas seulement approprié, mais c'est ce que l'on attend des groupes spéciaux, en particulier dans les cas où les questions sont les mêmes". »

<sup>2104</sup> Y. Nouvel, « Les attentes en droit de l'OMC », *op. cit.*, note 1748, p. 469.

<sup>2105</sup> *Obligation de négocier un accès à l'océan pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2018*, p. 559, paras 160, 162 : « La Bolivie affirme que les positions prises par le Chili à travers ses multiples déclarations au fil des années ont suscité de sa part « l'attente de recouvrer » son accès souverain à la mer ; le fait que le défendeur ait nié son obligation de négocier et refusé de mener de nouvelles négociations avec elle 'déçoit [s]es attentes légitimes'... La Cour note qu'il est fait référence aux attentes légitimes dans certaines sentences arbitrales concernant des différends entre un investisseur étranger et l'Etat hôte dans lesquelles ont été appliquées des dispositions conventionnelles prévoyant un traitement juste et équitable. Il n'en découle pas qu'il existerait en droit international général un principe qui donnerait naissance à une obligation sur la base de ce qui pourrait être considéré comme une attente légitime. Il ne saurait donc être fait droit à l'argument de la Bolivie fondé sur les attentes légitimes. »

<sup>2106</sup> R. Rivier, « La protection des attentes légitimes en vertu du droit international général », in *La protection des attentes légitimes en droit public approches comparée en droit international droit européen et droit interne*, S. Robert-Cuendet (dir.), PUR, 2020, p. 38 : « il faut renoncer à trouver dans le corpus du droit international une norme substantielle susceptible d'être violée dans les relations entre souverains »

<sup>2107</sup> K. P. Sauvart et G. Unüvar, « Can Host State have Legitimate Expectations ? », *op. cit.*, note 1871, pp. 1-4.

<sup>2108</sup> A. de Nanteuil, « Les attentes légitimes en droit international des investissements en quête d'unité conceptuelle », in *La protection des attentes légitimes en droit public : approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, S. Robert-Cuendet (dir.) Pur, 2020, p. 77

<sup>2109</sup> *Ibid.*, p. 79.

jurisprudentiel. Dans ce contexte, il est permis d'envisager que l'accumulation de la pratique reconventionnelle visant à mettre en cause la licéité du comportement de l'investisseur au regard du droit international et/ou du droit national, permette aux tribunaux de se prononcer sur les attentes de l'Etat à l'égard de l'investisseur.

**1174.** Telle était l'approche suivie par l'Argentine et le Costa Rica, demandeur reconventionnel, dans les affaires *Urbaser* et *Aven*. Pour l'Argentine, les obligations contractuelles prises par le concessionnaire « *gave rise to bona fide expectations that those investments would indeed be made and would make it possible to guarantee, in the area in question, the basic human right to water and sanitation* »<sup>2110</sup>. Pour le Costa Rica, les engagements pris par l'investisseur pour la réalisation d'un complexe hôtelier « *gave rise to bona fide expectations by Costa Rica that their investment would indeed be made ensuring the protection to the environment* »<sup>2111</sup>.

**1175.** De même, la notion d'attentes légitimes de l'Etat a été explicitement utilisée par l'Etat dans l'affaire *Sempra c. Argentine*. Alors que l'Etat n'avait pas présenté de demandes reconventionnelles, c'est le tribunal arbitral qui a, de lui-même, jeté un pont entre l'invocation des attentes de l'Etat et le droit de présenter des demandes reconventionnelles. Répondant aux arguments de l'Argentine d'après laquelle la gestion de l'investisseur était défailante, le Tribunal a observé que : « *The Respondent has argued that the Government also had many expectations in respect of the investment that were not met or were otherwise frustrated. Apart from the question of investment risk, it is alleged that there was, inter alia, the expectation that the investor would bear any losses resulting from its activity, work diligently and in good faith, not claim extraordinary earnings exceeding by far fair and reasonable tariffs, resort to local courts for dispute settlement, dutifully observe contract commitments, and respect the regulatory framework. The Tribunal notes that to the extent that any such issues would be within the Tribunal's jurisdiction to decide, and could have resulted in breaches of the Treaty, the Respondent would be entitled to raise a counterclaim.* »<sup>2112</sup>

**1176.** Le Tribunal laisse entendre que les manquements à la diligence due, la bonne foi et la sous-performance de l'investisseur pourraient effectivement être rattachés aux dispositions

---

<sup>2110</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1156: « *Respondent notes by way of introduction that under the Concession Contract and the applicable Regulatory Framework, Claimants assumed investment obligations. Furthermore, these obligations gave rise to bona fide expectations that those investments would indeed be made and would make it possible to guarantee, in the area in question, the basic human right to water and sanitation* ».

<sup>2111</sup> *David Aven and al. c. Costa Rica*, sentence finale, *op. cit.*, note n°463, par. 699. Le Costa Rica s'exprime dans ce sens : « *To develop the Las Olas Project, Claimants assumed investment obligations which gave rise to bona fide expectations by Costa Rica that their investment would indeed be made ensuring the protection to the environment* ».

<sup>2112</sup> *Sempra c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/0/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 289.

normatives d'un traité de protection des investissements et nourrir des attentes de l'Etat. La référence aux « *bona fide expectations* » ou à la bonne foi par l'Etat demandeur reconventionnel est une manière de faire produire un effet international aux engagements contractuels qu'il a pris avec l'investisseur. Il est alors nécessaire pour l'Etat demandeur reconventionnel de développer une argumentation juridique permettant de rendre ses attentes opposables<sup>2113</sup> à l'investisseur puisque dans le cadre contentieux de l'investissement, la légitimité des attentes est ce qui permet d'assurer leur opposabilité<sup>2114</sup>.

**1177.** L'identification des critères d'opposabilité et de légitimité des attentes de l'Etat à l'égard de l'investisseur pourrait se faire au regard de plusieurs éléments. Premièrement, ainsi qu'il fut évoqué<sup>2115</sup>, les engagements unilatéraux de l'investisseur exprimant une volonté de se conformer aux standards internationaux de responsabilité sociale de l'entreprise et plus généralement, les codes de conduite peuvent constituer une représentation sur la base de laquelle les attentes de l'Etat seraient renforcées.

**1178.** Deuxièmement, l'opposabilité des attentes peut être appréciée au regard de l'étendue de la protection accordée par l'Etat à l'investisseur. La portée de la protection internationale offerte à l'investisseur étranger et l'appréciation de ce qui est juste et équitable se fait au regard du comportement des deux parties<sup>2116</sup>. Comme l'observe M. Sornarajah « *[f]airness is a concept that cuts both ways and must be assessed in light of the whole situation* »<sup>2117</sup>. De même dans l'affaire *Fraport*, l'arbitre Cremades a rappelé que l'objet de l'arbitrage d'investissement est d'apprécier la licéité du comportement des deux parties. Selon lui:

« *An investor that contravenes the law of the Host State of the investment must expect to suffer the consequences prescribed by law.... The principle of legality in investment arbitration, like the principles of pacta sunt servanda and good faith, applies equally to both Parties. Indeed, the very purpose of investment arbitration is to determine the legality of the conduct of the Host*

---

<sup>2113</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, note n°199, p. 707 : Opposable : « Qui peut utilement être invoqué par un plaideur l'encontre son adversaire ; se dit...d'un droit ou d'un acte substantiel opposable».

<sup>2114</sup> Au sujet des conditions d'opposabilité des attentes légitimes à la puissance publique en droit comparé, S. Robert-Cuendet observe « La légitimité fonde l'opposabilité à l'administration des attentes de l'administré ». S. Robert-Cuendet, « La protection des attentes légitimes en droit public : une approche comparée », *op. cit.*, note n° 1878, p.19.

<sup>2115</sup> *Supra*, au présent chapitre, par.1065 et suivant.

<sup>2116</sup> S. Robert-Cuendet, *Protection de l'environnement et investissement étranger : les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale*, Université Paris I-panthéon Sorbonne, 2008, p. 415 : « Le comportement de l'investisseur étranger peut être tout aussi important que celui de l'Etat dans l'appréciation du traitement juste et équitable et l'Etat peut lui-même développer certaines attentes à l'égard de l'investisseur étranger »

<sup>2117</sup> M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, note 1541, p. 186.

*State and the investor under the applicable law.* »<sup>2118</sup>

**1179.** Troisièmement, l'opposabilité des attentes peut se forger sur la nature de l'activité de l'investisseur et son impact sur un intérêt public. Le comportement attendu de l'investisseur diffère selon la nature de l'investissement et la mission dévolue à l'investisseur étranger. La gestion par un investisseur étranger d'une concession de service public pour l'exploitation et l'administration d'une ressource essentielle au public implique la préservation d'un intérêt collectif que l'Etat est en droit d'attendre du concessionnaire. Dans tous les cas, l'investisseur étranger agit en tant que professionnel qui exige de lui d'agir de manière « avisé, professionnel[le] et responsable »<sup>2119</sup>. L'Etat peut attendre de l'investisseur internationalement protégé d'agir et de gérer son investissement de manière diligente et de bonne foi<sup>2120</sup>.

**1180.** Finalement, l'Etat demandeur reconventionnel considère que l'étendue des garanties substantielles et juridictionnelles qu'il offre à l'investisseur étranger nourrit ses propres attentes à l'égard de celui qu'il protège. En faisant valoir ses attentes par la voie reconventionnelle, l'Etat exprime la conviction que « la confiance qui sous-tend ces rapports ne devrait pas être à sens unique [et que] [l]es attentes publiques à l'égard des administrés pourraient, à l'avenir, également jouer un rôle dans l'appréciation des rapports entre les deux »<sup>2121</sup>.

**1181.** De manière corrélative, en faisant valoir ses attentes, l'Etat demandeur reconventionnel choisissant de s'appuyer sur le droit international exprime la conviction qu'il peut être un Etat internationalement lésé par le comportement de l'investisseur.

**1182.** Or, s'il ne fait aucun doute que l'Etat peut être lésé du fait de la violation d'un contrat ou de son droit national par l'investisseur, aucune affaire n'avait jusque-là mis en lumière la possibilité qu'un Etat s'estime internationalement lésé par les agissements d'un investisseur. En reprochant la violation par l'investisseur des normes internationalement reconnues tels que le droit à l'eau et le droit à un environnement sain, l'Argentine et le Costa Rica nourrissent la

---

<sup>2118</sup> Opinion dissidente de l'arbitre Cremades, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines*, supra note 246, para. 39.

<sup>2119</sup> S. Robert-Cuendet, *Protection de l'environnement et investissement étranger : les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale*, op. cit., note 2116, p. 415.

<sup>2120</sup> *Oxus Gold plc c. Ouzbekistan*, sentence, op. cit., note n°458,, para. 927: « Respondent then argues that the basis for its counter-claims lies in the principle of good faith: "A general obligation of good faith thus gives rise to the more specific obligation on the part of an investor to act in good faith in the conclusion, interpretation, and performance of its contracts, investment authorizations, and other similar legal instruments, [reference omitted] the failure of which provides the basis to bring counterclaims in an international arbitration. That is the case here, where Claimant made misrepresentations and acted fraudulently and in bad faith and abused the investment rights granted to it in good faith by Respondent, thereby causing Respondent significant damage. Claimant's inexcusable conduct, moreover, violates the Uzbek Civil and Criminal Code provisions prohibiting, among other things, fraud, bad faith, and unjust enrichment" »<sup>2120</sup> »

<sup>2121</sup> S. Robert-Cuendet, « La protection des attentes légitimes en droit public : approche comparée », op. cit., note n° 1878, p. 31.

conviction que les agissements de l'investisseur peuvent causer un préjudice international à l'Etat.

**1183.** Les arguments costaricains dans l'affaire *Aven* sont à ce titre, riches d'enseignements. Selon le Costa Rica, le fait que l'investisseur puisse invoquer le bénéfice de droits internationalement reconnus par le traité le place parmi les sujets de l'ordre juridique international<sup>2122</sup>. Ainsi, le Tribunal a accepté que la reconnaissance du droit de l'Etat d'adopter des mesures de protection de l'environnement dans ce traité imposait à l'investisseur une obligation internationale de respecter les normes édictées par l'Etat : « *A logical effect of [the Treaty provisions on States' right to regulate] could be that the 'measures' adopted by the host State for the protection of the environment should be deemed to be compulsory for everybody under the jurisdiction of the State, particularly the foreign investors. Therefore, following said interpretation the investors have the obligation, not only under domestic law but also under [the treaty] to abide and comply with the environmental domestic laws and regulations, including the measures adopted by the host State to protect human, animal, or plant life or health* »<sup>2123</sup>. Il en découle que la violation des normes édictées par l'Etat au niveau national constitue simultanément une violation du droit interne et du droit international<sup>2124</sup>. En conséquence, selon le Costa Rica, le dommage causé par le comportement de l'investisseur lui avait causé un préjudice international pour lequel il pouvait attendre réparation<sup>2125</sup> dans la mesure où « *the perpetrator cannot be exempt of liability for the damages caused* »<sup>2126</sup>.

**1184.** Suivant le raisonnement proposé par le Costa Rica, le Tribunal a partagé la conviction que la responsabilité primaire de l'Etat de protéger l'environnement ne saurait être interprétée comme exemptant l'investisseur de tout rôle dans ce domaine<sup>2127</sup>. Au contraire, selon lui : « *[t]here are no substantive reasons to exempt foreign investors of the scope of claims for*

---

<sup>2122</sup> *David Aven and al. c. Costa Rica*, sentence finale, *op. cit.*, note n°463, par. 700 : « *Furthermore, the text of DR-CAFTA supports such understanding when it allows investors to invoke rights resulting from international laws: If the BIT therefore is not based on a corporation's incapacity of holding rights under international law, it cannot be admitted that it would reject by necessity any idea that a foreign investor company could not be subject to international law obligations.* »

<sup>2123</sup> *Ibid*, paras.733-734.

<sup>2124</sup> *Ibid*, paras.733-734: « *No investor can ignore or breach such measures and its breach is a violation of both domestic and international law.* »

<sup>2125</sup> *Ibid*, par.702, 709 : « *Thus, Claimants' unlawful works which caused environmental damage to the Project Site entail a wrongful act on their part under the rules of international responsibility which has to be repaired ... The obligation to make reparation has been developed by the Permanent Court of International Justice in the Chorzow Factory case, and the approach has been reaffirmed, in the environmental context, by the International Court of Justice in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* ».

<sup>2126</sup> *Ibid*, paras.733-734.

<sup>2127</sup> *Ibid*: « *It is true that the enforcement of environmental law is primarily to the States, but it cannot be admitted that that a foreign investor could not be subject to international law obligations in this field, particularly in the light of Articles 10.9.3, 10.11 and 17 of DR-CAFTA* ».

*breaching obligations under [the treaty], particularly in the field of environmental law* »<sup>2128</sup>.

**1185.** Quoique de manière moins explicite, l'argumentation argentine dans l'affaire *Urbaser* parvient à un résultat similaire. L'Argentine estimait avoir subi un dommage directement causé par le sous-investissement du demandeur dans les infrastructures ouvrant l'accès à l'eau potable. En énumérant comme elle l'a fait, l'ensemble des instruments internationaux reconnaissant l'applicabilité des droits fondamentaux aux acteurs privés, l'Argentine nourrit la conviction que l'Etat peut être internationalement lésé par les activités de l'investisseur.

**1186.** Tout en reconnaissant la subjectivité internationale de l'investisseur, le Tribunal n'a pas précisé le contenu des obligations internationales de celui-ci. Pour autant, en reconnaissant que le concept de responsabilité sociale de l'entreprise « *is of crucial importance in international law* »<sup>2129</sup>, et que les droits humains participant aux conditions de vie dignes « *are complemented by an obligation on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights* », il n'a pas exclu la possibilité qu'un Etat puisse être internationalement lésé par les agissements d'un investisseur étranger.

**1187.** Du point de vue formel comme du point de vue matériel, les demandes reconventionnelles par lesquelles l'Etat confronte la licéité du comportement de l'investisseur échafaudent l'émergence de la doctrine des attentes de l'Etat à l'égard du comportement de l'investisseur qu'il protège. Elles caractérisent simultanément une pratique et la conviction que la protection internationale octroyée à l'investisseur s'accompagne du devoir de respecter des standards internationaux notamment en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement. Par le truchement de la demande reconventionnelle, les Etats ont ouvert la voie de la reconnaissance d'une subjectivité internationale à laquelle serait associée un devoir de diligence et plus largement un processus de responsabilisation de l'investisseur. Prenant pour acquis que la pratique des demandes reconventionnelles a accéléré la reconnaissance d'une subjectivité internationale de l'investisseur et catalysé le processus d'identification d'un devoir de diligence de l'investisseur, il convient à présent d'explorer comment l'arbitre de l'investissement pourrait trouver sa légitimation formelle.

---

<sup>2128</sup> *Ibid*, par. 739.

<sup>2129</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1195.

## *II. La légitimation formelle du devoir de diligence due de l'investisseur*

**1188.** Ayant démontré que la pratique reconventionnelle fondée sur la violation du droit international permet de catalyser le processus d'identification d'une règle consacrant un devoir de diligence sur lesquelles se greffent les attentes de l'Etat, il convient à présent de s'interroger sur sa nature. La question que l'on tente de résoudre ici est celle de savoir si la volonté des Etats d'engager la responsabilité de l'investisseur ayant conduit l'arbitre à déclarer que « la responsabilité sociale des entreprises est *d'une importance cruciale en droit international* »<sup>2130</sup> laisse entendre qu'il existe une norme en droit international reconnaissant la responsabilité de l'entreprise pour la violation du droit international. R. Rivier y voit vraisemblablement la consécration d'une norme coutumière<sup>2131</sup> observant cependant que le mécanisme des principes généraux « paraissait en tout cas plus approprié que celui du droit coutumier compte tenu de l'augmentation des législations nationales posant le principe de la responsabilité sociale des entreprises »<sup>2132</sup>. Adhérant à cette approche, il nous semble qu'en dépit du silence gardé par le Tribunal dans l'affaire *Urbaser*, un tel principe peut s'introduire dans le contentieux transnational de l'investissement par la voie du principe général de droit (A). Compte tenu de la nature transitoire de ces principes, il n'est en outre pas exclu qu'un tel principe soit identifié au sein de l'ordre juridique international et participe au processus de formation d'une règle coutumière (B).

### *A. L'émergence d'un principe général de diligence due de l'investisseur*

**1189.** Si l'on a cherché au sein de la catégorie des principes généraux de droit l'existence d'un principe général de diligence due de l'investisseur et de l'entreprise, c'est qu'un tel principe serait – *pour le moment* – plus difficile à identifier au sein du droit international coutumier (1). Mais de toute évidence, les indices collectés sont à même de dégager un *ratio* commun aux législations nationales et au droit international, qui convergent vers la consécration d'un principe général de diligence due en vertu duquel les investisseurs seraient tenus de respecter plusieurs obligations internationales relatives aux droits de l'homme et de l'environnement (2).

---

<sup>2130</sup> *David Aven and al. c. Costa Rica*, sentence finale, *op. cit.*, note n°463, par. 699.

<sup>2131</sup> R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, note n° 1859, p. 568. Selon l'auteur, le Tribunal s'appuie « sur une obligation de diligence de l'investisseur qu'il fait procéder du droit international coutumier »

<sup>2132</sup> *Ibid.*, p. 562.

### 1. *Difficultés inhérentes au droit international coutumier*

**1190.** Lorsqu'il s'agit d'identifier un principe général ou du droit international coutumier, la ligne de démarcation n'est pas toujours très nette<sup>2133</sup>. Les deux sources ont de nombreux points communs. Toutes deux sont des sources non-écrites, qui ont besoin d'un interprète pour être reconnues<sup>2134</sup>. Toutes deux répondent à un *processus* qui requiert l'analyse de la volonté des Etats et la pratique. Aussi, la volonté de l'Etat, qu'elle soit utilisée pour caractériser l'*opinio juris* de la coutume ou l'existence d'un principe général, n'a pas pour objectif de créer la règle internationale mais établir que la règle existe. Elle ne fait que participer à son processus d'élaboration. La ligne de partage entre ces deux sources est encore rendue difficile par le fait qu'un principe général peut muer en une source coutumière (comme par exemple le principe de réparation intégrale du préjudice). A cela s'ajoute que l'arbitre peut préférer proclamer la nature coutumière d'un principe pour faire l'économie de l'analyse du contenu des droits nationaux et dégager l'existence d'un principe. En dehors de ces points communs, les principes généraux et la coutume demeurent deux sources clairement distinctes.

**1191.** Tout d'abord, l'identification de la coutume requiert la preuve d'une « pratique constante »<sup>2135</sup>. A ce titre, la Cour observé que si « le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier [...] il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme [...] et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »<sup>2136</sup>. La lecture de ce considérant met en lumière le degré particulièrement élevé des exigences pour caractériser l'existence d'une norme coutumière.

**1192.** Premièrement, même à envisager les quinze ans qui séparent l'affaire *Spyridon Roussalis* (première affaire engagée par la voie d'un traité où l'Etat a formulé une demande reconventionnelle) de l'affaire *Aven Costa Rica*, comme un laps de temps suffisant pour permettre la création d'une norme coutumière, l'on aurait les plus grandes difficultés pour démontrer que la pratique visant à reconnaître l'existence d'un devoir international de diligence

---

<sup>2133</sup> A. Pellet, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, op. cit., note 2009, p. 334.

<sup>2134</sup> *Ibid*, p. 8.

<sup>2135</sup> *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950 : C.I.J. Recueil 1950, p. 266, p. 276 et 277 (« un usage constant et uniforme ») ; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 43, par. 74 (« il demeure indispensable que la pratique ait été « pratiquement uniforme »).

<sup>2136</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, p. 43, par. 74.

de entreprises pour violation du droit international fut « fréquente » et « uniforme ». Si la fréquence des demandes reconventionnelles s'apprécie au regard du nombre d'affaires portées devant un tribunal arbitral, la part des affaires où l'Etat s'est trouvé demandeur reconventionnel dans le cadre d'une procédure engagée par la voie d'un traité, demeure faible<sup>2137</sup>. Si au contraire la fréquence de la pratique s'apprécie au regard du nombre de demandes reconventionnelles cumulées, sans prendre en compte le nombre d'affaires total, l'on pourrait éventuellement constater une certaine fréquence, mais celle-ci n'aurait rien « d'uniforme ». En effet, on l'a vu, les Etats poursuivis sur le fondement des traités ont diversifié les griefs reconventionnels, invoquant le plus souvent des manquements aux lois nationales ou aux contrats et, de manière encore timide, des violations du droit international. Quand bien même le juriste pourrait se satisfaire de deux affaires dans lesquelles l'Etat a directement puisé dans l'ordre juridique international pour attaquer l'investisseur afin de caractériser la pratique (*Urbaser c. Argentine* ; *Aven c. Costa Rica*), trouver dans l'*opinio juris* un relais s'avère être un exercice tout aussi périlleux.

**1193.** En considérant que l'analyse de l'élément psychologique doit faire ressortir que l'Etat « [se sent] juridiquement tenu par une règle obligatoire »<sup>2138</sup>, il faudrait démontrer que l'Etat reconnaît l'obligation de l'acteur privé de se conformer au droit international puisqu'il est un sujet de cet ordre juridique. Mais pour autant, L'Etat peut-il avoir le sentiment d'agir selon une obligation qu'il impose à un autre sujet que lui, en l'occurrence l'investisseur ? Le sentiment d'obligation duquel découle la coutume doit d'abord et avant tout concerner l'Etat<sup>2139</sup>.

**1194.** Deuxièmement, en dehors de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948<sup>2140</sup> et du *Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels*, la plupart des instruments conventionnels dans le domaine des droits de l'homme et du droit de l'environnement ne mentionnent pas l'acteur privé. En vertu de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les droits civils et politiques, il revient d'abord à l'Etat de respecter les droits de l'homme (application verticale)<sup>2141</sup>. Dans l'observation générale n°31 sur *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte* le Comité des droits de

---

<sup>2137</sup> Sur 687 arbitrages conventionnels portés au CIRDI sur la période de 1966-2020, l'Etat a invoqué la violation du droit international des droits de l'homme ou de l'environnement de façon *offensive* dans 2 affaires.

<sup>2138</sup> *Ibid*, p. 44 et 45, par. 78.

<sup>2139</sup> C'est en ce sens que la CDI explique que « [l]'acceptation d'une pratique générale comme étant le droit doit généralement être le fait des États intéressés, c'est-à-dire à la fois ceux qui se livrent à la pratique en question et ceux qui sont en mesure d'y répondre » (CDI, *Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, Doc N° A.C/N.4/672, 66<sup>ème</sup> session, 2014 par. 64).

<sup>2140</sup> Le texte introductif vise « tous les individus et les organes de la société » et l'article 30 « les groupements » ; Voir aussi Résolution AGNU n°53/144, *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, 8 mars 1999.

<sup>2141</sup> Convention internationale sur les droits civils et politiques (CIDCP), 19 décembre 1966, *UNTS*, vol. 999, n°17.

l'homme explique que les obligations énoncées à l'article 2 (1) de la Convention « n'ont pas en droit international un effet horizontal direct »<sup>2142</sup>. Seule une pratique uniforme assortie d'une *opinio juris* exprimant une volonté d'étendre ces instruments aux acteurs privés permettrait de produire un effet horizontal.

**1195.** Dans ce contexte, l'analyse des votes des Etats aux projets de résolution offre un spectre intéressant pour tester l'existence d'*opinio juris* dans ce sens<sup>2143</sup>. En effet, les résolutions adoptées dans le cadre des Nations Unies ont l'avantage de concentrer le plus grand nombre d'Etats. Le processus d'adoption « est utilisé de manière très consciente, dans un but de production normative prononcé ... hautement institutionnalisé »<sup>2144</sup>, si bien que dans le cadre de cette « coutume nouvelle-vague »<sup>2145</sup> qui peut jaillir des résolutions, la preuve de la règle est davantage portée sur l'acceptation générale que sur la pratique générale. Or, ainsi qu'il fut évoqué<sup>2146</sup>, en regardant de plus près les votes au sein du Conseil des droits de l'homme pour la résolution 26/9 en faveur de la création d'un *instrument juridique contraignant sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme*, lequel « [s]oulign[ait] que les sociétés transnationales et autres entreprises ont l'obligation de respecter les droits de l'homme »<sup>2147</sup>, il est difficile de faire ressortir une conviction partagée<sup>2148</sup>. La résolution a recueilli 20 votes en faveur, 14 contre et 13 absentions. A titre de comparaison, la résolution 1514 (XV) à partir de laquelle la CIJ a en 1965 reconnu que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes faisait partie du droit international coutumier<sup>2149</sup> avait accueilli 89 votes favorables, aucun rejet, et 9 absentions.

**1196.** Le propos n'est pas de conclure à une absence de conviction que l'entreprise est soumise au respect de certains standards internationaux et à une obligation de diligence due, mais plutôt de montrer qu'il existe au sein de cette conviction de trop grandes divergences quant à la teneur

---

<sup>2142</sup> CDH, Observation générale n°31 (80), « La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte », 26 mai 2004, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 8.

<sup>2143</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. recueil 1996*, par. 70.

<sup>2144</sup> G. Abi-Saab, « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », *In Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago*, (A. Giuffrè Ed.), 1987. Vol. 1, p. 60.

<sup>2145</sup> *Ibid*, p. 57.

<sup>2146</sup> *Supra*, au présent chapitre, par. 1036

<sup>2147</sup> CDH, projet de résolution « Elaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme », A/HCR/26/L.22/Rev.1, 26<sup>ème</sup> session.

<sup>2148</sup> Résolution AGNU, *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, 1514 (XV), 14 décembre 1960.

<sup>2149</sup> *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos en 1965, opinion consultative*, par. 152 : « Selon la Cour, bien qu'elle soit formellement une recommandation, la résolution 1514 (XV) a un caractère déclaratoire s'agissant du droit à l'autodétermination en tant que norme coutumière, du fait de son contenu et des conditions de son adoption...Aucun des Etats participant au vote n'a exprimé d'opposition à l'existence du droit des peuples à l'autodétermination.»

de ces obligations et leur articulation avec sur le rôle primaire que le droit international fait d'abord peser sur les Etats dans ces domaines. Ainsi par exemple, dans son observation générale n°24, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels déclare que « en vertu des normes internationales, les entreprises doivent respecter les droits énoncés dans le Pacte, qu'il existe ou non des lois internes ou que celles-ci soient, ou non, intégralement appliquées en pratique »<sup>2150</sup>. Mais dans le même temps, il explique que « [l]es États enfreindraient l'obligation qui leur incombe de protéger les droits consacrés par le Pacte si, par exemple, ils n'empêchaient pas les entreprises d'adopter des comportements violant ces droits ou qui auraient manifestement pour effet d'entraîner une telle violation, ou s'ils ne luttaient pas contre ces comportements ..., s'ils accordaient des autorisations de prospection et d'exploitation des ressources naturelles sans tenir dûment compte des incidences potentiellement néfastes de ces activités sur l'exercice par les individus et les communautés des droits qui leur sont garantis par le Pacte »<sup>2151</sup>.

**1197.** L'étendue du champ de la responsabilité de l'Etat de respecter et prévenir les atteintes aux droits de l'homme ne permet pas de dégager avec certitude dans quelles situations le comportement de l'acteur privé serait non-imputable à l'Etat et constituerait au regard du droit international une violation de son devoir de diligence engageant la seule responsabilité de l'entreprise<sup>2152</sup>.

**1198.** Troisièmement, des incertitudes demeurent sur la notion d'entreprise. Alors que les Principes directeurs de l'OCDE s'appliquent aux entreprises *transnationales*, les Principes Directeurs des Nations Unies s'appliquent à toutes les entreprises commerciales, transnationales ou autres, indépendamment de leur taille ou de leur lieu d'implantation. Les mêmes incertitudes transparaissent dans les ordres juridiques nationaux. En France, la loi Vigilance de 2017<sup>2153</sup> s'applique aux entreprises de plus de 5000 salariés, le Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act<sup>2154</sup> des Etats-Unis ne s'applique quant à lui qu'aux

---

<sup>2150</sup> Observation générale n°24, *op.cit.*, note n° 1970, par. 5.

<sup>2151</sup> *Ibid.*, par. 18.

<sup>2152</sup> CEDH, *Affaire Kiliç c. Turquie*, arrêt, 28 mars 2000, par. 63 : « il faut interpréter l'étendue de l'obligation positive [de prévenir les atteintes à la vie des personnes] de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Pour qu'il y ait une obligation positive, il doit être établi que les autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque ».

<sup>2153</sup> LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1), *JORF* n°0074 du 28 mars 2017.

<sup>2154</sup> *Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act, Public Law n° 111-203, Statute*, vol. 124, n°1376, 2010, p. 1504.

compagnies pétrolières cotées en bourse. Pour toutes ces raisons, contrairement à une partie de la doctrine<sup>2155</sup>, il nous semble prématuré d'identifier une règle coutumière de responsabilité de l'acteur privé pour la violation du droit international<sup>2156</sup>.

**1199.** En revanche, si l'on élargit le champ de nos recherches, la voie des principes généraux semble être plus réaliste pour formaliser un devoir de diligence due de l'entreprise qui serait applicable dans le contentieux reconventionnel de l'investissement.

## *2. Un principe commun à certains ordres juridiques nationaux*

**1200.** Le code civil suisse dispose que faute d'une norme légale ou coutumière, le juge se prononce « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur »<sup>2157</sup>. La formule illustre bien le rôle joué par les principes qui évite au juge interne et international des situations de non-liquet. Pour le juge ou l'arbitre, l'identification des principes généraux n'est pas chose aisée. Utilisés pour combler un vide juridique dans l'ordre juridique international, il les transpose après s'être enquis du contenu des droits nationaux.

**1201.** Les tribunaux arbitraux ont été et demeurent les premiers « consommateurs » de principes généraux, notamment en matière procédurale (par exemple le principe de la compétence de la compétence, de bonne administration de la justice et d'économie procédurale). Pour identifier et appliquer un principe général, ils regardent, sans exhaustivité, le contenu des droits nationaux, dégagent l'essence de la règle, la dépouillent de certaines technicités propres à l'ordre juridique interne dans lequel elle opère, et vérifient que la « greffe »<sup>2158</sup> ne contrevient pas à l'ordre juridique international qui la reçoit. Ce n'est pas la règle elle-même qui est importée, mais

---

<sup>2155</sup> K. Stefanik, « Rise of the Corporation and Corporate Social Responsibility : The case for Corporate Customary International Law », *op. cit.*, note n° 1867, pp. 274-309 ; M. Chemillier-Gendreau, « L'entreprise est-elle soumise aux règles du droit international ? » in *L'entreprise dans un monde sans frontières, Perspectives économiques et juridiques*, A. Supiot (dir.), Dalloz, 2015, p. 87-101 constatant « l'apparition d'une norme coutumière en faveur d'une responsabilité internationale des entreprises multinationales pour la violation du droit international qui lui sont imputables ».

<sup>2156</sup> F. Marrella, *Protection Internationale Des Droits de L'homme et Activités Des Sociétés Transnationales*, *op. cit.* note n° 1808n°, p.196 : « s'il existe des avis favorables à la responsabilité des entreprises transnationales, il demeure qu'outre la présence d'une pratique générale le consentement des Etats à reconnaître la valeur de la règle comme principe à appliquer est un élément prépondérant pour la formation d'une norme coutumière. Or, en l'occurrence, la seule réunion des différents éléments de *soft law* cités, ne permet pas de retenir que les conditions d'existence d'une règle coutumière consacrant la « responsabilité générale des entreprises transnationales pour violation des droits de l'homme », voir aussi V. Chetail, « The Legal personality of multinational corporations, State Responsibility and Due diligence: the way forward », in *Unité et diversité du droit international, Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, D. Alland, V. Chetail, O de Frouville & J. E. Viñuales (dir.), Martinus Nijhoff, 2010, p. 117. Niant l'existence d'un principe coutumier issu du droit assourdi de personnalité juridique de l'entreprise.

<sup>2157</sup> Code civil Suisse, article 1er, 10 décembre 1907, en ligne, <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html>

<sup>2158</sup> A. Pellet, *Recherches sur les principes généraux du droit en droit international*, *op. cit.*, note 2009, p. 319.

l'esprit de la règle<sup>2159</sup>. Un regard sur les législations nationales des pays exportateurs de capitaux à l'étranger fait ressortir un *ratio* commun qui s'articule autour d'un devoir de diligence en matière de protection de droits fondamentaux.

**1202.** Avec des variantes importantes, la plupart des droits internes des pays exportateurs de capitaux ont développé un arsenal juridique visant à encadrer la conformité des agissements des entreprises aux standards internationaux relatifs aux droits de la personne humaine et de l'environnement. Ces droits internes peuvent diverger quant à la nature civile, administrative ou pénale de la responsabilité, mais le principe d'une responsabilisation de l'acteur privé demeure. Le développement d'un principe de responsabilité de l'entreprise associé à un devoir de diligence s'est imposé avec un degré de généralité suffisant. Pour s'en convaincre, nous proposons de mentionner quelques législations issues des pays exportateurs et importateurs de capitaux.

**1203.** Par exemple aux Etats-Unis, le *Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act*<sup>2160</sup> requiert que les compagnies pétrolières et minières cotées en bourse fournissent des informations relatives aux paiements effectués, y compris par leurs filiales. Le texte exige de l'entreprise qu'elle vérifie que toute la chaîne de l'extraction a respecté les obligations de diligence due.

**1204.** En 2017, la France a adopté une loi relative au « devoir de vigilance » exigeant de toute entreprise employant au moins cinq mille salariés d'adopter un plan de vigilance de mesures « propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle ». La loi impose à ces entreprises d'identifier et prévenir les risques environnementaux et d'atteinte aux droits humains associés à leurs activités, y compris celles des entreprises placées sous leur contrôle ou leur direction<sup>2161</sup>.

**1205.** En Suisse, la responsabilité de l'entreprise au regard des droits humains et du droit de l'environnement provient d'une initiative populaire « Entreprises responsables pour protéger l'être humain et l'environnement » visant à permettre l'adoption de règles contraignantes pour les entreprises multinationales suisses. Ce projet rejeté par le vote populaire, a fait l'objet de

---

<sup>2159</sup> *Ibid*, p. 357.

<sup>2160</sup> Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act, Public Law n° 111-203, Statute, vol. 124, n°1376, 2010, p. 1504.

<sup>2161</sup> Loi 2017-399 relative au Devoir de vigilance des Sociétés Mères et des Entreprises Donneuses d'ordre, *JORF*, 28 mars 2017 (« mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle »).

nombreux désaccords entre les différentes institutions juridiques et politiques mais, *a minima*, un consensus existe sur le principe d'un devoir de diligence appliqué aux activités minières dans les zones de conflits et à l'interdiction du travail des enfants<sup>2162</sup>.

**1206.** L'intégration de la protection des droits de l'enfant<sup>2163</sup> à l'obligation de diligence des entreprises existe également dans le droit britannique<sup>2164</sup> et hollandais<sup>2165</sup>. La législation hollandaise prévoit en outre que les entreprises prennent en compte les aspects négatifs de leurs activités sur les droits fondamentaux et soumettent un plan d'action au gouvernement. La particularité de cette loi est qu'elle est applicable aux entreprises immatriculées aux Pays-Bas mais également aux entreprises étrangères exerçant une activité commerciale ou de service aux Pays-Bas. Le Royaume-Uni a pour sa part ciblé les crimes dont l'entreprise serait responsable : esclavage moderne et trafic des êtres humains, y compris l'exploitation des personnes vulnérables tels que les enfants.

**1207.** Au niveau européen, la directive concernant *la maîtrise des dangers impliquant des substances dangereuses* applicable en France aux sites classés Seveso 3 est un autre exemple de transposition des standards internationaux en matière de diligence et de prévention<sup>2166</sup>, en vertu de laquelle « les exploitants devraient être tenus à l'obligation générale de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir les accidents majeurs pour en atténuer les conséquences et pour les réparer »<sup>2167</sup>. En 2017, le Parlement européen a adopté un *Règlement instaurant un mécanisme européen d'autocertification, dans le cadre du devoir de diligence relatif aux chaînes d'approvisionnement, pour les importateurs responsables d'étain, de tantale, de*

---

<sup>2162</sup> Voir [https://www.swissinfo.ch/fre/economie/entreprises-et-droits-de-l-homme\\_1-%C3%A9conomie-1-%C3%A2che-les-d-%C3%A9bats-sur-la-responsabilit%C3%A9-des-entreprises/44815778](https://www.swissinfo.ch/fre/economie/entreprises-et-droits-de-l-homme_1-%C3%A9conomie-1-%C3%A2che-les-d-%C3%A9bats-sur-la-responsabilit%C3%A9-des-entreprises/44815778)

<sup>2163</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°16 sur les obligations des États concernant les incidences du secteur des entreprises sur les droits de l'enfant, CRC/C/CG/16, 17 avril 2013. Le Comité sur les droits de l'enfant précisant les obligations des États pour les droits énoncés dans la Convention relative aux droits de l'enfant, notant l'absence d'instrument international juridiquement contraignant pour les entreprises, a observé que « les devoirs et responsabilités, en ce qui concerne le respect des droits de l'enfant, incombent dans la pratique non seulement à l'État et à ses services et institutions, mais aussi aux acteurs privés et aux entreprises. Par conséquent, toutes les entreprises doivent assumer leurs responsabilités en matière de droits de l'enfant et les États doivent y veiller. De plus, les entreprises ne devraient pas compromettre la capacité des États de s'acquitter de leurs obligations à l'égard des enfants au titre de la Convention et des Protocoles facultatifs s'y rapportant ».

<sup>2164</sup> *Modern Slavery Act* 2015, en ligne (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>)

<sup>2165</sup> 2017 *Child Labour Due Diligence Act*, en ligne, (<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/FAQChild%20Labour%20Due%20Diligence%20Law.pdf>.)

<sup>2166</sup> Directive 2012/18/UE du 4 juillet 2012, le préambule se réfère à la Convention des Nations Unies sur les effets transfrontières des accidents industriels.

<sup>2167</sup> Directive 2012/18/UE du 4 juillet 2012, directive Seveso 3, J.O.U.E, 24 juillet 2012. Concerne 1200 sites en France.

tungstène, de leurs minerais et d'or originaires de zones de conflit ou à haut risque<sup>2168</sup>. Ce règlement adopté « conformément au Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence » développe l'exercice du devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement lorsque les entreprises s'approvisionnent dans les zones en proie à des conflits. Un membre de la Commission européenne a annoncé que l'U.E allait se doter d'une législation contraignante imposant un devoir de diligence en matière de respect des droits de l'homme et de l'environnement aux entreprises établies sur le sol européen, y compris un mécanisme de « *liability* »<sup>2169</sup>.

**1208.** En mars 2021, le Parlement européen a adopté une résolution intitulée *Devoirs de diligence des entreprises*<sup>2170</sup> reconnaissant que « la mondialisation de l'activité économique a aggravé les incidences préjudiciables des activités commerciales pour les droits de l'homme... [et que] les entreprises devraient respecter les droits de l'homme, y compris les droits ayant force obligatoire sur le plan international et les droits fondamentaux inscrits dans la charte, l'environnement et la bonne gouvernance, et... que l'obligation de vigilance devrait s'appuyer sur le principe 'ne pas nuire' »<sup>2171</sup>. La résolution souligne également que « les normes volontaires en matière de devoir de vigilance ont des limites et qu'elles n'ont pas permis de progrès importants en matière de protection des droits de l'homme, de prévention des dommages pour l'environnement et d'accès à la justice; [et que] l'Union devrait adopter de toute urgence des exigences contraignantes imposant aux entreprises d'identifier, d'évaluer, de prévenir, de faire cesser, d'atténuer, de surveiller et de communiquer les effets préjudiciables potentiels et/ou réels pour les droits de l'homme, l'environnement et la bonne gouvernance dans leur chaîne de valeur, ainsi que d'en rendre compte »<sup>2172</sup>. Pour ces raisons, la résolution demande à la Commission une proposition législative visant à reconnaître une obligation de

---

<sup>2168</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instaurant un mécanisme européen d'autocertification, dans le cadre du devoir de diligence relatif aux chaînes d'approvisionnement, pour les importateurs responsables d'étain, de tantale, de tungstène, de leurs minerais et d'or originaires de zones de conflit ou à haut risque - Résultat de la première lecture du Parlement européen (Strasbourg, du 13 au 16 mars 2017), site du Conseil de l'Union européenne <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2017/04/03/conflict-minerals/>

<sup>2169</sup> <https://corporatejustice.org/news/16806-commissioner-reynders-announces-eu-corporate-due-diligence-legislation>, O. Martin Ortega et C. O'Brian, « Mandatory human rights due diligence : options of monitoring , enforcing, and remedy under the Future EU legislation », *EJIL Talk!*, September 2020, accessible en ligne: [https://www.ejiltalk.org/mandatory-human-rights-due-diligence-options-of-monitoring-enforcing-and-remedy-under-the-future-eu-legislation/?fbclid=IwAR3TxiUJnwP2u2guVMZ4oIHwl-v11nz67hHM4fcO\\_mF4TsNo5HvIZmfCJkI](https://www.ejiltalk.org/mandatory-human-rights-due-diligence-options-of-monitoring-enforcing-and-remedy-under-the-future-eu-legislation/?fbclid=IwAR3TxiUJnwP2u2guVMZ4oIHwl-v11nz67hHM4fcO_mF4TsNo5HvIZmfCJkI)

<sup>2170</sup> Devoir de diligence et responsabilité des entreprises Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, P9\_TA (2021)0073 en ligne : [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073\\_FR.html#top](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.html#top)

<sup>2171</sup> *Ibid.*

<sup>2172</sup> *Ibid.*

vigilance pour les entreprises applicables à la chaîne d'approvisionnement.

**1209.** En sondant les textes de lois adoptés, l'on remarque que l'acteur privé, qu'il soit une personne physique ou morale, est bien tenu responsable de ces agissements. Mais la particularité qui retient l'attention est que ces législations se réfèrent aux normes internationales en matière de droits fondamentaux et/ou environnemental : la Déclaration universelle des droits de l'homme (pour le Royaume-Uni), les principes directeurs de l'OCDE (pour les Pays-Bas), les droits humains et les libertés fondamentales (pour la loi française), la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (pour la Directive européenne) ou encore les Principes Directeurs des Nations Unies (pour le Règlement européen précité).

**1210.** De même, la contribution prétorienne au développement du devoir de diligence de l'entreprise est non négligeable. Dans certains pays de *Common law* c'est le juge qui a durci le devoir de vigilance des sociétés mères<sup>2173</sup>. Le substrat dans lequel baigne la responsabilité de l'entreprise est le manquement à un devoir de prudence, « *a duty of care* »<sup>2174</sup> à l'égard des activités des filiales étrangères. La Cour Suprême du Canada dans le jugement *Nevsun Resources c. Araya*<sup>2175</sup> a reconnu que le droit international coutumier était d'applicabilité directe et ouvrait un droit d'action aux victimes contre les entreprises canadiennes. L'affaire a été portée par trois travailleurs érythréens engagés sur le site de construction d'une mine en Erythrée par une entreprise détenue à 40% par cet Etat et à 60% par l'entreprise canadienne *Nevsun*. Les plaignants ont attaqué cette dernière devant les juridictions canadiennes pour des violations des interdictions de droit international coutumier relatives au travail forcé, à l'esclavage, aux traitements cruels, inhumains ou dégradants, et aux crimes contre l'humanité. Le raisonnement de la Cour Suprême a un caractère prononcé de fermeté quant au processus de concrétisation d'un principe de responsabilité de l'entreprise pour violation du droit international justifiant d'en reproduire un long extrait :

« Bien que les États aient historiquement été les principaux sujets du droit international, celui-ci a depuis longtemps évolué par rapport à ce modèle axé sur l'État. [...] L'émergence rapide des droits de la personne a entraîné un changement révolutionnaire en droit international, soit l'adoption d'une conception de l'ordre mondial axée sur la personne. Cette évolution a fait

---

<sup>2173</sup> M. Nioche, « Responsabilité sociétale des entreprises et compétence civile extraterritoriale », in *Extraterritorialités et droit international – SFDI Colloque d'Angers*, A. Miron et B. Taxil (dir.), Pedone, 2020, p. 239.

<sup>2174</sup> Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galle, *Ncgobo and others v. Thor Chemical Holdings Limited*, 9 octobre 1995, EWCA Civ J1009-1. Employés d'une filiale sud-africaine de l'entreprise anglaise dans le secteur chimique ayant été victimes d'une intoxication chimique ont successivement attaqué la filiale devant les juridictions nationales et obtenu une réparation dérisoire puis ont attaqué devant les juridictions anglaises ;

<sup>2175</sup> Cour suprême du Canada, *Nevsun Resources Ltd. c. Araya* 2020 CSC 5, 28 février 2020

en sorte que le droit international vise maintenant non seulement à maintenir la paix entre les États, mais aussi à protéger la vie des personnes ainsi que leur liberté, leur santé et leur instruction. *Le contexte dans lequel les normes internationales en matière de droits de la personne doivent être interprétées et appliquées de nos jours en est un dans lequel de telles normes sont régulièrement appliquées à des acteurs privés. Il n'est donc pas évident et manifeste que les sociétés jouissent aujourd'hui d'une exclusion générale en droit international coutumier à l'égard de la responsabilité directe pour violations des normes obligatoires, définissables et universelles de droit international.* Le droit international coutumier est la *Common law* du système juridique international, évoluant constamment et progressivement au rythme des changements qui surviennent dans la pratique et l'acceptation. Les tribunaux canadiens, comme tous les tribunaux, jouent un rôle important dans son évolution continue »<sup>2176</sup>.

**1211.** Au regard de ce qui précède, nous pouvons conclure qu'il existe un principe, commun aux ordres juridiques nationaux des pays exportateurs de capitaux, reconnaissant un devoir de diligence de l'entreprise exigeant de ne pas nuire aux droits fondamentaux de la personne humaine et à l'environnement. Cette reconnaissance n'est toutefois pas encore homogène entre les continents. Le devoir de diligence des entreprises existe dans les législations de certains pays importateurs de capitaux. Ainsi qu'il a été exposé, le continent africain dispose d'un tissu important d'instruments nationaux et internationaux, reconnaissant des obligations à la charge de l'investisseur et plus généralement l'obligation de respecter les droits fondamentaux de la personne humaine<sup>2177</sup>. En 2018, l'Inde a lancé un plan d'action national *Business and Human Rights* afin de mettre en œuvre les *Principes Directeurs des Nations Unies*. Le plan d'action préparé par le Ministère des entreprises contient un engagement de l'Etat visant à promouvoir dans sa législation la protection des droits humains et l'implication des entreprises dans la réalisation des principes directeurs des Nations Unies. Le principe 5 des *National Guidelines on Responsibility* prévoit une disposition intitulée *Human Right due diligence* en vertu de laquelle les entreprises implantées en Inde doivent « *to identify, prevent, mitigate, and account for how they address adverse human rights impacts* »<sup>2178</sup>.

**1212.** Certains pays d'Amérique latine comme le Costa Rica et l'Équateur prévoient des obligations pour les entreprises et les acteurs privés de manière sectorielle en particulier dans

---

<sup>2176</sup> *Ibid* (les italiques sont de nous).

<sup>2177</sup> *Supra*, au présent chapitre, par. 1028 et suivant. En outre, les lois nationales de promotion d'investissement peuvent faire un renvoi aux accords internationaux de l'investissement.

<sup>2178</sup> *National Action Plan on Business and Human Rights, Zero draft*, Ministry of Corporate Affairs, India, 11 mars 2020, accessible en ligne sur le site du Ministère des entreprises : [http://www.mca.gov.in/Ministry/pdf/ZeroDraft\\_11032020.pdf](http://www.mca.gov.in/Ministry/pdf/ZeroDraft_11032020.pdf).

le domaine de l'environnement<sup>2179</sup>. Plusieurs pays en voie de développement ont adopté des plans d'action pour la mise en oeuvre des Principes Directeurs des Nations Unies mais ont exprimé une préférence pour l'adoption au niveau international d'un traité contraignant<sup>2180</sup>.

**1213.** Toutefois, les carences législatives de certains pays en voie de développement visant à faire peser sur les entreprises des obligations relatives aux droits de l'homme et de l'environnement ne se dressent pas nécessairement comme un obstacle à la reconnaissance d'un principe général de diligence due de l'entreprise. Depuis les années soixante-dix les pays en développement ont toujours exprimé la volonté de faire de l'entreprise un destinataire d'obligations internationales<sup>2181</sup>. De ce point de vue, il est clair que l'accélération remarquable opérée dans les législations internes des pays développés pour responsabiliser les activités les entreprises multinationales semble finalement converger vers la position des pays en développement<sup>2182</sup>. Certes, il existe entre les législations des variations, mais le *ratio* de la règle, l'esprit des lois internes est le même : il vise à associer l'acteur privé au respect et à la mise en oeuvre des droits les plus fondamentaux de la personne humaine et de l'environnement. Ainsi, dans la mesure où ces législations sont adoptées par les pays des investisseurs investissant le plus à l'étranger<sup>2183</sup>, il n'est pas impossible que les tribunaux d'investissements soient amenés à transposer<sup>2184</sup> le principe de diligence des entreprises dans le contentieux transnational de

---

<sup>2179</sup> Dans les affaires *Aven c. Costa Rica*, *Perenco et Burlington c. Equateur*, les tribunaux ont souligné l'importance donnée à la protection de l'environnement par ses Etats au niveau constitutionnel et législatif. Les articles 395 et 396 de la Constitution équatorienne prévoient par exemple que : « *Environmental management policies shall be applied and shall be of mandatory enforcement by the State at all of its levels and by all individuals or legal entities in this country's territory... Each of the participants in the production, distribution, commercialization and usage processes of goods and services shall be directly liable for preventing any environmental impact, mitigating and repairing the damages it has caused, and for maintaining a permanent environmental monitoring system* »

<sup>2180</sup> *Supra*, au présent chapitre par. 436 et suivant.

<sup>2181</sup> M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, note 1541, p. 178: « *Developing countries, on the other hand, have consistently called for the recognition of obligations on multinational corporations* ».

<sup>2182</sup> AGNU, *Résolution 3201 (S-VI) Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique mondial*, 1 mai 1974, par. 4 (g) : « Le nouvel ordre économique mondial devrait être fondé sur le respect des principes énoncés ci-après...Règlementation et supervision des activités des sociétés multinationales par l'adoption de mesures propres à servir l'intérêt de l'économie nationale des pays où les sociétés multinationales exercent leurs activités sur la base de la souveraineté entière de ces pays ». Les pays en développement sont également ceux les plus favorables à l'adoption d'un instrument contraignant pour les entreprises en matière de droits de l'homme.

<sup>2183</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2020*, FDI Outflows top 20 home economies in 2018-2019, p. 15. Les plus grands pays exportateurs de capitaux sont les suivants : Japon, Etats-Unis, Pays-Bas, Chine, Allemagne, Canada, Hong-Kong, France, Corée, Singapour, Royaume-Uni, Italie, Espagne, Suède, Russie, Belgique, Irlande, Danemark, Emirats Arabes Unis, Brésil.

<sup>2184</sup> Parce que les lois internes consacrant un devoir de diligence concernent l'acteur privé, leur transposition dans l'ordre juridique international « se prêtent plus facilement à une transposition en droit des gens car si les conditions dans lesquelles il se trouvent diffèrent, ils régissent les mêmes sujets de droit » (A. Pellet, *Recherches sur les principes généraux du droit en droit international*, *op. cit.*, note 2009, p. 310.). Par exemple, le Tribunal spécial

l'investissement.

**1214.** Le tribunal dans l'affaire *Urbaser* semblait avoir envisagé cette voie en déclarant que « *international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. This standard includes commitments to comply with human rights in the framework of those entities' operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation* »<sup>2185</sup>. L'utilisation du terme de « standard » entendu comme une « notion à contenu variable utilisée pour désigner un comportement supposé correspondre à ce qui est communément admis par un groupe social à un moment donné »<sup>2186</sup> renvoie à un degré de généralisation suffisamment important pour être caractérisé de principe général. Toutefois, en se référant au *droit international* et non pas aux ordres juridiques internes, le Tribunal a également laissé ouverte la possibilité d'identifier un principe général *du droit international* qui serait spécialement applicable à l'investisseur internationalement protégé.

### ***B. Le principe général du droit international comme facteur d'accélération du processus coutumier***

**1215.** Le lieu d'identification d'un principe général peut également se faire au sein de l'ordre juridique international. Il ne s'agit plus d'un principe général de droit mais d'un principe général du droit international identifié au sein des sources de cet ordre juridique<sup>2187</sup>. En tant que matière fortement internationalisée, le droit international des investissements est une terre d'élection pour identifier de tels principes. Certains de ces principes ne présentent pas

---

pour le Liban, n'a pas hésité à transposer dans l'ordre juridique international le principe de responsabilité pénale *des entreprises*. Il l'a fait alors que la responsabilité pénale internationale demeure individuelle et que les groupements collectifs tels que les partis politiques, les entreprises ou les groupes armés sortent de son champ d'atteinte. Au sujet de sa compétence personnelle, pourtant limitée aux personnes physiques, le Tribunal a observé que : « S'il reste vrai qu'aucune juridiction pénale internationale ... n'a encore affirmé avoir compétence pour juger des personnes morales, ce fait singulier ne convainc pas pour autant le Collège que le terme 'personne'... exclue les personnes morales ... En effet, la responsabilité des personnes morales pour des faits graves est prévue par la majorité de systèmes juridiques du monde et peut donc être admise comme un principe général du droit. Des divergences entre États persistent quant à la nature civile, pénale ou mixte de cette responsabilité. Le Collège estime néanmoins qu'à la lumière des développements évoqués plus haut, la responsabilité pénale des entreprises est sur le point d'atteindre, pour le moins, le statut d'un principe général de droit applicable en droit international » *New TV S.A.L Karma Mohamed Thsin Al Khayat*, Tribunal spécial pour le Liban, Collège d'appel, Affaire n° STL-15-05/PT/AP/AR126.1, 2 octobre 2014, par. 67.

<sup>2185</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, paras. 1194-1195.

<sup>2186</sup> *Lexique des termes juridiques*, S. Guinchard T. Debard (dir.), 23ème ed, p. 984.

<sup>2187</sup> CDI, *Premier rapport sur les principes généraux du droit*, M. Vasquez-Bermudez, avril 2019, p. 68 : « La deuxième catégorie de principes généraux du droit concerne les principes qui ne trouvent pas leur origine dans le droit interne, mais bien dans l'ordre juridique international. Comme pour la catégorie présentée dans la section précédente, l'existence de principes généraux du droit formés dans le système juridique international est elle aussi étayée par la pratique et la doctrine ».

d'autonomie normative par rapport à la coutume<sup>2188</sup>, d'autres ne semblent pas encore répondre au niveau d'exigence requis pour caractériser la coutume, mais entrent sans grande difficulté dans la catégorie des principes du droit international des investissements. Il en va ainsi de la notion d'attentes légitimes<sup>2189</sup> et du principe que ces attentes s'apprécient au moment où l'investissement se réalise.

**1216.** Partant du constat que la matière a été internationalisée, il est bien compréhensible que la question du devoir de diligence de l'investisseur ne soit pas uniquement réglée par les ordres juridiques internes. Les appels à une responsabilisation de l'investisseur que les demandes reconventionnelles ont fait émerger répondent à un vide au sein du droit international *révélé* par le contentieux de l'investissement. C'est pourquoi, le renfort des droits nationaux pour établir les obligations des investisseurs internationalement protégés n'est pas seul moyen d'identifier un principe général.

**1217.** Le Tribunal dans l'affaire *Urbaser* ne s'est d'ailleurs pas référé aux ordres juridiques internes pour identifier un « *standard of crucial importance* » de responsabilité sociale des entreprises. Il a au contraire, recueilli au sein de l'ordre juridique interne des indices permettant d'établir que l'entreprise était tenue à un devoir de ne pas nuire à certains standards internationaux<sup>2190</sup>.

**1218.** Pour emprunter à M. Virally la distinction parmi les principes du droit international, entre ceux « émanant de l'ordre juridique positif »<sup>2191</sup> de ceux « d'origine idéologique »<sup>2192</sup> qui « ne se présente pas toujours sous la forme d'une proposition normative, mais parfois sous celle d'un concept »<sup>2193</sup>, il serait envisageable de considérer que le principe de diligence due de l'investisseur correspond à un principe suivant « un processus de concrétisation croissante »<sup>2194</sup> notamment révélé par l'accumulation de la pratique reconventionnelle.

**1219.** La conceptualisation naissante au sein du droit international de l'investissement d'un

---

<sup>2188</sup>C. Crepet Daigremont, « Les sources du droit international des investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, (C. Leben ed.), Pedone, 2015, p. 113.

<sup>2189</sup> T. Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, CUP, 2019, p. 16: « First, the doctrine of legitimate expectations is a general principle of law as recognised in municipal public laws of major legal systems. Second, it is a general principle of international law which is an expression of good faith principle. »

<sup>2190</sup> Le Tribunal s'est référé à la Déclaration Universelle des droits de l'homme et du citoyen et Pacte international relatifs aux droits sociaux économiques et culturels ; *Supra*, au présent chapitre, par. 1055.

<sup>2191</sup> M. Virally, « Le rôle des « principes » dans le développement du droit international », in *Le droit international en devenir: Essais écrits au fil des ans*, Graduate Institute Publications, 1990, p. 190.

<sup>2192</sup> *Ibid.* L'auteur se réfère par exemple au principe d'égalité des Etats ou de souveraineté.

<sup>2193</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>2194</sup> *Ibid.*, p. 181. L'auteur explique qu'il ne suffit pas décider si un principe est juridique mais il faut encore déterminer s'il a acquis une valeur positive et qu'il est « effectivement devenue partie intégrante de l'ordre juridique ».

principe de diligence due de l'investisseur ne se présenterait pas toujours à l'arbitre sous forme d'énoncé normatif mais répond néanmoins à un besoin d'équité. C'est au sein des nombreuses critiques étatiques relatives à l'asymétrie du rapport Etat/investisseur qu'un principe général de diligence visant à responsabiliser l'investisseur peut être décelé. La volonté étatique de rééquilibrer les droits et obligations des Etats et des investisseurs pourrait se traduire juridiquement par une demande d'équité qui agirait comme « guide pour l'application du droit...commandant une application équitable du droit afin qu'il ne produise pas des résultats absurdes ou déraisonnables »<sup>2195</sup>.

**1220.** Exprimé par les Etats demandeurs reconventionnels, le principe de diligence de l'investisseur exigeant de lui qu'il ne nuise pas au développement économique environnemental et social du pays hôte répondrait à une exigence sociale qui investit le contentieux de l'investissement de manière croissante. La novation apportée par la pratique des demandes reconventionnelles est bien que cette demande de reconnaissance émane des Etats qui sont les premiers acteurs de création du droit.

**1221.** L'identification d'un devoir de diligence de l'investisseur exigeant le respect des normes internationales participerait donc au développement de la matière fortement internationalisée dont les besoins de coopération et d'homogénéisation au niveau interétatique sont de plus en plus marqués<sup>2196</sup>. En effet, la protection internationale des investissements s'inscrit également dans un contexte de collectivisation des droits protégés par le droit international tels que la protection de l'eau, de l'environnement et du climat, aux besoins accrus de régulation internationale, justifiant que l'arbitre identifie au sein de cet ordre juridique un principe général. L'arbitrage d'investissement implique tant la protection des intérêts privés que des intérêts publics qu'il revient à l'arbitre de préserver<sup>2197</sup>. Ainsi que P. Muchlinski l'a observé « *the rise in expectations that investors should be good corporate citizens and respect the emergent principles of international corporate social responsibility...represent a benchmark by which the conduct of multinational enterprises will increasingly be judged in the future* »<sup>2198</sup>

**1222.** Parmi les obligations internationales qui pourraient être captées par le principe général

---

<sup>2195</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., note n°1, p. 442.

<sup>2196</sup> Ainsi qu'en témoignent les initiatives visant à améliorer l'arbitrage devant la CNUDCI, la proposition d'une cour multilatérale d'investissement, la multiplication des comités d'interprétation conjoint au sein des TBI.

<sup>2197</sup> *Azurix c. Argentine*, affaire CIRDI n°ARB/01/12, sentence, 14 juillet 2006, par. 144: « *The Tribunal understands that governments have to be vigilant and protect the public health of their citizens but the statements and actions of the provincial authorities contributed to the crisis rather than assisted in solving it.* »

<sup>2198</sup> P. Muchlinski, « 'Caveat Investor' ? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard », *ILCQ*, 2006, p. 535.

d'un devoir de diligence de l'investisseur<sup>2199</sup> figureraient : *les principes relatifs aux droits individuels* consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme laquelle « codifi[e] tous les grands principes du droit international général dans ce domaine » et qui, à défaut de règles conventionnelles applicables à l'investisseur « se prête bien à être utilisée comme une sorte de synthèse de l'ensemble des principes pertinents des droits de l'homme »<sup>2200</sup>. En vertu du principe général, l'investisseur aurait l'obligation de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme internationalement reconnus en lien direct avec l'activité concernée<sup>2201</sup> ; l'interdiction de toute forme de travail forcé<sup>2202</sup> et du travail des enfants, l'interdiction de la corruption. A ceux-ci peuvent s'ajouter les principes relatifs aux droits collectifs tels que : l'implication et la

---

<sup>2199</sup> Le préambule du projet abandonné de la Sous-commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme portant « Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme », estimait l'entreprise liée par les instruments suivants : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention contre l'esclavage et la Convention additionnelle sur l'abolition de l'esclavage, la traite des esclaves, et les institutions et pratiques équivalant à l'esclavage, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention relative aux droits de l'enfant, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, les quatre Conventions de Genève et leurs deux Protocoles additionnels relatifs à la protection des victimes des conflits armés, la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, des groupes et des organes de la société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, la Convention sur la diversité biologique, la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, la Déclaration sur le droit au développement, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, le Plan d'application du Sommet mondial pour le développement durable, la Déclaration du Millénaire des Nations Unies, la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, le Code international de commercialisation des substituts du lait maternel adopté par l'Assemblée mondiale de la santé, les Critères éthiques applicables à la promotion des médicaments ainsi que la politique de la santé pour tous au XXI<sup>e</sup> siècle de l'Organisation mondiale de la santé, la Convention de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, les conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail, la Convention et le Protocole relatifs au statut des réfugiés, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Convention interaméricaine des droits de l'homme, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales.

<sup>2200</sup> L. Condorelli, « Conclusions générales », in SFDI, *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Pedone, 2009, p. 129.

<sup>2201</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1199. L'article 27 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples établit clairement que chaque individu « a des devoirs envers la famille et la société, envers l'Etat et les autres collectivités légalement reconnues et envers la Communauté Internationale »,

<sup>2202</sup> L. Boisson de Chazournes, « Conclusion générales », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, SFDI, Pedone, 2017, p. 515.

participation du public<sup>2203</sup> et des peuples tribaux et populations autochtones<sup>2204</sup> ; le respect des droits sociaux économiques énoncés au Pacte de 1966<sup>2205</sup> ; enfin les *droits de solidarité* tels que le respect et la protection du droit de l'environnement y compris les principes coutumiers de précaution et de prévention, l'obligation de conduire une étude d'impact<sup>2206</sup>, et l'utilisation raisonnable des ressources, y compris le droit d'accès à l'eau reconnu comme un principe général du droit international<sup>2207</sup>. La réalisation des objectifs de lutte contre les changements climatiques exprimés dans l'Accord de Paris sont également applicables au secteur privé<sup>2208</sup>. Enfin, l'important tissu normatif développé par les instruments de *soft law* et l'adoption des codes de conduite participeraient à renforcer au sein de l'ordre juridique international l'identification d'un principe du droit international en vertu duquel l'investisseur serait lié par une obligation d'agir de manière diligente.

**1223.** L'identification d'un principe général de diligence due de l'investisseur aurait sans doute une part de subjectivité mais se justifierait faute d'éléments suffisamment probants pour caractériser une norme coutumière<sup>2209</sup>. Au sujet de l'utilisation des principes par la CIJ, G. Gaja remarque que « le renvoi relativement fréquent de la CIJ aux principes qui ne sont pas consacrés par les systèmes de droit s'explique, par la définition étroite du droit international coutumier. Si la coutume devait être considérée, ainsi qu'il est fait dans cette disposition 'comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit', faute d'une pratique suffisante plusieurs règles du droit international ne dérivant pas de traités ne cadreraient pas avec la définition. D'où

---

<sup>2203</sup> *Ibid*, p. 515.

<sup>2204</sup> *Bear Creek Mining c. Pérou*, sentence, *op. cit.*, note n° 1005, par. 406: « Even though the concept of 'social license' is not clearly defined in international law, all relevant international instruments are clear that consultations with indigenous communities are to be made with the purpose of obtaining consent from all the relevant communities ».

<sup>2205</sup> Observation générale n°24, *op.cit*, note n° 1970, par. 5.

<sup>2206</sup> L. Boisson de Chazournes, « Conclusion générales », *op cit.*, note n°2202, p. 515 ; *Aven Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, par. 739.

<sup>2207</sup> *SAUR International v. Argentine*, Affaire CIRDI n°. ARB/04/4, Décision sur la compétence et la responsabilité, 6 juin 2012, par. 330. « En réalité, les droits de l'homme en général, et le droit à l'eau en particulier, constituent l'une des diverses sources que le Tribunal devra prendre en compte pour résoudre le différend car ces droits sont élevés au sein du système juridique argentin au rang de droits constitutionnels, et, de plus, ils font partie des principes généraux du droit international. »

<sup>2208</sup> Convention cadre sur les changements climatiques, Accord de Paris, *JORF*, n°0262, 10 novembre 2016 : « *Convenant* de soutenir et de promouvoir la coopération régionale et internationale afin de mobiliser une action climatique plus forte et plus ambitieuse de la part de toutes les Parties et des autres acteurs, y compris de la société civile, du secteur privé, des institutions financières, des villes et autres autorités infranationales, des communautés locales et des peuples autochtones », voir aussi l'article 12.0 du Protocole de Kyoto « peuvent participer au mécanisme pour un développement propre, notamment...les entités aussi bien publiques que privées ».

<sup>2209</sup> CDI, Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, doc. N° A/CN.4/663, 65<sup>ème</sup> session, 2013, p. 19.

la référence aux principes ou principes généraux »<sup>2210</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'en choisissant la voie audacieuse des principes, l'arbitre permettrait du même coup que ceux-ci soient ultérieurement captés par la coutume. En effet, lorsque l'arbitre identifie au sein de l'ordre juridique international ou interne un principe, les chances sont élevées qu'il s'apparente aux normes coutumières<sup>2211</sup> car « le temps aidant, il devient inutile de parler d'un principe général de droit : on se trouve en présence d'une coutume »<sup>2212</sup>.

**1224.** En jetant un regard rétrospectif sur les développements normatifs au niveau national et international, comprenant notamment les Principes Directeurs des Nations Unies, l'on comprend que le devoir de diligence des entreprises et de l'acteur privé pour les violations des droits de l'homme et de l'environnement est à l'état de latence en droit international. Sans qu'il ne soit possible de trancher la question de manière définitive, l'examen du droit positif prenant place dans un contexte très critique à l'égard de l'arbitrage d'investissement fait ressortir la possibilité pour l'arbitre d'identifier un principe général de droit (dans les ordres juridiques nationaux) et/ou un principe général du droit international du devoir de diligence de l'investisseur étranger dans le domaine des droits fondamentaux et de l'environnement.

**1225.** A défaut de consensus conventionnel et face au niveau d'exigence requis pour caractériser la coutume, la voie du principe général serait la voie la plus appropriée pour légitimer au sein du droit international une obligation primaire de diligence due applicable à l'investisseur. Droit internes, droit assourdi, projet de traité, et la pratique des demandes reconventionnelles constituent la « sédimentation sociale »<sup>2213</sup> à savoir « l'accumulation des comportements et des convictions des membres d'une société donnée »<sup>2214</sup> exprimant la conviction d'un principe de diligence due applicable à l'investisseur étranger. Cette conviction trouve dans la pratique des demandes reconventionnelles le moyen d'être formellement légitimé. Il ne reste à l'arbitre qu'à choisir la forme de sa manifestation.

---

<sup>2210</sup> G. Gaja, « General principles of Law », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2020, par. 18: «The relatively frequent reference by the ICJ to principles that are not part of municipal laws is explained, at least in part, by the narrow definition of customary international law that is provided in Art 38 (1) (b) ICJ Statute. Should custom be regarded, as stated in that provision, as 'evidence of a general practice accepted as law', several norms of international law which are not based on treaties would not fit in the definition of custom given the scarcity of practice. Hence the reference to principles or general principles. Only in certain cases could these principles appear as an abstraction from specific norms of customary international law.» (traduction libre).

<sup>2211</sup> A. Pellet, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, op. cit, note 2009, p. 349.

<sup>2212</sup> *Ibid.*, p. 434.

<sup>2213</sup> L. Condorelli, « La coutume », in *Droit international Bilan et perspectives*, t.1, M. Bedjaoui (dir.), Pedone, 1991, p.189.

<sup>2214</sup> *Ibid.*

## Conclusion du Chapitre 6

**1226.** En 1895, A de Méringnac observait que « le jurisconsulte ne saurait construire une théorie exacte de l'arbitrage international, avant d'avoir analysé les principaux cas d'arbitrage, ceux qui ont le plus marqué... aussi bien par les intérêts qui étaient en jeu, que par les discussions auxquelles ils ont donné lieu et les principes qui y ont été posées. D'ailleurs, la théorie est froide et inerte quand elle reste isolée, tandis que, par leur contact, les faits la vivifient et l'éclairent ; c'est ainsi que la jurisprudence forme le complément indispensable de la doctrine, dont elle est en quelque sorte une mise en action. »<sup>2215</sup>. En reconnaissant que la responsabilité sociale des entreprises est un standard d'importance cruciale *en droit international*, le Tribunal dans l'affaire *Urbaser c. Argentine* a en effet avalisé sur le plan théorique l'émergence d'un devoir de diligence due de l'investisseur. En ce qu'elle incite les tribunaux à se saisir de la licéité du comportement de l'investisseur, la pratique des demandes reconventionnelles participe à la légitimation formelle d'une obligation de diligence due qui pourrait se faire par la voie des principes généraux et qui serait une source suffisamment malléable<sup>2216</sup> pour prendre en compte les particularités de chaque affaire.

**1227.** Malgré les persistantes incertitudes sur la teneur des obligations internationales imputables aux investisseurs il faut bien reconnaître que la pratique des demandes reconventionnelles a bousculé la perception qui a pu se faire des finalités du contentieux de l'investissement et plus généralement du rôle de l'acteur privé. Elle est une illustration pratique de la contribution du contentieux de l'investissement au droit international général. Son utilisation par les Etats a d'abord permis une reconnaissance non équivoque de la subjectivité internationale de l'investisseur. En outre, le fait pour un Etat d'invoquer la violation des standards internationaux par l'investisseur internationalement protégé à des fins offensives, ne vise pas seulement à faire constater une contrariété au droit international mais une volonté de faire produire des effets internationaux aux violations commises. Ainsi, l'accumulation de la pratique accélère la reconnaissance des attentes de l'Etat qui se greffent sur l'obligation de diligence due. Guidées par des considérations d'équité, ces attentes seraient associées à l'étendue des protections juridictionnelles et substantielles dont l'investisseur bénéficie.

---

<sup>2215</sup> A. Méringnac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international, le rôle du droit dans le fonctionnement actuel de l'institution et dans ses destinées futures*, *op. cit.*, note n°17, p. 43.

<sup>2216</sup> L. Chassui, *General Principles For Business and Human Rights in International Law*, *op. cit.*, note n° 1866, p. 250: « *in the absence of well-delineated international human rights obligations addressed to companies, it may be argued that due diligence in the business and human rights context operates as a standard of conduct itself, not as a structural feature of an existing international primary rule. It seems as if due diligence accompanies a substantive obligation in statu nascendi, composed of a continuous interaction between international law and domestic legal systems, which adjusts its contents to the specific sector to which it applies* ».

### *Conclusion du Titre 3*

**1228.** L'analyse des fondements choisis par l'Etat demandeur reconventionnel, a permis de vérifier en quoi l'applicabilité et l'application d'un droit ne sont pas des termes équivalents. Ainsi, l'arbitre aborde les « règles externes »<sup>2217</sup> à l'instrument sur lequel l'investisseur choisit de fonder sa demande (traité, contrat, loi) avec une certaine retenue. L'application du droit de l'Etat hôte à l'investisseur est parfois circonscrite aux normes internes qui seraient spécialement applicables à l'investissement, pour peu qu'elles existent. Celles-ci ne sont pas si nombreuses. Les obligations internes qui se dédoublent d'obligations similaires au sein de l'ordre juridique international, telles que l'interdiction de la corruption ou la protection de l'environnement semblent plus « solides » pour constituer les fondements des demandes reconventionnelles contre l'investisseur et confirment qu'aucun domaine du droit interne *a priori* n'échappe au droit applicable.

**1229.** Paradoxalement, lorsque l'Etat puise directement dans l'ordre juridique international pour mettre en cause la responsabilité de l'investisseur, l'action reconventionnelle demeure fragile. L'identification d'obligations internationales n'est pas chose aisée et nécessite de regarder le corpus externe au traité ou au contrat. Celles-ci semblent néanmoins être à l'état de latence et vraisemblablement identifiables au sein des principes généraux mais encore trop rares sont les tribunaux qui acceptent d'identifier de telles obligations en dehors des traités<sup>2218</sup>.

**1230.** Reste que l'identification d'obligations internationales de l'investisseur est une étape à la fois indispensable et insuffisante à l'analyse des demandes reconventionnelles. En effet, dans tout système juridique, le fait d'invoquer la violation d'une norme, qu'elle soit d'origine nationale ou internationale, est le préalable nécessaire à l'idée d'une responsabilité. Ce sont alors les conséquences des violations commises par l'investisseur qui ont un besoin accru d'élaboration. Comme l'a observé W. Ben Hamida : « [a]près un combat mené par les Etats sur l'étendue de la compétence des tribunaux arbitraux statuant sur le fondement d'une offre d'arbitrage, non encore terminée mais largement favorable aux investisseurs, la résistance pourrait se déplacer sur le terrain de la responsabilité des investisseurs »<sup>2219</sup>.

---

<sup>2217</sup> P. Jacob, « La place des normes externes dans le contentieux de l'investissement », in *Droit des investissements internationaux perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, pp. 607-640.

<sup>2218</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, par. 739 : « *Under international law of investments [...] investors enjoy by themselves a number of rights [...]. What about the investor's obligations arising of the investment according to international law?* »

<sup>2219</sup> W. Ben Hamida, « L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *Forum du droit international*, vol. 7, n°4, 2005, p. 262.

#### **TITRE 4 Les conséquences de la subjectivité internationale de l'investisseur**

**1231.** En formulant une demande reconventionnelle, l'Etat souhaite « obtenir quelque chose de plus que le rejet des prétentions du demandeur »<sup>2220</sup> ouvrant la voie d'un principe de responsabilité de l'investisseur. Par sa finalité offensive, l'action reconventionnelle vise à faire constater un manquement de l'investisseur à une obligation qui lui est imputable. Puisque l'invocation de la violation d'une norme est le préalable nécessaire à l'idée d'une responsabilité, toutes les demandes reconventionnelles formulées par l'Etat dans le cadre du contentieux de l'investissement reflètent la conviction étatique d'un principe de responsabilité de l'investisseur.

**1232.** Prenant appui sur la reconnaissance jurisprudentielle et doctrinale qui nous « autorise à considérer l'individu comme sujet (limité) du droit international »<sup>2221</sup>, il convient d'explorer les conséquences de la subjectivité internationale dans le contentieux de l'investissement. Tenu par une obligation de respecter le droit de l'Etat hôte<sup>2222</sup> et par un devoir de diligence exigeant de respecter certaines normes internationales, et *a minima*, de ne pas y porter atteinte, l'investisseur s'expose au risque d'une demande reconventionnelle de l'Etat. Etant entendu que le contentieux de l'investissement est un contentieux de la responsabilité<sup>2223</sup>, c'est alors la question de la nature de la responsabilité de l'investisseur découlant de cette violation qui doit être abordée (Chapitre 7). Si elle est établie, la responsabilité de l'investisseur donne naissance à des obligations secondaires qui s'articulent autour de l'obligation de réparer le dommage invoqué par l'Etat demandeur reconventionnel (Chapitre 8).

---

<sup>2220</sup> D. Anzilotti, « Les demandes reconventionnelles », *op. cit.*, note n°22, p. 55.

<sup>2221</sup> C. Leben, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, vol. 302, 2003, p. 309 ; *Supra*, Chapitre 6, par. 1021.

<sup>2222</sup> *Supra*, Chapitre 5, par. 910 et suivant.

<sup>2223</sup> « Report of Executive Directors on the Convention on the settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other State », *ICSID Reports*, vol.1, CUP, 1993, p.28 ; M. Forteau, « La contribution au Développement du Droit International Général de la Jurisprudence Arbitrale Relative aux Investissements Etrangers », *Anuario Brasileiro de Dereito Internacional*, vol. I, 2009, p. 26.

## Chapitre 7 Nature de la responsabilité de l'investisseur du fait des atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement

**1233.** L'attrait doctrinal pour déterminer si l'investisseur est ou non titulaire d'obligations internationales a relayé au second plan l'étude des règles secondaires touchant à sa responsabilité en cas d'atteinte à ces droits. Ainsi, bien que la doctrine ait récemment concédé que le thème de la responsabilité de l'investisseur est « la prochaine frontière »<sup>2224</sup> du droit international des investissements, rares sont les contributions qui se sont aventurées dans une étude plus poussée de la question<sup>2225</sup>. Il faut bien reconnaître que tant que l'investisseur n'était pas considéré comme un sujet titulaire d'obligations *internationales*, la question de sa responsabilité était restreinte aux violations du contrat, voire, du droit interne, échappant à l'attention des internationalistes. En outre, le contentieux de l'investissement est davantage axé sur les questions d'atteinte aux droits de l'investisseur que sur celles portées aux droits de l'Etat. Toutefois, si d'après cette conception classique du contentieux de l'investissement « le comportement de l'investisseur est considéré mais pas pour lui-même »<sup>2226</sup> la pratique des demandes reconventionnelles et la jurisprudence acceptant d'en connaître rompt avec cette logique en évaluant la licéité du comportement de l'investisseur au regard des normes internes ou internationales<sup>2227</sup>. Ainsi, la reconnaissance d'une subjectivité internationale de l'investisseur associée à l'existence d'obligations internationales dont l'Etat invoque la violation à titre reconventionnel, justifient de s'interroger plus en détails sur la nature de la responsabilité qui en découle.

**1234.** Les doutes que l'on peut émettre à l'égard de l'existence d'un principe général de droit obligeant l'investisseur d'agir de manière diligente sans nuire aux droits de l'homme et de

---

<sup>2224</sup> « Symposium on Investor responsibility: the next frontier in international investment law », *AJIL unbound*, vol. 113, n°1, 2019.

<sup>2225</sup> A. de Nanteuil, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », in *Droit de l'homme et droit international économique*, C. Titi (dir.), Bruylant, 2019, pp. 33-49 ; J. Ho, « The creation of elusive investor responsibility », in *Symposium on investor responsibility: the next frontier in international investment law*, *AJIL Unbound*, vol. 113, 2019, pp. 1-6 ; L. Dubin, « RSE et droit des investissements les prémises d'une rencontre », *RGDIP*, vol. 122, n°4, 2018, pp. 887-890. Voir aussi, N. Monebhurrin, « La demande reconventionnelle comme procédure permettant d'engager la responsabilité environnementale des investisseurs : l'exemple du droit international des investissements », *Revue juridique de l'environnement*, 2020, n°3, pp. 526-535 (l'auteur n'évoque pas du tout la nature et les contours de la responsabilité qui pourrait découler de la violation des normes environnementales).

<sup>2226</sup> R. Rivier, *Droit international public, op. cit.*, note n° 1859, p. 568. Au sujet de la jurisprudence *Urbaser*, l'auteur observe : qu'elle « se situe plus clairement dans une perspective de responsabilité internationale de l'investisseur...L'autre question est laissée ouverte par le tribunal : quelle droit-être exactement la consistance de la responsabilité internationale de l'investisseur ? Doit-elle être comprise comme une obligation de réparation à l'image de celle qui vaut dans les rapports entre Etats, et selon quelles modalités alors, ou a-t-elle encore un contenu autre ? »

<sup>2227</sup> *Supra*, Chapitre 5, par. 1000 et suivant (Affaires *Perenco et Burlington*) ; R. Rivier, *Droit international public, op. cit.*, note n° 1859, p. 568.

l'environnement<sup>2228</sup>, n'enlèvent rien à la pertinence de la question.

**1235.** En effet, certains traités<sup>2229</sup> ou certains contrats exigent de l'investisseur de se conformer aux normes internationales. Les lois d'investissement peuvent également se référer au droit international et imposer des obligations à la charge de l'investisseur afin d'encadrer la licéité de ses activités<sup>2230</sup>. Par exemple, l'investisseur peut être tenu par une obligation contractuelle de respecter les normes internationales et de « pren[dre] toutes les mesures nécessaires à la protection de l'environnement conformes aux dispositions des conventions internationales relatives à la pollution des eaux de la mer »<sup>2231</sup>, ou par une obligation conventionnelle de respecter le droit interne<sup>2232</sup>. Ces exemples rendent plus que jamais palpable la perspective d'une reconnaissance d'une responsabilité par un tribunal arbitral dont la nature est indéterminée.

**1236.** En postulant que le tribunal arbitral admet la demande reconventionnelle de l'Etat et constate la violation d'une telle obligation par l'investisseur, quel serait le régime de la responsabilité applicable ? La question posée est celle de savoir si la responsabilité engagée à raison des violations commises par l'investisseur est arrimée à la nature matérielle de l'obligation violée ou à sa nature formelle, c'est-à-dire la nature de l'instrument qui contient l'obligation (contrat, traité ou lois). Selon toute vraisemblance, la violation d'une obligation conventionnelle ou internationale devrait générer une responsabilité internationale, spécifiquement lorsque le différend est engagé par la voie d'un traité (Section 1). Lorsque le contrat liant l'Etat à l'investisseur est internationalisé, les principes coutumiers de la

---

<sup>2228</sup> *Supra*, Chapitre 6, par. 1097 et 1137 et suivant (Affaires *Urbaser c. Argentine* et *Aven c. Costa Rica*)

<sup>2229</sup> *Supra*, Chapitre 5, par. 883; voir aussi TBI entre la Colombie et les Emirats arabes unis, annexe II, (12 novembre 2017) : « [The Investor] hereby manifest my consent to arbitration in accordance with the procedures set out in the Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the United Arab Emirates, including the possibility that [name of disputing Party] presents claims against my person related to any issue in connection with the subject matter of the dispute, including alleged breaches of applicable international law or the respondent Party's law. »

<sup>2230</sup> Ordonnance n° 2018 – 646 du 1 août 2018 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire, article 36 : « L'investisseur doit respecter les lois et règlements en vigueur relatifs notamment aux droits de la personne, au droit du travail, à la responsabilité sociétale, à la protection de l'environnement, à la fiscalité et à la lutte contre la corruption et les activités illicites. Par ailleurs, l'investisseur se conforme aux normes techniques de management de la qualité sociales, sanitaires et environnementales, nationales ou, à défaut internationales applicables à ses produits et services ».

<sup>2231</sup> Contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures risques offshore profond, entre le Sénégal et Total, 12 mai 2017, article 4 (4), accessible en ligne :

(<https://www.sec.gouv.sn/sites/default/files/loisetdecrets/CONTRAT%20DE%20RECHERCHE%20ET%20DE%20PARTAGE%20DE%20PRODUCTION%20D%E2%80%99HYDROCARBURES%20RUFISQUE%20OFFSHORE%20PROFOND-TOTAL-PETROSEN.pdf>). (Ci-après « Contrat de partage de production Total – Sénégal »)

<sup>2232</sup> Article 9 du traité de l'OCI (5 juin 1981) : « L'investisseur s'engage à respecter les lois et règlements en vigueur dans le Pays Hôte et devra s'abstenir de tout ce qui est de nature à perturber l'ordre public et les moeurs et à porter atteinte à l'intérêt public. Il devra s'abstenir aussi d'entreprendre des activités contraignantes ou de réaliser des gains par des moyens illicites. » ; *Al Warraq c. Indonésie*, sentence, *op. cit.*, note n°423, paras. 663-667.

responsabilité internationale peuvent, par analogie, demeurer pertinents pour établir la responsabilité contractuelle internationale de l'investisseur pour la violation de normes relatives aux droits de l'homme ou de l'environnement (Section 2).

### *Section 1 La responsabilité internationale de l'investisseur*

**1237.** En l'absence de jurisprudence s'étant effectivement prononcée en détail sur la responsabilité de l'investisseur en cas de violation des droits internationalement reconnus à la personne humaine et à l'environnement, il est proposé d'analyser à titre prospectif les questions de responsabilité à travers un scénario inspirés d'affaires et d'instruments existants.

**1238.** *Scénario n°1* : Un investisseur issu d'un pays développé A ayant obtenu une licence d'exploration des ressources minières dans un pays en voie de développement B, engage une procédure de règlement des différends contre l'Etat sur le fondement du traité entre A et B. L'investisseur estime que le retrait du permis d'exploration consécutif au rejet de l'étude d'impact environnemental par les autorités constitue une violation du TBI. Ce traité donne à l'investisseur la possibilité de saisir les tribunaux CIRDI de « tout différend en lien avec l'investissement » et désigne le droit international comme droit applicable. Il contient une clause autorisant l'Etat « à prendre toute mesure nécessaire à la préservation de l'environnement des ressources naturelles et des droits de l'homme »<sup>2233</sup>. Contestant l'illicéité du retrait du permis, l'Etat B, qui n'a pas engagé de procédure devant les juridictions nationales, a, par une demande reconventionnelle, mis en cause la responsabilité de l'investisseur pour la violation des droits de populations locales ayant fait l'objet d'intimidation répétées et répressions musclées par des forces de sécurité employées par l'investisseur. Il lui reproche en outre d'avoir pollué les ressources en eau pendant la phase d'exploration. Puisque la demande reconventionnelle comporte une dimension offensive, visant à engager la responsabilité de l'investisseur pour les préjudices qu'il a causés, il reviendra au tribunal habilité à appliquer le droit international, de déterminer la nature de sa responsabilité. Considérant que le tribunal constate la pollution des nappes phréatiques ainsi qu'une utilisation disproportionnée de la force

---

<sup>2233</sup> TBI entre le Canada et l'Equateur, 29 avril 1996, article XVII: *Application and General Exceptions: This Agreement shall apply to any investment made by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party before or after the entry into force of this Agreement. 2. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns. 3. Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, or do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: (a) necessary to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; or (c) relating to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.*

par l'investisseur, quelle serait la nature de la responsabilité ?

**1239.** Après avoir expliqué que les formes alternatives de responsabilité ne sont pas à même de satisfaire la dimension offensive des demandes reconventionnelles par laquelle le défendeur entend réparer les atteintes à ses droits propres (I), il est pertinent d'explorer si les principes coutumiers de la responsabilité internationale des Etats et des organisations internationales peuvent, par analogie, modeler celle de l'investisseur (II).

### *I. Forme placebo de responsabilité : la responsabilisation internationale de l'investisseur*

**1240.** Terme très générique, la responsabilisation peut être définie comme un processus visant à reconnaître le rôle de l'acteur privé indépendamment de celui de l'Etat dans la prévention d'activités préjudiciables aux droits internationalement reconnus de la personne humaine et de l'environnement. L'idée d'une responsabilisation de l'acteur privé a nourri et justifié l'adoption de normes visant à réguler les activités de l'entreprise, convergeant vers un idéal de responsabilité. Il se dit par exemple que le droit des changements climatiques a contribué à l'émergence d'un « processus de responsabilisation des investissements »<sup>2234</sup>.

**1241.** La question de la responsabilisation de l'investisseur couvre de vastes terrains de recherche. Cela justifie de circonscrire nos recherches à la caractérisation de la responsabilité naissant de l'atteinte commise par un investisseur à une norme internationale relative aux droits de l'homme ou à l'environnement lorsqu'il existe un différend conventionnel relatif à l'investissement. Sont donc exclus de la présente analyse les cas où la responsabilité de l'investisseur mise en cause par une demande reconventionnelle a été reconnue par les tribunaux en application du droit interne de l'Etat hôte<sup>2235</sup>.

**1242.** L'implication de plus en plus importante de l'entreprise dans la vie internationale et les régulations internationales de ses activités se sont accompagnées de tentatives timides de responsabilisation dont jaillit la notion fluctuante de responsabilité sociale ou sociétale des entreprises (RSE) (A). Cette forme diluée de responsabilité n'est pas en mesure de répondre à l'objectif offensif des demandes reconventionnelles, bien qu'elle confirme que l'idée d'une

---

<sup>2234</sup> L. Delabie, « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux », in *Droit des investissements internationaux perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 156.

<sup>2235</sup> Dans les affaires *Perenco c. Equateur* et *Burlington c. Equateur* (*Supra*, Chapitre 5, par. 1000 et suivant) ; les tribunaux ont constaté la violation du droit équatorien et condamné les investisseurs au paiement de dommages et intérêts au regard du régime de responsabilité équatorien applicable pour les dommages causés à l'environnement. Les rares instruments qui prévoient des dispositions sur la responsabilité de l'investisseur le font en application du droit interne. Par exemple, l'article 23 de la loi d'investissement du Tadjikistan (2007) dispose : « *Responsibility for infringement of the present Law :The physical and legal persons breaking the requirements of the present Law, are :made answerable, according to the legislation of the Republic of Tajikistan.* »

responsabilité de l'investisseur peut être enracinée dans l'ordre juridique international (B).

### **A. La RSE comme instrument de responsabilisation internationale**

**1243.** Engagé dans l'analyse du bien-fondé de la demande reconventionnelle argentine, le Tribunal *Urbaser c. Argentine*, a reconnu que « *international law recognizes the standard of corporate social responsibility as crucial importance* »<sup>2236</sup>. Ainsi qu'il fut évoqué, en se référant à la notion de standard, le Tribunal laisse entendre que la notion de responsabilité sociale ou sociétale<sup>2237</sup> (ci-après « RSE ») de l'entreprise est une notion en évolution se donnant notamment pour objectif d'encadrer les agissements des investisseurs. Il existe différentes conceptions de la RSE, l'organisation internationale de normalisation définit la responsabilité sociétale comme « la responsabilité d'une organisation vis-à-vis de ses impacts et de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement, se traduisant par un comportement éthique transparent qui contribue au développement durable...prend en compte les attentes des parties prenantes ; respecte les lois en vigueur tout en étant en cohérence avec les normes internationales de comportement [qui] est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations »<sup>2238</sup>. Pour l'Organisation internationale du travail, la RSE correspond à « la façon dont les entreprises prennent en considération les effets de leurs activités sur la société et affirment leurs principes et leurs valeurs tant dans l'application de leurs méthodes et procédés internes que dans leurs relations avec d'autres acteurs. »<sup>2239</sup>

**1244.** Du point de vue juridique, la notion de responsabilité se décline sous le vocable de « responsabilité » « *liability* » et « *accountability* ». Ces termes ne sont pas équivalents et doivent être clairement distingués. La responsabilité/*responsibility*, à laquelle se réfère la CDI dans ses *Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* (ci-après « *Articles sur la responsabilité de l'Etat* ») et ceux relatifs à *la responsabilité des organisations internationales pour fait internationalement illicite* (ci-après « *Articles sur la responsabilité des OI* »), désigne l'ensemble des règles secondaires applicables à la violation des règles

---

<sup>2236</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1195.

<sup>2237</sup> Les termes sont équivalents. Ordonnance n° 2018 – 646 du 1 août 2018 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire., article 1 y) : Responsabilité sociétale : la responsabilité de l'investisseur vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement ; Ordonnance n° 2018 – 646 du 1 août 2018 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire., article 1 y).

<sup>2238</sup> ISO, ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, 2010, article 2.18.

<sup>2239</sup> BIT, *Initiative focale sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE)*, GB.295/MNE/2/1, mars 2006 ; Voir aussi B. Teyssier, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *op. cit.* note n° 1857, p. 14 : La RSE « renvoie aux obligations assumées vis-à-vis de la société mais aussi, à travers la référence à une responsabilité environnementale, pour la sauvegarde de la planète »

primaires constituant un fait internationalement illicite. La responsabilité au sens de *liability* inclut les formes objectives de responsabilité, selon la CDI, les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international<sup>2240</sup> et qui ne découlent pas d'une illicéité<sup>2241</sup>.

**1245.** La notion de *liability* a une filiation avec celle bien connue des anglo-saxons d'« *accountability* », « plus réti[ve] aux tentatives de définition en droit international »<sup>2242</sup>, entendue comme la capacité de rendre compte au regard des normes juridiques mais également au regard des formes politiques de gouvernance. Le terme anglais *d'accountability* renvoie davantage à une obligation morale, là où la responsabilité (*liability/responsability*) inclut le devoir de réparer. Elle peut se définir comme « une initiative volontaire de la direction d'une entreprise de prendre en considération l'impact de ses activités sur les autres éléments de la société »<sup>2243</sup>. Les mécanismes *d'accountability* s'articulent souvent autour de trois composants : des standards, une institution relais entre l'entité qui doit rendre compte et celle éligible à demander des comptes et enfin, la capacité de cette entité à proposer des moyens de remédier les manquements aux standards<sup>2244</sup>.

**1246.** L'*accountability* imprègne certains mécanismes dans les institutions internationales économiques telles que le Panel d'inspection de la Banque mondiale<sup>2245</sup> qui ouvre un droit de réclamation aux populations affectées par un projet financé par la Banque. Lorsque la demande est éligible, le Bureau peut recommander une enquête afin de vérifier si la Banque a manqué

---

<sup>2240</sup> Voir un résumé des travaux de la Commission du droit international sur ce sujet à l'adresse <http://legal.un.org/ilc/summaries/9.htm>, ainsi que la résolution A/RES/53/102 de l'Assemblée générale du 8 décembre 1998, par. 4.

<sup>2241</sup> Résolution AGNU 2777 (XXVI), Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, 29 novembre 1971 (La version anglaise est intitulée : *Convention on international Liability for Damage caused By Space Objects*). Le traité sur les *Principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique y compris la lune et autres corps célestes* met en place un système de responsabilité et de *liability*, ainsi dans la version anglaise, l'article VI dispose que « *States Parties to the Treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space, including the moon and other celestial bodies, whether such activities are carried on by governmental agencies or by non-governmental entities, and for assuring that national activities are carried out in conformity with the provisions set forth in the present Treaty* » alors que l'article VII énonce « *Each State Party to the Treaty that launches or procures the launching of an object into outer space, including the moon and other celestial bodies, and each State Party from whose territory or facility an object is launched, is internationally liable for damage to another State* ». La version française utilise les termes « responsabilité » dans les deux articles.

<sup>2242</sup>P. Bodeau-Livinec & L. Dubin, « La responsabilité des institutions internationales dans tous ses états », in *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, M.C. Runavot, L. Dubin (dir.), Pedone, 2014, p. 231.

<sup>2243</sup>R. Gonzalez, « La position des syndicats au sein de l'O.I.T à l'égard de la responsabilité sociale des entreprises », in *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, E. Decaux (dir.), Bruylant, 2010, p. 142.

<sup>2244</sup>P. Bodeau-Livinec & L. Dubin, « La responsabilité des institutions internationales dans tous ses états », *op cit.*, note n° 2242; p. 234.

<sup>2245</sup>L. Boisson de Chazournes, « Le Panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international », *RGDIP*, 2001, n° 1, pp. 145-162.

aux standards opérationnels et si ces manquements ont à leur tour contribué aux effets préjudiciables allégués par les parties plaignantes. Le constat d'atteintes aux droits de l'homme peut être pris en compte pour l'interprétation des mesures appliquées à un projet.

**1247.** La notion de RSE est une forme d'*accountability* qui dépend de la seule volonté de l'entreprise concernée. Concentrée au départ sur les droits des travailleurs, elle s'est étendue au domaine environnemental et aux droits de l'homme et s'est fortement internationalisée. Créé pour pallier les incomplétudes des ordres juridiques nationaux, la RSE trouve finalement une formalisation dans les instruments de droit international, tel que l'initiative *Global Compact* qui appelle les entreprises « à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'Homme dans leur sphère d'influence ... et à veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations des droits de l'Homme »<sup>2246</sup>. L'initiative *Global Compact* encourage la pratique du « rendre-compte », en demandant aux entreprises partenaires de communiquer les mesures adoptées pour se mettre en conformité avec les 10 principes du *Global Compact*. Par ailleurs, les membres du *Global Compact* peuvent adhérer au CEO Water Mandate, un partenariat public-privé établi pour faire face aux défis de l'utilisation et de l'accès à l'eau. En partenariat avec le *Global Reporting Initiative*, des principes directeurs « Corporate Water Disclosure Guidelines » ont été adoptés en 2014. La responsabilité des entreprises est envisagée par le prisme du devoir de « rendre compte » par « l'énumération du pourcentage d'infrastructures exploitées ou détenues offrant à ses travailleurs un accès continu et opérationnel à l'eau potable »<sup>2247</sup>.

**1248.** De même, les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* à travers les examens des points de contact nationaux (PCN) lient la responsabilisation de l'entreprise au devoir de « rendre compte ». Les PCNs sont constitués pour assurer le suivi et la mise en œuvre des Principes et agissent comme une enceinte de résolution des désaccords entre les entreprises et les acteurs de la société civile habilités à soumettre des « plaintes » du fait des activités préjudiciables des entreprises<sup>2248</sup>. Parmi les nombreuses plaintes déposées ayant conduit à l'adoption de recommandations par le PCN des Pays-Bas, figure le cas opposant des ONG à la multinationale *Royal Dutch Shell* concernant la pollution du delta du Niger. Commentant le rapport adopté par le PCN hollandais, le ministre du commerce et du développement des Pays Bas a souhaité par courrier « réitérer et souligner

---

<sup>2246</sup> *Global compact*, disponible en ligne : <http://www.globalcompact-france.org/p-28-les-10-principes>

<sup>2247</sup> CEO Water Mandate, « Corporate Water Disclosure Guidelines: Towards a Common Approach to Reporting Issues », Pacific Institute, 2014, p. 42.

<sup>2248</sup> OCDE, *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, p. 82.

que le gouvernement attend de toutes les entreprises hollandaises de respecter les principes directeurs de l'OCDE, sans considération du lieu de leur activités »<sup>2249</sup>.

**1249.** Pourtant, même à considérer la RSE comme un cadre normatif de responsabilisation de l'entreprise, elle n'est pas en l'état, en mesure d'offrir des règles secondaires encadrant les conséquences des activités préjudiciables de l'investisseur sur les droits de l'homme ou de l'environnement.

***B. Les limites de la RSE comme modèle d'engagement de la responsabilité de l'investisseur dans le contentieux transnational***

**1250.** Le rôle de la RSE comme moyen de protéger les droits fondamentaux est aujourd'hui reconnu par certains accords internationaux d'investissement et par la jurisprudence transnationale, qui la considère comme un standard d'importance cruciale <sup>2250</sup> en droit international. Plusieurs instruments de droit souple ont contribué à l'émergence de devoirs des acteurs privés en matière de droit de l'homme et d'utilisation raisonnable des ressources naturelles, y compris l'eau potable<sup>2251</sup>, auxquels l'entreprise choisit ou non d'adhérer. Pour autant, aucune sanction n'est associée aux atteintes à ces standards RSE. L'entreprise multinationale responsable d'une atteinte aux droits de l'homme pourrait se voir menacée de perdre son financement de la Société Financière Internationale, la protection de l'Agence Mondiale de Garantie des Investissements ou encore le retrait des financements de la Banque mondiale, mais n'engage pas à proprement parler une responsabilité de réparer le préjudice causé. La raison en est que la RSE développe des devoirs primaires davantage que des remèdes aux dommages causés par les entreprises.

**1251.** La RSE se distingue de la notion de responsabilité développée par la CDI en ce que les manquements de l'entreprise à l'obligation de respecter les droits de l'homme « les expose[nt] au jugement de l'opinion publique »<sup>2252</sup> et non pas à une obligation de réparer le dommage créé par un fait internationalement illicite. Il a ainsi été remarqué que le choix de traduire la

---

<sup>2249</sup> Lettre adressée par le Ministre hollandais du commerce et du développement au PCN hollandais, *Final Statement of the Netherlands NCP regarding the specific instance procedure of the ODCD Guidelines for Multinational Enterprises concerning Shell in the Niger Delta*, 13 juin 2013, (traduction libre de « *I would like to reiterate and underline that all Dutch enterprises are expected by the Government to comply with the OECD guidelines irrespective of the country in which they operate* \_\_\_\_\_ » (<https://www.oecdguidelines.nl/notifications/documents/publication/2015/1/6/response-by-minister-ploumen-to-the-final-statement-shell-i>"))

<sup>2250</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1195.

<sup>2251</sup> M. Tignino, « Private investments and the human right to water », in *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Y. Radi (dir.), Elgar, 2018, p. 472.

<sup>2252</sup> CDH, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, Doc n° A/HRC/8/5, 7 avril 2008, par. 55.

*responsibility* par le terme de responsabilité a « ainsi frapp[é] la RSE d'une ambiguïté originelle...les uns désirant restreindre la RSE à un engagement purement facultatif dont la sanction ne serait que morale, les autres souhait[ant] ramener la RSE dans l'orbite du droit »<sup>2253</sup>. De fait, l'adhésion aux standards internationaux de manière volontaire pourrait éventuellement renforcer les attentes de l'Etat<sup>2254</sup> que l'investisseur agisse de manière diligente mais ne permet pas véritablement de déterminer la nature de la responsabilité qui y serait associée. La nature volontaire de la RSE se dresse donc comme un obstacle à la systématisation des conséquences d'une violation ou d'une atteinte constituant un préjudice.

**1252.** Les limites de la RSE ont encouragé certaines propositions en faveur d'une *Corporate social accountability* à même de prévoir des sanctions pour les manquements aux standards<sup>2255</sup>. Certains considèrent que la référence à la RSE dans les TBI en prend le chemin<sup>2256</sup>. En effet, plusieurs accords internationaux d'investissement se réfèrent à la RSE, soit en encourageant les Etats parties au traité à inciter les entreprises à intégrer la RSE dans leurs activités<sup>2257</sup>, soit en recommandant à l'investisseur protégé d'adopter les meilleures pratiques de gouvernance et les standards de la RSE<sup>2258</sup>. A défaut de disposition conventionnelle sur la RSE, l'adhésion préalable de l'investisseur aux standards pourrait également servir de levier à l'Etat pour opposer les normes internationales auxquelles l'investisseur aurait consenti. Quel que soit le procédé par lequel l'obligation de respecter les standards de la RSE soit formalisé, la question des conséquences liées à la violation de cette obligation resterait entière<sup>2259</sup>.

**1253.** Pour autant, malgré ses incomplétudes, la RSE permet de dégager un enseignement utile à la modélisation de la responsabilité de l'investisseur. En effet, en dépit d'une efficacité

---

<sup>2253</sup> G. Marain, *La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises*, op. cit., note n°1856, p. 35.

<sup>2254</sup> *Supra*, Chapitre 6, par. 1067 et suivant.

<sup>2255</sup> A. Pendleton, *Behind the mask: The real face of corporate social responsibility*, Christian Aid., 2003. pp. 12-13, disponible en ligne [http://www.christian-aid.org.uk/indepth/0401csr/csr\\_behindtheface.pdf](http://www.christian-aid.org.uk/indepth/0401csr/csr_behindtheface.pdf).

<sup>2256</sup> N. Bernasconi-Osterwalder, « Inclusion of Investor's obligations and Corporate Accountability Provisions in Investment Agreements », in *Handbook of International Investment Law and Policy*, J. Chaisse et al. (dir.), 2020, p. 20.

<sup>2257</sup> *Supra*, chapitre 6, par. 1028 ; Accord de libre-échange Chili-USA, article 19.10 (6 juin 2013), accord de Libre échange entre le Canada et le Pérou, article 810, « Chaque partie devrait encourager les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa juridiction à intégrer volontairement des normes de [RSE] internationalement reconnues dans leurs politiques internes, telles que des déclarations de principe qui ont été approuvées ou qui sont appuyées par les Parties. Ces principes portent sur des questions telles que le travail, l'environnement, les droits de l'homme, les relations avec la collectivité et la lutte contre la corruption. Les Parties rappellent à ces entreprises l'importance d'intégrer ces normes de responsabilité sociale des entreprises dans leurs politiques internes »

<sup>2258</sup> *Supra*, chapitre 6, par. 1033.

<sup>2259</sup> J.M Sorel, « The concept of Soft responsibility », in *The Law of International Responsibility*, J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, K. Parlett (dir.), OUP, 2010, p. 13.

contestée, les « standards internationalement reconnus »<sup>2260</sup> participant au développement du standard de la RSE sont résolument ancrés dans l'ordre juridique international. Plusieurs instruments de droit non-contraignant « transcrivent des principes généraux du droit ou des principes coutumiers »<sup>2261</sup>. Si les devoirs primaires de l'acteur privé sont principalement issus de l'ordre juridique international, les standards internationaux comportent en eux l'indice que la conception d'une responsabilisation de l'acteur privé pourrait également se faire au regard de cet ordre juridique. Partant, les conséquences juridiques relatives à la survenance d'un dommage à l'environnement ou aux droits humains créé par les activités d'un investisseur pourraient également être appréhendées par l'ordre juridique international, à plus forte raison lorsque la procédure est introduite par lui sur le fondement d'un traité.

**1254.** L'absence de principes de responsabilité internationale applicables à l'acteur privé (en dehors de la matière pénale) n'exclut pas que les règles existantes normalement applicables aux autres sujets du droit international ne soient pas, par analogie, transposables aux investisseurs étrangers internationalement protégés. Au contraire, la pratique des demandes reconventionnelles par sa dimension offensive, pourrait inciter l'arbitre international à se tourner vers le régime général de la responsabilité internationale.

## *II. Application du régime général de la responsabilité internationale à l'investisseur*

**1255.** Partant du constat que le contentieux de l'investissement est doté d'un mécanisme international de règlement des différends et que l'investisseur y est appréhendé comme un sujet auquel seraient imputables des obligations internationales, il semble envisageable que la responsabilité soit encadrée par le droit international. Mais même à envisager la possibilité que le droit international encadre la responsabilité de l'investisseur opposé à l'Etat dans un différend conventionnel, il faut au préalable s'interroger sur la nature de celle-ci.

**1256.** Lorsque l'Etat attaqué sur le fondement d'un traité utilise la demande reconventionnelle pour mettre en cause le comportement de l'investisseur au regard du droit international, la question posée est celle de savoir si la responsabilité qu'elle vise à engager repose sur l'illicéité (un manquement, une violation d'une norme internationale) ou sur l'existence d'un dommage

---

<sup>2260</sup> Accord Canada-Etats-Unis-Mexique, article 14.17 (30 novembre 2018) (« *internationally recognized standards, guidelines, and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party* ») ; Accord de partenariat transpacifique, article 9.17 (4 février 2016).

<sup>2261</sup> L. Boisson de Chazournes, « Conclusions générales », *op. cit.*, note n°2202, pp. 514-515 : « Si l'on prend en considération par exemple le Pacte mondial, celui-ci reprend des principes qui ont été reconnus par des juridictions nationales et internationales comme relevant du droit coutumier, qu'il s'agisse de l'obligation de conduire une étude d'impact, du principe de participation du public ou de celui de l'interdiction du travail forcé. »

(responsabilité sans manquement/pour risque). En effet, la responsabilité internationale n'est pas cantonnée à l'illicéité et l'on ne saurait postuler qu'elle seule soit à même de saisir les conséquences des agissements préjudiciables de l'investisseur. De fait, le dommage n'est certes pas un élément constitutif du fait internationalement illicite mais il est au cœur du régime de responsabilité, que celui-ci soit issue d'une illicéité ou d'une activité licite non interdites par le droit international. A partir du dommage que l'Etat impute à l'investisseur dans une demande reconventionnelle, il faut donc identifier si l'Etat qui se prétend lésé, se place sur le terrain de la responsabilité pour une illicéité de l'investisseur ou si, au contraire, il se place sur le terrain de la *liability* et d'une responsabilité sans manquement.

**1257.** En première lecture, on serait tenté d'envisager une forme de responsabilité sans manquement qui se rapproche sans doute davantage de l'idée d'une responsabilisation des activités de l'entreprise développée par la RSE. Mais en réalité, la survenance d'un dommage sur le territoire de l'Etat hôte, bien que nécessaire, n'est pas une condition suffisante pour établir la responsabilité internationale de l'investisseur (A). En effet, le succès d'une action reconventionnelle fondée sur la violation du droit international reposerait vraisemblablement sur la preuve d'une illicéité (B).

***A. Le dommage, une condition nécessaire mais insuffisante pour générer une responsabilité internationale de l'investisseur***

**1258.** Alors que la responsabilité pour fait internationalement illicite constitue « le droit commun » de la responsabilité internationale, d'autres formes de responsabilité sans manquement (*liability*) se sont développées, notamment dans les « régimes en matière d'environnement »<sup>2262</sup>. Le risque d'un dommage créé par les activités dangereuses ayant des effets transfrontières est au cœur des principes développés par la CDI dans son *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses* et dans le *Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière*. L'idée sous-jacente de la responsabilité pour risque ou sans manquement est d'« inclure des règles spécifiques en matière de responsabilité internationale et civile, destinées à la fois à encourager la prévention et à assurer la restitution en nature ou l'indemnisation des dommages survenus sans illicéité »<sup>2263</sup> indépendamment de l'existence d'une faute<sup>2264</sup>.

---

<sup>2262</sup> IDI, « La responsabilité en droit international en cas de dommages à l'environnement », session de Strasbourg, 1997, préambule, en ligne ([https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1997\\_str\\_03\\_fr.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1997_str_03_fr.pdf)).

<sup>2263</sup> *Ibid*, article 2.

<sup>2264</sup> CDI, Le Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière, 2006, Principe 4.

**1259.** Plusieurs traités font du simple dommage une condition exclusive d'engagement de la responsabilité. La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux reconnaît dans la version anglaise la « *liability* » de l'Etat de lancement pour les dommages créés à d'autres Etats<sup>2265</sup> sans toutefois requérir une illicéité. De même, la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures prévoit un régime de responsabilité civile des particuliers du fait de la pollution par hydrocarbure survenue sur le territoire d'un Etat<sup>2266</sup>. Ce régime sort néanmoins de la sphère internationale dans la mesure où les juridictions nationales sont les juridictions compétentes pour connaître des actions en réparation<sup>2267</sup> en application du droit interne<sup>2268</sup>.

**1260.** Il apparaît toutefois difficile d'appliquer un régime de responsabilité sans manquement à l'investisseur dont les activités auraient causé un préjudice aux droits humains des populations de l'Etat hôte ou à son environnement. En effet, non seulement les Projets de la CDI n'ont pas véritablement réussi à systématiser la teneur de cette responsabilité mais surtout, la doctrine s'accorde pour considérer qu'il n'existe pas de principe coutumier de responsabilité *internationale* pour fait licite<sup>2269</sup>. Celle-ci n'est admise que sur la base de dispositions conventionnelles précises, à titre exceptionnel.

**1261.** Puisque de nombreux Etats disposent d'un tel régime, la recherche d'une responsabilité de l'investisseur sans faute est assurément plus prospère en application du droit interne et peut effectivement produire des effets internationaux. Les affaires CIRDI *Perenco et Burlington c. Equateur* en sont l'illustration<sup>2270</sup>. Les deux tribunaux saisis par l'investisseur sur le fondement

---

<sup>2265</sup> Résolution AGNU 2777 (XXVI), Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, 29 novembre 1971, article VII.

<sup>2266</sup> Convention de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, article III, *JORF*, n°189, 14 août 1996, p. 1232. (L'article III dispose que « Le propriétaire du navire au moment d'un événement ou, si l'événement consiste en une succession de faits, au moment du premier de ces faits, est responsable de tout dommage par pollution causé par le navire et résultant de l'événement ».)

<sup>2267</sup> *Ibid*, article IX.

<sup>2268</sup> La convention sur la sûreté nucléaire, 1994, article 9, établit un régime similaire.

<sup>2269</sup> C.G. Caubet, « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », *AFDI*, vol. 29, 1983, p.101 ; B. Stern, « Les dilemmes de la responsabilité internationale aujourd'hui », colloque du Sénat *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique*, 2001, ([https://www.senat.fr/colloques/colloque\\_responsabilite\\_publique/colloque\\_responsabilite\\_publique15.html#fn633](https://www.senat.fr/colloques/colloque_responsabilite_publique/colloque_responsabilite_publique15.html#fn633)) ; J.P. Beurrier, *Droit international de l'environnement*, 5<sup>ème</sup> ed., Pedone, 2017, p. 547 ; Voir dans l'ouvrage *The Law of International Responsibility*, J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, K. Parlett (dir.), OUP, 2010, A. Pellet, « The definition of responsibility in international law », p. 11 ; J.M. Sorel, « The concept of Soft responsibility », p. 96 ; C. Nègre, « Responsibility and International Environmental law », p. 808 ; A. Boyle, « Liability for Injurious Consequences of Acts not prohibited by International Law » p. 104.

<sup>2270</sup> *Supra*, Chapitre 5, paras.1000-1008 (*Perenco c. Equateur*, sentence sur les demandes reconventionnelles, par. 359 : « *In sum, the 2008 Constitution applies to any post-20 October 2008 damage resulting from regulatory exceedances. For any damage occurring during this period up to its being succeeded by Ecuador in operating the Blocks, Perenco is strictly liable.... In cases of doubt, where it appears that the damage might have occurred prior*

de traités, ont fait une application conjointe d'un régime de responsabilité objective et d'un régime de responsabilité pour faute développée par le droit équatorien, et condamné l'investisseur à la réparation du préjudice environnemental que l'Equateur avait invoqué par la voie reconventionnelle.

**1262.** En dehors des dispositions du droit interne prévues dans le domaine environnemental, aucune responsabilité internationale sans faute ne pourrait trouver application pour les atteintes aux droits de la personne humaine. En effet, le régime de responsabilité établi par le droit international des droits de l'homme repose tout entier sur l'illicéité<sup>2271</sup>. Parallèlement, le droit international n'a cessé de renforcer les obligations en matière environnementale, y compris pour les acteurs privés, à travers la diligence et les obligations de précaution et de prévention<sup>2272</sup>. En conséquence, le champ de la responsabilité sans manquement se trouve également réduit puisque « [l]'ombre de l'illicéité plane d'une manière permanente sur les activités non-interdites »<sup>2273</sup>.

**1263.** Dans ce contexte, si l'Etat demandeur reconventionnel invoque la violation du droit international par l'investisseur, la preuve d'une illicéité demeure une exigence dont il serait difficile de se départir pour engager à titre reconventionnel la responsabilité d'un investisseur dans un différend d'investissement. En effet, les architectes de la Convention CIRDI ont observé que le contentieux de l'investissement est un contentieux relatif à *la violation d'une obligation* et que le différend au sens de l'article 25 de la Convention: « *must concern the existence or scope of a legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be*

---

*to that time, the fault-based liability regime which applied to Perenco from the date of its acquiring its interests in the Blocks until 20 October 2008 must apply.* » ; *Burlington Resources, Inc. c. Equateur*, sentence sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155, par. 248.

<sup>2271</sup> Article 34 du Statut de la CEDH, « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique...qui se prétend victime d'une violation » ; article 5 et 27 du Protocole relatif à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples (« Lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples, la Cour ordonne toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation ») ; article 63 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme (« Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente Convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée ») ; Statut de la cour interaméricaine des droits de l'homme (« l'expression 'victime présumée' désigne la personne dont est alléguée la violation des droits protégés par la Convention ou par un autre traité du Système Interaméricain »).

<sup>2272</sup> *Supra*, Chapitre 6, paras. 1028-1035, 1140 et suivant. Soit les traités « nouvelle » génération prévoient des obligations à la charge de l'investisseur, soit ils disposent de clauses de compatibilité et de non-régression environnementale desquelles les tribunaux (*Aven c. Costa Rica*) font découler des obligations *erga omnes* en particulier en droit de l'environnement.

<sup>2273</sup> C.G. Caubet, « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », *op. cit.*, note n° 2269, p.107.

*made for breach of a legal obligation.* »<sup>2274</sup>.

### ***B. L'illicéité, condition nécessaire de la responsabilité internationale de l'investisseur***

**1264.** Si l'idée d'une responsabilité internationale de l'investisseur, peut laisser dubitatif<sup>2275</sup> au motif que l'investisseur serait doté d'une personnalité juridique incomplète, elle ne semble pas être totalement exclue des pistes de réflexion proposées pour façonner le régime de sa responsabilité lorsque celui-ci est ciblé par une demande reconventionnelle. Ainsi, s'interrogeant sur les conséquences de la jurisprudence *Urbaser*, R. Rivier observe qu'une autre « question est laissée ouverte par le tribunal : quelle doit être exactement la consistance de la responsabilité internationale de l'investisseur ? Doit-elle être comprise comme une obligation de réparation à l'image de celle qui vaut dans les rapports entre Etats, et selon quelles modalités alors, ou a-t-elle encore un contenu autre ? Il s'agit de savoir si de telles normes internationales gouvernant les particuliers à supposer qu'elles existent, sont structurées de la même façon que les normes régissant les rapports entre Etats ; et si, à supposer, là encore, qu'elles comportent une telle obligation de réparer subsidiaire de l'obligation primaire principale, cette obligation secondaire a le même contenu que celui qui est le sien dans les rapports entre souverains et se réalise selon les mêmes modalités. On peut en douter. »<sup>2276</sup>

**1265.** Les doutes exprimés par la doctrine justifient d'exposer au préalable les raisons pour lesquelles les principes de la responsabilité internationale pourraient être utilisés comme une source d'inspiration pour forger celle des investisseurs (1). Il sera alors proposé à titre prospectif de faire une application des principes applicables à la détermination d'un fait

---

<sup>2274</sup> « Report of Executive Directors on the Convention on the settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other State », *ICSID Reports*, vol.1, CUP, 1993, p.28.

<sup>2275</sup> A. Tomuschat, « Responsibility of others entities », in *The Law of International Responsibility*, J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, K. Parlett (dir.), OUP, 2010, p. 320-321. L'auteur explique que « A private individual does not have the same 'ceremonial dignity' as a State. This fundamental difference in approach also reveals that the consequences that the ILC articles establish for internationally wrongful acts are not generally appropriate to be applied to individuals. The responsibility of individuals has a different tone from that of States. The example of satisfaction (article 37 of the ILC Articles) clearly demonstrates this. Apologies or expressions of regret are adequate means of satisfaction for interstate relations; apologies presented by an individual are no more than a gesture of courtesy and do not have the same weight as official apologies offered by a State », l'argument n'est pas convaincant. Conférer la subjectivité internationale à l'investisseur ne veut pas dire qu'il est disposé de prérogatives souveraines reconnues à l'Etat ; A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, 3<sup>ème</sup> éd., Pedone, 2020, p. 495 : « En l'état de développement du droit international, [la solution d'ajouter des mentions explicites aux droits fondamentaux dans les traités d'investissement] paraît bien plus réaliste que l'hypothèse d'un engagement de la responsabilité internationale des opérateurs économiques, dont on voit mal comment elle pourrait être constituée ».

<sup>2276</sup> R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, note n° 1859, p. 568.

internationalement illicite<sup>2277</sup>, aux violations commises par l'investisseur lorsque celui-ci est le destinataire d'obligations internationales. Lorsque l'Etat considère que l'investisseur a manqué à une obligation internationale l'engagement de la responsabilité internationale introduite par l'action reconventionnelle de l'Etat nécessite d'établir un fait internationalement illicite de l'investisseur (2) attribuable à ce dernier (3) n'entrant pas parmi les circonstances excluant l'illicéité (4).

### *1. Justifications de l'application d'un régime de responsabilité internationale aux illicéités commises par l'investisseur*

**1266.** L'applicabilité du régime de responsabilité internationale pour illicéité à l'investisseur peut se justifier au regard de plusieurs facteurs. La modélisation de la responsabilité de l'investisseur que l'Etat pourrait mettre en cause dans le contentieux transnational, ne présente pas un degré de complexité similaire que celui qui a permis de développer un droit international des contrats en vue « d'arracher les règles contractuelles de l'ordre juridique international »<sup>2278</sup>. Il ne s'agit pas véritablement de s'interroger sur les rapports entre les ordres juridiques mais plus modestement de s'interroger sur le rapport entre les règles primaires et secondaires.

**1267.** Premièrement, l'investissement est une opération qui est déjà ancrée dans l'ordre juridique international à laquelle, le droit international associe des droits internationaux. Il n'y a pas lieu « d'arracher » cette opération « à l'attraction de l'ordre juridique national de l'Etat contractant afin de les placer, en quelque sorte, dans l'orbite du droit international public »<sup>2279</sup>, elle est déjà inscrite dans le substrat du droit international. Le fait que les droits dont l'investisseur est titulaire soient associés à une opération internationalement protégée a donc ouvert la voie de la reconnaissance d'une subjectivité *internationale* de l'investisseur, qui « ne peut s'expliquer que »<sup>2280</sup> par l'étendue des droits qu'il tire de l'ordre juridique international.

---

<sup>2277</sup> En particulier les principes de la première partie des *Articles sur la responsabilité de l'Etat* relatifs au fait internationalement illicite à l'exclusion : du chapitre IV de la première partie sur le fait internationalement illicite (responsabilité de l'Etat à raison du fait d'un autre Etat), du chapitre III de la deuxième partie sur le contenu de la responsabilité internationale (violations graves d'obligations découlant de la violation des normes impératives) et du chapitre II de la troisième partie sur la mise œuvre de la responsabilité (des contre-mesures). Les conséquences juridiques du fait internationalement illicite sont étudiées dans le chapitre suivant.

<sup>2278</sup> P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *RCADI*, vol. 128, 1970, p. 101.

<sup>2279</sup> *Ibid.*

<sup>2280</sup> CII, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1949, p. 179 : « De l'avis de la Cour, l'Organisation était destinée à exercer des fonctions et à jouir de droits – et elle l'a fait – qui ne peuvent s'expliquer que si l'Organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international »

Dès lors qu'il est établi que ces droits et la subjectivité qui y est associée sont reconnus par l'ordre juridique international, c'est en toute logique que les tribunaux y ont progressivement associé des devoirs et des obligations *internationales*<sup>2281</sup>. Dès l'instant où il est admis que le droit international attribue des droits et des obligations à l'investisseur, de façon corrélative, l'application par analogie des principes de la responsabilité internationale à l'investisseur se justifie au regard de la nature internationale des règles primaires violées.

**1268.** Deuxièmement, bien que la pratique conventionnelle reste encore minoritaire, plusieurs instruments internationaux se réfèrent désormais aux obligations de l'investisseur<sup>2282</sup>. En outre, il n'est pas exclu de déceler au sein des traités existants, des obligations internationales de l'investisseur qui s'articulent autour d'un devoir de diligence et de conformité au droit national<sup>2283</sup>. La nature internationale de l'obligation violée justifierait une application par analogie des principes de la responsabilité internationale en raison de l'interdépendance entre les règles primaires et secondaires. Il a par exemple été soutenu que, en vertu de l'interdépendance entre les règles primaires et secondaires, les juridictions nationales saisies par les particuliers d'allégations de violation par l'Etat du droit international, pourraient faire application des articles sur la responsabilité de l'Etat<sup>2284</sup>. A plus forte raison, lorsque le différend est porté à la connaissance d'un tribunal international saisi sur le fondement d'un traité où le droit international bénéficie d'une « l'immédiateté »<sup>2285</sup> les principes de la

---

<sup>2281</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1194: « A principle may be invoked in this regard according to which corporations are by nature not able to be subjects of international law and therefore not capable of holding obligations as if they would be participants in the State-to-State relations governed by international law. While such principle had its importance in the past, it has lost its impact and relevance in similar terms and conditions as this applies to individuals. » Ajoutant que le respect des normes internationales telles que la dignité humaine et l'octroi de conditions de vie décentes à l'individu sont des obligations dues « on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights » (par. 1195) ; *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, par. 734 : « [T]he investors have the obligation, not only under domestic law but also under Section A of Chapter 10 of DR-CAFTA to abide and comply with the environmental domestic laws and regulations, including the measures adopted by the host State to protect human, animal, or plant life or health. » par. 734; *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, *op. cit.*, note n° 1005, Opinion dissidente partielle de P. Sands, paras. 10-11: « [T]he fact that the Convention [ILO Convention] may not impose obligations directly on a private foreign investor as such does not, however, mean that it is without significance or legal effects for them....ILO Convention 169 is a rule of international law applicable to the territory of Peru. This Tribunal is entitled to take the Convention into account in determining whether the Claimant carried out its obligation to give effect to the aspirations of the Aymara peoples in an appropriate manner, having regard to all relevant legal requirements, including the implementing Peruvian legislation. »

<sup>2282</sup> *Supra*, Chapitre 6, paras. 1029-1035.

<sup>2283</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, par. 734; *Maminoil c. Albanie*, sentence, par. 494.

<sup>2284</sup> A. Nollkaemper, « Internationally wrongful acts in Domestic Courts », *AJIL*, 2007, vol. 101, p. 763: « There is also a more theoretical reason for considering the relevance of principles of international responsibility to the practice of domestic courts. Primary and secondary rules of international law form an interdependent and interconnected whole », pp. 769-770.

<sup>2285</sup> R. Rivier, *Droit international public*, *op. cit.*, note n° 1859, pp. 544, 656 : la possibilité « qu'une norme internationale s'adresse en tant que telle, indépendamment de sa matérialisation interne, aux particuliers, leurs conférant immédiatement des droits et des obligations dans l'ordre international dont ils pourraient se prévaloir dans cet ordre, éventuellement devant un organe international ».

responsabilité internationale de l'Etat pourraient par analogie trouver application afin de caractériser la responsabilité de l'investisseur lorsque l'Etat invoque la violation d'une norme internationale dans une demande reconventionnelle.

**1269.** Troisièmement, l'application par analogie à l'investisseur de la responsabilité internationale des Etats est une piste invoquée par les Etats eux-mêmes qu'ils soient demandeurs reconventionnels ou défendeurs. Par exemple, lorsque ceux-ci demandent de reconnaître que l'investisseur a contribué à son propre dommage<sup>2286</sup>, ils peuvent se référer à « l'illégalité internationale »<sup>2287</sup> ou « l'illicéité du comportement de l'investisseur au regard du droit interne et du droit international »<sup>2288</sup>. Dans l'affaire *Copper Mesa Mining*, l'Equateur reprochait à l'investisseur d'avoir contribué à son propre dommage en réprimant violemment les mouvements de protestation de la population opposée à l'exploitation de la concession minière. Privé de son volet offensif, l'argument équatorien en l'espèce n'a pas permis au Tribunal de se saisir de la question de la responsabilité de l'investisseur. Le Tribunal a néanmoins pris en compte les agissements de l'investisseur au titre de la contribution fautive reconnue par l'article 39 des *Articles sur la responsabilité internationale des Etats*, confirmant la possible applicabilité des principes de la responsabilité internationale aux acteurs privés<sup>2289</sup>.

**1270.** De même, dans l'affaire *Aven c. Costa Rica*, l'Etat demandeur reconventionnel avait explicitement invité le Tribunal à appliquer par analogie les articles de la responsabilité internationale des Etats pour caractériser celle de l'investisseur. Selon le Costa Rica, les atteintes à l'environnement commises par l'investisseur dans la réalisation de son complexe hôtelier « *shall be analyzed under the concept of international responsibility: [t]o the extent that international organizations and other legal and natural persons may also be subjects of international law, the concept of "state responsibility" may also inform the principle of the liability of other international persons under the rules of public international laws.* »<sup>2290</sup>. Fortifiant de manière plus décisive la conviction d'un principe de responsabilité internationale

---

<sup>2286</sup> Pour une analyse de la contributive fautive, voir *Infra*, Chapitre 8 par. 1366 et suivant.

<sup>2287</sup> *Copper Mesa Mining c. Equateur*, CPA, sentence, *op. cit.*, note n°1032, paras. 5.30, 5.4, 5.39, 5.42 : « *The Respondent submits that the Claimant and its subsidiary, Ascendant Ecuador, have committed flagrant breaches of Ecuadorian and international human rights law and international public policy* ».

<sup>2288</sup> *Ibid*, par. 5.30: « *The Respondent further contends that these concessions were also not operated in accordance with Ecuadorian law as the Claimant engaged in a series of unlawful activities violating Ecuadorian law and international law, as well as international public policy.* »

<sup>2289</sup> *Ibid*, paras.5.64-5.65.

<sup>2290</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, par. 701: « *Accordingly, Claimants' conduct shall be analyzed under the concept of international responsibility: [t]o the extent that international organizations and other legal and natural persons may also be subjects of international law, the concept of "state responsibility" may also inform the principle of the liability of other international persons under the rules of public international laws.* »

de l'investisseur, le Costa Rica s'est explicitement référé aux articles de la CDI en qualifiant le dommage environnemental créé par l'investisseur comme un fait internationalement illicite<sup>2291</sup> lui ouvrant un droit à réparation<sup>2292</sup>.

**1271.** Quoique de manière moins explicite, lorsqu'un Etat demande à titre reconventionnel de constater la violation de la clause de conformité du traité par un investisseur reconnu coupable de corruption par les juridictions internes, il se place bien sur le terrain de la responsabilité internationale et non pas sur celui d'une responsabilité interne<sup>2293</sup>. Plus généralement, il peut être soutenu que le choix pour un Etat d'invoquer devant un tribunal international la violation d'une norme internationale par l'investisseur comporte en lui l'indice qu'une forme de responsabilité internationale est recherchée.

**1272.** Enfin, en ce que le régime de la responsabilité internationale ne distingue pas les formes de responsabilités civiles ou pénales, il offre un régime approprié pour sanctionner les violations des obligations et des standards internationaux commises par les investisseurs qui touchent une variété de domaines (droits de l'homme, droit de l'environnement, droits économiques et sociaux). Il a par exemple été démontré que le régime de la responsabilité internationale pénale n'offrait pas un mécanisme approprié pour remédier aux violations commises par les sociétés transnationales en matière de droits de l'homme<sup>2294</sup>. Ainsi, ni civile, ni pénale, la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite serait à même de se saisir des violations commises par des investisseurs internationalement protégés.

**1273.** S'il faut bien concéder que le stade de l'évolution de la responsabilité internationale de

---

<sup>2291</sup> *Ibid*, par. 702: « Thus, Claimants' unlawful works which caused environmental damage to the Project Site entail a wrongful act on their part under the rules of international responsibility which has to be repaired ».

<sup>2292</sup> *Ibid*, par.709: « Having demonstrated Claimants' wrongful act, it is a well-established principle under international law that a wrongful act involves responsibility, as recognized in Article 1 of the ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001). The obligation to make reparation has been developed by the Permanent Court of International Justice in the Chorzow Factory case, and the approach has been reaffirmed, in the environmental context, by the International Court of Justice in the Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project ».

<sup>2293</sup> *Al- Warraq c. Indonésie*, sentence, par. 456 : « The Respondent submits that in its counterclaim, Indonesia does not seek to re prosecute the Claimant for his criminal offense. Nor does this Tribunal have any criminal jurisdiction. The counterclaim is based on a civil matter that is, the Claimant's breach of Article 9 of the OIC Agreement. ». Analysant le bien fondé de la réclamation, le tribunal semble lui aussi envisager cette possibilité en déclarant (par. 663) : « Article 9 imposes a positive obligation on investors to respect the law of the host State, as well as public order and morals. An investor of course has a general obligation to obey the law of the host state, but Article 9 mises this obligation from the plane of domestic law (and jurisdiction of domestic tribunals) to a treaty obligation binding on the investor in an investor state arbitration. »

<sup>2294</sup> L. van den Herik et J. Letnar Černič, « From Human Rights to International law and back Again », *op. cit.*, note n°1885, p. 742 : « Where the two fields do intersect in terms of substantive norms, it has to be emphasized that international criminal law only covers the apex, i.e. the most serious violations, and does not provide a remedy for other corporate human rights violations. And even to the extent that there is overlap between human rights law and international criminal law in terms of substantive norms, international criminal law does not fully address the enforcement gap that underlies the human rights involvement. »

l'investisseur est naissant, ces éléments justifient de proposer à titre prospectif une application analogique des principes de la responsabilité internationale des Etats qui permettrait de guider la caractérisation de celle des investisseurs.

## 2. *Le fait internationalement illicite de l'investisseur*

**1274.** Bien que l'ensemble des articles de la CDI ne soit pas applicable au contentieux de l'investissement<sup>2295</sup>, certaines questions relatives à la responsabilité des Etats sont communes à celles concernant les investisseurs. Il s'agit en particulier des questions de démembrements et d'attribution et plus généralement celle de la caractérisation de la violation.

**1275.** Aux termes des articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'Etat<sup>2296</sup> ou des organisations internationales<sup>2297</sup>, lesquels reflètent l'état du droit coutumier de la responsabilité<sup>2298</sup>, il y a fait internationalement illicite dès lors que ce fait (action ou omission) est attribuable au sujet et que le comportement en question constitue *une violation* d'une obligation internationale. Cette approche de la responsabilité internationale de droit commun « vaut pour tout sujet du droit international »<sup>2299</sup> et engage la responsabilité de ce sujet dès lors qu'un manquement au droit international lui est attribuable. L'absence de manquement ou de violation ne permettra pas d'engager la responsabilité internationale du sujet concerné<sup>2300</sup>.

**1276.** L'idée que la violation d'une obligation internationale engage la responsabilité de l'auteur de la violation est un principe ancré en droit international bien avant que la CDI n'en consacre la formule<sup>2301</sup>. Cours et tribunaux ont en effet reconnu la valeur coutumière des principes énoncés<sup>2302</sup> et l'arbitrage a considérablement contribué à l'élaboration de règles de responsabilité internationale<sup>2303</sup>. La valeur coutumière des principes permet donc d'envisager leur application à l'investisseur étranger, désormais reconnu comme sujet du droit international<sup>2304</sup>.

---

<sup>2295</sup> Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, *op. cit.*, note n° 165, p. 96.

<sup>2296</sup> Article 2, Articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite.

<sup>2297</sup> Article 4, Articles sur la responsabilité des organisations internationales pour fait internationalement illicite.

<sup>2298</sup> *Ampal-American Israel Corp and others c. Egypte*, Affaire CIRDI n°ARB/12/11, décision sur la responsabilité et les dommages, 21 février 2017 par. 135 ; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c. Tanzanie*, Affaire CIRDI n°ARB/05/22, sentence, 24 juillet 2008, par. 773.

<sup>2299</sup> P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet (N. Quoc Dinh), *Droit international public*, *op. cit.*, note n°1750, p. 767.

<sup>2300</sup> *Interoceanic Railway of Mexico (Acapulco to Vera Cruz) (Ltd.)*, et autres c. *Etats Unis du Mexique*, sentence n°53, 18 juin 1931, para. 14.

<sup>2301</sup> Selon l'arbitre Max Huber dans *l'affaire des biens britanniques au Maroc espagnol* : « la responsabilité est le corollaire nécessaire du droit. Tous droits d'ordre international ont pour conséquence une responsabilité internationale... », Nations Unies, *RSA*, vol. II, 2006, p. 641.

<sup>2302</sup> *Biwater Gauff Limited c. Tanzanie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence, 24 juillet 2008, par. 773.

<sup>2303</sup> P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet (N. Quoc Dinh), *Droit international public*, *op. cit.*, note n°1750, p. 762

<sup>2304</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1194 ; *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, par.738.

**1277.** Le fait internationalement illicite nécessite de prouver une violation d'une obligation internationale<sup>2305</sup>, la violation d'une obligation étant entendue comme une action ou une omission contraire à une norme internationale applicable à l'auteur du fait internationalement illicite, « quelle que soit l'origine ou la nature [internationale] de celle-ci »<sup>2306</sup>. Comme les organisations internationales, l'investisseur est parfaitement apte à être destinataire d'obligations internationales. Même si la plupart des TBI se concentrent davantage sur les obligations de l'Etat que sur celles des investisseurs, il ne faut pas surestimer la portée de ce silence<sup>2307</sup>.

**1278.** Ainsi qu'il fut évoqué<sup>2308</sup>, même au sein des TBI qui listent les droits de l'investisseur, il est possible d'identifier des obligations à travers les protections octroyées par l'Etat. Par exemple, le Tribunal dans l'affaire *Mamidoil* a jugé que le traitement juste et équitable « *is addressed to both the State and the investor. Fairness and equitableness cannot be established adequately without an adequate and balanced appraisal of both parties' conduct.* »<sup>2309</sup>. S'il est possible de douter que la formulation du traitement juste et équitable permettrait d'identifier une obligation pour l'investisseur<sup>2310</sup>, la nature évolutive du standard<sup>2311</sup> pourrait être influencée par le contexte critique à l'égard de l'arbitrage transnational et permettre d'y voir une obligation faite à l'investisseur d'agir de manière juste et équitable. Sans aller jusque-là, il peut d'ores et déjà être utilisé par l'Etat pour renforcer les attentes de l'Etat et éventuellement caractériser une violation de l'obligation d'agir de bonne foi lorsque l'investisseur s'est unilatéralement engagé à respecter certains standards internationaux<sup>2312</sup>.

**1279.** L'identification d'obligation des investisseurs dans les clauses de certains TBI a également été faite par le tribunal *Aven c. Costa Rica*. Le Tribunal a plus explicitement reconnu

---

<sup>2305</sup> *Phosphates du Maroc*, exceptions préliminaires, 1938, C.P.J.I., série A/B, no 74, p. 10.

<sup>2306</sup> Article 10 des *Articles sur la responsabilité internationale des Etats*, et article 12 *Articles sur la responsabilité internationale des OI* : « Il y a violation d'une obligation internationale par [un sujet] lorsqu'un fait dudit [sujet] 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 ».

<sup>2307</sup> J. Viñuales, « Investor diligence in investment arbitration: sources and arguments », *ICSID Review*, vol. 32, n°2, 2017, p. 367.

<sup>2308</sup> *Supra*, Chapitre 5 paras. 879-884, 910-917; Chapitre 6, paras. 1096-1097, 1139-1141.

<sup>2309</sup> *Mamidoil. c. Albanie*, sentence, *op. cit.*, note n° 989, par. 494.

<sup>2310</sup> S. Robert-Cuendet, *Protection de l'environnement et investissement étranger : les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale*, *op. cit.*, note 2116, p. 417 : « Cette démonstration ne revient pas à dire que le traitement juste et équitable crée des obligations à la charge des investisseurs étrangers. Une telle affirmation serait difficile à justifier au regard des APPI qui sont clairs quant au débiteur et au bénéficiaire de l'obligation. Néanmoins, s'il peut être donné un sens utile aux attentes légitimes attachées aux standards contenus dans les accords, c'est sans doute celui-ci : elles doivent aussi être raisonnables c'est-à-dire formulées par un investisseur dont le comportement est irréprochable. Sinon, il devrait être tenu de supporter une part du dommage qu'il pourrait avoir causé par son imprudence et son manque de professionnalisme ».

<sup>2311</sup> P. Muchlinski, « 'Caveat Investor' ? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard », *op. cit.*, note n° 2198, p. 530.

<sup>2312</sup> *Supra*, Chapitre 6, par. 1067.

que les clauses permettant à l'Etat d'adopter des mesures de protection de l'environnement conférerait à l'investisseur une *obligation internationale* de s'y conformer dont la violation pouvait entraîner sa responsabilité:

« A logical effect of Article 10.11<sup>2313</sup> could be that the "measures" adopted by the host State for the protection of the environment should be deemed to be compulsory for everybody under the jurisdiction of the State, particularly the foreign investors. Therefore, following said interpretation the investors have the obligation, not only under domestic law but also under Section A of Chapter 10 of DR-CAFTA to abide and comply the environmental domestic laws and regulations, including the measures adopted by the host State to protect human, animal, or plant life or health. No investor can ignore or breach such measures and its breach is a violation of both domestic and international law, so that the perpetrator cannot be exempt of liability for the damages caused. Thus, if it could be interpreted that these provisions impose affirmative obligations on investors, it is not impossible either de facto or de jure, that a foreign investor could be found to breach an obligation under Section A, by the violation the environmental domestic laws and regulations »<sup>2314</sup>.

**1280.** Enfin, dans une affaire inédite sur laquelle nous reviendrons<sup>2315</sup>, l'Etat a également invité le Tribunal à constater la violation de la clause *electa una via* d'un TBI après que l'investisseur ait successivement porté trois procédures à son encontre. En rejetant sa compétence sur la demande reconventionnelle<sup>2316</sup>, le Tribunal a évité de trancher la question de savoir si les conditions encadrant l'accès aux prétoires internationaux constituaient ou non des obligations conventionnelles pour l'investisseur mais cette possibilité n'est pas à exclure<sup>2317</sup>.

**1281.** Le fait internationalement illicite de l'investisseur peut également naître de la violation des obligations internationales existantes dans les sources non-conventionnelles lorsqu'elles sont relatives au différend concerné<sup>2318</sup>. Certains considèrent que « *customary international law, international treaties and certain non-binding international instruments already create human rights responsibility for non-state actors* »<sup>2319</sup>. Même en l'absence de dispositions expresses dans le traité, tout investisseur internationalement protégé est tenu par une obligation de ne pas

---

<sup>2313</sup> « Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns. »

<sup>2314</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, paras. 734-735 (les italiques sont de nous).

<sup>2315</sup> *Infra*, Chapitre 8, par. 1435 et suivant.

<sup>2316</sup> *Supra*, Chapitre 2, paras. 327-329.

<sup>2317</sup> *Infra*, Chapitre 8, par. 1435 et suivant.

<sup>2318</sup> *Supra*, Chapitre 6, en particulier les PGD et les instruments de droit assourdi générant à leur tour des principes applicables à l'investisseur ; *Infra*, Chapitre 8, par. 1361-1364 au sujet de l'obligation d'épuisement des voies de recours internes.

<sup>2319</sup> A. Clapham, *Human Rights obligations for non-state actors*, OUP, 2006, p. 21.

porter atteinte aux droits de la personne humaine<sup>2320</sup>, de l'aveu du Tribunal dans l'affaire *Urbaser*, « [t]he situation would be different in case an obligation to abstain, like a prohibition to commit acts violating human rights would be at stake. Such an obligation can be of immediate application, not only upon States, but equally to individuals and other private parties. This is not a matter for concern in the instant case. »<sup>2321</sup>. Par ce considérant, le Tribunal a imposé *a minima* un devoir de vigilance et une obligation négative de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme à l'investisseur qui « lui serait directement opposable et, *in fine*, susceptible de lui imposer une obligation de réparation vis-à-vis de l'État d'accueil »<sup>2322</sup>. L'investisseur est en outre tenu de respecter les principes de prévention et de précaution du droit de l'environnement<sup>2323</sup> associés à un devoir de diligence qui fait naître une obligation d'utilisation raisonnable des ressources<sup>2324</sup>, respectueuse de l'environnement.

**1282.** La possibilité que la violation d'une obligation internationale s'analyse par le prisme de la responsabilité internationale serait encore plus évidente lorsque le traité contient des obligations explicites à la charge de l'investisseur lesquelles sont de plus en plus nombreuses<sup>2325</sup>. Ces obligations ne sont d'ailleurs pas limitées au respect des droits de l'homme et de l'environnement.

**1283.** Par exemple, l'article 9 de l'Accord de l'Organisation de la Conférence islamique exige

---

<sup>2320</sup> CDH, Rapport du Représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie, doc n° A/HRC/8/5, 7 avril 2008, p.16. Observant qu'« établir une liste restreinte de droits internationalement reconnus est on ne peut plus harsardeuse. Etabli à partir de plus de 300 cas de violations résumées des droits de l'homme par des entreprises...les droits internationalement reconnus sur lesquels les entreprises ne peuvent pas..avoir une incidence sont très peu nombreux, si tant est qu'il en existe. », à partir des 300 cas répertoriés, sont listés notamment les droits suivants : *Les droits liés au travail* : liberté d'association, droit de ne pas être l'objet de discrimination, abolition de l'esclavage et du travail forcé, abolition du travail des enfants, droit à l'égalité de traitement au travail, droit à une rémunération équitable, droit à un environnement de travail sûr) ; *droits non liés au travail* : droits à la vie à la liberté et à la sureté de la personne, protection contre la torture et les traitements cruels inhumains ou dégradants. Aucune mention n'est faite du droit de l'environnement.

<sup>2321</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1210 : « Such obligation is imposed upon States. It cannot be imposed on any company knowledgeable in the field of provision of water and sanitation services. In order to have such an obligation to perform applicable to a particular investor, a contract or similar legal relationship of civil and commercial law is required. In such a case, the investor's obligation to perform has as its source domestic law; it does not find its legal ground in general international law. The situation would be different in case an obligation to abstain, like a prohibition to commit acts violating human rights would be at stake. Such an obligation can be of immediate application, not only upon States, but equally to individuals and other private parties. This is not a matter for concern in the instant case. »

<sup>2322</sup> L. Dubin, « Les clauses RSE dans les traités d'investissements », IISD, *Investment Treaty News*, décembre 2018, en ligne (<https://www.iisd.org/itn/fr/2018/12/21/corporate-social-responsibility-clauses-in-investment-treaties-laurence-dubin/>).

<sup>2323</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, par. 738.

<sup>2324</sup> Principe 5 de la Déclaration de Stockholm de 1972, principes 4 et 5 « L'homme a une responsabilité particulière dans la sauvegarde et la sage gestion du patrimoine constitué par la flore et la faune sauvages et leur habitat... Les ressources non renouvelables du globe doivent être exploitées de telle façon qu'elles ne risquent pas de s'épuiser et que les avantages retirés de leur utilisation soient partagés par toute l'humanité ».

<sup>2325</sup> *Supra*, Chapitre 6, paras. 1028-1035 ; voir aussi : B. Choudhury, « *Investor Obligations for Human Rights* », *ICSID Review - FILJ*, vol. 35, n° 1-2, 2020, pp. 82-104.

que l'investisseur « s'engage à respecter les lois et règlements en vigueur dans le Pays Hôte et devra s'abstenir de tout ce qui est de nature à perturber l'ordre public et les mœurs et à porter atteinte à l'intérêt public. Il devra s'abstenir aussi d'entreprendre des activités contraignantes ou de réaliser des gains par des moyens illicites. »<sup>2326</sup> Constatant la violation du droit national par l'investisseur et en particulier, des activités « préjudiciables à l'intérêt public » et au système financier indonésien, le Tribunal *Al-Warraq c. Indonésie* a jugé irrecevables les réclamations de l'investisseur motif pris de ce qu'il n'avait pas « les mains propres »<sup>2327</sup>. C'est en analysant la recevabilité de la demande reconventionnelle indonésienne que le Tribunal a utilisé une formule qui confirme la possibilité d'élever la violation du droit national par l'investisseur en une violation du droit international. Ainsi, il a constaté que l'article 9 du traité: « *imposes a positive obligation on investors to respect the law of the host State, as well as public order and morals. An investor of course has a general obligation to obey the law of the host state, but Article 9 mises this obligation from the plane of domestic law (and jurisdiction of domestic tribunals) to a treaty obligation binding on the investor in an investor state arbitration. An analogy can be drawn with so called 'umbrella clauses' that elevate contractual obligations to the treaty' plane* »<sup>2328</sup>. En déclinant sa compétence sur les réclamations reconventionnelles pour défaut d'identité des parties, le Tribunal nous prive d'un raisonnement sur les conséquences de la violation du traité par l'investisseur. La lecture de ce considérant qui internationalise la violation du droit interne, par analogie avec l'effet des clauses parapluies, nous laisse envisager la possibilité que la violation de la clause de conformité par l'investisseur soit caractérisée comme le fait générateur d'une responsabilité internationale.

**1284.** Selon la même logique, la violation par l'investisseur d'un contrat le liant à l'Etat, pourrait constituer une violation du traité dès lors que la clause parapluie de ce traité, à l'instar de l'accord de libre-échange entre l'Union Economique Belge et Luxembourgeoise et les Emirats Arabes Unis, oblige l'Etat *et l'investisseur* à respecter leurs engagements. L'article 11 (2) dispose à ce titre que: « *Each Contracting Party undertakes to ensure at all times that the commitments it has entered into vis-à-vis investors of the other Contracting Party shall be observed and investors should on the other hand respect and comply with the terms and conditions of their commitments* »<sup>2329</sup>.

---

<sup>2326</sup> Article 9 Accord de protection de promotion et de garantie des investissements entre les Etats membres de l'Organisation de la conférence islamique (5 juin 1981).

<sup>2327</sup> *Al Warraq c. Indonésie*, sentence, *op. cit.*, note n°423, par. 646.

<sup>2328</sup> *Ibid*, par. 663.

<sup>2329</sup> Accord sur la protection des investissements entre l'Union Economique Belge et Luxembourgeoise et les Emirats Arabes Unis, (5 mars 2004), article 11 (4) (gras ajouté).

**1285.** En conséquence, dès lors qu'il est établi que l'investisseur est tenu par une obligation internationale négative (ne pas porter atteinte aux droits de l'homme, ainsi que reconnu par l'affaire *Urbaser*) ou positive (de respecter les principes du droit l'environnement ainsi que reconnu par le tribunal *Aven c. Costa Rica*, ou toutes autres dispositions conventionnelles expressees dans le traité), la caractérisation de la violation pourrait se faire au regard des règles de la responsabilité internationale.

**1286.** Mais à moins que le traité ne donne aux deux parties le droit d'introduire la procédure arbitrale, c'est bien le recours à l'action reconventionnelle qui est seul capable de mettre à jour la violation nécessaire pour caractériser l'illicéité. Autrement dit, l'Etat ne doit pas seulement se situer sur le terrain défensif mais offensif. Si l'Etat choisit de se placer sur le terrain offensif en formulant une demande reconventionnelle, la caractérisation du fait internationalement illicite exige en outre de lui de prouver que ce fait est imputable à l'investisseur.

### ***3. L'imputation du fait internationalement illicite à l'investisseur***

**1287.** Suivant le scénario proposé dans cette section, l'investisseur étranger titulaire d'une licence d'exploration des ressources minières protégé par un TBI, dont il active la protection, aurait porté atteinte aux droits des populations locales en utilisant ses forces de sécurité pour réprimer des mouvements de contestation et asséché les ressources en eau du site. Inévitablement, la question qui vient à l'esprit est celle de savoir si ces agissements contraires au droit international, sont imputables à l'investisseur indépendamment de la responsabilité que pourrait encourir l'Etat du fait de ses propres défaillances, ou si l'imputation du fait internationalement illicite à l'investisseur requiert d'emblée d'exclure tout manquement imputable à l'Etat.

**1288.** Pour aborder la question de l'attribution d'un fait internationalement illicite à l'investisseur il convient de partir du principe sur lequel repose toute entière la conception de l'attribution d'un fait à l'Etat. Selon le droit international, les faits des particuliers ne sont pas attribuables à l'Etat<sup>2330</sup>. Autrement dit, les règles d'attribution d'un fait internationalement illicite codifiées dans les *Articles sur la responsabilité* sont des exceptions à la règle d'irresponsabilité internationale de l'Etat du fait des particuliers. Mais dire que l'Etat n'est pas internationalement responsable des agissements des personnes privées ne veut pas dire que les

---

<sup>2330</sup> E. Vattel, *The Law of Nations or, Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs and Nations and Sovereigns*, B. Kapossy et R. Whatmore (dir.), Indianapolis, Liberty Fund, 2008, vol. 1, Book II, chapitre VI, par. 73.

acteurs privés ne peuvent pas être responsables d'un fait internationalement illicite en leur nom propre. Ainsi, l'individu peut à lui seul engager sa responsabilité pénale internationale indépendamment de la responsabilité que l'Etat peut encourir<sup>2331</sup>. De même, deux sujets peuvent conjointement et respectivement engager leur responsabilité pour un même fait internationalement illicite survenu en raison de violation d'obligations respectives et distinctes<sup>2332</sup>. Enfin, les obligations des acteurs privés peuvent coexister avec l'obligation primaire faite à l'Etat « de veiller à »<sup>2333</sup> à ce que les activités des entités sous son patronage ne soient pas dommageables. Il convient donc d'envisager les règles d'imputation qui seraient applicables à l'investisseur étranger responsable d'un fait internationalement illicite.

**1289.** La tentation est grande d'aborder cette question par le prisme des conditions d'attribution d'un fait internationalement illicite à l'Etat. Il s'agirait alors d'un raisonnement *a contrario* en vertu duquel, pour établir le fait internationalement illicite de l'investisseur, il faudrait établir que ce fait n'est pas attribuable à l'Etat dans la mesure où l'investisseur ne revêt pas la qualité d'organe de l'Etat (article 4), qu'il n'exerce pas de prérogatives de puissance publique (article 5), qu'il n'a pas été mis à la disposition de l'Etat par un autre Etat (article 6) ; qu'il n'ait pas outrepassé les instructions de l'Etat lui conférant des prérogatives de puissance publique (article 7), qu'il n'ait pas agi sur les instructions ou sous le contrôle de l'Etat (article 8), qu'il n'a pas assumé des fonctions étatiques en cas de carence des autorités officielles (article 9) et enfin, que le comportement constituant la violation d'une obligation internationale ne soit pas celui que l'Etat a adopté comme sien (article 11).

**1290.** Pour séduisante qu'elle soit, cette approche comporte deux travers. Le premier est de considérer que la violation du droit international par l'investisseur pose une présomption d'imputabilité du fait internationalement illicite à l'Etat. Or, « on ne saurait conclure du seul contrôle exercé par un Etat sur son territoire terrestre ou sur ses eaux territoriales que cet Etat a

---

<sup>2331</sup> Le Tribunal militaire international de Nuremberg a observé en ce sens que : « On a fait valoir que le droit international ne vise que les actes des Etats souverains et ne prévoit pas de sanctions à l'égard des délinquants individuels. On a prétendu encore que lorsque l'acte incriminé est perpétré au nom d'un Etat, les exécutants n'en sont pas personnellement responsables ; ils sont couverts par la souveraineté de l'Etat. Le Tribunal ne peut accepter ni l'une ni l'autre de ces thèses. Il est admis, depuis longtemps, que le droit international impose des devoirs et des responsabilités aux personnes physiques. Ce sont des hommes, et non des entités abstraites qui commettent des crimes dont la répression s'impose, comme sanction de droit international » (*Jug. Nuremberg*, 1er octobre 1946 p. 235) ; Statut de la C.P.I., article 25 § 4: « Aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des Etats en droit international » L'application des deux régimes de responsabilité peut être simultanée, comme le démontrent les deux affaires relatives à *l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Yougoslavie et Croatie c/ Yougoslavie)* devant la Cour internationale de Justice et le procès de Slobodan Milošević, ancien président de la République Fédérale de Yougoslavie, devant le Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie.»

<sup>2332</sup> Article 47 des Articles sur la responsabilité internationale de l'Etat.

<sup>2333</sup> *Supra*, Chapitre 6, par. 1079-1082.

nécessairement connu ou dû connaître tout fait illicite international qui y a été perpétré non plus qu'il a nécessairement connu ou dû connaître ses auteurs. En soi, et indépendamment d'autres circonstances, ce fait ne justifie ni responsabilité *prima facie* ni déplacement dans le fardeau de la preuve. »<sup>2334</sup>

**1291.** Dans l'affaire *Personnel diplomatique des Etats-Unis à Téhéran*, la Cour a par exemple reconnu que le déclenchement des attaques sur les consulats et ambassades américains, constituant une violation des droits internationalement reconnus aux ressortissants américains, n'était pas imputable à l'Etat iranien. Elle a néanmoins jugé que l'Iran était responsable de la violation de ses obligations internationales propres en tant qu'Etat accréditaire partie aux Conventions de Vienne de 1961 et 1963 et que les carences constatées pour adopter les mesures nécessaires à la protection des consulats n'étaient pas dues « à une simple négligence ou un simple manque de moyen »<sup>2335</sup> de l'Etat.

**1292.** Deuxièmement, faire reposer l'attribution du fait internationalement illicite à l'investisseur sur la recherche préalable que ce fait n'est pas attribuable à l'Etat, comporte le risque d'instrumentaliser les critères d'attribution d'un fait internationalement illicite en circonstances excluant l'illicéité de l'investisseur. Autrement dit, argument pris de ce que l'Etat a la responsabilité primaire d'assurer le respect des droits de l'homme et de l'environnement et que l'investisseur est placé sous contrôle, aucun fait ne serait attribuable à l'investisseur. Il pourrait ainsi utiliser les critères d'attribution pour imputer à l'Etat sa propre illicéité et se dégager de sa responsabilité. Qu'un fait internationalement illicite soit attribuable à l'Etat, par exemple en vertu du contrôle qu'il exerce sur les activités de l'investisseur, ne veut pas dire que la participation ou le comportement de l'investisseur en question ne lui soit pas individuellement attribuable. D'un même préjudice (par exemple l'atteinte aux droits de l'homme ou de l'environnement) peut survenir deux violations d'obligations distinctes respectivement dues par deux sujets de l'ordre juridique international. C'est dans cet esprit que le Rapporteur Ruggie a d'ailleurs rappelé qu'il serait inutile d'établir des responsabilités « primaires » ou « secondaires » entre l'Etat et l'entreprise, chacune ayant dans un même domaine, des obligations distinctes<sup>2336</sup>. La responsabilité pour un même fait internationalement

---

<sup>2334</sup> *Détroit de Corfou*, C.I.J. Recueil 1949, p. 18.

<sup>2335</sup> *Personnel diplomatique des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, paras. 61- 63.

<sup>2336</sup> CDH, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales, et autres entreprises, M. John Ruggie, Doc n°A/HRC/8/5, 7 avril 2008, par. 55. (« L'obligation incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme est indépendante des devoirs des États. La distinction hasardeuse entre les obligations 'primaires' des États et les obligations 'secondaires' des entreprises est par conséquent inutile – il en résulterait de toute façon des jeux stratégiques sans fin pour déterminer qui est responsable de quoi. »)

illicite peut être partagée entre plusieurs sujets du droit international et correspondre à la violation d'obligations propres. Certains chercheurs contemporains ont ainsi développé des principes directeurs de la responsabilité internationale partagée, enrichissant la portée de l'article 47 des *Articles sur la responsabilité des Etats* et ceux applicables aux organisations internationales, reconnaissant « *the possibility that other actors such as individuals or other non-State actors, bear international obligations and share responsibility in certain circumstances* »<sup>2337</sup>. La contribution à un même fait internationalement illicite « indivisible », par exemple une atteinte aux droits de la personne humaine ou à l'environnement, peut être individuelle, concurrente ou cumulative<sup>2338</sup>. *A contrario*, lorsque le préjudice est « divisible », la responsabilité de chaque partie prenante peut se trouver être engagée de manière indépendante.

**1293.** Troisièmement, les conditions dans lesquelles l'attribution d'un fait internationalement illicite à un sujet de droit international peut être modelée dépendent évidemment de la nature du sujet concerné. Contrairement à l'Etat, l'investisseur sujet du droit international n'a pas les attributs de la souveraineté, ni des compétences et des droits implicites reconnus aux organisations internationales<sup>2339</sup>. Partant, les critères d'imputation du fait internationalement illicite à l'investisseur, acteur privé, ne sauraient être aussi étendus que ceux établis pour les Etats ou les organisations internationales, bien qu'ils puissent s'en inspirer.

**1294.** Il a par exemple été proposé d'utiliser la notion de « contrôle » et « d'organes » pour dégager des critères d'imputation d'un fait à l'investisseur. Une application analogique de la notion d'organe prévue à l'article 4 des *Articles sur la responsabilité de l'Etat* rendrait attribuable à la société-mère le comportement de l'un de ses « organes » participant à la « sphère d'influence » ou la « chaîne globale de valeur »<sup>2340</sup> de l'entreprise multinationale. La chaîne globale de valeur renvoie à « un réseau de travail et des processus de production dont le

---

<sup>2337</sup> A. Nollkaemper, J. d'Aspremont, C. Ahlborn, B. Boutin, N. Nedeski, I. Plakokefalos, collaboration of D. Jacobs, « Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law », *EJIL*, vol. 31, n° 1, 2020, p.2 2.

<sup>2338</sup> *Ibid*, p. 25 (Il s'agit du cas où une contribution au dommage vient de plusieurs sujets de droit international) ; Responsabilité concurrente se réfère au cas où chaque contribution aurait respectivement suffi pour créer le dommage, Responsabilité cumulative se réfère aux cas dans lesquels plusieurs illicéités en s'accumulant contribuent au même dommage (comme par exemple la contribution au changement climatique ou l'accumulation d'Etats pratiquant la pêche intensive résultant en une disparition des ressources).

<sup>2339</sup> *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1949*, p. 180 : « Alors qu'un Etat possède, dans leur totalité, les droits et devoirs internationaux reconnus par le droit international, les droits et devoirs d'une entité telle que l'Organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique. »

<sup>2340</sup> A. Aseeva, « Développements récents en matière de protection des droits fondamentaux et de l'environnement dans les chaînes globales de valeur », in *Droit de l'homme et droit international économique* (C. Titi dir.), Bruylant, 2020, pp. 51-82.

produit ultime est fini »<sup>2341</sup>. Elle est proche de la notion de « sphère d'influence »<sup>2342</sup> de la société transnationale qui inclut l'ensemble des sous-traitants et acteurs participants à la réalisation d'un même produit<sup>2343</sup>. Dans la mesure où la société peut choisir de sous-traiter et de « filialiser » ses activités, il est possible de considérer que « les éventuelles violations commises sont réalisées dans le cadre de la structure juridique interne plus générale de l'entreprise et doivent donc lui être imputables »<sup>2344</sup>, permettant par exemple de considérer la filiale « comme un organe de l'entreprise »<sup>2345</sup>. La notion de contrôle est également utilisée dans les législations prévoyant un devoir de vigilance des entreprises<sup>2346</sup>. Cette approche, consistant à voir l'entreprise multinationale comme un ensemble, serait par analogie, une mise en œuvre du principe de l'indifférence du droit international à l'égard de l'organisation interne de l'Etat.

**1295.** Dans l'affaire *Copper Mesa Mining*, le Tribunal a par exemple reconnu que « *a foreign investor, by its local agents...should not resort to recruiting and using armed men...to take its laws in its own hands* »<sup>2347</sup>. En analysant la contribution de l'investisseur à son propre préjudice par le prisme de l'article 39 des *Articles sur la responsabilité de l'Etat*, le tribunal a imputé à l'investisseur demandeur les agissements de son personnel à Quito coupables de graves violations du droit pénal équatorien. Le tribunal n'a pas imputé l'intention pénale des « agents »

---

<sup>2341</sup> *Ibid*, p.53. Traduction proposée par l'auteur de la définition donnée par T. Hopkins et I. Wallerstein, « Commodity chains : Construct and Research », in *Commodity chains and global capitalism*, G. Gereffi et M. Korzeniewicz (dir.), Praeger, CT : Westport, 1994, p. 16.

<sup>2342</sup> G. Lhuillier, « MNC's obligations in their 'sphere of influence' », in *Research handbook on Human Rights and Investment* (Y. Radi dir.), Elgar, 2019, p. 244.

<sup>2343</sup> *Ibid*.

<sup>2344</sup> R. Bismuth, « La responsabilité limitée de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne : quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, SFDI, 2017, Pedone, p. 442.

<sup>2345</sup> *Ibid*.

<sup>2346</sup> Loi Vigilance 2017, « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation » ; Parlement Européen, *Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises*, par. 7 : « met l'accent sur le fait que les violations des droits de l'homme et les atteintes aux normes sociales et environnementales peuvent résulter des activités de l'entreprise même ou de celles des relations commerciales qui se trouvent sous son contrôle, le long de sa chaîne de valeur

<sup>2347</sup> *Copper Mesa Mining c. Equateur*, CPA, sentence, *op. cit.*, note n°1032, par. 6.99 : « *In short, a foreign investor, by its local agents, whatever the illegal provocations by local residents in the form of road-blocks, violence, arson and other impediments, should not resort to recruiting and using armed men, firing guns and spraying mace at civilians, not as an accidental or isolated incident but as part of premeditated, disguised and well-funded plans to take the law into its own hands. Yet, this is what happened. The Claimant's decisions to do so from mid-July to December 2006 remain both unexplained and inexplicable to the Tribunal, save as a sustained act of folly. It was bound to fail and to make the situation far worse for the Claimant; and it did.* »

de l'investisseur mais a considéré que ce dernier avait néanmoins agit par négligence<sup>2348</sup>, et constaté qu'il ne faisait aucun doute que ces actes étaient « *can be attributed to Claimant* »<sup>2349</sup>. Selon toute vraisemblance, l'imputation d'un acte commis par des agents de sécurité en Equateur à l'investisseur dirigeant situé au Canada suit la logique de l'imputation établit par les règles coutumières de la responsabilité reposant sur la notion de contrôle<sup>2350</sup>. Le contentieux de l'investissement n'a d'ailleurs pas de difficulté à « attribuer » à la personne morale l'indemnisation d'un préjudice moral subit par des personnes physiques agissant pour le compte de l'entreprise<sup>2351</sup>.

**1296.** La notion de contrôle sur la chaîne de valeur ou la sphère d'influence de l'entreprise permettrait ainsi l'imputation d'un fait internationalement illicite à l'investisseur, en évitant d'étendre la chaîne de responsabilité aux acteurs appartenant à un même ensemble mais néanmoins dépourvus d'un regard sur les opérations. Il devrait ainsi être prouvé que le fait internationalement illicite concerne une activité en lien direct avec l'investissement, sur laquelle l'investisseur- demandeur avait le contrôle des opérations. Seraient attribuables à l'entreprise les comportements illicites, survenus dans le cadre de ses activités sur le territoire de l'Etat hôte de l'investissement sur lesquels la partie à l'arbitrage avait, ou devait avoir un contrôle effectif et opérationnel.

**1297.** Troisièmement, si l'investisseur est ciblé par une action reconventionnelle visant à engager sa responsabilité du fait des violations au droit international et que le Tribunal analyse ces violations par le prisme de la responsabilité internationale, il est possible qu'il invoque à son bénéfice les circonstances excluant son illicéité.

---

<sup>2348</sup> *Ibid*, par. 6.100. « *In the Tribunal's view, the evidence establishes that several of the Claimant's senior personnel in Quito were guilty of directing violent acts committed on its behalf, in violation of Ecuadorian criminal law. Their resort to subterfuge and mendacity aggravated those acts. The consequences could have led to serious injury and loss of life. The adverse response from members of the local communities, already hostile, was inevitable. That is not to say that the Claimant's senior management in Canada was fully privy to the planning and execution of these acts. On the evidence, the Tribunal prefers to base its decision on the Claimant's negligence, rather than the wilful conduct of its Canadian senior management. If it were based on the latter's own wilful conduct as the Claimant's alter ego, the result, as regards Article 39, would be much graver for the Claimant's case.* »

<sup>2349</sup> *Ibid*, par. 4.125 : « *There is no doubt that this incident can be attributed to the Claimant, albeit to AE and its local agents in Ecuador, particularly Mr Rosanía and General Villacís with Mr Andrade.* »

<sup>2350</sup> *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, (Nicaragua c. Etats-Unis)*, fond, arrêt, C.I.J. recueil 1986, par. 115 ; *Supra*, Chapitre 3, paras. 521- 539 ; Voir aussi, Préambule et Principe II, de la résolution « les obligations des entreprises multinationales et leur sociétés membres », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66, Tome II, session de Lisbonne, 1995, p. 468.

<sup>2351</sup> *Infra*, Chapitre 8, par. 1413 et suivant (*Desert Line c. Yemen*, Affaire CIRDi n° ARB/05/17, 6 février 2008)

#### 4. Les circonstances excluant l'illicéité du comportement de l'investisseur

**1298.** Pour achever l'analyse des principes permettant d'établir une forme internationale de responsabilité de l'investisseur, il faut enfin explorer les conditions dans lesquelles l'illicéité pourrait être excusée en raison de circonstances exonératoires de responsabilité qui n'entraînent pas l'annulation de l'obligation mais qui en excusent l'inexécution. Premièrement, aucune circonstance excluant l'illicéité reconnue par le régime général de responsabilité internationale ne serait invocable par l'investisseur ayant violé des normes impératives du droit international telles que « l'interdiction du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture, ainsi que le droit à l'autodétermination »<sup>2352</sup>. En effet, les circonstances excluant l'illicéité des *Articles sur la responsabilité internationale des Etats* et ceux applicables aux organisations internationales sont des dispositions sans préjudice qui « n'autorisent ni n'excusent aucune dérogation à une norme impérative du droit international général »<sup>2353</sup>. La gravité de tels crimes s'ils étaient établis empêcherait sans aucun doute l'investisseur de bénéficier d'une quelconque protection internationale<sup>2354</sup>.

**1299.** Néanmoins, les normes internationales auxquelles sont tenus les investisseurs ne sont pas limitées aux normes impératives et s'étendent *a minima*, à défaut d'obligations conventionnelles, à l'obligation négative de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme<sup>2355</sup> et de l'environnement<sup>2356</sup>. Dans la mesure où toutes les normes de protection des droits de l'homme et de l'environnement ne sont pas impératives, et que les accords d'investissement peuvent prévoir des obligations internationales dans d'autres domaines comme par exemple le droit du travail ou de la santé, il convient de s'interroger sur l'applicabilité des circonstances excluant l'illicéité reconnues aux Etats et aux organisations internationales par le régime

---

<sup>2352</sup> *Ibid.*, p. 90 et 91, par. 5.

<sup>2353</sup> *Articles sur la responsabilité internationale des Etats Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (deuxième partie), p. 90.

<sup>2354</sup> *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque/Czech Republic*, Affaire CIRDI n°. ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par.78. (« *It is evident to the Tribunal that the same holds true in international investment law and that the ICSID Convention's jurisdictional requirements - as well as those of the BIT - cannot be read and interpreted in isolation from public international law, and its general principles. To take an extreme example, nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs.* »)

<sup>2355</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n° 430, par. 1210, *supra*, 1) le fait internationalement illicite de l'investisseur (« *The situation would be different in case an obligation to abstain, like a prohibition to commit acts violating human rights would be at stake. Such an obligation can be of immediate application, not only upon States, but equally to individuals and other private parties. This is not a matter for concern in the instant case.* »)

<sup>2356</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, paras. 734-735

général de responsabilité.

**1300.** Les *Articles sur la responsabilité internationale des Etats* et ceux applicables aux organisations internationales énumèrent respectivement les six circonstances suivantes : le consentement, la légitime défense, les contre-mesures, la force majeure, la détresse et l'état de nécessité. L'on peut d'emblée exclure, les contre-mesures et l'état de nécessité comme circonstances excluant l'illicéité d'un investisseur en ce qu'elles reflètent des prérogatives souveraines appartenant à l'Etat et, de manière dérivée, aux organisations internationales par exemple habilitées par les Etats à faire usage de la force. Ainsi, le droit international, ne reconnaissant pas aux individus le droit de se faire justice soi-même, il ne saurait conférer à l'acteur privé le droit d'adopter des « contre-mesures ». De même, l'état de nécessité est une circonstance par laquelle l'Etat ou l'organisation internationale protègent un « intérêt essentiel » de l'Etat ou de la communauté internationale dans son ensemble qui n'est admis qu'à titre exceptionnel<sup>2357</sup>. Il peut s'agir par exemple d'un intérêt environnemental<sup>2358</sup>, sanitaire<sup>2359</sup>, monétaire ou financier<sup>2360</sup>, dont seul l'Etat souverain peut objectivement établir l'importance de la préservation<sup>2361</sup>.

**1301.** Le cas de la légitime défense appelle une réponse plus nuancée. En effet, elle est envisagée dans le cadre de la responsabilité internationale comme une exception à l'interdiction du recours à la force *armée*. Elle s'apprécie au regard de la Charte des Nations-Unies<sup>2362</sup> ou du droit international<sup>2363</sup>. Elle ne saurait donc être reconnue aux acteurs privés tels que les investisseurs, qui sont dépourvus *ab initio* du droit de recourir à la force armée. Toutefois, elle constitue sans doute un principe général de droit, reconnu par la plupart des régimes juridiques nationaux aux individus en matière pénale. Elle pourrait donc théoriquement être envisagée

---

<sup>2357</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C. I. J. Recueil 1997, par. 51.

<sup>2358</sup> *Ibid*, par. 53.

<sup>2359</sup> Telle qu'une situation de pandémie mondiale.

<sup>2360</sup> *Sempra Energy International c. Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/02/16, sentence sur les objections à la compétence, 11 mai 2005, par. 71: « *The Tribunal shares the Respondent's opinion to the effect that setting the value of the currency is a sovereign right* ».

<sup>2361</sup> Comme observé par S. Manciaux, le tribunal *El Paso Energy International Company c. Argentine* (affaire CIRDI n° ARB 03/15, sentence, 31 octobre 2011, par. 623 ) a tenté un rapprochement « contestable » et « artificiel » entre l'état de nécessité et le régime du « *hardship* » reconnu par les principes UNIDROIT. Voir, S. Manciaux, « Du point de vue des entreprises : la régulation d'origine privée des opérations d'investissements », *op. cit.* note n° 1876, p. 184 : « Consacrer l'état de nécessité comme principe général de droit reconnu par les nations civilisées ne nécessitait pas le recours fait aux concepts sensiblement différents que sont la force majeure et la '*hardship*' Surtout, il est contestable de voir dans les principes d'UNIDROIT une manifestation des règles du droit international, du moins si l'on conçoit ce droit international. L'aune de l'article 38(1) du Statut de la CIJ. ».

<sup>2362</sup> CDI, *Articles sur la responsabilité de l'Etat*, article 21 : « L'illicéité du fait de l'Etat est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies. »

<sup>2363</sup> CDI, *Articles sur la responsabilité internationale des OI et commentaires y relatifs*, p. 50. : « Vu que les organisations internationales ne sont pas membres des Nations Unies, la référence à la Charte figurant à l'article 21 des articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite a été remplacée ici par une référence au droit international. »

dans son acception privée comme une circonstance excluant l'illicéité. En pratique cependant, il serait difficile de la rendre opératoire pour la violation des obligations internationales de l'investisseur en matière de protection des droits de l'homme ou de l'environnement. La catégorie des crimes dont relève le droit de légitime défense en droit privé ne recoupe pas celle des illicéités engageant la responsabilité qui constituent un régime autonome des classifications internes.

**1302.** Le consentement de l'Etat hôte ou d'un de ses ressortissants à la commission d'un fait internationalement illicite ne pourrait pas excuser l'illicéité née d'une atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine dans la mesure où l'individu ou l'Etat au nom de l'individu ne saurait y renoncer<sup>2364</sup>. Le consentement donné par l'Etat à la violation des droits de l'homme pourrait être nul *ab initio* s'il porte sur certains droits indérogeables tels que le droit à la vie, la protection contre les traitements cruels et dégradants ou la torture<sup>2365</sup> et constituer une illicéité.

**1303.** La question est plus nuancée concernant l'obligation de diligence en matière environnementale. En effet, la conscience de ce qui est dangereux ou préjudiciable pour l'environnement évolue et il n'existe pas de consensus sur la teneur du préjudice environnemental<sup>2366</sup> ouvrant une obligation internationale de réparation<sup>2367</sup> sans que des règles n'existent. Nombre de principes généraux en matière environnementale tel que le principe de prévention<sup>2368</sup> ou de précaution énoncent des *standards* en constante évolution protégeant contre les atteintes variables à l'environnement<sup>2369</sup>. De plus, l'obligation de prévention ne porte pas sur une acception uniforme de l'atteinte. Par exemple, en milieu marin l'obligation de prévention concerne les activités entraînant « une pollution importante ou des modifications considérables et nuisibles »<sup>2370</sup>, l'article 17 de la Déclaration de Rio prévoit l'obligation d'étude préalable pour les activités ayant « des effets nocifs importants »<sup>2371</sup>. De même, le principe de

---

<sup>2364</sup> CDI, *Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs*, pp. 188-189 : « Les bénéficiaires des 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 »

<sup>2365</sup> Voir par exemple l'article 15 (1) de la CEDH.

<sup>2366</sup> J.P. Beurrier, *Droit international de l'environnement*, Pedone, 2017, p. 66.

<sup>2367</sup> T. Hardman Reis, *Compensation for Environmental Damages Under International Law*, Wolter Kluwer, 2011, pp. 59-65.: « *It is difficult to provide a proper definition for environmental damages for various reasons. One challenge is to define a level of damage that should be considered acceptable before it is defined as illegitimate. ... The idea that some kind of damages can be compensated (a right to compensation) is different than the idea that some environmental damages should be compensated (a positive duty to compensate). In order to generate positive obligations, a fragmented approach has been adopted in relation to specific types of damage to the environment* »

<sup>2368</sup> *Ibid*, p. 70.

<sup>2369</sup> *Ibid*, p. 162 : « application du principe de précaution et niveau des connaissances scientifiques sont inversement proportionnels »

<sup>2370</sup> CNUDM, article 206.

<sup>2371</sup> Déclaration de Rio sur le développement et l'environnement, 1992, principe 17.

précaution reconnu par la Déclaration de Rio prévoit que le principe doit être appliqué « par les Etats selon leur capacité [en cas de risque de dommages graves ou irréversibles] »<sup>2372</sup>. Si par exemple l'investisseur prouve que l'Etat avait consenti à un certain degré de pollution ou de détérioration de l'environnement, sans toutefois que l'atteinte ne soit « importante », ou « irréversible »<sup>2373</sup>, l'illicéité de l'investisseur pourrait ainsi être excusée et la responsabilité internationale découlant de la demande reconventionnelle écartée. De même, si l'Etat abaissait ou exonérait l'investisseur de conduire une étude d'impact afin d'évaluer les conséquences d'activités pouvant avoir des effets néfastes sur l'environnement, les activités préjudiciables à l'environnement causées par l'investisseur pourraient être excusées en raison du consentement de l'Etat.

**1304.** Ainsi, le consentement de l'Etat pourrait effectivement être utilisé par l'investisseur comme une circonstance excluant sa propre illicéité lorsque l'Etat lui reproche la violation d'obligations internationales telle que la clause de conformité ou l'obligation de diligence due. Par exemple, un Etat ayant octroyé ou renouvelé un permis d'exploitation ou d'exploration d'un site accordé sur le fondement d'une étude d'impact qu'il savait défectueuse ou incomplète, pourrait excuser la violation par l'investisseur d'un devoir de diligence et d'une clause de conformité au droit interne. Un investisseur qui aurait par mesure de précaution suspendu l'exécution de travaux et obtenu l'aval de l'Etat pour leur poursuite, n'engagerait sans doute pas sa responsabilité si ces travaux s'avèrent défectueux.

**1305.** Les atteintes à l'environnement, et, dans une moindre mesure aux droits fondamentaux de la personne humaine consécutives à un événement de force majeure, c'est à dire « la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle [du sujet de droit international] et rend matériellement impossible, étant donné les circonstances, l'exécution de l'obligation »<sup>2374</sup> est une circonstance que l'investisseur pourrait invoquer pour neutraliser son illicéité. Elle est reconnue comme un principe général du droit<sup>2375</sup>. Etant entendu que l'impossibilité matérielle d'exécuter l'obligation peut résulter d'un phénomène naturel ou de l'activité humaine telle qu'un mouvement insurrectionnel<sup>2376</sup>, l'investisseur pourrait par exemple justifier une dégradation de l'environnement ou une

---

<sup>2372</sup> *Ibid*, principe 15.

<sup>2373</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C. I. J. Recueil 1997, par. 140 (« La Cour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages. »)

<sup>2374</sup> Article 23 des Articles sur la responsabilité de l'Etat et ceux sur la responsabilité OI.

<sup>2375</sup> CDI, Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs, p. 200.

<sup>2376</sup> *Ibid*, p. 196.

suspension d'un réseau d'exploitation en raison d'une intempérie pour autant qu'il prouve qu'il n'a pas assumé la part de risque causant le dommage. A charge pour lui de prouver que l'atteinte était involontaire et qu'il n'était pas en mesure de la prévenir en raison de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité de la force extérieure, conduisant à l'impossibilité d'exécuter son obligation. Le niveau d'exigence de la preuve demeure néanmoins très élevé et la reconnaissance d'une situation de force majeure exceptionnelle. La force majeure pourrait être invoquée par un investisseur accusé par exemple d'avoir violé la clause parapluie d'un traité mais elle pourrait plus difficilement justifier des atteintes aux droits de l'homme. La CDI explique en effet « qu'elle ne s'étend pas aux situations dues à la négligence ou à la faute...même si le préjudice lui-même qui en découle était accidentel et non intentionnel »<sup>2377</sup>.

**1306.** Enfin, la circonstance de détresse survenant lorsque le sujet de droit international « n'a raisonnablement pas d'autre moyen ... de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger »<sup>2378</sup> requiert que le sujet ayant violé une obligation internationale protège une vie humaine en danger. L'investisseur implanté sur le territoire de l'Etat hôte pourrait excuser la violation de son obligation négative de ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux lorsque la vie d'un de ses agents serait mise en danger. L'éventail des hypothèses est très large et peut inclure l'utilisation des forces de sécurité dans les zones de conflits pour protéger les agents de l'investisseur contre des mouvements insurrectionnels ou des forces privées armées menaçant la vie de ses agents. La CDI a d'ailleurs clairement expliqué que « la détresse ne peut exclure l'illicéité que lorsque les intérêts que l'on cherche à protéger...l'emportent indiscutablement sur les autres intérêts en jeu dans les circonstances »<sup>2379</sup>. Elle aurait pu se présenter dans l'affaire *Copper Mining Mesa c. Pérou* dans la mesure où la concession minière à ciel ouvert était le théâtre d'affrontements constants entre militants opposés aux mines et forces de sécurité recrutées par l'investisseur<sup>2380</sup>. Toutefois, il semble que les situations dans lesquelles l'investisseur aurait seul la responsabilité de protéger la vie humaine d'un de ses agents et répondre à une situation de détresse, est en lien avec le degré de carence de l'Etat. L'Etat hôte de l'investissement est tenu envers l'investisseur par une obligation d'assurer autant que possible la sécurité physique des investissements étrangers. L'obligation primaire de l'Etat

---

<sup>2377</sup> *Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs*, p. 197.

<sup>2378</sup> Article 24 des *Articles sur la responsabilité de l'Etat et ceux sur la responsabilité OI*.

<sup>2379</sup> *Articles sur la responsabilité internationale des Etats et commentaires y relatifs*, p. 207.

<sup>2380</sup> *Copper Mesa Mining c. Equateur*, CPA, sentence, *op. cit.*, note n°1032, par. 6.99. (« *In short, a foreign investor, by its local agents, whatever the illegal provocations by local residents in the form of road-blocks, violence, arson and other impediments, should not resort to recruiting and using armed men, firing guns and spraying mace at civilians, not as an accidental or isolated incident but as part of premeditated, disguised and well-funded plans to take the law into its own hands.* »)

d'assurer la sécurité des biens et des personnes placés sur son territoire réduit, sans l'exclure, les situations dans lesquelles un investisseur pourrait être placé dans une situation de détresse justifiant de porter atteinte aux droits de la personne humaine.

**1307.** Ainsi, le consentement de l'Etat à la commission d'un fait internationalement illicite de l'investisseur (tel que la violation de la clause conformité ou celle de l'obligation de diligence due en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement), ou la survenance d'un évènement de force majeure et dans une moindre mesure, une situation de détresse, pourraient constituer des circonstances excluant l'illicéité applicables à l'investisseur.

**1308.** Les conditions d'engagement de cette responsabilité prévues à l'article 42 des *Articles sur la responsabilité internationale des Etats* sont satisfaites dans la mesure où l'Etat demandeur reConventionnel, est l'Etat hôte de l'investissement qui se prétend lésé par les activités de l'investisseur. Il lui revient alors d'établir que l'obligation violée lui est individuellement due<sup>2381</sup>. S'il est établi que l'investisseur est tenu par une obligation internationale (explicitement reconnue par le traité ou induite par le tribunal dans les dispositions du traité ou d'autres sources du droit international), l'application des principes de la responsabilité internationale est considérablement facilitée par la nature internationale du tribunal et par l'applicabilité du droit international à la résolution de ce différend.

**1309.** Pour conclure cette section, il ressort que la caractérisation des violations commises par l'investisseur pourrait se faire par le prisme des principes gouvernant la responsabilité internationale pour illicéité lorsque la procédure est engagée sur le fondement d'un traité. Dans la mesure où l'investisseur peut être assujéti au respect des obligations internationalement reconnues en matière de droits de l'homme ou de l'environnement dans d'autres instruments, il ne faut pas exclure que les principes de la responsabilité internationale soient également pertinents dans le cadre des différends non-conventionnels, initiés par exemple sur le fondement d'un contrat.

---

<sup>2381</sup> Article 42 des *Articles sur la responsabilité internationale des Etats* « Un Etat est en droit en tant qu'Etat lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat si l'obligation violée est due... A cet Etat individuellement... », article 43 des *Articles sur la responsabilité internationale des OI*; Certains pourraient considérer que l'obligation de respecter les droits de l'homme n'est pas individuellement due par l'Etat à l'investisseur mais directement aux particuliers. Toutefois, l'Etat peut toujours « faire valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international » CPJI, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Grande-Bretagne)*, 1924, Serie A, n°2, p. 12.

## *Section 2 L'internationalisation de la responsabilité contractuelle de l'investisseur*

**1310.** Bien qu'il ait été largement devancé par les accords internationaux relatifs aux investissements, le contrat demeure un outil juridique utilisé pour la réalisation des investissements étrangers. La nature synallagmatique des droits et des obligations qu'il énonce facilite la possibilité qu'un Etat, par la voie reconventionnelle, mette en cause le comportement de l'investisseur et cherche à engager sa responsabilité pour la violation de ses obligations<sup>2382</sup>. Il n'est pas rare qu'en raison de leur ampleur, les contrats d'investissement contiennent des dispositions visant à protéger des intérêts publics tels que l'environnement et ou les droits des populations potentiellement impactées par la réalisation d'un projet. Les obligations contractuelles de ce type peuvent se référer aux normes et standards internationaux et imposer à l'investisseur contractant un devoir de diligence. La présence de clauses incorporant par renvoi les standards internationaux et le phénomène d'internationalisation des contrats d'investissements en vertu duquel le contrat tire sa force contraignante de l'ordre juridique international, interroge sur la possibilité que le droit international encadre également les violations d'obligations contractuelles de l'investisseur.

**1311.** *Scenario n°2:* Un investisseur est lié par un contrat d'exploitation d'hydrocarbures *offshore* avec l'Etat S. Le Contrat impose au cocontractant plusieurs obligations stipulant qu'il a le droit « d'utiliser l'eau nécessaire aux opérations pétrolières sous réserve de ne pas porter préjudice à l'approvisionnement en eau des habitants et points d'eau pour le bétail »<sup>2383</sup> ; « éviter que les hydrocarbures ou tout autre produit... ne polluent les nappes aquifères »<sup>2384</sup>, « assurer la protection de l'environnement, prévenir les accidents et en limiter les conséquences »<sup>2385</sup>. En outre, le contractant « devra prendre les mesures nécessaires à la protection de l'environnement conformes aux dispositions des conventions internationales relatives à la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures »<sup>2386</sup>. Le droit contractuel d'exploiter les hydrocarbures est également assorti de l'obligation de construire et baliser la plateforme « de façon à laisser en tout temps et en toute sécurité le libre passage à la navigation »<sup>2387</sup>. Enfin, dans les zones maritimes exploitées, le contractant devra « prendre

---

<sup>2382</sup> *Supra*, Chapitre 1, par 115.

<sup>2383</sup> Contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures Total –Sénégal, *op. cit.*, note n°2231, art. 3.

<sup>2384</sup> *Ibid*, article 4.2 (b)

<sup>2385</sup> *Ibid*, article 4.1 (b).

<sup>2386</sup> *Ibid*, article 4.4 .

<sup>2387</sup> *Ibid*, article 4.3 (a).

toutes les mesures nécessaires à la protection de l'environnement conformes aux dispositions des conventions internationales relatives à la pollution des eaux de la mer »<sup>2388</sup> et indemniser tout préjudice causé<sup>2389</sup>. Il est en outre précisé que « [l]a responsabilité de l'Etat ne pourra être recherchée à l'occasion d'un dommage, accident ou litige relatifs aux opérations pétrolières dans la mesure où le dit dommage, accident ou litige n'est pas causé, en tout ou partie, par l'action de l'Etat »<sup>2390</sup>. Le contrat contient une clause de droit applicable en faveur du droit de l'Etat hôte et du droit international ainsi qu'une clause compromissoire en faveur des tribunaux CIRDI portant sur « les différends découlant du présent Contrat ou en relation avec celui-ci »<sup>2391</sup>. L'investisseur engage une procédure contre l'Etat, estimant que l'Etat S engage sa responsabilité du fait de la résiliation du contrat. L'Etat S au contraire, au moyen d'une action reconventionnelle, considère que l'investisseur n'a pas pris les mesures nécessaires à la préservation de l'environnement marin, n'a en outre pas assuré la sécurité du droit de navigation et a utilisé les ressources aquifères de manière excessive causant préjudice à la population. Selon l'Etat S, ses violations justifiaient la rupture du contrat et doivent engager la responsabilité de l'investisseur. Le Tribunal reconnaît que l'investisseur a manqué à ses obligations en portant préjudice à l'approvisionnement en eau des habitants et en polluant l'environnement marin. Selon quels principes le tribunal pourrait déterminer la responsabilité de l'investisseur introduite par l'action reconventionnelle de l'Etat ?

**1312.** La question posée peut être résumée en ces termes : est-ce que la responsabilité associée à la violation des obligations contractées relatives au respect de l'environnement, ou du droit d'accès à l'eau est de nature contractuelle ou, est-il possible que la responsabilité encourue pour leur violation soit guidée par les principes de la responsabilité internationale en raison de l'internationalisation du contrat ?

**1313.** *A priori*, la contractualisation d'obligations, soient-elles d'origine internationale, devrait générer un régime de responsabilité contractuelle. Toutefois, lorsque le contrat est internationalisé, il ne faut pas exclure la pertinence du régime général de la responsabilité internationale pour illicéité (I). Alors, il est possible d'interroger l'effet de l'internationalisation sur la responsabilité encourue par l'investisseur. Ceci, afin de savoir si l'internationalisation génère une forme *sui generis* de responsabilité internationale contractuelle lorsque l'obligation en cause fait référence aux standards internationaux (II).

---

<sup>2388</sup> *Ibid*, article 4.4.

<sup>2389</sup> *Ibid*, article 4.5.

<sup>2390</sup> *Ibid*.

<sup>2391</sup> Modèle gabonais de contrat d'exploration et de partage de production, article 41, accessible en ligne <http://gabon12thround.com/wp-content/uploads/CEPP-Type-zone-offshore-profond-et-tr%C3%AAs-profond.pdf>

## *I. L'internationalisation de la relation entre Etat et investisseur étranger*

**1314.** Les accords conclus entre l'Etat et l'investisseur étranger sont protéiformes et peuvent générer des effets dans l'ordre juridique international en raison des procédés d'internationalisation. Par internationalisation il faut comprendre ici l'appartenance du contrat aux « règles du droit international entraînant la soumission du contrat au droit international »<sup>2392</sup> soit de manière subjective lorsque telle est la volonté des parties, soit de manière objective au regard de la durée et l'importance du projet objet du contrat<sup>2393</sup> (A). Parmi les conséquences de l'internationalisation figure l'applicabilité totale ou partielle du droit international à la résolution du différend. La portée de l'internationalisation peut également avoir une influence sur la détermination des règles secondaires applicables aux violations du contrat par une des parties (B).

### *A. Les procédés d'internationalisation du contrat*

**1315.** Parmi les arbitrages contractuels ayant favorablement accueilli les demandes reconventionnelles de l'Etat et prononcé une condamnation pécuniaire, ou refusé à l'investisseur le droit d'être dédommagé<sup>2394</sup>, la responsabilité engagée sans être amplement discutée par les tribunaux, était de nature contractuelle<sup>2395</sup>. La responsabilité naturellement

---

<sup>2392</sup> L. Lankarani El-Zein, *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1996, p. 9.

<sup>2393</sup> J. M. Jacquet, « Des contrats d'Etat aux contrats d'investissement continuité et discontinuités », *JDI (Clunet)*, 2020, vol. 1, p. 14.

<sup>2394</sup> *Klöckner c. Cameroun*, sentence, *op. cit.*, note n° 229, pp. 421, 428, 440. ( Le Tribunal a retenu la contribution fautive de l'investisseur dans la gestion de l'investissement et constaté qu'il « ne s'est pas comporté avec la franchise nécessaire (...) a fait montre, envers son partenaire, d'une franchise, d'une candeur, moins que totales (...) violé son obligation contractuelle de tout révéler ( et ) défailli à son obligation de traiter franchement avec son partenaire. » Mais n'a pas tiré les conclusions de ses propres constatations en matière de responsabilité puisqu'il a rejeté le principe de l'indemnisation : « La responsabilité de cette compagnie pour les défaillances dans la livraison de l'usine et de sa gestion technique et commerciale sont suffisamment sanctionnées par le rejet de sa demande de paiement des billets à ordre impayés. Pour les mêmes raisons, il n'y a pas lieu non plus dans cette affaire d'allouer du *lucrum cessans* ou un préjudice moral quelconque. ») Le contrat ne contenait pas de clause de choix de loi mais le tribunal a déterminé que le droit camerounais était applicable.

<sup>2395</sup> Voir aussi, *MINE c. République de Guinée*, Affaire CIRDI n°ARB/84/4, sentence, 6 janvier 1988, para. 79: « *The Tribunal considers that MINE's actions in those nations were contrary to the exclusive jurisdiction granted ICSID in this proceeding... Upon consideration of the arguments on this counterclaim, the Tribunal awards Guinea the sum of \$210,000 toward its costs and legal fees relating to the attachment proceedings in Belgium and Switzerland. ... The Tribunal considers that Mines' action in those nations were contrary to the exclusive jurisdiction granted in this proceeding... upon consideration of the arguments on this counterclaim, the Tribunal awards Guinea the sum of \$210 000...* ») l'article XIII de l'accord désignait le contrat comme droit applicable, complété en cas de carence par le droit guinéen existant au jour de la conclusion du contrat.; *Balkan Energy (Ghana) Limited .c Ghana*, (CNUDCI), sentence, *op.cit.*, note n°255, para. 636 (clause en faveur du droit bulgare); *Hydro Srl c. Republic of Albania (I)*, Affaire CCI n° 20654/EMT/GR, sentence, 7 septembre 2018, par. 81 (droit applicable non communiqué) ; *Mobil Cerro Negro, Ltd. c. I. Petróleos de Venezuela, S.A., 2. PDVSA CERRO NEGRO, S.A.*, Affaire CCI n° 15416/JRF/CA, sentence, 23 décembre 2011, par. 842.(clause désignant le droit vénézuélien)

associée à la violation d'un contrat est gouvernée par l'ordre juridique auquel ce contrat est rattaché, c'est-à-dire l'ordre juridique interne<sup>2396</sup> ou celui désigné par les parties. Le régime de responsabilité appliqué par le tribunal suit la nature contractuelle de l'obligation violée et le droit de la responsabilité de l'Etat hôte détermine les conditions d'engagement de celle-ci, lorsque les parties l'ont désigné comme droit applicable. A défaut de choix, le tribunal applique le droit avec lequel le contrat entretient le plus de liens, complété le cas échéant du droit international. Toutefois, certaines innovations portées aux contrats liant l'opérateur étranger à l'Etat ont permis d'identifier une volonté des parties de « délocaliser le contrat et de le soumettre à des règles ou principes qui pourraient relever du droit international »<sup>2397</sup>.

**1316.** L'application du droit international au litige contractuel se fera au concours de plusieurs facteurs. L'internationalisation peut être subjective, c'est-à-dire, identifiée par la volonté des parties dans des clauses contractuelles. Parmi les clauses permettant de conclure à l'internationalisation figurent la clause compromissoire, la clause de désignant le droit international comme droit applicable et les clauses de gel ou d'intangibilité qui visent à encadrer le pouvoir de l'Etat souverain en tant que cocontractant. Parmi les procédés d'internationalisation du contrat, mentionnés dans la sentence *Texaco*, le Tribunal a jugé que « la référence aux principes généraux du droit *est toujours* tenue pour un critère suffisant d'internationalisation du contrat »<sup>2398</sup>. Il a été ajouté que la présence d'une clause compromissoire permet également de déceler « une certaine internationalisation du contrat »<sup>2399</sup>.

**1317.** A ces critères permettant une internationalisation subjective, peuvent s'ajouter des critères d'internationalisation objective prenant en compte la nature, la durée et l'importance

---

<sup>2396</sup> CPJI, *Affaire concernant le paiement en France de divers emprunts serbes émis en France*, Série A, n°20, 1929, arrêt n° 14, p. 41.

<sup>2397</sup> J. M Jacquet, « Voici venu le temps des traités ! (Quelques réflexions sur le droit des contrats d'Etat) », in *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des différends par le droit international*, Liber amicorum L. Clafish, M. Kohen (dir.), Brill, 2007, p. 1125

<sup>2398</sup> *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, 19 janvier 1977, par. 42. (les italiques sont de nous) ; *AGIP SpA c/ Congo*, Affaire CIRDI, n° ARB/77/1, sentence, 30 nov. 1979, paras. 80, 85 : « les observations faites par le tribunal au regard du droit congolais ne le dispensent pas d'examiner les mesures de nationalisation sous l'angle du droit international...La dissolution par voie unilatérale [du contrat] méconnaît à l'évidence ces clauses de stabilisation dont l'applicabilité résulte non du jeu automatique de la souveraineté de l'Etat contractant mais de la commune volonté des parties *exprimée au niveau de l'ordre juridique international*. » En l'espèce, le contrat désignait le droit congolais « complété » par tout principe de droit international.

<sup>2399</sup>*Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, par. 42

du projet objet du contrat<sup>2400</sup>. Ainsi, un contrat passé entre un Etat et un contractant privé ayant pour objet de permettre la sous-traitance des forces de sécurité afin de contenir des mouvements de protestation, peut être considéré comme un instrument dont la force obligatoire est ancrée dans l'ordre juridique international<sup>2401</sup>. Le principal effet de l'internationalisation est d'établir que ce contrat tient sa force obligatoire de l'ordre juridique international. Lorsque l'internationalisation d'un contrat est constatée<sup>2402</sup> soit à raison d'une volonté subjective des parties et/ou en raison de la nature objective de l'opération, « il en résulte que la violation d'un contrat par l'Etat peut constituer un acte illicite susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Etat »<sup>2403</sup>. Autrement dit, le rattachement du contrat à l'ordre juridique international a des conséquences sur la nature de la responsabilité associée aux violations de ce contrat par l'Etat.

**1318.** Si, à l'instar du contrat liant l'entreprise Total à l'Etat sénégalais, le contrat contient des obligations pour l'investisseur incorporant par référence des standards internationaux<sup>2404</sup> la nature de la responsabilité associée aux violations commises par l'investisseur pourrait-elle être influencée par l'internationalisation du contrat ?

**1319.** Il pourrait être soutenu que la présence de telles clauses participe également à une volonté subjective d'internationalisation du contrat. Les références aux conventions internationales des droits de l'homme ou de l'environnement ou aux standards internationaux de la *soft law* peuvent indiquer une volonté subjective d'inscrire les activités du cocontractant dans le substrat du droit

---

<sup>2400</sup> J. M. Jacquet, « Des contrats d'Etat aux contrats d'investissement continuité et discontinuités », *op. cit.*, note n° 2393 p.14 ; *Revere Copper and Brass Inc. c. Overseas Private Investment Corp.*, Affaire AAA n°1610013776, sentence, 24 août 1978, *ILR*, vol. 56, p. 258: « *In his view [P. Dupuy], contracts have been "internationalized" either by reference in them to the settlement of disputes by "general principles of law" or by the character of the contract itself. In this latter respect he refers to such characteristics of these agreements as their broad subject matter, their introduction into developing countries of investments and technical assistance, their importance in the development of the country concerned, their long duration implying "close cooperation between the State and the contracting party" and "requiring permanent installations as well as the acceptance of exclusive responsibilities by the investor", and the close association of the foreign contractor "with the realization of the economic and social progress of the host country". Because of the required cooperation between the contracting party and the State "and the magnitude of the investments to which it agreed", the contractual nature of the legal relation "is intended to bring about an equilibrium between the goal of the general interest sought by such relation and the profitability which is necessary for the pursuit of the task entrusted to the private enterprise". Thus, the effect of the contract is to ensure to the private party* »

<sup>2401</sup> *Sandline International Inc c. Papouasie Nouvelle Guinée*, sentence intérimaire (CNUDCI), 9 octobre 1988, *ILR*, vol. 117, 2000, pp. 560, 561 : « *An agreement between a private party and a State is an international, not a domestic, contract. ... This is that a State cannot rely upon its own internal laws as the basis for a plea that a contract concluded by it is illegal.*»

<sup>2402</sup> *Revere Copper and Brass Inc. c. Overseas Private Investment Corp.*, Affaire AAA n°1610013776, sentence, 24 août 1978, *ILR*, vol. 56, p. 258.

<sup>2403</sup> J. M. Jacquet, « Des contrats d'Etat aux contrats d'investissement continuité et discontinuités », *op. cit.*, note n° 2393, p. 19.

<sup>2404</sup> Contrat de Partage de production entre Total et le Sénégal, article 4.4. (Le cocontractant « prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de l'environnement conformes aux dispositions des conventions internationales relatives à la pollution des eaux de la mer »)

international. La référence au droit international dans un contrat comme complément de la loi nationale pourrait « signifie[r] pour le moins que le recours aux principes du droit international peut intervenir soit pour combler une lacune du droit... soit pour y apporter les compléments nécessaires. »<sup>2405</sup> Dès lors, le régime de responsabilité applicable à la violation d'obligations contractuelles se référant aux standards internationaux en matière de droits de l'homme ou de l'environnement pourrait être déterminé par le droit interne applicable et complété par les principes de la responsabilité internationale. Autrement dit, lorsque l'investisseur viole les clauses contractuelles qui renvoient à des standards internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme ou de l'environnement, les principes de la responsabilité internationale pourraient permettre de combler les lacunes du droit national<sup>2406</sup>. Tout dépend des conséquences que le tribunal entend fait produire à l'internationalisation du contrat.

**1320.** La doctrine n'a d'ailleurs pas exclu la possibilité que le droit désigné par les parties dans un contrat transnational influence également la détermination des règles de la responsabilité associée à la violation dudit contrat. Ainsi, en 1979, dans la résolution intitulée *La loi du contrat dans les contrats entre Etats une personne privée étrangère*, l'Institut de droit international précisait que « [l]es règles de droit choisies conformément aux articles qui précèdent, règlent les problèmes de responsabilité contractuelle entre les parties et notamment ceux qui sont posés par l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs souverains à l'encontre d'un engagement qu'un Etat a pris envers le cocontractant »<sup>2407</sup>. Ainsi, les renvois faits par les contrats aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et à l'environnement appréhendées comme une volonté d'internationalisation subjective du contrat peuvent ainsi conférer une certaine pertinence aux principes de la responsabilité internationale.

**1321.** La réflexion relative à la nature de la responsabilité encourue par l'investisseur est également utile dans le cadre des arbitrages engagés sur le fondement d'une loi nationale ou concernant un acte unilatéral par lequel l'Etat octroie à l'investisseur un régime spécifique en créant une « zone économique spéciale ». Les zones économiques spéciales créées par l'Etat au profit de certains investisseurs peuvent contenir des « obligations qualitatives »<sup>2408</sup> pour les

---

<sup>2405</sup> *AGIP SpA c/ Congo*, Affaire CIRDI, n° ARB/77/1, sentence, 30 nov. 1979, par. 83.

<sup>2406</sup> On sait par exemple qu'un des arguments justifiant le projet d'instrument contraignant à destination des entreprises provient des lacunes des ordres juridiques internes pour se saisir des conséquences liées aux violations des normes internationales ; *Supra*, Chapitre 6 par. 1042-1044.

<sup>2407</sup> I.D.I, Résolution, « La loi du contrat dans les contrats entre Etats une personne privée étrangère », article 6, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session d'Athènes, vol. 58 (II), 1979, Schmidt Periodicals, p. 194. Précisant pourtant au préambule que : « Soulignant que la responsabilité internationale des Etats en vertu du droit international n'est pas visée par la présente résolution »

<sup>2408</sup> J. Lam, R. Guo, « Investor Obligations in Special Economic Zones: Legal Status, Typology, and Functional Analysis », *Journal of International Economic Law*, 2021, vol. 24, n°2, p. 330.

investisseurs, les obligeant à contribuer au développement social de la zone sur laquelle ils sont établis ou encore à contribuer aux objectifs de développement durable. L'offre d'arbitrage que peut contenir la loi nationale de promotion de l'investisseur peut également être internationalisée et assimilée à un acte unilatéral qui produit des effets dans l'ordre juridique international<sup>2409</sup>. Dans les cas où la loi désigne le droit international comme droit applicable (conjointement avec le droit national)<sup>2410</sup> et que la loi contient des obligations se référant aux normes internationales<sup>2411</sup>, l'internationalisation serait susceptible d'avoir un effet sur le régime de la responsabilité appliqué à la violation de ces obligations par l'investisseur.

### ***B. Les conséquences de l'internationalisation du contrat sur la responsabilité de l'investisseur***

**1322.** Une des conséquences de l'internationalisation d'un contrat bien connue des internationalistes est de permettre une application des règles de droit international en cas de carence du droit interne de l'Etat hôte, pour autant que ce dernier soit désigné par les parties. S'exprimant sur « le sens et la portée de l'internationalisation », le tribunal dans l'affaire *Texaco* a jugé que la référence aux principes du droit international dans un contrat (conjointement avec le droit libyen) est « une extension plus vaste que celle de 'principes généraux du droit', ces derniers contribuant, avec d'autres éléments (la coutume internationale et la pratique telle qu'elle est reçue par le droit des gens) à former ce qu'il est convenu d'appeler les « principes du droit international »<sup>2412</sup>.

---

<sup>2409</sup> *SPP c. Egypte*, Affaire CIRDI n°ARB/84/3, sentence sur la compétence, 14 avril 1988, para. 61.

<sup>2410</sup> Loi arménienne de protection des investissements étrangers (1994), article 2 : « *Relationships arising from foreign investment in the Republic of Armenia shall be regulated by this Law, as well as by other legislation of the Republic of Armenia and international treaties. Should international treaties of the Republic of Armenia establish rules that differ from the one in this Law, the rules of the international treaties shall apply to the respective cases.* »; Loi n°0038-2018/AN portant code des investissements au Burkina-Faso, (2018), article 40 « Le tribunal arbitral rend sa sentence conformément aux lois et règlements nationaux en vigueur et aux dispositions du droit international applicable en la matière ; il est lié par les interprétations communes données par les parties au différend ».

<sup>2411</sup> Ordonnance n° 2012 – 487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire (article 24 : « Les investisseurs bénéficiant d'avantages institués par le présent Code sont tenus de se conformer aux normes techniques, sociales, sanitaires et environnementales, nationales ou, à défaut, internationales applicables à leurs produits, services et environnement de travail. Ils devront se conformer, en outre, aux normes relatives aux systèmes de management de la qualité », article 25 « L'investisseur contribue à la promotion des normes en matière de droit de la personne et de droit du travail en appliquant les principes reconnus internationalement, notamment, ceux contenus dans la norme ISO 26 000. L'investisseur fournit à ses collaborateurs des conditions d'hygiène et de sécurité conformes à la législation locale et s'engage dans les activités de responsabilité sociétale par la réalisation de projets sociaux au profit des communautés où l'entreprise est installée ») ; Loi N°90-002 the Code d'investissement du Bénin, (1990) article 33 « *Any enterprises which apply for [specific treatment] shall ... Comply with national or international standards applicable to goods and services which are the purpose of its activity* »

<sup>2412</sup> *Texaco Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, 19 janvier 1977, par. 41.

**1323.** Dès lors, jusqu'où l'intégration des règles de droit international par l'internationalisation du contrat s'étend-elle ? Est-elle limitée aux règles primaires ou inclut-elle les règles secondaires, et quelles en sont les incidences en termes de responsabilité ? Deux cas de figure sont envisageables. Soit l'internationalisation a pour effet d'incorporer les règles secondaires de la responsabilité internationale chaque fois que l'obligation violée est une obligation internationale - telle que l'obligation faite à Total de « prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de l'environnement conformes aux dispositions des conventions internationales relatives à la pollution des eaux de la mer »<sup>2413</sup>; soit au contraire, le régime de responsabilité applicable aux violations commises par l'investisseur demeure une responsabilité contractuelle dans la mesure de sa comptabilité avec, ou complété par, le droit international.

**1324.** On sait qu'une des conséquences de l'internationalisation est de considérer que les violations du contrat commises *par l'Etat*, peuvent constituer un fait internationalement illicite<sup>2414</sup>. En pratique, la responsabilité de l'Etat peut être déterminée par le droit applicable au contrat, le plus souvent le droit de l'Etat hôte<sup>2415</sup> et complétée par les principes de la responsabilité internationale<sup>2416</sup>. Références peuvent être faites aux principes de la responsabilité internationale pour déterminer les formes de réparation<sup>2417</sup> (*restitution in integrum*), ou les conditions d'attribution<sup>2418</sup>.

**1325.** L'interdépendance existant entre la nature de la responsabilité et la nature des obligations violées a par exemple été invoquée comme un argument justifiant l'application par les juridictions nationales du régime de la responsabilité internationale chaque fois que celles-ci constataient que par son comportement, l'Etat avait violé une obligation internationale<sup>2419</sup>. Il pourrait dès lors être soutenu que les tribunaux internationaux saisis de réclamations

---

<sup>2413</sup> *Ibid*, article 5 (4).

<sup>2414</sup> *Supra*, au présent chapitre, par. 1317.

<sup>2415</sup> *Liberian Eastern Timber Corporation c. Libéria*, Affaire CIRDI n° ARB/83/2, sentence, 31 mars 1986, par. 76 ; *Togo Electricité c. Togo*, sentence, *op. cit.*, note n° 211, par. 133.

<sup>2416</sup> « La constatation que ces actes sont nuls selon le droit interne ne suffirait pas à résoudre la question ultime de la réparation des dommages subis par la victime qui s'est fondée sur de tels actes. Si le droit interne ne connaît pas de moyens d'y remédier, l'absence de tout recours ne peut être le dernier mot. ... Quand un système juridique interne contient une lacune ou quand le droit international est violé par la seule application du droit interne, le tribunal est tenu, en application de l'article 42, paragraphe 1, de la Convention de Washington, de faire directement application des règles et des principes pertinents du droit international. » *SPP c. Egypte*, sentence, par. <sup>2417</sup> *Texaco Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, 19 janvier 1977, par. 101.

<sup>2418</sup> *Amco Asia Corporation and others c. Indonésie*, Affaire CIRDI n°ARB/81/1, sentence, 20 novembre 1984, par. 172.

<sup>2419</sup> A. Nollkaemper, « Internationally wrongful acts in Domestic Courts », *AJIL*, vol. 101, 2007, p. 779; *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, [2006] EWHC 345 (Comm); ILDC 379 (UK 2006), para. 122: « « The [arbitral] tribunal was . . . dealing with the rights of OEPC in international law and the obligations that Ecuador owed to OEPC as a matter of international law. It must follow, in my view, that if the tribunal concluded that international law rights of OEPC had been violated by Ecuador, or the latter was in breach of its international law obligations, then the tribunal will have to consider what remedies are available in international law to repair any damage caused to OEPC by Ecuador's breach of OEPC's international law rights »

contractuelles issues d'un contrat internationalisé pourraient également prendre en compte les principes de la responsabilité internationale pour caractériser les violations par l'investisseur des obligations contenues dans un contrat, *dès lors que ces obligations reproduisent des standards ou normes internationales* en matière de protection des droits fondamentaux ou de l'environnement. Ce faisant, le régime de la responsabilité contractuelle de l'investisseur pourrait être influencé par la nature matérielle de l'obligation (obligation de respecter les droits de l'homme) et non pas seulement par son origine formelle (cette obligation pouvant apparaître dans un contrat, une loi ou un traité).

**1326.** Bien que la situation soit distincte de celle où est invoquée la violation d'une obligation contractuelle renvoyant aux normes internationales, l'arrêt *Gardedieu*<sup>2420</sup> rendu par le Conseil d'Etat confirme que les règles de la responsabilité peuvent être influencées et modulées au regard de la nature internationale de l'obligation violée. Saisi d'un recours en responsabilité contre l'Etat du fait des lois contraires aux engagements internationaux, le Conseil d'Etat a « créé » un régime de responsabilité du fait des lois adoptées en méconnaissance des engagements internationaux, lequel était à l'origine limité à un régime de responsabilité administrative sans faute plus restrictif. Dans cet arrêt, il a jugé que « la responsabilité de l'Etat du fait des lois est susceptible d'être engagée (...) en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France »<sup>2421</sup>. S'éloignant des exigences de la responsabilité sans faute jusque-là engagée chaque fois que la loi adoptée en contravention des traités internationaux créait un « préjudice grave et spécial » aux administrés, la responsabilité du fait des lois proposée dans l'arrêt *Gardedieu* « navigue ainsi entre droit interne et international »<sup>2422</sup>.

**1327.** A travers l'analyse proposée par le Commissaire du gouvernement<sup>2423</sup>, M. Forteau relève que c'est bien le régime de responsabilité internationale qui projette son ombre sur le régime de responsabilité dérogé par le Conseil d'Etat, au point que le régime de responsabilité interne

---

<sup>2420</sup> En l'espèce, le requérant contestait la licéité d'une loi d'application rétroactive applicable au calcul des cotisations à la caisse des retraites des chirurgiens-dentistes. Le requérant invoquait la violation par l'Etat du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>2421</sup> CE, ass, 8 février 2007, n°279522, *Gardedieu*.

<sup>2422</sup> M. Forteau, CE, ass, 8 février 2007, n°279522, *Gardedieu*, in *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, A. Miron & A. Pellet (dir.), Dalloz, 2015, p. 39.

<sup>2423</sup> « Savoir s'il faut transposer en droit interne, et comment, la règle selon laquelle la méconnaissance de la norme internationale doit être réparée par celui qui en est à l'origine »

semble s'être « fond[u] dans le régime de responsabilité internationale »<sup>2424</sup>. La plus haute juridiction administrative consacre un régime de responsabilité interne *sui generis* qui prend ses distances avec les contraintes de la responsabilité sans faute, sans pour autant établir une responsabilité pour faute de l'Etat. En effet, le fait générateur de la responsabilité proposée est « la méconnaissance »<sup>2425</sup> des engagements internationaux, plus fidèle à l'esprit de la responsabilité internationale, engagée chaque fois que l'Etat adopte un comportement « qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation »<sup>2426</sup>. C'est alors « l'ensemble des préjudices »<sup>2427</sup> et non plus « le préjudice grave et spécial » consacré par la responsabilité sans faute que l'Etat est tenu de réparer, conformément au principe de réparation intégrale bien connu des internationalistes.

**1328.** Le constat que les principes de la responsabilité internationale s'invitent dans les régimes de responsabilité de droit interne par une « prise en compte », est favorablement accueilli par plusieurs internationalistes qui considèrent que les règles primaires et secondaires du droit international « *form an interdependant and interconnected whole* »<sup>2428</sup>. La prise en compte des principes de la responsabilité internationale serait justifiée non seulement au regard de l'instrument servant de base à la demande, mais également au regard du contenu matériel de l'obligation violée<sup>2429</sup>.

**1329.** Lorsque le contrat liant l'investisseur à l'Etat contient des dispositions qui renvoient directement aux normes internationales, obligeant par exemple le cocontractant à respecter les droits de l'homme, lors de l'exécution de toutes les opérations pétrolières « conformément au programme des Nations Unies de 'protéger, respecter et remédier' »<sup>2430</sup>, la nature de l'obligation peut simultanément avoir des effets dans l'ordre juridique interne et international.

**1330.** Dans la sentence *Urbaser*, le Tribunal a effleuré la question en expliquant que l'investisseur aurait pu engager sa responsabilité si l'obligation d'assurer un droit d'accès à

---

<sup>2424</sup> M. Forteau, CE, ass, 8 février 2007, n°279522, *Gardedieu*, *op.cit.*, note n°2422, p. 39.

<sup>2425</sup> CE, ass, 8 février 2007, n°279522, *Gardedieu*.

<sup>2426</sup> Article 12, Articles sur la responsabilité de l'Etat.

<sup>2427</sup> CE, ass, 8 février 2007, n°279522, *Gardedieu*.

<sup>2428</sup> A. Nollkaemper, « Internationally wrongful acts in Domestic Courts », *AJIL*, vol. 101, 2007, p. 763 ; voir aussi S. Olleson, « Internationally Wrongful Acts in the Domestic Courts: The Contribution of Domestic Courts to the Development of Customary International Law Relating to the Engagement of International Responsibility », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, n°3, 2013, pp. 615-642.

<sup>2429</sup> S. Wittich, « Domestic Courts and the Content and Implementation of State Responsibility », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, n°3, 2013, p. 651 : « *This would mean that depending on the source of the cause of action or right claimed, the remedy would follow either from international or from municipal law* » (italiques ajoutées)

<sup>2430</sup> Modèle gabonais de contrat d'exploration et de partage de production, article 27 (1), accessible en ligne <http://gabon12thround.com/wp-content/uploads/CEPP-Type-zone-offshore-profond-et-tr%C3%A8s-profond.pdf>, article 48. 1 (les italiques sont de nous)

l'eau avait été contractée. Celui-ci a précisé que la responsabilité encourue aurait été gouvernée par le droit interne<sup>2431</sup>. Le Tribunal a toutefois précisé que « *[t]he situation would be different in case an obligation to abstain, like a prohibition to commit acts violating human rights would be at stake. Such an obligation can be of immediate application, not only upon States, but equally to individuals and other private parties. This is not a matter for concern in the instant case* »<sup>2432</sup>. La lecture de cet extrait laisse entendre que la responsabilité que l'investisseur pourrait encourir du fait de la violation de l'obligation de ne pas nuire aux droits humains serait une responsabilité d'inspiration internationale. Autrement dit, il n'est pas certain que la contractualisation d'une obligation internationale telle que celle de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme ou à l'environnement, supplante la normativité de l'obligation déjà reconnue par l'ordre juridique international.

**1331.** Dès lors, le fait qu'une même obligation puisse simultanément tirer sa force obligatoire de l'ordre juridique international et du contrat<sup>2433</sup>, peut influencer la nature de la responsabilité encourue par l'investisseur visé par une demande reconventionnelle. Elle interroge sur la possibilité qu'un régime de responsabilité contractuelle *sui generis* se développe, inspiré des principes de la responsabilité internationale.

## ***II. La responsabilité contractuelle internationale de l'investisseur***

**1332.** Bien qu'il se montre sceptique à l'idée d'une responsabilité internationale de l'investisseur, A. de Nanteuil est un des rares auteurs à avoir exploré la question de sa responsabilité. Dans son article intitulé « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites »<sup>2434</sup>, l'auteur relève que l'absence d'obligations dans les traités d'investissements empêche de considérer les investisseurs étrangers comme des débiteurs d'obligations internationales et qu'il y a « un problème d'ordre structurel qui empêche que les droits de l'homme soient opposables aux entreprises »<sup>2435</sup>. Dans ce contexte, il explique que « le recours au contrat permet de contourner le problème structurel lié à l'absence de personnalité juridique complète des entreprises en droit international qui

---

<sup>2431</sup> Urbaser c. Argentine, sentence, op. cit., note n° 430, par. 1210: « In such a case, the investor's obligation to perform has as its source domestic law; it does not find its legal ground in general international law ».

<sup>2432</sup> Ibid.

<sup>2433</sup> A l'obligation de ne pas nuire aux droits de l'homme reconnus par l'affaire *Urbaser*, s'ajoutent le devoir de diligence due qui peut être appréhendé comme un principe général de droit et l'obligation coutumière d'étude d'impact environnemental et de prévention des atteintes à l'environnement, *Supra*, Chapitre 6, paras.1200-1223.

<sup>2434</sup> A. de Nanteuil, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », op.cit., note n° 2225, p. 36.

<sup>2435</sup> Ibid, p. 42.

empêche que leur responsabilité puisse être recherchée en droit international public »<sup>2436</sup>. Le contrat serait donc un instrument à même de créer des obligations relatives aux droits de l'homme permettant que les violations commises par l'investisseur soient sanctionnées. Cette contribution ouvre le champ des discussions possibles sur deux niveaux. Premièrement, l'analyse proposée donne à réfléchir sur la portée des références aux obligations relatives aux droits de l'homme dans les contrats (A). Deuxièmement, elle interroge sur la possibilité que la responsabilité de l'investisseur pour la violation des droits de l'homme et de l'environnement s'inspire des principes de la responsabilité internationale (B).

#### *A. Portée des obligations de l'investisseur relatives aux droits de l'homme dans les contrats*

**1333.**A. de Nanteuil identifie trois manières de se référer aux droits de l'homme dans les contrats : soit la disposition contractuelle prévoit une obligation de protéger les droits de l'homme conformément à un texte préexistant : il s'agit d'une référence par renvoi au droit applicable (droit interne reconnaissant les principes internationaux en matière de droits de l'homme, ou droit international) ; il peut également s'agir d'une référence à un code de conduite ou un instrument de *soft law* ; soit enfin le contrat mentionne certains droit internationaux « individuels » tels que le droit des travailleurs.

**1334.**Il n'y a rien à redire sur la réalité et la diversité de ces références possibles aux droits fondamentaux. Il faut néanmoins remarquer que les références aux droits de l'homme ne sont pas limitées aux droits individuels et peuvent inclure les droits collectifs. Le propos vaut en particulier pour les contrats signés avec des Etats du continent africain, lesquels favorisent une approche collective des droits fondamentaux<sup>2437</sup>. Ainsi par exemple, le *modèle gabonais de contrat de partage de production des hydrocarbures offshore* contient une disposition sur les droits de l'homme en vertu de laquelle le contractant doit respecter les droits de l'homme, lors de l'exécution de toutes les opérations pétrolières « conformément au programme des Nations

---

<sup>2436</sup> *Ibid*, p. 36.

<sup>2437</sup> *Code minier révisité et annoté de la République démocratique du Congo modifié par l'article 3 de la Loi n° 18/001 du 09 mars 2018*, (Coordonné par J. F Mupande Kapwa), Bruylant, 2020, p. 114 : « Article 69 : De l'établissement de la demande du Permis d'Exploitation : le plan pour la contribution du projet au développement de la communauté locale... article 71– Des conditions de l'octroi du Permis d'Exploitation : déposer un acte d'engagement de se conformer au cahier des charges définissant la responsabilité sociétale vis-à-vis des communautés locales affectées par les activités du projet... Chapitre IV- la responsabilité sociétale du titulaire : le titulaire des droits miniers d'exploitation et de l'autorisation d'exploitation de carrières permanentes est tenu de contribuer, durant la période de son projet, à la définition et à la réalisation des projets de développement socio-économiques et industriels des communautés locales affectées par les activités du projet sur la base d'un cahier des charges pour l'amélioration des conditions de vie desdites communautés. ».

Unies de « protéger, respecter et remédier »<sup>2438</sup>. A ce titre, le contractant doit « éviter de provoquer ou de contribuer à toute violation des droits de l’Homme sur l’ensemble des lieux d’exécution du ... contrat » ; il doit en outre « observer et respecter les us et coutumes ainsi que les pratiques *des communautés autochtones riveraines des sites des Opérations pétrolières* »<sup>2439</sup> et « se comporter avec humilité et dignité en contribuant à l’épanouissement moral et matériel des populations autochtones concernées, conformément aux principes universels des Droits de l’Homme et aux instruments des Nations Unies élaborés pour la protection des droits des peuples autochtones et autres minorités »<sup>2440</sup>. De même, le contrat entre Total et le Sénégal protège le droit collectif d’accès à l’eau des habitants et du bétail<sup>2441</sup>. A ces obligations peuvent en outre s’ajouter des références aux standards internationaux de protection de l’environnement, et parfois même des obligations de droit international général telle que l’obligation « d’assurer le libre passage à la navigation »<sup>2442</sup>. La participation de l’acteur privé aux objectifs fixés par le droit international n’étant pas cantonnée aux droits individuels, les obligations de l’investisseur relatives aux droits de l’homme (et à l’environnement) incluent ainsi des obligations de moyen ou de comportement dont la violation peut s’avérer plus difficile à caractériser sous un régime de responsabilité contractuelle que sous un régime international fondé sur l’illicéité.

**1335.** Concernant la portée des méthodes d’incorporation des standards de *soft law* dans les contrats, l’auteur semble néanmoins réservé. Il pondère l’effet d’un renvoi contractuel aux codes de conduite ou instruments de *soft law*, expliquant « qu’il n’est pas certain que cela soit suffisant pour leur conférer une valeur contraignante, ou en tout cas pour garantir leur sanction juridictionnelle »<sup>2443</sup>. Selon lui, l’arbitre saisi du différend contractuel serait probablement dépourvu de compétence pour trancher le différend relatif à la violation d’un code de conduite dans la mesure où « [s]a méconnaissance ... n’est pas en soi une violation du contrat »<sup>2444</sup>.

**1336.** Pour justifier cette position, analogie est faite la distinction entre *treaty claims* et *contract claims* et le fait que le juge du traité n’est pas nécessairement compétent pour se prononcer sur

---

<sup>2438</sup> Modèle gabonais de contrat d’exploration et de partage de production, article 27 (1), accessible en ligne <http://gabon12thround.com/wp-content/uploads/CEPP-Type-zone-offshore-profond-et-tr%C3%A8s-profond.pdf>, article 48. 1 (les italiques sont de nous)

<sup>2439</sup> *Ibid*

<sup>2440</sup> *Ibid*, (les italiques sont de nous)

<sup>2441</sup> Contrat de recherche et de partage de production d’hydrocarbures risques offshore profond, entre le Sénégal et Total, 12 mai 2017, article 3.

<sup>2442</sup> *Ibid*, article 4.1 (d).

<sup>2443</sup> A. De Nanteuil, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l’homme : perspectives et limites », *op.cit.*, note n° 2225, p. 39.

<sup>2444</sup> *Ibid*.

la violation du contrat<sup>2445</sup>. L'analogie proposée avec l'effet des clauses parapluie et plus généralement la distinction entre *treaty claims* et *contract claims* n'est toutefois pas exactement transposable au cas où le contrat renvoie à un instrument non-contraignant. En effet, il ne fait pas de doute que l'engagement auquel renvoie la clause parapluie est un engagement contraignant (engagement unilatéral de l'Etat ou contrat). La distinction entre réclamations contractuelles et conventionnelles repose sur la force obligatoire de chaque instrument. Partant, la clause parapluie n'a pas pour effet de conférer une force contraignante à l'engagement, seulement de sanctionner dans l'ordre juridique international *les conséquences de la violation de ce contrat*. En conséquence, en l'absence de force obligatoire des codes de conduite, il n'y a pas lieu de distinguer entre les différends *relatifs aux codes de conduite* des différends *relatifs au contrat*, à la manière des *treaty claims* et des *contract claims*. En effet, la nature non contraignante des codes de conduite ou standards de *soft law* objet du renvoi contractuel, implique que par nature, il ne peut pas avoir de « différends » d'ordre juridique *relatifs à la violation de ces instruments*. Autrement dit, la violation d'un code de conduite n'existe pas de manière autonome de sa reconnaissance par un instrument contraignant comme le contrat. Toutefois, cela ne veut pas dire que l'engagement contractuel de respecter des standards non contraignants ne puisse pas être une obligation. Comme observé par L. Dubin : « Les contrats d'Etat peuvent permettre aux Etats d'accueil de médiatiser les obligations pesant sur les investisseurs et transformer des principes volontaires et recommandatoires, comme les Principes d'Equateur, en obligations contractuelles opposables aux investisseurs »<sup>2446</sup>.

**1337.** La violation d'un code de conduite peut exister s'il est établi qu'il a une force contraignante, lorsqu'un instrument contraignant s'y réfère. Le code éthique adopté par une entreprise multinationale pourrait produire des effets juridiques s'il est incorporé dans le contrat. Par exemple, les tribunaux arbitraux en matière commerciale reconnaissent bien la possibilité qu'un renvoi opéré par un contrat à un code éthique constitue une obligation contraignante de respecter les principes objet du renvoi. Un tribunal arbitral a ainsi observé qu'« en l'absence à ce jour de règles d'éthique de nature civile et commerciale directement applicables aux contractants dans l'ordre du commerce international, ces règles doivent être formulées dans le

---

<sup>2445</sup> *Ibid*, p. 30 : « de même que le juge du traité comportant un engagement à respecter un contrat n'est pas nécessairement compétent pour examiner si le contrat a été méconnu, l'arbitre saisi sur le fondement d'un contrat ne pourra pas nécessairement étendre sa compétence aux dispositions d'un instrument qui est totalement extérieur à ce dernier. »

<sup>2446</sup> L. Dubin, « RSE et droit des investissements les prémisses d'une rencontre », *op. cit.*, note n°2225, p. 876-877.

document contractuel par lequel les parties s'engagent l'une envers l'autre »<sup>2447</sup>. Ce même tribunal arbitral a ajouté qu'« [e]n l'absence de toute mention ou référence dans les contrats, il n'est pas possible de déduire de l'existence du code d'éthique et de sa diffusion sur le site internet de [la société suisse] que les co-contractants du groupe, dans le cas présent [la société émiratie], ont attribué une valeur normative, de niveau contractuel aux règles énoncées dans le code. »<sup>2448</sup> *A contrario*, le tribunal reconnaît bien la possibilité que l'engagement contractuel de respecter un code de conduite soit une obligation contractuelle ayant force obligatoire qui peut être violée. Ainsi, les règles non contraignantes intégrées dans un contrat « ne serait-ce que par une clause de renvoi... grimpent alors d'une marche et deviennent contraignantes (à supposer qu'elles soient suffisamment fermes et précises pour être qualifiées d'obligations contractuelles). »<sup>2449</sup> **1338.** Mais, l'affirmation selon laquelle « un code de conduite non contraignant ne peut changer de nature par le simple renvoi d'un instrument juridiquement obligatoire »<sup>2450</sup> amenuise la portée des instruments de *soft law* intégrés dans les contrats. Or, le droit des traités comme le droit des contrats reconnaissent bien que la volonté des parties peut conférer force obligatoire aux dispositions consenties, sans que celles-ci ne soient préalablement contraignantes. Il n'est pas contesté que des principes figurant dans une résolution de l'Assemblée générale peuvent acquérir une force obligatoire du fait de leur incorporation dans un traité. L'incorporation des principes n'aurait pas pour effet de transformer la résolution en un instrument contraignant, mais simplement de conférer aux principes issus de la résolution une force obligatoire du fait de la volonté exprimés par les des Etats parties au traité<sup>2451</sup>.

**1339.** De même, lorsque le contrat se réfère à la responsabilité sociale des entreprises, qui est, comme un code de conduite dépourvu de force contraignante et que ce contrat stipule que « la responsabilité sociale des entreprises se traduit par *l'obligation* faite à ces dernières de contribuer aux enjeux du développement durable »<sup>2452</sup>, il en découle une obligation de mettre

---

<sup>2447</sup> H. Barbier, A. Fessas, « Chronique des sentences arbitrales », Sentence arbitrale rendue dans l'affaire CCI n° ICC-FA-2020-240 en 2012, *op. cit.*, note n°1865, p. 1486.

<sup>2448</sup> *Ibid.*

<sup>2449</sup> *Ibid.*, p. 1487.

<sup>2450</sup> A. de Nanteuil, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », *op. cit.*, note n° 2225, p. 39.

<sup>2451</sup> Voir par exemple le *Traité sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes*, annexé à la résolution de l'Assemblée générale dans sa résolution 222 (XXI) (19 décembre 1966). Le traité reprend les principes énoncés par la résolution 1962 (XVIII), intitulée « Déclaration des principes juridiques régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique » (13 décembre 1963). Cette résolution a permis à l'ONU « délabore[r] cinq traités multilatéraux de caractère général incorporant et développant les concepts qui figuraient dans la Déclaration des principes juridiques » (Nations Unies, Bureau des Affaires spatiales, *Traités et principes des Nations Unies relatifs à l'espace extra-atmosphérique et résolutions connexes de l'Assemblée générale*, Nations Unies, 2008, p. V)

<sup>2452</sup> Modèle gabonais de contrat d'exploration et de partage de production, article 27 (1).

en œuvre la RSE. A cette fin, il est demandé au contractant de « prendre en compte dans l'exercice de leurs activités les impacts sociaux et environnementaux, en adoptant les meilleures pratiques possibles qui contribuent à l'amélioration du bien-être des populations »<sup>2453</sup>. Si un tribunal venait à être saisi de la conformité du comportement de l'investisseur à cette disposition, il devrait considérer qu'en ne contribuant pas aux objectifs de développement durable, l'investisseur a manqué à son obligation contractuelle relative à l'investissement, et non pas qu'il a violé les principes internationaux en matière de développement durable<sup>2454</sup>. Ainsi, l'incorporation ou le renvoi à des standards non contraignant dans un contrat est à même de créer des obligations contraignantes pour l'investisseur. La violation de la clause contractuelle renvoyant au respect d'une règle ou d'un code de conduite non-contraignants ne vaut pas violation de ce code mais de l'instrument qui y fait référence.

**1340.** En dépit de la minimisation de la portée des références aux droits fondamentaux dans les contrats, le deuxième apport de la contribution offerte par A. de Nanteuil est d'enrichir les réflexions sur la possibilité que des obligations internationales soient formalisées dans un contrat et génèrent une nouvelle forme de responsabilité.

### ***B. Pertinence des principes de la responsabilité internationale en matière contractuelle***

**1341.** La difficulté pour déterminer les contours de la responsabilité surgit lorsque l'obligation contractuelle se réfère aux normes internationales et que le droit international est exclusivement ou conjointement désigné avec le droit de l'Etat hôte<sup>2455</sup> par les parties. Loin de pouvoir prétendre à l'exhaustivité, il existe des contrats faisant références aux droits de

---

<sup>2453</sup> *Ibid.*

<sup>2454</sup> Voir aussi la rédaction de l'Ordonnance n° 2018 – 646 du 1 août 2018 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire, article 36 : « L'investisseur doit respecter les lois et règlements en vigueur relatifs notamment aux droits de la personne, au droit du travail, à la responsabilité sociétale, à la protection de l'environnement, à la fiscalité et à la lutte contre la corruption et les activités illicites. Par ailleurs, l'investisseur se conforme aux normes techniques de management de la qualité sociales, sanitaires et environnementales, nationales ou, à défaut internationales applicables à ses produits et services ».

<sup>2455</sup> *AGIP S.p.A. c. république du Congo*, Affaire CIRDI n°ARB/77/1, sentence, 30 novembre 1979, par. 43. (« la loi congolaise, complétée le cas échéant par tout principe de droit international ») ; voir aussi *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani c. Kazakhstan (II)*, Affaire CIRDI n°ARB/13/13, sentence, 27 septembre 2017, par. 283: « Clause 26 of the Contract contains the following choice-of-law clause: 26.1 This Contract and other agreements signed on the basis of this Contract shall be governed by the law of the State unless stated otherwise by the international treaties to which the State is a party. 26.2 The Contractor shall comply with the international standards for protection of the environment in the Contract Area. »

l'homme, des populations locales ou au droit de l'environnement<sup>2456</sup>. C'est ce qu'affirme la responsable du service éthique et des droits de l'homme du Groupe Total<sup>2457</sup> et ce que confirme la teneur du contrat liant l'entreprise au Sénégal ou d'autres contrats<sup>2458</sup>.

**1342.** A. de Nanteuil explique à juste titre que lorsque l'investisseur viole une obligation relative aux droits de l'homme qui se réfère aux standards internationaux, « il peut être difficile d'envisager la sanction de ces règles dans un cadre purement contractuel »<sup>2459</sup>. En effet, lorsque le contrat est soumis au droit international, cela conduit à « interroger la possibilité d'une responsabilité internationale d'une personne privée »<sup>2460</sup>. Ainsi, le spectre d'une responsabilité *internationale* n'est pas à exclure lorsque l'internationalisation d'un contrat aboutit sur une applicabilité du droit international et que l'obligation objet du renvoi contractuel<sup>2461</sup>, est de nature internationale.

**1343.** Pourtant, cette possibilité est jugée « complexe » par l'auteur en ce qu'« elle ne supposerait rien moins que de modifier la structure du système juridique international »<sup>2462</sup> c'est à dire la « dimension essentiellement interétatique »<sup>2463</sup> du droit international. Ainsi, il estime qu'en rejetant la possibilité qu'un investisseur soit coupable de violer les droits de l'homme, le tribunal dans l'affaire *Urbaser c. Argentine* a respecté « les structures traditionnelles de la

---

<sup>2456</sup> Z. Douglas, « The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration », in *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection*, P.M Dupuy et J. Viñuales (dir.), CUP, 2013, p. 435, se référant au contrat passé entre le Libéria et *Firestone* auquel l'auteur a eu accès stipulant que : « *Except as explicitly provided in this Agreement, Firestone Liberia shall be subject to Law as in effect from time to time, including with respect to labor, environmental, health and safety, customs and tax matters, and shall conduct itself in a manner consistent with Liberia's obligations under international treaties and agreements insofar as those have the effect of Law in Liberia* » ainsi que le contrat de concession entre le Libéria et *Ada Commercial Inc* en vertu duquel « *Investor's obligations with respect to the environmental shall be as prescribed by Law including the Environmental Protection and Management Law of Liberia and international standards, including the Equator Principles.* »

<sup>2457</sup> J. Vallat, « Les apports de la responsabilité sociétale des entreprises point de vue des entreprises », in *SFDI L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2016, p. 478. Sans donner de référence plus précise la responsable du service éthique et Droits de l'Homme du groupe Total explique que « des clauses contractuelles consacrées au respect des droits des salariés et des populations locales, de l'environnement, de la sécurité ou à la lutte contre la corruption sont en outre insérées dans de nombreux *Joint operating agreements* et contrats de concessions ou *Partnership sharing agreements*.. »

<sup>2458</sup> Loi gabonaise n° 002/2019 du 16 juillet 2019 portant réglementation du secteur des hydrocarbures en République Gabonaise, *Journal officiel de la république gabonaise*, n°27 ter, 22 juillet 2019, p. 19 : « article 168 : La responsabilité sociale des entreprises repose sur l'obligation de ces dernières de contribuer à la satisfaction des enjeux de développement durable, notamment à l'amélioration du bien-être des populations locales et à la protection de l'environnement. » ; en vertu de l'article 43 de la Loi les modèles de contrats sont fixés par arrêté de l'autorité compétente. Le Gabon a publié un Modèle gabonais de contrat d'exploration et de partage de production dans le cadre de l'opération *Gabon Offshore 12th licensing round*.

<sup>2459</sup> A. de Nanteuil, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », *op. cit.*, note n° 2225, p. 44.

<sup>2460</sup> *Ibid.*

<sup>2461</sup> *Supra*, au présent chapitre, paras. 1319, 1319.

<sup>2462</sup> A. de Nanteuil, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », *op. cit.*, note n° 2225, p. 45.

<sup>2463</sup> *Ibid.*

société internationale » puisque « c'est bien aux Etats qu'il appartient de prendre des mesures à cette fin »<sup>2464</sup>. Mais en réalité, la réticence pour estimer l'investisseur capable d'un fait internationalement illicite prend racine dans une certaine conception du droit international qui serait incapable de compter l'investisseur étranger comme un de ses sujets. Ainsi, contrairement à C. Leben qui a reconnu que « rien dans la nature même du droit international ... [ne] l'empêcherait de soumettre directement à ses règles les individus »<sup>2465</sup>, A. de Nanteuil estime que « les personnes privées que sont les investisseurs ne sont pas débiteurs d'obligations internationales existant en matière de droit de l'homme. Le fait de les mentionner dans un contrat ne suffit pas à en changer la nature, puisque la règle existe - et même préexiste - en toute indépendance par rapport au contrat »<sup>2466</sup>.

**1344.** Du « dogme de l'impossible subjectivité internationale des personnes privées »<sup>2467</sup> découle une lecture plus restrictive de la portée de l'internationalisation des contrats, qui vise « à internationaliser les conséquences de la violation du contrat *par l'Etat* »<sup>2468</sup>. Or, dire que l'internationalisation des contrats a concerné l'Etat ne veut pas dire que l'internationalisation est dépourvue d'effet sur les obligations et les conséquences de leur violation sur l'investisseur, lequel est désormais considéré comme un sujet du droit international<sup>2469</sup>. La CPIJ a reconnu de longue date la possibilité que l'Etat consente à faire de l'individu le destinataire d'obligations internationales<sup>2470</sup>. Certes, l'internationalisation du contrat a été considérablement « facilité[e] par le fait que le principe même de responsabilité internationale de l'Etat pour violation de ses engagements était admis »<sup>2471</sup>, mais l'on ne saurait déduire *a contrario* que la responsabilité internationale de l'investisseur serait exclue et justifierait « de revoir les ambitions à la baisse »<sup>2472</sup>.

**1345.** Il nous semble au contraire, que l'existence de règles internationales de responsabilité de

---

<sup>2464</sup> *Ibid*, p. 42.

<sup>2465</sup> C. Leben, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *op.cit*, note n°2221, p. 304.

<sup>2466</sup> A. de Nanteuil, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », *op. cit.*, note n° 2225, pp. 41-42.

<sup>2467</sup> C. Leben, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *op.cit*, note n° 2221, p. 304.

<sup>2468</sup> A. de Nanteuil, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », *op. cit.*, note n° 2225, p. 45.

<sup>2469</sup> *Supra*, Chapitre 6, par. 1021.

<sup>2470</sup> *Avis Compétence des tribunaux de Dantzig, CPIJ série B n° 15*, 3 mars 1928, pp. 17-18 : « on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux ».

<sup>2471</sup> A. de Nanteuil, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », *op. cit.*, note n°2225, p. 46.

<sup>2472</sup> *Ibid*, p. 49.

l'acteur privé n'est pas un *préalable* à l'idée même d'une responsabilité internationale. Elle est, une conséquence de la subjectivité que le droit international a progressivement reconnu aux acteurs non-étatiques<sup>2473</sup>. En effet, l'élaboration des règles de responsabilité a été une conséquence du développement normatif du droit international. La conceptualisation de la responsabilité internationale pénale des individus, tout comme celle des organisations internationales se sont développées à partir du constat que ces entités non étatiques étaient *capables* d'être destinataires d'obligations internationales et de commettre des illicéités. En jugeant l'applicabilité des principes de la responsabilité internationale à l'investisseur « illusoire »<sup>2474</sup> au motif qu'il n'existerait pas de règles de la responsabilité applicables aux acteurs privés, on risque de dénier toute portée aux obligations internationales des investisseurs à partir desquelles la jurisprudence a reconnu la subjectivité de l'investisseur. Il existe bien des règles internationales coutumières en matière de responsabilité dont l'applicabilité dépend de la subjectivité et des obligations que l'ordre juridique international veut bien reconnaître à l'individu.

**1346.** Malgré ses nombreuses réticences, A. de Nanteuil modélise pourtant bien la responsabilité internationale contractuelle de l'investisseur sur l'illicéité en reconnaissant que lorsque l'obligation concerne la protection des droits de l'homme, « l'illicite ne peut être raisonnablement écarté »<sup>2475</sup>. Il suffirait dès lors que l'investisseur ait agi contrairement à ce qui était requis de lui en vertu du contrat pour caractériser l'illicéité.

**1347.** Il propose toutefois de faire du dommage une condition d'engagement de la responsabilité de l'investisseur. Il est vrai que le dommage occupe une place importante dans le contentieux de l'investissement dont il est difficile de se départir. C. Breton a justement relevé que dans le contentieux de l'investissement, « la responsabilité de l'Etat d'accueil est platonique si aucun dommage n'est avéré »<sup>2476</sup>. Il serait également possible de laisser intactes les composantes de l'illicéité mais d'exiger que la partie lésée au sens de l'article 42 des *Articles sur la*

---

<sup>2473</sup> L'existence de droits et d'obligations internationales ne requiert pas l'existence préalable d'une subjectivité internationale. S. Laghmani, « Acteurs non étatiques et droit international Rapport introductif », in *L'entreprise et la société internationale* H. Gherari et Y. Kerbrat (dir.), Pedone, p. 9 : « A la base de la question de savoir si un acteur non étatique est un sujet du droit international se trouve une erreur de perspective : souvent, on pense que la reconnaissance de qualité de sujet de droit ouvre la voie à l'attribution de droits ou à l'imputation d'obligations. Or, on sait depuis l'avis de la CIJ sur la réparation des dommages subis au service des Nations Unies que c'est la raisonnement inverse qu'il faut tenir : ce n'est pas la qualité de sujet de droit qui donne des droits et impose des obligations, ce sont au contraire les droits conférés par l'ordre juridique international et les obligations qu'il crée qui accordent la qualité de sujet ». Subjectivité et responsabilité dépendent de l'existence d'obligations internationales.

<sup>2474</sup> A. de Nanteuil, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », *op. cit.*, note n°2225, p. 49.

<sup>2475</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>2476</sup> C. Breton, *Le dommage dans l'arbitrage d'investissement*, CEDIN, Paris Ouest- Nanterre, 2017, p. 272.

*responsabilité internationale des Etats*, soit à même de justifier un dommage – autre que la « simple » atteinte à ses intérêts subjectifs<sup>2477</sup>. L'Etat lésé au sens du différend contractuel internationalisé, qu'il soit demandeur reconventionnel ou demandeur principal, serait celui à qui l'obligation est due *et qui a subi un dommage du fait de la violation de l'obligation par l'investisseur*. Il devrait dans ce contexte établir avec précision la teneur du dommage subi, sans se contenter d'allégations vagues et non quantifiées<sup>2478</sup>. L'exigence d'un dommage pour caractériser qui est la partie lésée en droit d'invoquer la responsabilité éviterait en outre la pratique dilatoire ou abusive des demandes reconventionnelles.

**1348.** A la lumière de ces développements, il est donc possible de conclure que la responsabilité encourue par l'investisseur pour la violation des obligations se référant au droit international, pourrait générer une forme de responsabilité contractuelle internationale *sui generis* en particulier lorsque le contrat est soumis au droit international et que l'obligation violée de respecter les droits de l'homme opère un renvoi aux standards internationaux. Les principes du droit commun de la responsabilité internationale ne perdent pas de leur pertinence lorsque le contrat ne se réfère qu'au droit interne. Dans ces cas-là, les éventuelles lacunes existantes dans l'ordre juridique interne pour les atteintes aux droits de la personne et de l'environnement pourraient justifier que l'arbitre prenne en compte les principes de la responsabilité internationale pour caractériser la violation de l'obligation. Dans tous les cas, la violation des obligations contractuelle sans renvoi aux standards internationaux seront vraisemblablement soumises à un régime de responsabilité contractuelle dans la mesure de sa compatibilité avec les principes de droit international.

---

<sup>2477</sup> *Ibid*, p. 205 : « le dommage, ou l'allégation de sa survenance, constitue, de manière générale, une condition implicite de l'intérêt pour agir de l'investisseur ».

<sup>2478</sup> Sur le dommage de l'Etat voir, *Infra*, Chapitre 8, paras. 1387-1428.

## Conclusion du chapitre 7

**1349.** Le contentieux de l'investissement peine encore à reconnaître le rôle de l'investisseur dans la promotion et le respect des droits internationaux reconnus à l'homme et à l'environnement. Isolées comme « l'huile dans l'eau »<sup>2479</sup> le droit international de l'investissement et celui relatif à la protection des droits de l'homme ou de l'environnement semblent toutefois se rapprocher par la création d'obligations internationales à la charge des investisseurs reconnues par les Etats dans les traités ou dans les contrats. L'émergence d'obligations internationales des investisseurs est fidèle aux déclarations étatiques reconnaissant que « l'homme a une responsabilité particulière dans la sauvegarde et la sage gestion du patrimoine constitué par la flore et la faune sauvages et leur habitat »<sup>2480</sup>, nécessitant que « tous, citoyens, collectivités et entreprises et institutions, à quelque niveau que soit, assument leur responsabilité »<sup>2481</sup>. Partant, les conséquences de la subjectivité internationale de l'investisseur peuvent également être internationalisées et prendre appui sur les principes du régime de responsabilité internationale existant.

**1350.** Il est bien compréhensible que l'application des principes coutumiers de la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite à l'investisseur laissent certains dubitatifs. Sans doute est-il préférable de ne pas s'enfermer dans le caractère coutumier des règles de la responsabilité et admettre la possibilité d'une application par analogie des principes guidant la caractérisation d'un fait internationalement illicite. Toutefois, les arguments défavorables à la possibilité qu'un investisseur soit soumis aux règles secondaires de la responsabilité internationale reposent essentiellement sur la conviction de l'absence de sa subjectivité internationale qui peine à convaincre. La question de savoir pourquoi la violation d'une obligation internationale par l'investisseur n'entraînerait pas une responsabilité internationale subsiste.

**1351.** Sans pouvoir la trancher de manière définitive, il existe pourtant plusieurs éléments favorables à une forme d'internationalisation de la responsabilité de l'investisseur. Premièrement, faire reposer la responsabilité pour violation des standards internationalement reconnus en matière de droits de l'homme et de l'environnement sur l'illicéité permet d'assurer une application solidaire des normes primaires et secondaires. Ce faisant, l'appréciation des violations des obligations internationales s'en trouverait unifiée et protégée des aléas inhérents

---

<sup>2479</sup> M. Toral et T. Schultz, « The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations », in *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions* Michael Waibel & al (dir.), Kluwer, 2010, p. 580.

<sup>2480</sup> Déclaration de Stockholm sur l'environnement, 1972, préambule,

<sup>2481</sup> Agenda 21, 1992, chapitre 30, article 30.18.

aux particularismes nationaux. Certains peuvent par exemple criminaliser certains comportements, là où d'autres peuvent avoir des conceptions divergentes de l'atteinte caractérisant une violation. Toutefois, l'obligation faite à l'Etat d'assurer un traitement juste et équitable, ou à l'investisseur de ne pas porter atteinte aux droits de l'homme ou de l'environnement ne sont pas matériellement différentes lorsqu'elles sont reconnues dans un contrat ou un traité dès lors que le droit international trouve application. Deuxièmement, il arrive que les droits nationaux ne disposent pas de règles applicables aux violations spécifiques des droits de l'homme et de l'environnement. Le fait d'inclure de telles obligations dans les contrats ou les traités et de désigner le droit international comme droit applicable devrait logiquement permettre de compléter les lacunes du droit national par un recours aux règles coutumières de la responsabilité internationale, et du même coup satisfaire la fonction supplétive du droit international, reconnue par les tribunaux arbitraux. Enfin, il faut garder à l'esprit que le contentieux de l'investissement fait régulièrement face à des situations de cumuls contrats/traités. Il est tout à fait possible qu'à l'occasion d'un différend conventionnel les parties invoquent la violation d'un contrat et *vice versa*<sup>2482</sup>. Partant, le régime de la responsabilité internationale peut resurgir comme un régime applicable au différend, fût-il engagé par la voie d'un contrat ou d'un traité<sup>2483</sup>. L'application de ces principes permettrait également d'unifier les conséquences de la violation et les principes applicables à la réparation, que très peu de traités et de contrats établissent. C'est là une autre conséquence de la responsabilité internationalisée de l'investisseur, défendeur reconventionnel, vers laquelle il convient à présent de se tourner.

---

<sup>2482</sup> Voir en ce sens l'affaire (confidentielle) *TS Investment c. Arménie* (LCIA) dans laquelle l'investisseur a introduit une requête sur le fondement d'un contrat alléguant également la violation du TBI entre les Etats-Unis et l'Arménie. Le Tribunal s'est déclaré compétent sur l'ensemble des réclamations mais les a rejetées au fond. (<https://www.iareporter.com/articles/armenia-successfully-fends-off-claims-for-breach-of-u-s-armenia-bilateral-investment-treaty-protections/>)

<sup>2483</sup> Ainsi que l'explique Z. Douglas au sujet d'un contrat incluant des obligations pour les investisseurs de se conformer au droit international « *An arbitral tribunal apprised of an investment dispute under an investment treaty would be able to adjudicate upon a counterclaim for breach of the investor's contractual undertaking to comply with environmental standards by the host state so long as the dispute submitted by the investor was related to the investment memorialised by the same contract.* » Z. Douglas, « The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, note n°2225, p.435; Voir aussi, L. Dubin « RSE et droit des investissements les prémises d'une rencontre », *op. cit.*, note n°2225, p. 877 : « Pour peu qu'un accord d'investissement contenant une clause parapluie renvoie à cette obligation contractuelle [faite à l'investisseur de respecter des standards internationaux non contraignants], celle-ci pourra être prise en compte par les juges du traité et voir son éventuelle violation par l'investisseur sanctionnée par le biais des demandes reconventionnelles de l'Etat »

## Chapitre 8 L'obligation de réparer le dommage causé à l'Etat

**1352.** L'obligation de réparer intégralement le dommage causé à autrui est un principe établi en droit international<sup>2484</sup> et dans les ordres juridiques internes<sup>2485</sup>. En droit international, l'obligation de réparation intégrale du préjudice est une conséquence d'un fait internationalement illicite. Elle existe également en cas de violation d'une disposition contractuelle liant un investisseur étranger à l'Etat<sup>2486</sup>. Le contentieux de l'investissement étant principalement un contentieux de la responsabilité, toute demande de réparation d'un dommage, formalisée à titre principal ou reconventionnel, nécessite d'établir l'existence d'un dommage en lien avec une violation d'un instrument relatif à l'investissement applicable aux deux parties. Alors que la violation d'un instrument international constitue un fait internationalement illicite, la violation d'instruments non-conventionnels tel que le contrat ou le droit national par l'investisseur nécessite de caractériser une faute sur laquelle repose de nombreux régimes de responsabilité de droit interne<sup>2487</sup>. Le terme « faute » est utilisé dans ce chapitre dans un sens générique<sup>2488</sup> afin de couvrir une variété de situations correspondant à toute illégalité, violation, *misconduct*<sup>2489</sup>, comportement blâmable de l'investisseur y compris la faute contributive.

**1353.** Lorsque la responsabilité est engagée et donc la violation établie, une nouvelle relation juridique naît entre les parties et il revient au tribunal de choisir « la forme la plus appropriée de réparation »<sup>2490</sup> du dommage subi. S'il est bien établi que les règles applicables à la réparation du préjudice de l'investisseur sont fréquemment encadrées par le droit international notamment lorsque le différend est relatif à un traité, les conséquences des violations commises par un

---

<sup>2484</sup> *Usine de Chorzów, compétence, C.P.J.I., série A, n° 9, 1927, p. 21* : « la Cour constate que c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer ».

<sup>2485</sup> Article 1240 du code civil français : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » ; Article 41 du Code des obligations suisse : « Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ».

<sup>2486</sup> *Compagnie d'exploitation du chemin de fer Transgabonais c. Gabon, Affaire CIRDI n° ARB 4/05, sentence (extraits), 19 décembre 2005, paras. 150-51* : « La déchéance étant irrégulière quant aux délais et injustifiée au fond, le concédant doit en assumer la responsabilité. Il devra indemniser le concessionnaire aussi bien pour le gain manqué que pour la perte subie, en ce compris les divers biens sur lesquels l'Etat du Gabon a mis la main en suite de la déchéance. Cette indemnisation, quantifiée *infra* repose sur le principe de la réparation intégrale du préjudice subi, d'après des règles similaires à celles de l'expropriation ».

<sup>2487</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, note n°1, p. 499.

<sup>2488</sup> A. de Nanteuil, « La responsabilité publique de droit interne comme mécanisme de protection des investissements étrangers », in *Droit des investissements internationaux perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, p. 235.

<sup>2489</sup> A. Newcombe, « Investors Misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits? », in *Evolution in Investment treaty Law and Arbitration*, C. Brown & K. Miles (dir.), CUP, 2011, pp.187-200.

<sup>2490</sup> *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. Gabon, Affaire CIRDI n° ARB/04/5, sentence finale, 7 mars 2008, par. 152.* « La réparation en nature est l'une des deux formes de réparation, avec la réparation par équivalent. Le Tribunal a le pouvoir de choisir la forme la plus appropriée, par application des principes généraux de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité internationale des Etats »

investisseur suscitent des interrogations complexes et moins défrichées.

**1354.** D'abord, la nature des préjudices dont se prévaut l'Etat à titre reconventionnel dans le contentieux de l'investissement est relativement méconnue et justifie d'en présenter un canevas. Ensuite, le lien de connexité entre la demande principale et reconventionnelle peut faire intervenir un autre instrument que celui invoqué par l'investisseur à titre principal<sup>2491</sup>. Dès lors, l'identification des principes applicables à la réparation du préjudice allégué par l'Etat peut se compliquer. Est-ce le droit applicable au différend, celui applicable à la nature de la responsabilité constatée ou celui désigné par les parties ? L'allégation d'un dommage à elle seule ne fournit aucun renseignement sur l'identification de la réparation, elle est une donnée factuelle dont l'origine peut être attribuée à la violation d'instruments divers (contrat, traité ou loi). De plus, toutes les fautes de l'investisseur ne sont pas susceptibles de générer une responsabilité et ouvrir un droit à réparation de l'Etat, notamment lorsque celui-ci est attaqué sur le fondement d'un traité. Face à ces incertitudes, il paraît prudent de distinguer les conditions dans lesquelles la faute de l'investisseur peut ou ne peut pas ouvrir un droit à réparation d'un préjudice de l'Etat (Section 1) des principes guidant les formes de réparation disponibles devant un tribunal arbitral d'investissement (Section 2).

### ***Section 1 La faute de l'investisseur et l'ouverture du droit à réparation du dommage de l'Etat***

**1355.** Le droit à réparation d'une partie lésée nécessite la preuve du dommage entretenant un lien de causalité avec la violation d'une obligation (que celle-ci constitue un fait internationalement illicite dans l'ordre juridique international ou une violation contractuelle en droit interne). L'Etat demandeur reconventionnel doit donc explicitement invoquer un dommage pour obtenir réparation (II). Toutefois, l'analyse du contentieux de l'investissement par le prisme de la position de l'Etat défendeur fait ressortir une singularité qui retient l'attention. En effet, toutes les fautes commises par un investisseur n'entraînent pas *ipso facto* une responsabilité qui génère une obligation de réparation. La faute de l'investisseur peut être utilisée par l'Etat à des fins défensives et à ce titre revêtir une double fonction. (I).

#### ***I. Le dédoublement fonctionnel de la faute de l'investisseur à des fins défensives***

**1356.** La faute de l'investisseur peut servir de bouclier à l'Etat pour atténuer sa responsabilité

---

<sup>2491</sup> *Supra*, Chapitre 4.

principale sans ouvrir un droit à réparation. L'expression de dédoublement fonctionnel<sup>2492</sup> est ici utilisée pour décrire le phénomène selon lequel la faute utilisée par l'Etat à des fins défensives peut revêtir une double fonction. Elle peut s'inviter comme un élément d'interprétation des garanties procédurales et substantielles offertes par l'Etat à l'investisseur (A). Elle peut également être mise en lumière afin de reconnaître la contribution fautive de l'investisseur à son dommage (B).

#### ***A. La faute de l'investisseur comme prisme d'interprétation des protections offertes par le traité***

**1357.** Il arrive que l'Etat défendeur utilise la faute de l'investisseur pour démontrer que l'investissement n'entre pas dans la catégorie des investissements protégés et disqualifier l'applicabilité du traité<sup>2493</sup>. Lorsqu'il le fait, l'argument ne vise pas à réparer un préjudice mais à faire échec aux prétentions de l'investisseur et exempter l'Etat d'une condamnation<sup>2494</sup>. Si la faute de l'investisseur est généralement traitée comme une question de compétence, les tribunaux arbitraux peuvent aussi l'utiliser comme un élément d'interprétation des garanties procédurales ou substantielles offertes par l'Etat dans un traité. La faute de l'investisseur devient en elle-même un élément d'interprétation des dispositions substantielles d'un traité.

**1358.** Dans l'affaire *Cortec c. Kenya*, l'investisseur prétendait avoir été victime d'une expropriation du fait de la révocation d'une licence d'exploration et de développement d'une mine de niobium et de métaux rares. L'Etat considérait que le refus de l'investisseur de procéder à une étude d'impact environnemental, ainsi qu'exigé par le droit national, avait rendu nul *ab initio* l'octroi de la licence et privait l'investissement de sa protection internationale. Le Tribunal a suivi la position kenyane, relevant que l'investisseur avait violé le droit interne, et rejeté sa compétence<sup>2495</sup>. Pour parvenir à cette conclusion, il a noté que la question de savoir si

---

<sup>2492</sup> L'expression est empruntée à J. Basdevant. La notion de « dédoublement fonctionnel » figure dans le *Dictionnaire de la terminologie du droit international* sous un autre sens l'« expression employée par certains auteurs pour désigner un phénomène qu'ils croient déceler dans l'ordre juridique international et selon lequel un organe étatique est amené à remplir des fonctions pour le compte de la communauté internationale ». (J. Basdevant (dir.), *op. cit.* note n°, p. 193)

<sup>2493</sup> *Supra*, Chapitre 2, paras. 385-389 ; Chapitre 6, par.1150.

<sup>2494</sup> *Supra*, Chapitre 3, paras.607-609.

<sup>2495</sup> *Cortec Mining c. Kenya*, sentence finale, *op. cit.*, note n° 991, par. 222: « *The Tribunal is mandated to apply international law, not Kenyan domestic law, yet in the Tribunal's view, the application of international law reaches the same conclusion. The alleged "investment" is a mining license. A mining license is not bricks and mortar. It is wholly the creature of Kenyan domestic law. Its creation is governed by Kenyan law.... In the Tribunal's view, neither the BIT nor the ICSID Convention can be construed to protect an investment prohibited by Kenyan law especially in circumstances where, in the Tribunal's view, the Claimants knew that they had no such entitlement*

un investissement était juridiquement protégé pouvait être traitée comme une question de compétence ou de fond<sup>2496</sup>. Dans le cas d'espèce, la violation du droit interne par l'investisseur a servi de curseur pour apprécier la finalité du consentement de l'Etat à l'arbitrage. Ainsi, même en l'absence de clause de conformité dans le traité, le Tribunal a considéré que « *[t]he text and purpose of the BIT and the ICSID Convention are not consistent with holding host governments financially responsible for investments created in defiance of their laws fundamental [sic] protecting public interests such as the environment* »<sup>2497</sup>. La violation d'obligations par l'investisseur s'invite donc comme un facteur d'interprétation du consentement à l'arbitrage que l'Etat exprime dans un traité.

**1359.** L'affaire précitée *Mamidoil c. Albanie*<sup>2498</sup> offre une autre illustration de cette réalité. L'Etat défendeur demandait au Tribunal de s'appuyer sur les violations de l'investisseur notamment pour rejeter les allégations de violations d'un traité sur la Charte de l'énergie. Le différend était relatif au traitement reçu par un investisseur grec chargé de la construction et de la gestion d'un site de stockage d'hydrocarbures en Albanie. Celui-ci considérait que les décisions des autorités visant à relocaliser le site dans une zone moins résidentielle (ainsi que préconisé par les experts mandatés par l'U.E et l'Agence internationale du développement) constituaient une violation du traitement juste et équitable. Il n'était pas contesté que l'Albanie avait initialement donné son accord pour la réalisation de l'investissement et qu'elle a ultérieurement demandé à l'investisseur de délocaliser ses activités. Il n'était pas plus contesté que malgré ces déconvenues, la réalisation et l'exploitation de l'investissement reposaient, dès le départ, sur l'obtention de plusieurs permis. Toutefois, malgré l'absence de plusieurs d'entre eux, l'investisseur a continué de développer son activité plaçant l'Etat devant le « *fait accompli* »<sup>2499</sup>. C'est en examinant sa compétence que le Tribunal a constaté que l'investisseur avait violé le droit albanais<sup>2500</sup> en s'exemptant d'obtenir les permis nécessaires à la conduite de son exploitation. Cependant, contrairement au Tribunal *Cortec c. Kenya*, il a considéré que cette

---

*but attempted a political end-run around the statutory requirements with Mr. Juma's assistance. The Claimants were aware of the requirements set out in the roadmap and their non-compliance with s. 4(2) of the EIA regulations. There is no plausible argument that the Government is estopped by the Claimants "reliance" on SML 351 as a valid investment under Kenyan law. If estoppel was available to the Claimants, they have failed to establish the prerequisites for its application ».*

<sup>2496</sup> *Ibid*, par. 260 : « *It is accepted jurisprudence that in order to be protected an investment has to be in accordance with the laws of the host State and made in good faith. This requirement can be analyzed at the jurisdictional or the merits level.* »

<sup>2497</sup> *Ibid*, para. 333.

<sup>2498</sup> *Mamidoil. c. Albanie*, sentence, *op. cit.*, note n° 989, par. 479: « *In sum, the Tribunal concludes that Claimant has not built and has not started to operate the tank farm in accordance with Albanian legislation and that Respondent is not barred from invoking the resulting illegality* ». *Supra*, Chapitre 7, par. 1278.

<sup>2499</sup> *Ibid*, par. 371.

<sup>2500</sup> *Ibid*, par. 462.

violation ne le privait pas d'analyser les prétentions de l'investisseur au fond, et qu'au contraire, son comportement serait pris en compte pour déterminer si l'Etat avait ou non violé ses propres obligations<sup>2501</sup>. C'est donc par le prisme de la faute de l'investisseur que le Tribunal a interprété la clause du traitement juste et équitable.

**1360.** Offrant une interprétation du standard suffisamment rare pour être remarquée, le Tribunal a jugé que le contexte économique et social d'un pays hôte de l'investissement devait être prise en compte pour apprécier ce qui était juste et équitable<sup>2502</sup>. Les efforts de stabilité offerts par un Etat en pleine transition post soviétique l'ont conduit à jugé que « *that investor was not entitled to believe that these effort would generate the same results of stability as in Great Britain, USA or Japan.* »<sup>2503</sup>. A partir du constat que l'appréciation de ce qui est juste et équitable dépend du contexte dans lequel l'investisseur étranger réalise son investissement, le Tribunal a jugé que le standard s'adressait aux deux parties et obligeait l'investisseur à agir de manière diligente : « *The investor is entitled to rely on the stability and transparency of the legal framework. However, the obligation of the State does not dispense the obligation of the investor to evaluate the circumstances. Reliance has at its prerequisite diligent inquiry and information. The investor has to understand the content and the context of the law and the administrative practice. Put differently, the standard is addressed to both the State and the investor. Fairness and equitableness cannot be established adequately without an adequate and balanced appraisal of both parties' conduct.* »<sup>2504</sup>. En conséquence, la faute de l'investisseur liée au refus de procéder à l'obtention des permis nécessaires a été prise en compte pour déterminer que l'Etat n'avait pas manqué à son obligation conventionnelle<sup>2505</sup>.

**1361.** La possibilité que les manquements de l'investisseur soient utilisés comme un élément d'interprétation des clauses substantielles d'un traité a été de nouveau mis en lumière dans

---

<sup>2501</sup> *Ibid*, par. 494: « *It is true that a State cannot be expected to have consented to an arbitral dispute settlement mechanism for investments made in violation of its legislation. However, it can be expected to accept the jurisdiction of an arbitral tribunal when, in that State's own appreciation, the illegality of the investment was susceptible of being cured, as that State's legalization offers show. In such circumstances, the legal significance of the absence of permits is to be determined as a question of merits - namely whether Respondent's international responsibility is engaged in the face of Claimant's violation of Albanian law - rather than this Tribunal's jurisdiction* ».

<sup>2502</sup> *Ibid*, par. 614 : « *Policy in the general interest has to take the variety of social and economic interests into account, so that individual interests can be safely pursued. It is in this perspective that the Tribunal subscribes to findings in arbitral awards according to which the obligations of States under investment protection treaties cannot be appraised with only a view to the protection of foreign investors' rights. The fair and equitable standard brings foreign investors into the normative sphere of rational policy in the general interest. It is not meant to favor the investors' interests over other economic and social interests* »

<sup>2503</sup> *Ibid*, par. 626.

<sup>2504</sup> *Ibid*, par. 634.

<sup>2505</sup> *Ibid*, par. 674.

l'affaire *Aven c. Costa Rica*<sup>2506</sup>. Ainsi qu'il fut déjà évoqué, le différend était relatif au retrait d'un permis de construction d'un site hôtelier sur une zone protégée après la violation par l'investisseur des normes environnementales. En outre, l'investisseur reprochait à l'Etat d'avoir manqué au traitement juste et équitable ainsi qu'à la clause de protection pleine entière en refusant d'enquêter et de condamner des actes de corruption que l'investisseur imputait aux autorités locales. Si l'obligation d'épuisement des voies de recours internes peut être une obligation conventionnelle encadrant la recevabilité d'une demande, de manière inédite, le Tribunal laisse entendre qu'elle pourrait, même en l'absence de disposition dans le traité, être une obligation ayant une incidence sur l'analyse substantielle, lorsqu'un investisseur se prévaut d'une violation du traitement juste et équitable en raison d'un déni de justice.

**1362.** Selon le Tribunal, l'absence d'épuisement des voies de recours internes pouvait être un argument utilisé par l'Etat, au fond, pour se défendre d'une accusation de violation du traitement juste et équitable qui serait caractérisée par un déni de justice : « *it is valid to allege the failure to exhaust such remedies to challenge an alleged breach of fair and equitable treatment claim* »<sup>2507</sup>. En conséquence, « *[f]ailure to do so does not in any way oppose to the admissibility of the [ FET and denial of justice] claim, but **the merits of the claim** should be discarded.* »<sup>2508</sup>

**1363.** En utilisant par deux fois le terme « *failure* », le Tribunal identifie bien, au sein du standard du traitement juste et équitable et *même en l'absence d'une clause d'épuisement des voies de recours internes*, une obligation pour l'investisseur de recourir – ou du moins – tenter de recourir aux juridictions internes. Si celui-ci invoque un déni de justice pour caractériser une violation du traitement juste et équitable, « *it is necessary that internal remedies have been commenced without result, or are non-existent or illusory.* »<sup>2509</sup>. Autrement dit, l'utilisation des voies de recours internes ne serait pas seulement une question touchant à la recevabilité d'une réclamation lorsque le traité le prévoit mais serait, *de tout temps*, une exigence substantielle faite à l'investisseur permettant de caractériser un déni de justice : « *Certainly, for the admissibility of a [denial of justice] claim within DR-CAFTA , it is not necessary to have exhausted domestic remedies, **but to establish the merits on the basis of denial of justice it is necessary to evidence that the State which receives the investment breaches its international obligation to provide investors of the other Parties to the Treaty, access to justice and due***

---

<sup>2506</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463 ; *Supra*, Chapitre 6, par.1137 et suivant.

<sup>2507</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, par. 349.

<sup>2508</sup> *Ibid.*, par. 350. (gras et italiques ajoutés)

<sup>2509</sup> *Ibid.*, sentence, par. 355.

*process for the resolution of their rights and obligations through competent, independent and impartial courts, under generally recognized international standards* »<sup>2510</sup>

**1364.** En conséquence, l'investisseur qui ne chercherait pas à recourir aux juridictions de l'Etat hôte, commettrait une faute sur laquelle l'Etat pourrait s'appuyer pour rejeter au fond la violation d'un traitement juste et équitable et plus généralement pour guider le tribunal dans l'interprétation de ce standard.

**1365.** Ainsi, la faute de l'investisseur qui peut être caractérisée par la violation du droit national peut servir une finalité défensive et aboutir à l'incompétence du tribunal, ou influencer l'interprétation des clauses substantielles. Mais puisque l'Etat ne l'utilise pas de manière offensive en formulant une demande reconventionnelle, elle n'ouvre toutefois pas de droit à réparation d'un dommage. Aussi, quelque part entre ces deux finalités, la faute peut être invoquée pour caractériser une contribution fautive de l'investisseur à son propre dommage. Cette approche permet non pas de réparer un préjudice de l'Etat mais de réduire, parfois significativement, le montant de sa condamnation principale.

### ***B. La contribution fautive de l'investisseur à son préjudice***

**1366.** Il arrive que les tribunaux arbitraux réduisent la part de l'indemnisation de l'investisseur en raison de sa contribution fautive au dommage en application de l'article 39 des *Articles sur la responsabilité internationale des Etats* de la CDI<sup>2511</sup>. Sous l'intitulé « contribution au préjudice », il dispose que « [p]our déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'Etat lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée ».

**1367.** Jusqu'à l'adoption de cet article par la CDI, la doctrine et la jurisprudence n'avaient pas fixé de manière définitive les finalités de la faute contributive en droit international. Dans un ouvrage paru en 1973, B. Stern en identifia trois<sup>2512</sup> et conclut que le comportement de la victime devait seulement être déterminant pour apprécier le montant de la réparation. Cela signifie que pour apprécier la faute contributive, « ce n'est pas la qualification de la conduite de la victime

---

<sup>2510</sup>*Ibid.*, par. 357. (gras et italiques ajoutés)

<sup>2511</sup> *Supra*, Chapitre 7, par. 1269.

<sup>2512</sup> B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Pedone, 1973, p. 310 : « Soit elle permet de supprimer toute réparation dès lors que la victime a commis une faute, soit [il est choisi d'en] tenir compte dans l'évaluation du montant de la réparation de la gravité de la faute quelle que soit sa relation avec le dommage, soit enfin [il est choisi d'en] tenir compte du rôle causal de la conduite fautive pour déterminer le montant de l'indemnité allouée ». Selon elle, les deux premières solutions ne sont pas satisfaisantes. Supprimer la réparation dès qu'il y a faute alors que la demande a été jugée recevable serait « illogique », de même la prise en compte de la « gravité » de la faute serait incompréhensible avec « l'absence... d'un caractère pénal de la responsabilité internationale » (p. 311).

mais son rôle causal qui a de l'importance »<sup>2513</sup> dans la survenance de son *dommage*.

**1368.** Deuxièmement, à l'appui de plusieurs exemples<sup>2514</sup>, B. Stern constate qu'il arrive que l'acte de la victime, « intervenant *avant* l'acte de l'Etat »<sup>2515</sup>, justifie totalement ou partiellement<sup>2516</sup> l'illicéité de l'Etat. Alors, « la conséquence logique qui en découle est qu'aucune réparation ne peut être réclamée à ce dernier pour les éventuels dommages résultant d'un agissement qui n'est pas internationalement illicite »<sup>2517</sup>. Par exemple, la possibilité que la faute du particulier exonère totalement l'Etat de la responsabilité avait été reconnue par la Commission mixte des réclamations dans l'affaire *Paquet*. Dans cette sentence, l'arbitre a jugé que le comportement fautif « *appears to... be of sufficient weight to justify its revocation, and it is this fact alone that prevents him from allowing the claim.* »<sup>2518</sup>. La responsabilité de l'Etat est exclue car la faute de la victime joue un rôle exclusif dans la survenance d'un dommage qui ne permet pas d'imputer l'illicéité à l'Etat<sup>2519</sup>.

**1369.** Bien qu'il soit régulièrement affirmé que dans l'article 39, la faute de victime « ne constitue en aucun cas une circonstance excluant l'illicéité »<sup>2520</sup>, le principe est moins ancré qu'il n'y paraît. En effet, la CDI s'est inspirée de l'article VI de la *Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux* pour rédiger l'article 39, laquelle utilise la faute de la victime comme une cause exonératoire de responsabilité<sup>2521</sup>. Ces deux manières d'appréhender la faute contributive de la victime (soit dans son lien causal avec le dommage, soit dans son lien causal avec la responsabilité) expliquent sans doute que la finalité de la faute contributive ait suscité au sein de la CDI des interrogations de la part des Etats<sup>2522</sup> au point que le Rapporteur, J. Crawford, considérait que

---

<sup>2513</sup> *Ibid*, p. 316.

<sup>2514</sup> B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, note n°2512, pp. 317-321.

<sup>2515</sup> *Ibid*, p. 317.

<sup>2516</sup> *Delogo Bay Railway Arbitration ; Lillie S. Kling (USA) c. Mexique*, sentence, 8 octobre 1930, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, 2006, p. 575 : « [t]outes les circonstances qui peuvent être alléguées à la charge de la compagnie concessionnaire et à la décharge du gouvernement... atténuent la responsabilité de ce dernier et justifient... une réduction de la réparation à allouer ».

<sup>2517</sup> *Ibid*, p. 317.

<sup>2518</sup> *Paquet*, Opinion de Filtz, (concession), 1 juin 1903, *R.S.A.*, vol. IX, p. 323.

<sup>2519</sup> J. Salmon, « La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale », in *Le droit international à l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, 1987, p. 379.

<sup>2520</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n°1, p. 500.

<sup>2521</sup> *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 961, p. 188. Selon le paragraphe 1 de l'article VI, l'Etat de lancement est exonéré de la responsabilité pour ces dommages « dans la mesure où il établit que le dommage résulte, en totalité ou en partie, d'une faute lourde ou d'un acte ou d'une omission commise dans l'intention de provoquer un dommage de la part d'un Etat demandeur ou des personnes physiques ou morales que ce dernier Etat représente ».

<sup>2522</sup> CDI, Troisième rapport sur la responsabilité des Etats (J. Crawford), doc n° A.CN/4/507, 52ème session, 2000, paras. 217, 220. L'article 39 (ancien article 40) était rédigé comme suit « Pour déterminer la réparation, il est tenu

l'article sur la faute contributive appartenait « au développement progressif »<sup>2523</sup>.

**1370.** Dans ce contexte, il est moins surprenant de constater que les incertitudes sur la finalité de la faute contributive de la victime transparaissent également dans le contentieux de l'investissement. L'utilisation de l'article 39 par les tribunaux d'investissement ne permet pas d'établir avec clarté si la faute contributive de l'investisseur est prise en compte dans le cadre de l'obligation faite à l'Etat de réparer intégralement le dommage, ou si elle peut partiellement ou totalement l'exonérer de sa responsabilité et agir comme une circonstance excluant l'illicéité.

**1371.** D'une part, les tribunaux arbitraux ont réduit la part de la réparation due à l'investisseur en raison de sa contribution fautive ou négligente au dommage en application de l'article 39 des Articles sur la responsabilité<sup>2524</sup>. Ils ont réduit de moitié les dommages dus à l'investisseur lorsque celui-ci avait agi de manière « imprudente » dans la gestion des risques, sans pour autant avoir agi de manière illicite<sup>2525</sup>. D'autre part, ils ont utilisé ce même article pour réduire la part de l'indemnisation en cas de « faute » de l'investisseur consistant en une violation du droit de l'Etat hôte. Alors, l'illégalité du comportement de l'investisseur semble déterminer la licéité de l'action de l'Etat.

**1372.** Dans l'affaire précitée *Copper Mesa Mining Corp. c. Equateur*<sup>2526</sup>, relative à la licéité d'une révocation de droits miniers, L'Etat a invoqué la faute contributive de l'investisseur, du fait de confrontations physiques d'une rare violence entre le personnel de sécurité et les populations locales. Le Tribunal a « pris en compte » l'argument de l'illégalité lors des débats au fond puisque l'illégalité invoquée par l'Etat était postérieure à la réalisation de l'investissement<sup>2527</sup>. Reconnaisant que les agissements violents du personnel à l'encontre des populations locales contrevenaient aux dispositions du droit pénal équatorien et « *could have*

---

compte de la négligence ou de l'action ou omission délibérée : « a) De l'Etat lésé ; ou b) D'un ressortissant de l'Etat au nom duquel la demande est présentée ; qui a contribué au dommage. ». Pour les Etats-Unis, un doute subsistait sur la question de savoir si dans l'article 40 « la faute de la victime, [est] une faute susceptible, du point de vue de la Common Law, d'effacer totalement la responsabilité de l'Etat auteur du fait illicite, ou s'il signifie un abandon partiel du critère de 'réparation intégrale' »).

<sup>2523</sup>*Ibid.*, par. 221.

<sup>2524</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 258.

<sup>2525</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A c. Chili*, Affaire CIRDI n° ARB/01/7, sentence, 25 mai 2004, paras. 242-243 (l'investisseur avait acheté un terrain agricole au prix d'un terrain résidentiel estimant acquis que le changement d'usage serait autorisé par les autorités chiliennes).

<sup>2526</sup> *Copper Mesa Mining c. Equateur*, CPA, sentence, *op. cit.*, note n° 1032, par. 5.42.

<sup>2527</sup> *Ibid.*, par. 5.65: « *the Tribunal there prefers to take into account the Claimant's case not in the form of the doctrine of unclean hands as such, but rather under analogous doctrines of causation and contributory fault applying to the merits of the Claimant's claims arising from events subsequent to the acquisition of its investment. That result, based on the Respondent's case on the merits, strikes the Tribunal as more legally appropriate to this case than an outright dismissal of the Claimant's claims (in regard to the Junín concessions) on the ground of inadmissibility* ».

*led to serious injury and loss of life* »<sup>2528</sup>, le Tribunal a réduit de trente pour cent la part d'indemnisation de l'investisseur<sup>2529</sup>.

**1373.** De même, dans l'arrêt *Occidental c. Equateur*, L'Equateur justifiait la rupture d'un contrat de concession pétrolière en raison du transfert d'actions par l'investisseur à un tiers sans le consentement de l'Etat. L'Equateur s'appuyait ainsi sur la faute de l'investisseur pour justifier sa décision de rompre le contrat. En application de l'article 39, le Tribunal a déclaré que l'investisseur « *should pay a price for having committed an unlawful act which contributed in a material way to the prejudice which they subsequently suffered when the Caducidad Decree was issued* »<sup>2530</sup>. Au renfort de son pouvoir d'appréciation, la majorité a considéré que la « violation commise par l'investisseur » représentait 25% de son dommage matériel et réduit le montant de la réparation en conséquence<sup>2531</sup>.

**1374.** Par la voie dissidente, B. Stern a reproché à la majorité de ne pas avoir suffisamment donné effet à l'illégalité commise par l'investisseur née du transfert de ses droits d'exploration pétrolière à un tiers en violation du droit équatorien. Selon elle, « *the contribution of the Claimants to the damage has been overly underestimated, as the Claimants deliberately took the risk of caducidad [ résiliation du contrat ] by their behaviour - meaning that caducidad could happen or not happen, and there were indeed more chances that it could happen than not, considering the text of the law and the reference to caducidad in the contract* »<sup>2532</sup>. Le rapport causal de la faute contributive de l'investisseur semble bien être apprécié non seulement avec le dommage mais également avec le fait internationalement illicite, en l'espèce la décision de rompre le contrat. La faute commise par l'investisseur sert donc une double fonction.

**1375.** Le dédoublement fonctionnel de la faute contributive se retrouve également dans l'affaire

---

<sup>2528</sup> *Ibid*, par. 6.100: « *In the Tribunal's view, the evidence establishes that several of the Claimant's senior personnel in Quito were guilty of directing violent acts committed on its behalf, in violation of Ecuadorian criminal law. Their resort to subterfuge and mendacity aggravated those acts. The consequences could have led to serious injury and loss of life.* »

<sup>2529</sup> *Ibid*, paras. 6.90, 6.102.

<sup>2530</sup> *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. Equateur (II)*, Affaire CIRDI n° ARB/06/11, sentence, 5 octobre 2012, par. 680, (italiques ajoutés). Voir aussi, par. 380 « *The Claimants' failure to seek ministerial authorization was a mistake, a serious mistake, but it was not done in bad faith..... OPEC and AEC were negligent in not doing so. But again, the Tribunal does not find that failure to do so amounted to bad faith. They may have been negligent but there was no intention on their part to mislead.* »

<sup>2531</sup> *Ibid*, par. 876: « *OPEC breached Clause 16.1 of the Participation Contract by failing to secure the required ministerial authorization for the transfer of rights under the Farmout Agreement; as a result of this breach, the damages awarded to the Claimants will be reduced by a factor of 25%* »).

<sup>2532</sup> *Ibid*, opinion dissidente de B. Stern, par. 7 (les italiques ajoutés). Dans le cadre du recours en annulation l'Equateur a fait valoir que le Tribunal avait excédé ses pouvoirs en qualifiant la non -divulgaration du transfert d'action par l'investisseur de conduite « négligente » alors qu'elle constituait en vertu du droit interne une manœuvre « dolosive » justifiant l'adoption du décret de *caducidad*. Le Comité d'annulation a rejeté ces prétentions estimant que son rôle ne permettait pas de « *second guess* » le raisonnement du tribunal, sauf circonstances exceptionnelles qui n'étaient pas remplies en l'espèce.

*Goetz (II) c. Burundi* dont les termes suggèrent que la faute de l'investisseur peut justifier l'illicéité de l'Etat et l'exonérer partiellement d'une obligation de réparation<sup>2533</sup>. En observant par exemple que « certaines méconnaissances de la réglementation des changes peuvent être mises à la charge d'ABC [investisseur]... [et des] fautes peuvent lui être reprochées, *celles-ci ne sont pas d'une importance telle qu'elles pouvaient autoriser le Burundi à mettre fin aux activités d'ABC sans indemnisation, contrairement aux dispositions de l'article 4(1) du TPI* »<sup>2534</sup>, le Tribunal dans l'affaire *Goetz (II) c. Burundi* suggère que si la faute de l'investisseur eût été plus « importante », le Burundi aurait été exonérée de l'obligation d'indemnisation conventionnelle. En l'espèce, le Tribunal a opéré « une juste appréciation des conséquences à donner à ces fautes en limitant l'indemnité due au consorts Goetz aux deux tiers du préjudice subi par ABC »<sup>2535</sup>.

**1376.** A lire ces quelques extraits, la faute de l'investisseur n'est pas seulement appréhendée dans sa relation causale avec *le dommage* subi, mais également avec le fait internationalement illicite. D'aucuns peuvent juger le contraire et considérer que cette jurisprudence utilise bien la faute contributive de l'investisseur comme une circonstance excluant l'obligation de réparation de l'Etat et non pas comme une circonstance excluant l'illicéité. Mais en pratique, quelle différence existe-t-il entre les deux dans le contentieux de l'investissement ? Ainsi qu'il a été démontré par C. Breton, dans le contentieux transnational, le dommage joue un rôle prépondérant pour caractériser le fait générateur de la responsabilité de l'Etat<sup>2536</sup>, dès lors, la faute contributive de l'investisseur sera analysée dans son rôle causal avec l'illicéité. Face à ces ambiguïtés, il n'est guère surprenant d'observer que le rôle joué par la faute de l'investisseur dans la responsabilité continue d'être sujet à controverses entre les arbitres.

**1377.** Dans l'affaire *Bear Creek Mining c. Pérou*, relative à la révocation de droits miniers, le

---

<sup>2533</sup> *Abengoa, SA y COFIDES SA c. Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/2, sentence, 18 avril 2013, par. 673 (« Le Tribunal arbitral conclut donc que les carences du programme de communication des Demandeurs ne sauraient exonérer le Défendeur de sa responsabilité pour avoir exproprié l'investissement et violé son obligation de traitement », traduction libre) ; *Hulley Enterprises Ltd. c. Russie*, Affaire CPA n° 2005-03/AA226, sentence finale, 18 juillet 2014, par. 1615 (« *the Tribunal concludes that there is a sufficient causal link between Yukos' abuse of the system in some of the low-tax regions and its demise which triggers a finding of contributory fault on the part of Yukos* »).

<sup>2534</sup> *Antoine Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 258 : « Au total, le Tribunal observe que certaines méconnaissances de la réglementation des changes peuvent être mises à la charge d'ABC et que celle-ci a en outre ouvert des comptes à des diplomates et des coopérants avec lesquels elle n'était pas habilitée à traiter. Il ne saurait en revanche lui être reproché d'avoir fonctionné dans un cadre juridique demeuré incertain du fait du Burundi et d'avoir ouvert des comptes à des burundais résidant à l'étranger. Si certaines fautes peuvent lui être reprochées, celle-ci ne sont pas d'une importance telle qu'elles pouvaient autoriser le Burundi à mettre fin aux activités d'ABC sans indemnisation, contrairement aux dispositions de l'article 4(1) du TPI. Il sera fait une juste appréciation des conséquences à donner à ces fautes en limitant l'indemnité due aux consorts Goetz aux deux tiers du préjudice subi par ABC ». (les italiques sont de nous).

<sup>2535</sup> *Ibid.*

<sup>2536</sup> C. Breton, *Le dommage dans le contentieux de l'investissement*, *op. cit.*, note 2476, p. 258 : « l'illusion de l'exclusion du dommage du fait générateur ».

Pérou justifiait la rupture d'un contrat de concession par l'incapacité de l'investisseur d'obtenir une licence sociale d'opération<sup>2537</sup> de la part des communautés autochtones avoisinantes<sup>2538</sup> ayant abouti à d'importantes contestations. Dès lors, il revenait au Tribunal de déterminer si l'investisseur avait contribué aux mouvements de contestation justifiant la rupture de la relation contractuelle<sup>2539</sup>. Constatant que l'investisseur n'était pas directement lié par la *Convention relative aux peuples indigènes et tribaux*, il ne pouvait pas être à l'origine des mouvements de contestation populaires ayant abouti à la révocation de ses droits<sup>2540</sup>. L'investisseur pouvait donc obtenir la réparation intégrale de son préjudice.

**1378.** Dans une opinion dissidente partielle, P. Sands a exprimé un avis contraire. Selon lui, bien que les agissements du Pérou aient été contraires au traitement juste et équitable, le refus de la majorité de prendre en compte la contribution fautive de l'investisseur dans l'avènement d'importants mouvements de contestation était injustifié. On relève d'ailleurs un glissement sémantique dans les termes utilisés par P. Sands, qui illustre bien le dédoublement fonctionnel de la faute contributive: « *Whilst I agree that it is for the Respondent to establish any contributory fault, my assessment of the evidence before the Tribunal is that the Respondent has clearly established the Claimant's **contributory responsibility**, by reason of its acts and omissions, to the social unrest* »<sup>2541</sup>. P. Sands semble ici prendre en compte le comportement fautif de l'investisseur pour établir un lien causal avec la responsabilité de l'Etat hôte née de la décision de révocation<sup>2542</sup>. Ainsi, selon lui « *[t]he fact that the Convention may not impose obligations directly on private foreign investors as such, does not (. . .) mean it is without significance or legal effects for them* »<sup>2543</sup>. Le fait que l'investisseur ait dès le départ délibérément ignoré plusieurs mouvements de protestation qui ont conduit le gouvernement à révoquer la concession constituait, selon lui, une faute que le tribunal aurait dû prendre en compte dans l'évaluation du dommage. A l'évidence, en raison de la situation géographique de

---

<sup>2537</sup> *Supra*, Chapitre 3, par. 622.

<sup>2538</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/2, sentence, 30 novembre 2017, par. 256: « *Claimant failed to live up to international standards for community engagement and, as a result, Claimant failed to obtain the necessary social license for an extractive project of this nature. (. . .) It is clear that Claimant failed to comply with internationally recognized norms, including the 2008 UN Framework and Guiding Principles and Convention 169 of the ILO. It was claimant's responsibility to address community concerns* ».

<sup>2539</sup> *Ibid*, par. 408: « *the relevant question... is whether Respondent can claim that such further outreach was legally required and its absence caused or contributed to the social unrest, so as to justify [ la revocation]* ».

<sup>2540</sup> *Ibid*, par. 412.

<sup>2541</sup> *Ibid*, opinion dissidente partielle de P. Sands, par. 4, (italiques et gras ajoutés).

<sup>2542</sup> *Ibid*, par. 5: « *I have difficulty in understanding how it could be concluded, as the Majority does, that there was no connection - or partially causal relationship - between the manner in which the Claimant conducted itself and the circumstances that gave rise, firstly, to the disruption of the Santa Ana Project, and then to its premature demise as a consequence of [revocation]* ».

<sup>2543</sup> *Ibid*, par. 10.

son exploitation, l'investisseur savait, ou aurait dû savoir, que les populations risquaient de s'opposer aux activités extractives. En conséquence, le montant de la réparation aurait dû être divisé en deux, dans la mesure où « *[investors'] responsibilities are no less than those of the government* »<sup>2544</sup>.

**1379.** A la lumière de ces affaires, l'application de l'article 39 et l'appréciation du rôle de la faute contributive par les tribunaux d'investissement appelle plusieurs observations.

**1380.** Premièrement, la faute de l'investisseur susceptible d'être prise en compte dans la survenance de son dommage peut être caractérisée au regard d'une pluralité de normes du droit interne qui ne concerne pas directement la matière d'investissement, mais plus généralement le droit applicable à l'opération d'investissement. Cela confirme que l'investisseur est tenu au respect de l'ensemble des normes du droit interne et qu'il n'a pas lieu de distinguer entre les obligations applicables à titre général des obligations spécialement applicables à l'investissement<sup>2545</sup>. L'opinion dissidente de P. Sands suggère en outre que certaines normes internationales peuvent également servir à caractériser la faute contributive de l'investisseur et réconcilier les objectifs de protection de l'investissement avec les obligations en matière de respect des droits de l'homme<sup>2546</sup>.

**1381.** Deuxièmement, en déplaçant la recherche de la causalité entre la faute contributive et le fait internationalement illicite, les tribunaux ravivent les hésitations exprimées par la CDI. Ceux-ci semblent envisager que la faute peut avoir l'effet d'une circonstance excluant l'illicéité. Cette approche n'est pas celle qui a été retenue par le droit de la responsabilité mais n'exclut pas un développement progressif contraire dans le contentieux de l'investissement, lorsque la faute n'est pas de nature à priver le tribunal de sa compétence. En effet, la CDI avait bien envisagé que la doctrine des « *clean hands* » en vertu de laquelle une partie ne saurait tirer avantage de son propre fait illicite soit intégrée comme une circonstance excluant l'illicéité. Elle l'a néanmoins exclue pour des motifs brièvement évoqués, expliquant que la doctrine des mains propres « a été principalement invoquée à propos de la recevabilité des demandes devant les cours et tribunaux internationaux mais rarement appliquée »<sup>2547</sup>. Toutefois, en analysant la faute contributive au regard de l'illicéité de l'Etat dans les débats au fond, la jurisprudence confirme qu'il existe bien « *a residue of instances in which questions of inadmissibility and*

---

<sup>2544</sup> *Ibid*, par. 39 ; ajoutant que « *It is for the investor to obtain the "social license", and in this case it was unable to do so largely because of its own failures. The Canada-Peru FTA is not, any more than ICSID, an insurance policy against the failure of an inadequately prepared investor to obtain such a license* » (par.37).

<sup>2545</sup> *Supra*, Chapitre 5, paras. 927-938

<sup>2546</sup> F. El-Hosseny, P. Devine, « Contributory Fault under International Law: A Gateway for Human Rights in ISDS? », *ICSID Review – FILJ*, vol. 35, n°1-2, 2020, p. 123.

<sup>2547</sup> CDI, Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs, p. 184.

*'substantive' issues are difficult to distinguish* »<sup>2548</sup>.

**1382.** Troisièmement, le déplacement de l'analyse de la causalité entre la faute de l'investisseur et le fait internationalement illicite de l'Etat interroge sur l'émergence d'une responsabilité partagée qui correspond aux « *situations where a multiplicity of actors contributes to a single harmful outcome and legal responsibility for this harmful outcome is distributed among more than one of the contributing actors* »<sup>2549</sup>. Certes, aucune des sentences précitées n'a formellement reconnu une responsabilité de l'investisseur de laquelle découlerait des obligations nouvelles ; elles ne pourraient d'ailleurs pas le faire au regard de l'article 39, toutefois, c'est bien l'importance de la faute qui peut être prise en compte pour *expliquer* le fait illicite de l'Etat.

**1383.** Enfin, d'aucuns considèrent que l'application singulière de l'article 39 par les tribunaux de l'investissement participe à la reconnaissance d'un droit de représailles en matière d'investissement (« *investment reprisal* »<sup>2550</sup>) entendu comme « *some blameworthy conduct performed by the investor that provokes the host state's breach* »<sup>2551</sup>. L'importance de la faute serait telle, que, contrairement aux fautes minimales (« *mismanagment, misconduct* »), elle participe directement et cause la perte de l'investissement<sup>2552</sup>. Alors, la faute de l'investisseur dans la conduite de son investissement donnerait un fondement juridique à l'Etat pour réagir aux illégalités commises par l'investisseur pendant la vie de l'investissement et excuserait son illicéité. Cette manière de voir semble bien correspondre aux effets produits par l'article 39 dans le contentieux de l'investissement. En recherchant le rôle causal entre la faute de l'investisseur et la « réaction » de l'Etat, les tribunaux cherchent à déterminer dans quelle

---

<sup>2548</sup>J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9<sup>ème</sup> ed., OUP, 2019, p. 675: « *This is the case with the so-called 'clean hands' doctrine, according to which a claimant's involvement in activity unlawful under either municipal or international law may bar the claim* ».

<sup>2549</sup>A. Nollkaemper, « Introduction », in *Principles of shared Responsibility in International Law, an appraisal of the State of the Art*, A. Nollkaemper & I. Plakokefalos (dir.), CUP, 2014, pp. 6-7 ; Voir *Klökner c. Cameroun*, sentence, *op. cit.*, note n° 229, par. 195 : « Il n'y a pas de justification pour mettre à la charge du demandeur les pertes encourues par le Gouvernement dans une 'joint-venture' où les deux parties ont participé ou ont dû participer à yeux ouverts et en pleine connaissance de cause. On pourrait difficilement accepter qu'un Etat, ayant accès à plusieurs sources d'assistance technique, puisse alléguer valablement le droit à être compensé par le fait d'avoir été induit en erreur par une compagnie privée qui lui propose un contrat déterminé. Si tel aurait été le cas, il y aurait aussi une responsabilité concurrente de la part du Gouvernement, ce qui exclut la demande reconventionnelle ».

<sup>2550</sup> M. Jarrett, « Investment reprisal and post-establishment illegality », in *Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration*, M. Jarrett, (dir.), CUP, 2019, p. 110.

<sup>2551</sup> *Ibid.*

<sup>2552</sup> *Ibid.*

mesure la faute a « *provoqué* »<sup>2553</sup> le fait internationalement illicite. Ce faisant, ils se placent bien sur le terrain des circonstances excluant l'illicéité et sur celui des contre-mesures.

**1384.** Pour toutes ces raisons, il semble établi que la faute de l'investisseur dans le contentieux de l'investissement présente un dédoublement fonctionnel et que l'invocation de la faute contributive par l'Etat va au-delà d'une finalité défensive. Elle se révèle être: « *a promising means by which to incorporate consideration of investor misconduct into international investment arbitration* »<sup>2554</sup>. L'Etat peut choisir de l'utiliser pour réduire sa propre condamnation, soit parce que le traité ne lui permet pas de soumettre des demandes reconventionnelles, soit parce qu'il perçoit le contentieux comme un contrôle de sa propre légalité duquel il ne tire aucun droit. Il peut également considérer que la formulation d'une demande reconventionnelle serait dépourvue d'avantages comparatifs par rapport à l'argument de la contribution fautive. D'un point de vue pratique, il est vrai que l'invocation de la faute contributive aboutit à un résultat sensiblement similaire à celui produit par les demandes reconventionnelles. Le montant de la réparation que l'Etat obtiendrait en réparation de son préjudice reconventionnel ne serait vraisemblablement pas plus important que celui dont il peut être exonéré au titre de l'article 39. En effet, il n'existe à notre connaissance une seule affaire où seul l'investisseur a été condamné au fond à indemniser le préjudice que l'Etat avait soulevé à titre reconventionnel<sup>2555</sup> sans que l'Etat ne soit lui aussi condamné à titre principal<sup>2556</sup>. Dans toutes les autres affaires où les demandes reconventionnelles ont prospéré, l'Etat a aussi été condamné au principal<sup>2557</sup>. Autrement dit, il est rare qu'un tribunal ait simultanément exempté l'Etat de toute responsabilité et condamné l'investisseur au titre du préjudice reconventionnel.

**1385.** Ces considérations pratiques ne préjugent pas de la possibilité pour un Etat d'utiliser la faute dans une demande reconventionnelle. Autrement dit, tout porte à croire que la faute prise en compte au titre de l'article 39, réalisée pendant la vie de l'investissement, peut *par ailleurs* être une faute utilisée à des fins offensives lorsqu'elle cause un préjudice à l'Etat. Alors, si

---

<sup>2553</sup> « *Cysne* » (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre*), Nations Unies, RSA, vol. II 1930, p. 1056 : « les représailles, consistant en un acte en principe contraire au droit des gens, ne peuvent se justifier qu'autant qu'elles ont été *provoquées* par un autre acte également contraire à ce droit. Les représailles ne sont admissibles que contre l'État provocateur », (italiques sont dans l'original).

<sup>2554</sup> A. K Bjorklund et J.M Marcoux, « Foreign Investors' Responsibilities and Contributory Fault In Investment Arbitration », *ICLQ*, vol. 69, p. 879.

<sup>2555</sup> *Supra*, Chapitre 1, par. 131 (*Hydro SL c. Albanie*, Affaire CCI différend contractuel)

<sup>2556</sup> En revanche, dans une affaire où l'Etat fut demandeur et où l'investisseur a soulevé plusieurs demandes reconventionnelles, seul l'Etat fut condamné à titre reconventionnel : *Djibouti c. DP World Djibouti et autres*, Affaire LCIA n° 142732, troisième sentence partielle finale, demandes reconventionnelles du défendeur, 14 septembre 2020.

<sup>2557</sup> *Supra*, Chapitre 5, par. 1001 (Affaires *Perenco c. Equateur*, et *Burlington c. Equateur*.)

l'Etat choisit de mettre l'accent sur son propre dommage, il peut trouver un avantage s'appuyer sur la faute de l'investisseur et simultanément placer l'accent sur sa responsabilité.

## ***II. Le dommage comme condition nécessaire du droit à réparation de l'Etat demandeur reconventionnel***

**1386.** L'ouverture d'un droit à réparation nécessite de caractériser un dommage ou un préjudice. La notion de dommage dans l'ordre juridique international est définie comme l'« [a]tteinte aux intérêts matériels ou moraux d'un État, d'une organisation internationale ou de tout autre sujet de droit international ainsi que de personnes privées »<sup>2558</sup>. Dans le contentieux de l'investissement, il n'y a pas lieu de distinguer entre les termes dommage et préjudice<sup>2559</sup>, les deux termes étant également utilisés par la CDI sans établir de distinction<sup>2560</sup>. En droit international comme en droit interne, la survenance d'un dommage ou d'un préjudice fait naître une obligation de réparation<sup>2561</sup>. Lorsque l'Etat choisit de se placer sur le terrain offensif et soumet une demande reconventionnelle, il doit caractériser son dommage entretenant un lien de causalité avec la violation de l'investisseur (A). La caractérisation du dommage de l'Etat suit les mêmes exigences que celles attendues de l'investisseur à titre principal. Toutefois, alors que les dommages invoqués par les investisseurs sont majoritairement matériels, ceux invoqués par l'Etat s'orientent également – mais pas exclusivement – vers des allégations de préjudices immatériels. L'Etat peut ainsi faire valoir un préjudice matériel (B) et/ou un préjudice moral (C).

### ***A. La caractérisation du dommage de l'Etat demandeur reconventionnel***

**1387.** Le dommage ne fait pas partie des éléments constitutifs du droit de la responsabilité internationale mais les tribunaux arbitraux ont pris certaines libertés à cet égard<sup>2562</sup>. Le dommage « devrait sans doute être considéré comme une condition exigible en tout état de

---

<sup>2558</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, note n°1, p. 358.

<sup>2559</sup> B. Stern, « The obligation to make reparation », in *The law of International Responsibility*, J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, K. Parlett (dir.), OUP, 2010, p. 569.

<sup>2560</sup> CDI, *Articles sur la responsabilité des Etats et commentaires y relatifs*, p. 242 (« La notion de 'préjudice', définie au paragraphe 2 [de l'article 31], doit être entendue comme englobant tout dommage causé par le fait illicite »).

<sup>2561</sup> Article 1240 du Code civil français : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » ; article 41 de la loi fédérale complétant le code civil suisse (1 avril 2020) : « Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ».

<sup>2562</sup> A de Nanteuil, « La responsabilité contractuelle des investisseurs pour violations des droits de l'homme : perspectives et limites », *op. cit.*, note n°2225, p. 46.

cause »<sup>2563</sup> lorsqu'un investisseur engage une procédure internationale. Dans sa thèse sur *Le dommage dans l'arbitrage d'investissement*, C. Breton explique que le dommage « ou l'allégation de sa survenance, constitue, de manière générale, une condition implicite de l'intérêt pour agir de l'investisseur »<sup>2564</sup>. En effet, le constat d'une violation d'une règle internationale n'ayant pas engendré de préjudice indemnisable aboutirait sur une responsabilité « platonique »<sup>2565</sup>.

**1388.** Si le dommage joue un rôle déterminant pour caractériser l'intérêt à agir, c'est aussi parce qu'il doit être associé à une *violation*, dont la caractérisation est nécessaire pour accéder aux prétoires internationaux d'investissement<sup>2566</sup>. Ainsi, il est arrivé que les tribunaux rejettent au fond certaines des prétentions reconventionnelles des Etats au motif qu'ils n'avaient pas suffisamment étayé la réalité de leur dommage et/ou de la violation d'une obligation par l'investisseur ayant généré ce dommage.

**1389.** Tel a été le cas dans les différends contractuels *Togo Électricité c. Togo*<sup>2567</sup> et *Atlantic Triton c. Guinée*<sup>2568</sup>, ou dans des différends engagés sur le fondement d'une loi<sup>2569</sup>, ainsi que

---

<sup>2563</sup> *Ibid*, p. 47.

<sup>2564</sup> C. Breton, *Le dommage dans l'arbitrage d'investissement*, *op. cit.*, note 2476, p. 205.

<sup>2565</sup> *Ibid*, p. 270.

<sup>2566</sup> C'est ce qui ressort du contentieux interétatique de l'investissement opposant l'Equateur aux Etats-Unis. La majorité du Tribunal a refusé d'exercer sa compétence sur la requête présentée par l'Equateur, au motif qu'il n'existait pas de « différend » entre les parties. L'Equateur, qui était engagé dans un différend transnational avec l'entreprise Chevron, avait par voie diplomatique demandé aux Etats-Unis de produire une interprétation commune de l'article II (7) de leur TBI aux fins de savoir si les termes « moyens effectifs » employés dans le cadre de la clause contre le déni de justice offraient une protection équivalente ou autonome du droit international coutumier. Face au silence des Etats-Unis, l'Equateur décida d'activer la procédure interétatique pour demander au Tribunal de produire une sentence interprétative la clause litigieuse. Le Tribunal a rejeté la demande équatorienne, motif pris de ce que l'obtention d'une interprétation judiciaire nécessitait d'établir une *violation* du traité par les Etats-Unis. *Equateur c. Etats-Unis*, Affaire PCA n° 2012-05, sentence, 29 septembre 2012, par. 227. Cette solution est néanmoins critiquable dans la mesure où l'article VII (1) du TBI donnait bien compétence pour « *Any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of the Treaty* ».

<sup>2567</sup> *Togo Électricité et GDF-Suez Energie Services c. Togo*, sentence, *op. cit.* note n°214, paras. 229-230 : « La Défenderesse a tenu à soumettre une demande reconventionnelle selon laquelle le Tribunal est appelé à condamner les Demanderesses à payer, à titre forfaitaire la somme de 100 milliards de francs CFA, en réparation d'un soi-disant préjudice considérable qu'elle prétend avoir subi. Sans apporter des preuves qui supportent la faute attribuée aux Demanderesses, en dehors de l'allégation rejetée par le Tribunal concernant l'illégalité et le caractère abusif du recours à l'article 57, la Défenderesse se plaint d'être mise en situation qui exige reprendre à zéro le processus de privatisation du secteur de l'énergie électrique, devenu plus complexe et coûteux. 230. Vu l'incapacité de la Défenderesse de prouver l'existence d'éléments capables de soutenir, même *prima facie*, une faute quelconque qui puisse engager la responsabilité de la société-mère ou de sa filiale, le Tribunal doit rejeter la demande reconventionnelle dans sa totalité ».

<sup>2568</sup> *Atlantic Triton Company Limited c. Guinée*, sentence, par. 10 : « Une autre demande reconventionnelle, d'un montant de 1,451,000 dollars, fondée sur la défaillance alléguée d'Atlantic Triton à faire effectuer et contrôler la conversion des navires pour les rendre aptes à la pêche dans les eaux guinéennes, a été rejetée faute de preuve ».

<sup>2569</sup> *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. Congo*, sentence, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/10/4, 7 février 2014, paras. 638-639 : « Le Tribunal note que les Demandeurs n'ont soulevé aucune exception d'incompétence relative à la demande reconventionnelle formulée par la Défenderesse. Cette dernière

dans les différends conventionnels *Hamester c. Ghana*<sup>2570</sup>, *Alex Genin c. Estonie*<sup>2571</sup> et *Goetz c. Burundi*<sup>2572</sup>. Dès lors, un Etat défendeur ne saurait introduire par la voie reconventionnelle une demande de remboursement des coûts de la procédure<sup>2573</sup> si celle-ci n'est pas associée à une violation d'une obligation créant un dommage. Le remboursement des coûts d'une procédure comme réparation du préjudice matériel invoqué par l'Etat peut intervenir lorsqu'est constatée une violation. Dans l'affaire *Mine c. Guinée*, le Tribunal a accepté de soustraire le montant de la condamnation principale de l'Etat du montant relatif aux coûts qu'il avait dû engager dans une procédure parallèle introduite par l'investisseur devant les juridictions nationales précisément après avoir constaté que ladite procédure avait été engagée en violation de la clause compromissoire intégrée dans l'accord liant les deux parties<sup>2574</sup>.

**1390.** Deuxièmement, comme pour les demandes principales, il faut que l'Etat, demandeur reconventionnel, établisse un lien de causalité entre son dommage et la faute de l'investisseur. La causalité est une question étudiée au fond « systématiquement examinée, ou du moins évoquée, par les arbitres au moment de statuer sur la question de l'indemnisation du dommage »<sup>2575</sup>. L'appréciation de la causalité est une opération éminemment casuistique qui

---

n'a toutefois pas cherché à établir la compétence du Tribunal pour statuer sur sa demande, se limitant à une simple référence à l'article 46 de la Convention CIRDI ; elle ne l'a pas davantage développée sur le fond. En tant qu'elle vise à obtenir réparation d'un préjudice allégué du fait de la présente instance arbitrale, la demande reconventionnelle de la RDC est rejetée, le Tribunal n'ayant été éclairé ni sur son fondement ni sur sa substance ».

<sup>2570</sup> *Hamester c. Ghana*, sentence, *op. cit.*, note n° 455, par. 352: « *The Respondent did not develop its arguments in support of this relief. It neither specified the basis for the Tribunal's jurisdiction over the counterclaim nor the losses allegedly suffered by the ROG and/or Cocobod* ». A titre surabondant le Tribunal a précisé qu'il n'y avait probablement pas d'identité des parties entre les deux actions.

<sup>2571</sup> *Alex Genin c. Estonie*, sentence, *op. cit.*, note n° 433, par. 376: « *In its various submissions, Respondent asks the Tribunal to award it, by way of counterclaim, an amount equivalent to sums allegedly transferred out of EIB by Messrs. Genin and Dashkovsky, and currently held by Eurocapital, failing which the liquidation of EIB cannot, it says, be finalized. Its claim is expressed in varying fashions, and in varying amounts, in various places. The apparent confusion need not, however, be resolved for the purposes of this Award, for the reason that Estonia has failed to demonstrate to the satisfaction of the Tribunal the merits of its request* ».

<sup>2572</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 287 : « Le Tribunal observe en premier lieu que le Burundi n'apporte pas le moindre commencement de preuve des dommages qui lui auraient été causés de fait que le comportement d'ABC aurait porté atteinte à la concurrence et à la stabilité financière du pays ».

<sup>2573</sup> *Limited Liability Company Amtco c. Ukraine*, Affaire SCC n° 080/2005, sentence finale, 26 mars 2008, par. 116: « *The claim for costs in international arbitration does not require a counterclaim. Costs may be claimed on the basis of the applicable rules, relate to the proceedings as a whole, and are considered by the Arbitral Tribunal after the determination of jurisdiction, and the substantive claims and counterclaims* ».

<sup>2574</sup> *MINE c. Guinée*, sentence, par. 79: « *The Tribunal considers that MINE's actions in those nations were contrary to the exclusive jurisdiction granted ICSID in this proceeding. Nevertheless, Guinea's lack of response to prior proceedings, the decision of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit that left the AAA award at large, and the lack of precedent for the Tribunal's order to discontinue the European attachments, all excused MINE somewhat in seeking to enforce what it argued was a valid AAA award. Upon consideration of the arguments on this counterclaim, the Tribunal awards Guinea the sum of \$210,000 toward its costs and legal fees relating to the attachment proceedings in Belgium and Switzerland* ».

<sup>2575</sup> M. Raux, « Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement », in *Droit international de l'investissement et de l'arbitrage transnational*, C. Leben (dir.), Pedone, 2015, p. 469.

« [j]uridiquement ...n'est pas autre chose qu'un accord intellectuel, l'explication communément admise de la succession de deux faits entre lesquels l'esprit humain admet un enchaînement »<sup>2576</sup>. Le lien de causalité entre la faute et le dommage est rompu lorsque l'Etat a provoqué son dommage. Dans l'affaire *Inmaris c. Ukraine*, le Tribunal a rejeté au fond les demandes reconventionnelles de l'Ukraine visant à se faire rembourser les coûts d'immobilisation d'un navire de tourisme qu'elle avait illégalement saisi<sup>2577</sup>. De même, dans l'affaire *Amco c. Indonésie*, le Tribunal a rejeté au fond les demandes reconventionnelles indonésiennes visant à octroyer le remboursement des taxes non perçues du fait d'un accord de stabilisation fiscale octroyé à l'investisseur pour le développement de son projet hôtelier. Le tribunal a rappelé que dans la mesure où l'Etat avait illicitement révoqué la licence d'exploitation, l'Indonésie ne saurait réclamer le remboursement des sommes auxquelles elle avait renoncé<sup>2578</sup>. Dans l'affaire *Goetz c. Burundi (II)*, le Tribunal a rejeté au fond une demande reconventionnelle visant à obtenir le remboursement de certaines taxes non perçues du fait de la révocation d'un certificat de zone franche octroyé à l'investisseur. Ce dernier a relevé « que le manque à gagner dont se plaint le Défendeur en ce qui concerne la perception de droits et taxes n'a pas pour cause la méconnaissance par ABC des obligations qui lui avaient été imposées par le certificat de zone franche »<sup>2579</sup>.

**1391.** Troisièmement, en droit international comme en droit interne, « l'existence d'un lien de causalité est en fait une condition nécessaire mais non suffisante de la réparation »<sup>2580</sup>. Il faut que le dommage invoqué à titre principal comme à titre reconventionnel ne soit pas incertain ou indéterminé, même s'il est établi qu'une partie a violé ses obligations<sup>2581</sup>. La réparation sera exclue si le préjudice est incertain ou indirect, étant entendu que la notion de certitude du dommage « *is both relative and reasonable in its application, [and] to be adjusted to the circumstances of a particular case* »<sup>2582</sup>. Tout dépend des circonstances puisqu'« en droit international comme en droit interne la question du préjudice indirect n'est pas un aspect du droit qui peut être résolu de manière satisfaisante par la recherche d'une formule unique »<sup>2583</sup>.

**1392.** Si l'Etat respecte les exigences précitées, c'est-à-dire qu'il accompagne sa demande

---

<sup>2576</sup> B. Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, *op.cit.*, note n°2512, p. 189.

<sup>2577</sup> *Inmaris c. Ukraine*, sentence, *op. cit.*, note n° 439, par. 432: « *However, as the Tribunal explained above, [X] was responsible for the winter costs, and, therefore, the Tribunal dismisses Respondent's counterclaim on the merits* ».

<sup>2578</sup> *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, Affaire CIRDI n° ARB/81/1, sentence, 20 novembre 1984, par. 287.

<sup>2579</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, paras. 286-287.

<sup>2580</sup> CDI, Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs, p. 245.

<sup>2581</sup> *PSEG Global Inc et al. c. Turquie*, Affaire CIRDI n° ARB 02/5, sentence, 19 janvier 2007, par. 313.

<sup>2582</sup> *Gemplus SA & Talsud SA c. Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB (AF)/04/3, sentence, 16 juin 2010, par. 13.83.

<sup>2583</sup> CDI, Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs, p. 246.

reconventionnelle de développements sur la teneur son dommage, en faisant état d'un lien de causalité avec la violation qu'il reproche à l'investisseur qui ne serait pas rompu par l'intervention d'un évènement extérieur ou par sa propre illicéité, il a toutes les chances de caractériser un droit à réparation.

**1393.** Une ultime question se pose néanmoins au sujet du droit de l'Etat d'obtenir réparation du préjudice allégué dans une demande reconventionnelle. Ce droit peut-il survivre le rejet des demandes principales ? Il faut distinguer plusieurs situations.

**1394.** Si les demandes principales sont rejetées au fond, c'est-à-dire que le Tribunal considère que l'Etat n'a pas commis de violation, le droit de demander réparation à titre reconventionnel subsiste. En effet, l'action reconventionnelle qui se greffe à l'instance demeure une action autonome de l'action principale par laquelle le défendeur demande « quelque chose qui soit plus que le simple rejet de la demande de l'adversaire »<sup>2584</sup>. Contrairement au moyen de défense, lorsqu'elle est jugée admissible et intégrée au différend, elle subsiste indépendamment de l'action principale. Le défendeur souhaitant obtenir quelque chose de plus que le rejet peut donc obtenir réparation des préjudices invoqués à titre reconventionnel. Quoiqu'elle soit insolite, cette possibilité s'est présentée dans une affaire où l'investisseur était demandeur reconventionnel. Attaqué par l'Etat de Djibouti sur le fondement d'un contrat de concession d'utilisation d'un port, il a soumis plusieurs demandes reconventionnelles pour défaut de paiement de *royalties* et violation des droits d'exclusivité. L'investisseur a obtenu une indemnisation de 489 millions de dollars pour réparation des préjudices avancés à titre reconventionnel alors que l'ensemble des réclamations de l'Etat visant à résilier le contrat litigieux ont été rejetées à titre principal<sup>2585</sup>.

**1395.** La question est plus difficile lorsque les réclamations principales sont rejetées pour incompetence ou irrecevabilité. Il arrive que les tribunaux ne tranchent pas le point de savoir si leur incompetence à titre principal résulte ou non d'une question d'irrecevabilité<sup>2586</sup>. La question pourtant a son importance<sup>2587</sup>, en particulier lorsque l'Etat formule une demande reconventionnelle. Alors que la compétence du tribunal est relative à « la catégorie des différends dont le tribunal peut connaître »<sup>2588</sup>, la recevabilité « détermine la possibilité

---

<sup>2584</sup>D. Anzilotti, « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *op. cit.*, note n°22, p. 867.

<sup>2585</sup> *Djibouti c. DP World Djibouti et autres*, Affaire LCIA n° 142732, troisième sentence partielle finale, demandes reconventionnelles du défendeur, 14 septembre 2020. La première sentence sur les demandes principales n'est pas publique. La sentence sur les demandes reconventionnelles suggère que les réclamations principales ont été rejetées au fond.

<sup>2586</sup> Par exemple déclarant que « [the tribunal] cannot entertain the claims... on the ground of lack of admissibility or jurisdiction » *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, sentence finale, *op. cit.*, note n° 512, par. 416.

<sup>2587</sup> *Supra*, Chapitre 1, paras. 186-203.

<sup>2588</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, note n°35, p. 160, par. 253.

d'exercer ses pouvoirs juridictionnels ». <sup>2589</sup> Si la réclamation principale est rejetée pour défaut de consentement ou absence d'investissement protégé, la demande reconventionnelle ne pourrait se greffer au procès car le différend fait défaut. Le droit de l'Etat d'obtenir réparation d'une demande reconventionnelle s'éteint. En revanche, l'on ne saurait postuler que l'irrecevabilité de la demande principale vaut automatiquement extinction du droit de la partie défenderesse d'obtenir réparation de son préjudice. Le Tribunal pourrait garder le pouvoir de se prononcer sur les violations d'obligations par la partie visée par une demande reconventionnelle, dès lors que sa compétence est établie à titre principal <sup>2590</sup>.

**1396.** Hormis cette difficulté, l'ensemble des conditions qui ouvrent un droit à réparation encadré sont identiques à celles attendues de l'investisseur à titre principal. L'Etat demandeur reconventionnel doit caractériser son dommage en lien causal avec la violation d'une obligation qui lui est due. Toutefois, si le contentieux de l'investissement admet la possibilité de réparer le préjudice matériel subi par un investisseur lorsque l'investissement est anéanti par une expropriation ou plus généralement lorsque la rentabilité qu'il génère ne correspond pas à ses attentes légitimes, il est plus rare qu'un Etat obtienne réparation pour les préjudices matériels associés à l'échec de l'investissement.

### ***B. Le préjudice matériel de l'Etat***

**1397.** Le préjudice matériel entendu comme « le dommage causé à des biens ou à d'autres intérêts de l'Etat ou de ses nationaux susceptible d'être évalué en termes pécuniaires » <sup>2591</sup> ou encore comme l'« [a]tteinte à un intérêt économique ou patrimonial, c'est-à-dire un intérêt s'appréciant immédiatement en termes monétaires » <sup>2592</sup> revêt les mêmes caractéristiques que le dommage en droit interne entendu comme « une atteinte subie... [au] patrimoine » <sup>2593</sup>. Dans le contentieux de l'investissement, les conséquences attachées à la violation d'un instrument international (ou internationalisé) par l'Etat prennent quasi-systématiquement la forme d'une indemnisation pécuniaire visant à réparer le préjudice économique causé à l'investisseur <sup>2594</sup>. Cela n'est guère surprenant dans la mesure où l'objet du contentieux relatif à l'investissement porte sur une opération économique.

---

<sup>2589</sup> *Ibid.*

<sup>2590</sup> *Infra*, Examen critique de l'affaire *Iberdrola c. Guatemala*, paras. 1443-1450.

<sup>2591</sup> CDI, Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs, p. 242.

<sup>2592</sup> J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op.cit.*, note n°1, p. 361.

<sup>2593</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, note n° 199, puf, p. 364 : Dommage : « Syn (dans l'usage régissant de préjudice. Atteinte subie par une personne..qui ouvre droit à réparation ».

<sup>2594</sup> B. Sabahi, *Compensation and restitution in Investor-State Arbitration Principles and Practice*, OUP, 2011, p. 57 ; E. Stoppioni, *La réparation dans le contentieux international de l'investissement contribution à l'étude de la restitutio in integrum*, Pedone, 2014, p. 21.

**1398.** Les dommages matériels de l'Etat concernant l'investissement et susceptibles d'évaluation économique sont protéiformes. Il peut s'agir du dommage économique né de la violation d'un accord liant l'Etat à l'investisseur. Le préjudice né de la violation de l'accord peut être directement lié à la violation d'une clause de cet accord ou, plus généralement, être lié au sous-investissement ou à la non-réalisation de l'objet de l'accord concerné, que cet accord soit un accord de joint-venture<sup>2595</sup>, un contrat de concession<sup>2596</sup>, un contrat d'achat d'énergie<sup>2597</sup>, un certificat de zone franche donnant droit à des avantages fiscaux<sup>2598</sup>. L'Etat peut ainsi reprocher à l'investisseur de ne pas avoir respecté les termes d'un accord et causé un préjudice économique en raison d'une construction défectueuse d'usine de production de plastique<sup>2599</sup>, de la non réalisation d'un projet hôtelier<sup>2600</sup> ou de la résiliation fautive d'un contrat de concession par l'investisseur<sup>2601</sup>.

**1399.** Les préjudices matériels nés de la non-réalisation ou de la réalisation défectueuse d'un investissement peuvent être corrélés à un intérêt essentiel de l'Etat et à son niveau de développement. L'Etat peut subir un dommage économique né de la perte d'un avoir ou d'une activité stratégique dans le secteur de l'énergie<sup>2602</sup>, industriel<sup>2603</sup> ou aéronautique<sup>2604</sup> en lien avec l'investissement concerné. Par exemple, dans l'affaire *Togo électricité*, le Togo se plaignait, sans preuve suffisante, « d'être mis[...] en situation qui exige de reprendre à zéro le processus de privatisation du secteur de l'énergie électrique, devenu plus complexe et coûteux »<sup>2605</sup>. D'autres ont fait valoir, sans succès, l'existence d'un préjudice économique né

---

<sup>2595</sup> *Oxus Gold plc c. Ouzbékistan et autres*, sentence, *op. cit.*, note n°458, par. 694 (demandes rejetées pour incompétence) ; *Klöckner c. Cameroun*, sentence, *op. cit.*, note n° 229, par. 195.

<sup>2596</sup> *Togo Electricité c. Togo*, sentence, *op. cit.*, note n° 211.

<sup>2597</sup> *Balkan Energy (Ghana) Limited .c Ghana*, (CNUDCI), sentence, *op.cit.*, note n°255, paras. 97, 636.

<sup>2598</sup> *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443, par. 267.

<sup>2599</sup> *Benvenuti c. Congo*, sentence, par. 4.101.

<sup>2600</sup> *SPP c. Egypte*, sentence, par. 254 : « Dire et juger que SPP, et subsidiairement SPP (ME) sont responsables à l'égard de la R.A.E. de la non-réalisation des projets, et qu'elles devront payer une somme forfaitaire de 30 millions de USD à titre de réparation du préjudice, incluant les frais de procédure'. In support of the Counter-Claim, the Respondent invokes certain faults alleged to be attributable to the Claimants, namely: i) the transformation of the project into a housing project; ii) the absence of touristic elements (hotels, commercial centers and villages) in the project ; iii) the Claimants' abandonment of the Ras El Hekma Project ; iv) the financial deficiencies of the Claimants ; and v) above all, the Claimants' refusal to cooperate, and particularly to consider the solution of an alternative site ».

<sup>2601</sup> *Togo Electricité c. Togo*, sentence, *op. cit.*, note n° 211, par. 118.

<sup>2602</sup> *Ibid* : « La Défenderesse a présenté une demande reconventionnelle pour le paiement à titre forfaitaire de la somme de 100 milliards de francs CFA, en réparation du préjudice considérable qu'elle a subi, étant placée dans la contrainte de pallier les insuffisances des Demanderesses et de reprendre à zéro un processus de privatisation du secteur ».

<sup>2603</sup> *Marco Gavazzi c. Roumanie*, décision sur la compétence et la responsabilité, *op. cit.*, note n° 504, par. 148 (rejetée pour incompétence).

<sup>2604</sup> *Zeevi Holdings c. Bulgarie et autres*, Affaire n° UNC 39/DK, sentence, 25 octobre 2006, paras. 788) 1218 (le tribunal a accepté de réduire le montant de la condamnation principale de 12 millions de dollars pour sous-investissement dans la compagnie aérienne bulgare privatisée).

<sup>2605</sup> *Togo Electricité c. Togo*, sentence, *op. cit.*, note n° 211, paras. 229-230.

du « manque de contribution au développement économique du pays en raison des profits limités et de la cessation des activités »<sup>2606</sup> ou encore un préjudice né de la perte d'emploi et de l'impact négatif sur l'économie locale<sup>2607</sup> lié à la non réalisation d'un projet. Dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*, l'Argentine avait évalué son préjudice sur la base du montant non-investi par l'investisseur dans les travaux d'extension du réseau d'eau potable<sup>2608</sup>.

**1400.** L'échec d'un investissement peut également être présenté par l'Etat comme un préjudice économique en raison du manque à gagner fiscal qu'il génère. Le plus souvent, le manque à gagner est invoqué de manière rétrospective, lorsque l'Etat considère que l'investisseur a commis une faute dans l'exécution d'un accord et n'a pas payé les sommes qu'il aurait dû payer<sup>2609</sup>. Il ne serait pas exclu d'envisager qu'un manque à gagner fiscal puisse également être invoqué de manière prospective, lorsque la fin d'une relation d'investissement serait imputable à l'investisseur. Il s'agit alors d'une perte de revenus<sup>2610</sup> fiscaux pour l'Etat.

**1401.** Enfin, l'Etat peut faire valoir un préjudice environnemental directement causé par l'activité de l'investisseur et réclamer le paiement de dommages et intérêts pour remettre en l'état un site pollué ou endommagé par des activités fautives de l'investisseur<sup>2611</sup>. Souvent, le préjudice ne sera pas réparé, le Tribunal estimant que l'Etat est à l'origine de la violation d'un accord et de ce fait, responsable de son propre dommage<sup>2612</sup>.

**1402.** Dans cinq cas, le préjudice matériel causé à l'Etat par l'investisseur a été reconnu, soit de manière indépendante dans une sentence spécialement dédiée aux demandes reconventionnelles<sup>2613</sup>, soit en déduisant de la condamnation principale le montant dû par

---

<sup>2606</sup> *M. Meerapfel Söhne AG c. République centrafricaine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/10, sentence (extraits), 12 mai 2011, par. 448.

<sup>2607</sup> *Marco Gavazzi c. Roumanie*, décision sur la compétence et la responsabilité, *op. cit.*, note n° 504, par. 148: « *The Respondent has advanced a counterclaim against the Claimants of USD 20 million (plus costs) for damages, because of the Claimants' alleged failure to comply with their investment obligations and their alleged mismanagement of Socomet, which, according to the Respondent, culminated in Socomet's insolvency, deprived the Respondent of key industrial assets, and led to losses of jobs and local economic decline* ».

<sup>2608</sup> *Urbaser c. Argentine*, sentence, *op. cit.*, note n°430, par. 1215: « *This conclusion is confirmed when Respondent's assessment of alleged damages arising from the violation of the human right to water it invokes is looked at more closely. Respondent measures such damages by calculating the amount of funding AGBA and its shareholders failed to provide* ».

<sup>2609</sup> *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. Congo*, sentence, 8 août 1980, par. 4.107 ; *Paushok c. Mongolie*, sentence, *op. cit.*, note n° 418, par. 678 ; *Supra*, Chapitre 5, paras. 930-935.

<sup>2610</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 340, par. 40.

<sup>2611</sup> *Supra*, Chapitre 5, paras. 1000-1008 (*Affaires Burlington et Perenco c. Equateur*) ; Voir aussi *Aven Costa Rica c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, paras. 699-702.

<sup>2612</sup> *M. Meerapfel Söhne AG c. République centrafricaine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/10, sentence (extraits), 12 mai 2011, par. 448 : « En effet, la suspension des activités de la Demanderesse et l'impossibilité d'opérer étaient la conséquence de la série de mesures prises par la Défenderesse elle-même ayant pour effet d'entraver l'investissement de MMS ».

<sup>2613</sup> *Perenco c. Equateur, Burlington c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155.

l'investisseur à titre reconventionnel<sup>2614</sup>. Dans l'affaire *Balkan Energy*, le Tribunal a en outre prononcé la rupture du contrat de distribution d'électricité aux torts des deux parties<sup>2615</sup> mais néanmoins condamné les deux parties au paiement d'indemnités correspondant à leur faute respective. Dans un cas, le préjudice de l'Etat invoqué à titre reconventionnel n'a pas donné lieu à une réparation financière mais le tribunal a jugé que les deux parties étaient responsables de la violation d'un accord et qu'aucune ne pouvait prétendre à être indemnisée<sup>2616</sup>.

**1403.** Dans la grande majorité des affaires d'investissement où l'Etat a invoqué un préjudice matériel par la voie reconventionnelle, il a également fait état d'un préjudice immatériel dont il demandait réparation.

### *C. Les préjudices extrapatrimoniaux de l'Etat*

**1404.** En droit interne comme en droit international, la catégorie des dommages susceptibles de réparation n'est pas limitée aux préjudices matériels et économiques. Le principe de réparation du préjudice « immatériel »<sup>2617</sup> ou « extrapatrimonial »<sup>2618</sup> est reconnu tant aux personnes privées qu'à l'Etat et inclut le préjudice moral. Le préjudice moral de l'individu est décrit comme « l'atteinte au sentiment d'affection...ou d'honneur d'une personne »<sup>2619</sup>. Malgré la souplesse et l'étendue de cette description, l'invocation d'un préjudice moral par les investisseurs se fait rare<sup>2620</sup> dans le contentieux de l'investissement.

---

<sup>2614</sup> *Zeevi holding c. Bulgarie*, Affaire CCI n° UNC 39/DK, sentence, 25 octobre, par. 1238 ; *MINE c. Guinée*, sentence, 6 janvier, par. 79.

<sup>2615</sup> *Balkan Energy (Ghana) Limited .c Ghana*, (CNUDCI), sentence, *op.cit.*, note n°255, paras. 574-575: « *From the discussion of the facts and the legal arguments set out above the Tribunal can only conclude that both Parties are liable for breach of the PPA. The Claimant is liable for not having completed the testing and commissioning of the Power Station for reasons that, are independent of the Respondent's breach of its own obligations. The latter breaches relate not only to the absence of site electricity and connectivity to the National Grid but also to the questions of false arrest, conversions and trespass and other issues that have been discussed. Although in the end the breaches by both Parties made the process of commissioning more difficult the respective liabilities are of a different kind, intensity and extent. These considerations will be next taken up by the Tribunal in determining damages. When all the elements involved in this dispute are considered in the aggregate it becomes evident for the Tribunal that the PPA no longer serves a purpose and is incapable of governing the relations between the Parties so as to ensure its objectives, A decision of the Tribunal requiring enforcement of the PPA and strict compliance with its terms would, far from settling the dispute, give rise to continuing confrontation between the Parties. In this light the Tribunal's determination that the PPA is valid is accompanied by the final determination that in the circumstances it is nonetheless not enforceable* ».

<sup>2616</sup> *Klöckner c. Cameroun*, sentence, *op. cit.*, note n° 229, par. 90 : « Klöckner a failli à ces obligations. Nous ne décidons pas que ce défaut était dû à une intention frauduleuse. Mais nous concluons que Klöckner a fait montre, envers son partenaire, d'une franchise, d'une candeur, moins que totales, que ce qu'il n'a pas révélé à son partenaire peut avoir décidé le Gouvernement à aller de l'avant avec le projet, et nous décidons donc que Klöckner n'a pas rempli ses obligations de confiance et de loyauté envers son partenaire dans cette opération conjointe ».

<sup>2617</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 333, par. 18.

<sup>2618</sup> Les deux termes sont utilisés par la CDI et se définissent par opposition au préjudice matériel.

<sup>2619</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, note n°199, p. 664.

<sup>2620</sup> J. Cazala, « La réparation du préjudice moral dans le contentieux international de l'investissement », *in Droit international et culture juridique (Mélanges offerts à Charles Leben)*, Pedone, 2015, p. 269.

**1405.** En revanche, lorsque l'Etat se place sur le terrain offensif, il choisit fréquemment de faire valoir un préjudice moral consistant « d'une part, dans la violation *per se* du droit de l'État et, d'autre part, dans l'atteinte à la dignité, à l'honneur ou au prestige de l'État »<sup>2621</sup>. En comparaison avec l'investisseur, la teneur du préjudice moral invoqué par l'Etat présente deux singularités. Premièrement, les standards de caractérisation d'un préjudice moral de l'Etat se distinguent de ceux applicables à l'investisseur (1). Deuxièmement, la procédure arbitrale en ce qu'elle place l'Etat publiquement l'Etat dans une situation de justiciable peut être utilisée par l'Etat comme un fondement juridique pour caractériser un préjudice moral (2).

### *1. Distinction entre le préjudice moral de la personne privée et de l'Etat*

**1406.** L'affaire du *Lusitania*, relative au torpillage d'un navire anglais par un sous-marin allemand en 1915 ayant coûté la vie à plusieurs citoyens américains, a donné l'occasion d'identifier au sein de l'ordre juridique international un principe général de droit en vertu duquel l'individu peut obtenir réparation d'un préjudice moral. Après avoir sondé la teneur du droit civil et de la Common Law reconnaissant le principe que toute atteinte générant un préjudice ouvre un droit à réparation, la Commission mixte des réclamations (Etats-Unis/Allemagne) s'est interrogée sur « la question à nu »<sup>2622</sup> de l'évaluation du préjudice consécutif à la mort, indépendamment de la dimension punitive d'une sanction pouvant être imposée au responsable<sup>2623</sup>. Elle a reconnu que *le droit international* permet à celui qui subit un dommage d'obtenir une compensation pour les « souffrances morales [du plaignant], l'atteinte à ses sentiments, l'humiliation, la honte, la dégradation, la perte de sa position sociale ou l'atteinte portée à son crédit ou à sa réputation »<sup>2624</sup>. Ainsi, l'affaire du *Lusitania* est un point d'ancrage de la reconnaissance internationale du droit de l'individu d'obtenir réparation d'un préjudice immatériel indépendamment des difficultés auxquelles l'évaluation d'un tel préjudice

---

<sup>2621</sup> CDI, « Deuxième rapport sur la responsabilité des États », M. Gaetano Arangio-Ruiz, Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/425 & Corr.1 et Add.1 & Corr.1, ACDI, vol. II (1), 1989, p. 6, par. 14.

<sup>2622</sup> *Lusitania* (1er novembre 1923), RSA, vol. VII, 2006, p. 35: « *In death cases the right of action is for the loss sustained by the claimants, not by the estate. The basis of damages is not the physical or mental suffering of deceased or his loss or the loss to his estate, but the losses resulting to claimants from his death. The enquiry then is: What amount will compensate claimants for such losses? Bearing in mind that we are not concerned with any problems involving the punishment of a wrongdoer but only with the naked question of fixing the amount which will compensate for the wrong done* »).

<sup>2623</sup> *Ibid.*

<sup>2624</sup> *Ibid.*, p. 40 : « *That one injured is, under the rules of international law, entitled to be compensated for an injury inflicted resulting in mental suffering, injury to his feelings, humiliation, shame, degradation, loss of social position or injury to his credit or to his reputation, there can be no doubt, and such compensation should be commensurate to the injury* ») Traduction du greffe de la CIJ dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, par. 18.

peut faire face<sup>2625</sup>.

**1407.** Tout en offrant une contribution majeure à la conceptualisation des dommages susceptibles d'être réparés en droit international, l'affaire *Lusitania* n'épuise pas toutes les interrogations pesant sur la teneur du préjudice immatériel dans le contentieux de la responsabilité et en particulier celui relatif à l'investissement. D'abord, l'affaire *Lusitania* ne définit pas, à proprement parler, le préjudice moral, mais plus largement le préjudice immatériel<sup>2626</sup> de l'individu. Or, la catégorie des dommages immatériels qui comprend le préjudice moral n'est pas identique selon la nature publique ou privée de la victime. Pour l'acteur privé, le dommage extrapatrimonial, entendu par la CDI comme « la perte d'un être cher, du *pretium doloris*, ainsi que de l'atteinte à la personne, à son domicile ou à sa vie privée »<sup>2627</sup>, est sensiblement le même que son dommage moral défini comme « les souffrances causées à l'individu, la perte d'êtres chers ou une injure personnelle associée à une intrusion dans le domicile ou une atteinte à la vie privée »<sup>2628</sup>.

**1408.** Le dommage extrapatrimonial ou « immatériel »<sup>2629</sup> de l'Etat est plus largement caractérisé comme « le dommage causé aux intérêts juridiques d'un État en tant que tels, que ce dommage puisse ou non être considéré comme un dommage moral »<sup>2630</sup>. Il peut s'agir d'atteinte ou d'outrage à la souveraineté, c'est-à-dire les « actes affectant l'honneur, la dignité ou le prestige d'un État »<sup>2631</sup>. La CDI a toujours distingué le dommage moral de l'Etat et de la personne privée et reconnu que « la notion de 'dommage moral' subi par les États est moins claire... [et] implique en réalité ce qui pourrait être décrit comme un préjudice juridique non matériel »<sup>2632</sup>. *A priori*, il est donc difficile de lister les manifestations d'un préjudice moral et plus encore d'assimiler le préjudice moral de l'individu à celui de l'Etat.

**1409.** Deuxièmement, la distinction entre les droits matériels et immatériels de l'Etat n'est pas très nette. Il arrive ainsi que l'Etat allègue avoir subi un préjudice immatériel du fait de la non-

---

<sup>2625</sup> *Ibid* : « le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels et n'est pas une raison qui puisse empêcher une victime d'être indemnisée sous la forme de dommages-intérêts » Traduction du greffe de la CIJ dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, par. 34.

<sup>2626</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012*, p. 333, par. 18.

<sup>2627</sup> CDI, *Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs*, p. 271 : « Le préjudice extrapatrimonial s'entend généralement de la perte d'un être cher, du *pretium doloris*, ainsi que de l'atteinte à la personne, à son domicile ou à sa vie privée. Tout autant que le préjudice matériel subi par l'État lésé, le préjudice extrapatrimonial est susceptible d'évaluation financière et peut faire l'objet d'une demande en indemnisation ».

<sup>2628</sup> *Ibid*, p. 242-243.

<sup>2629</sup> *Ibid*, p. 285.

<sup>2630</sup> *Ibid*, p. 243.

<sup>2631</sup> *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France), RSA*, vol. XX, 1990, p. 267, par. 109.

<sup>2632</sup> CDI, Troisième rapport sur la responsabilité des Etats (J. Crawford), doc n° A.CN/4/507, 52ème session, 2000, par.181.

réalisation ou de la réalisation défectueuse d'un projet d'investissement. Par exemple, dans l'affaire *Benvenuti c. Congo*, le Congo demandait à titre reconventionnel réparation de son préjudice moral né de l'inaboutissement de l'usine de production d'eau potable par l'investisseur avec lequel il avait contracté<sup>2633</sup>. Le Tribunal a refusé l'indemnisation de ce préjudice, expliquant que le Congo était à l'origine de l'échec du projet et qu'en tout état de cause, il n'y avait pas de fondement juridique pour caractériser l'existence d'un préjudice moral<sup>2634</sup>.

**1410.** Le risque de confusion des droits matériels et immatériels est encore plus important pour l'investisseur. Celui-ci est en effet protégé par des standards tels que le traitement juste et équitable et la sécurité pleine et entière qui ne distinguent pas toujours clairement la protection de l'investisseur et celle de l'investissement<sup>2635</sup>. C'est pourquoi, contrairement à l'avis de la CIJ pour laquelle « un préjudice immatériel peut être établi même en l'absence d'éléments de preuve précis »<sup>2636</sup>, le contentieux de l'investissement a développé des exigences accrues pour ouvrir un droit à réparation du préjudice moral de l'investisseur. La réparation de celui-ci demeure exceptionnelle. Son analyse est pertinente puisque certains tribunaux n'ont pas hésité à s'inspirer des critères de réparation du préjudice moral de l'investisseur pour déterminer ceux de l'Etat.

**1411.** L'affaire *Lemire c. Ukraine*, couramment commentée par la doctrine<sup>2637</sup> a établi à cet

---

<sup>2633</sup> *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, sentence CIRDI, par. 4.120: « *The Government argues as to this point [intangible loss] that: It is in possession of an unfinished plant for the production of table water, which does not conform to the contractual specifications and does not comply with sanitary standards which are essential since the product is destined for human consumption. — it has been abandoned by the industrial partner with which, in good faith, it had entered into a common industrial venture and whose presence was essential to ensure the technical management of the plant. — it finds itself, furthermore, unjustly brought before an international court, which, for a State, is particularly serious* ».

<sup>2634</sup> *Ibid*, paras. 4.121-122.: « *It has not been shown that the construction of the plant of which the Government took possession was unfinished, or that the water was not fit for consumption. Furthermore, it was emphasized above that it was as a result of the Government's own conduct that the representative of its Italian partner left the Congo and that B&B considered itself obliged to commence arbitral proceedings...The Tribunal considers therefore that there is no question of the Government having suffered 'prejudice moral' and that for this reason its counterclaim has no basis in law at all* ».

<sup>2635</sup> A. Newcombe & L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer, 2009, p. 263 : « *[I]t is unlikely that an individual investor would be able to claim a breach of fair and equitable treatment for measures that affect the individual investor personally with no concomitant effect on the investment* ».

<sup>2636</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 334, par. 21.

<sup>2637</sup> J.P Moyano García, « Moral Damages in Investment Arbitration: Diverging Trends », *JIDS*, vol. 6, n°3, 2015, p. 485; P. Dumberry, « Moral Damages », *In Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Arbitration*, Brill | Nijhoff, 2018, p. 142 ; S. Jagusch & T. Sebastian, « Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing », *Arbitration international*, vol. 29, n°1, 2013, p. 45 ; J. Cazala, « La réparation du préjudice moral dans le contentieux international de l'investissement », *op. cit.*, note 2620, p. 269.

égard un « *high threshold* »<sup>2638</sup>, « *a demanding test* »<sup>2639</sup> pour indemniser le préjudice moral de l'investisseur. Formulant le droit de réparation d'un préjudice moral de manière négative (« *as a general rule, moral damages are not available to a party injured by the wrongful acts of a State* »<sup>2640</sup>) le Tribunal a jugé que le préjudice moral de l'investisseur serait indemnisé en cas exceptionnels<sup>2641</sup> à condition que « *the State's actions imply physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilized nations are expected to act; [causing] a deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position; and - both cause and effect are grave or substantial* »<sup>2642</sup>. Il ressort de cet extrait que le dommage moral de l'investisseur ouvre un droit à réparation distinct si le comportement de l'Etat a été coercitif, impliquant une forme de contrainte physique de manière incompatible avec les normes acceptées par les nations ; il faut en outre que ce comportement ait causé une souffrance importante qui faisait défaut en l'espèce<sup>2643</sup>.

**1412.** En application des critères établis par l'affaire *Lemire*, le Tribunal dans l'affaire *Bernhard von Pezold c. Zimbabwe* a reconnu le préjudice moral d'un investisseur intervenu lors de l'expropriation de terres agricoles. L'affaire prenait place dans le contexte de réformes postcoloniales visant à abolir le statut privilégié des colons et de leurs descendants majoritairement propriétaires des terres. Au moment de ces réformes, ces terres faisaient régulièrement l'objet d'incursion par des milices (« *wars-veterans* ») lesquelles recevaient un certain appui logistique du gouvernement. Sur la base du témoignage de l'investisseur qui alléguait avoir été menacé à l'arme, kidnappé et tabassé par ces dernières, le Tribunal a accepté de réparer le préjudice moral, considérant que ce dernier avait effectivement été soumis à un grand stress et à de l'anxiété<sup>2644</sup>.

<sup>2638</sup> P. Dumberry, « Moral Damages », *op. cit.*, note 2637, p. 154.

<sup>2639</sup> S. Jagusch & T. Sebastian, « Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing », *op. cit.*, note 2637, p. 54.

<sup>2640</sup> *Joseph Charles Lemire c. Ukraine (II)*, Affaire CIRDI n° ARB/06/18, sentence, 28 mars 2011, par. 333 (En l'espèce, l'investisseur réclamait indemnisation du préjudice moral qu'il aurait subi du fait d'allocations illégales de licences de radio-diffusion à des tiers, d'inspections répétées des autorités gouvernementales, et de l'imposition de pénalités abusives pour demande de renouvellement des droits de diffusion).

<sup>2641</sup> *Ibid.*

<sup>2642</sup> *Ibid.*

<sup>2643</sup> *Ibid.*, par. 337: « *Claimant did not suffered extraordinary stress or anxiety - especially since Mr. Lemire is an experienced professional and a seasoned entrepreneur* ».

<sup>2644</sup> *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*, Affaire CIRDI n° ARB/10/15, sentence, 28 juillet 2015, par. 920: « *First, the threats of, and actual, physical violence and detainment that Heinrich reported clearly contravene the conduct expected of states. Even if the Respondent did not directly perpetrate these actions, the failure of the police to protect Heinrich von Pezold from the Settlers/War Veterans over so many years falls short of the conduct*

**1413.** Quoiqu'exceptionnel, le droit à réparation du préjudice moral de l'investisseur s'est ultérieurement élargi aux personnes morales dans l'affaire *Desert Line c. Yémen*. Par cette sentence inédite, relative aux impayés de plusieurs contrats de construction d'un vaste réseau autoroutier au Yémen, le Tribunal a accepté d'indemniser l'entreprise du préjudice moral subi par ses agents, causé par des mesures d'intimidation et de contraintes physiques sur les sites de construction et ce, sur la base du caractère exceptionnel de l'affaire<sup>2645</sup>.

**1414.** Entendu de cette manière, il ressort que le préjudice moral de l'investisseur (personne morale ou personne physique) susceptible d'ouvrir un droit à réparation est soumis à un niveau élevé d'exigence. La teneur du préjudice moral dépend de la nature du sujet concerné ou du lien entre l'agent et l'entité qui le contrôle.

**1415.** Toutefois, les exigences d'infliction de « grand stress », « d'anxiété » ou de « contrainte physique » ne sauraient être appliquées telles quelles à la figure étatique souveraine. Ainsi, dans la plus grande majorité des cas, les tribunaux ayant refusé d'indemniser le préjudice moral de l'Etat ne se sont pas placés sur le terrain de l'absence de « circonstances exceptionnelles » pour exclure la réparation<sup>2646</sup>.

**1416.** L'affaire *Europe Cement c. Turquie* fait néanmoins figure d'exception en ayant transposé les standards de caractérisation du préjudice moral de l'investisseur à l'Etat, assimilant l'un à l'autre sans considération pour la nature étatique et souveraine de la partie lésée. Dans cette affaire, la Turquie réclamait un million de dollars de compensation pour le préjudice moral

---

*expected of states. Heinrich was entitled to expect the full protection of the law. He did not receive it. Secondly, the events caused Heinrich considerable stress and anxiety. Heinrich not only worried about his own safety but the safety of his staff. It must be remembered that the events contributing to this stress stretched over a number of years ».*

<sup>2645</sup> *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, Affaire CIRDI n° ARB/05/17, sentence, 6 février 2008, paras. 289-290 : « Even if investment treaties primarily aim at protecting property and economic values, they do not exclude, as such, that a party may, in exceptional circumstances, ask for compensation for moral damages....The Arbitral Tribunal finds that the violation of the BIT by the Respondent, in particular the physical duress exerted on the executives of the Claimant, was malicious and is therefore constitutive of a fault-based liability...its prejudice was substantial since it affected the physical health of the Claimant's executives and the Claimant's credit and reputation ».

<sup>2646</sup> *Limited liability Company Amtco c. Ukraine*, Chambre de commerce de Stockholm, 2008, par. 118: « The Respondent has not presented any basis in this applicable law for a claim of nonmaterial injury to reputation based on the allegations made before an Arbitral Tribunal. Accordingly, the Arbitral Tribunal finds that there is no basis for a counterclaim of this nature and it is accordingly dismissed » ; *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/77/2, sentence, 8 août 1980, par. 4.122 : « it was emphasized above that it was as a result of the government's own conduct that the representative of its Italian partner left the Congo...The tribunal considers therefore that there is no question of the Government having suffered « prejudice moral » and that for this reason its counterclaim has no basis in law at all » ; *RSM Production Corporation c. République Centrafricaine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/2, sentence sur la compétence et la responsabilité, 7 décembre 2010, par. 258: « En la forme : le Tribunal ne peut que déclarer recevable la Demande reconventionnelle de la RCA. Sur le fond : le Tribunal n'a pu relever aucune faute à la charge de RSM, ni aucun préjudice qu'elle aurait causé à la RCA. Il note par ailleurs que la RCA n'a pas rapporté la preuve d'un tel préjudice pas plus que les éléments qui ont conduit à le chiffrer à 400 850 000 Euros, d'une part, et 2 750 000 Euros, d'autre part ».

causé à sa « *reputation and international standing* »<sup>2647</sup> du fait de l'engagement d'une procédure arbitrale à son encontre « sans fondement »<sup>2648</sup>. En l'espèce, la Turquie reprochait à l'investisseur d'avoir fourni des documents frauduleux pour établir la titularité d'actions dans une entreprise et bénéficiaire de la protection du Traité sur la Charte de l'Energie. Après avoir constaté que l'investisseur n'était effectivement pas titulaire des droits et rejeté sa compétence, il revenait au Tribunal de se prononcer sur les demandes turques visant à obtenir d'une part une « déclaration » du Tribunal que la réclamation était « manifestement infondée et obtenue par des documents falsifiés »<sup>2649</sup> et d'autre part, une réparation du préjudice moral causé par la procédure.

**1417.** Le Tribunal a reconnu que d'une manière générale, « *conduct that involves fraud and an abuse of process deserves condemnation* »<sup>2650</sup> et qu'en l'espèce l'action intentée était manifestement frauduleuse<sup>2651</sup>. Mais d'après un raisonnement qui n'est pas exempt de critique, il refusa d'octroyer une indemnisation financière du préjudice moral au motif que « *it [did] not consider that exceptional circumstances such as physical duress [were] present in this case to justify moral damages* »<sup>2652</sup>. En revanche, au sujet du dommage pour l'atteinte à la réputation, celui-ci ajouta que « *[t]he Tribunal believes that any potential reputational damage suffered by the Respondent will be remedied by the reasoning and conclusions set out in this Award, including an award of costs. This provides a form of "satisfaction" for the Respondent. In the circumstances, therefore, the Tribunal decides not to make a monetary award of compensation to the Respondent* »<sup>2653</sup>. A lire cet extrait, il ressort que l'indemnisation financière du préjudice moral de l'Etat est exclue puisqu'elle ne relève pas des circonstances exceptionnelles créées par la contrainte physique ou mentale nécessaire à la caractérisation du préjudice moral. Mais, selon le tribunal, l'atteinte à la réputation, qui semble donc ici être envisagée comme un préjudice distinct du préjudice moral, serait en l'espèce réparé par le rejet des réclamations à titre principal et l'allocation des coûts de la procédure à l'investisseur ayant agi de manière frauduleuse. La distinction entre préjudice moral et atteinte à la réputation pour octroyer un droit à l'indemnisation est fragile.

**1418.** Premièrement, il est difficile d'envisager comment les critères de caractérisation du

---

<sup>2647</sup>*Europe Cement Investment and Trade S.A. c. Turquie*, Affaire CIRDI n° ARB (AF)/07/2, sentence, 13 août 2009, par. 177.

<sup>2648</sup>*Ibid.*

<sup>2649</sup>*Ibid.*, par. 146: « It requests a declaration "that the claim is manifestly ill-founded and has been asserted using inauthentic documents ».

<sup>2650</sup>*Ibid.*, par. 180.

<sup>2651</sup>*Ibid.*, par. 185.

<sup>2652</sup>*Ibid.*, par. 181.

<sup>2653</sup>*Ibid.*

préjudice moral réparable de l'investisseur (contrainte physique, émotionnelle et psychologique importante) peuvent être transposés à un Etat, entité abstraite et souveraine (faudrait-il que l'Etat fasse l'objet d'une agression armée par l'investisseur ?). D'autre part, il n'y a pas lieu, au regard du droit de la responsabilité internationale, de distinguer entre « les atteintes à la réputation » de l'Etat et le dommage moral. L'un appartient à l'autre et tous les deux font partie, selon la CDI, à la catégorie des dommages immatériels qui inclut « le dommage causé aux intérêts juridiques d'un État en tant que tels, que ce dommage puisse ou non être considéré comme un dommage 'moral' »<sup>2654</sup>.

**1419.** Deuxièmement, en optant comme il le fait pour « la satisfaction » (« *This provides a form of 'satisfaction' for the Respondent* »), c'est bien le préjudice moral que le Tribunal arbitral prétend réparer. C'est là, selon la CDI, « l'objet de la satisfaction »<sup>2655</sup> qui est de réparer « le 'préjudice moral' causé à un État, c'est-à-dire l'affront ou le préjudice causé par une violation de droits non accompagnée d'un dommage réel aux biens ou aux personnes »<sup>2656</sup>. Enfin, et surtout, le fait de décliner sa compétence au motif que l'investisseur avait frauduleusement tenté de caractériser son investissement ne « répare » pas le préjudice allégué. Face aux agissements frauduleux de l'investisseur, le tribunal avait *l'obligation* de décliner sa compétence pour irrecevabilité. Or, la déclaration d'incompétence n'est pas assimilable à « une déclaration d'illicéité » laquelle est « la forme la plus fréquente »<sup>2657</sup> de satisfaction du dommage moral de l'Etat.

**1420.** Fort heureusement, d'autres sentences sont plus fidèles aux exigences de la satisfaction et du droit international de la responsabilité. Dans l'affaire *Cementownia Nowa Huta S.A. c. Turquie*, impliquant le même traité et le même Etat et aux prises avec un problème similaire lié à l'abus de procédure<sup>2658</sup>, le Tribunal a considéré qu'il était justifié « *to go beyond the general sanction and to declare that the Claimant has brought a fraudulent claim against the Republic of Turkey* »<sup>2659</sup>. Le Tribunal a lui aussi refusé d'octroyer une indemnisation financière mais a accepté de réparer le dommage moral sous la forme d'une satisfaction « destinée à réparer les

---

<sup>2654</sup> CDI, Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs, p. 243.

<sup>2655</sup> *Ibid.*

<sup>2656</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>2657</sup> *Ibid.*, p. 281.

<sup>2658</sup> « [U]tilisation d'instruments et de prérogatives procédurales par une ou plusieurs parties à l'instance dans une intention frauduleuse, dilatoire ou frivole, dans l'intention de nuire ou de s'assurer un avantage illégitime...généralement à toute fin détournée du but en vue duquel les droits procéduraux ont été institués. » R. Kolb, *La bonne foi en droit international public contribution à l'étude des principes généraux de droit*, op. cit. note n°763, p. 637.

<sup>2659</sup> CDI, Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs, p. 281.

dommages [in]susceptibles d'évaluation financière »<sup>2660</sup>. Celui-ci a donc déclaré l'illicéité du comportement de l'investisseur en des termes clairs : « *Claimant intentionally and in bad faith abused the arbitration... This constitutes indeed an abuse of process ... [and] Claimant is guilty of procedural misconduct* »<sup>2661</sup>.

**1421.** Toutefois, à l'instar de l'affaire *Europe Cement c. Turquie*, il a également été jugé que l'attribution de l'ensemble des coûts de la procédure à l'investisseur constituait « *a general sanction* » suffisante pour l'abus de procédure<sup>2662</sup>. Ces positions sont discutables. Il n'est pas certain que l'attribution des coûts d'une procédure constitue une forme de réparation adéquate. Premièrement, il n'y a pas lieu de déduire du caractère asymétrique des obligations d'un traité, une forme d'asymétrie processuelle en vertu de laquelle l'administration de la justice et les règlements de procédure leur étant applicables ne placeraient pas les deux parties sur un pied d'égalité. Il semble être ici suggérer que le fait pour un investisseur « de ne pas gagner » et de devoir payer les coûts de la procédure constituerait une « sanction » suffisante au regard des chances qu'il aurait eu de gagner. Toutefois, une telle approche revient à déduire de l'asymétrie matérielle des traités une forme d'asymétrie processuelle des parties au procès alors que lorsqu'elles décident d'accéder aux prétoires internationaux, les parties sont sur un strict pied d'égalité et disposent bien de droits et d'obligations analogues. En outre, contrairement à l'article 64 du Statut de la CIJ en vertu duquel « [s]'il n'en est autrement décidé par la Cour, chaque partie supporte ses frais de procédure », les tribunaux d'investissement ont un plus grand pouvoir discrétionnaire en la matière. Ceux-ci convoquent régulièrement le « principe généralement reconnu selon lequel la partie succombant doit supporter les frais de la procédure »<sup>2663</sup>. En vertu de ce principe, l'investisseur qui n'a pas su prouver l'existence d'un investissement protégé, et qui a en outre utilisé des documents frauduleux, aurait naturellement

---

<sup>2660</sup> CDI, *Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs*, pp. 284-285 (« la satisfaction est destinée à réparer ces dommages qui, n'étant pas susceptibles d'évaluation financière, constituent un affront pour l'État »).

<sup>2661</sup> *Cementownia « Nowa Huta » S.A. c. Turquie (I)*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/06/2, sentence, 17 septembre 2009, par. 159.

<sup>2662</sup> *Ibid*, paras. 170-171 (« Respondent requests, in the case at hand, that the Arbitral Tribunal grant compensation for moral damages based merely on a general principle, i.e., abuse of process. It is doubtful that such a general principle may constitute a sufficient legal basis for granting compensation for moral damages. In any event, such compensation goes clearly beyond the general sanction of awarding the total costs on the responsible Party, a sanction that is based on Article 58(1) of the Arbitration (Additional Facility) Rules. A symbolic compensation for moral damages may indeed aim at indicating a condemnation for abuse of process. However, in the case at hand, the Arbitral Tribunal deems it more appropriate to sanction the Claimant with respect to the allocation of costs »).

<sup>2663</sup> *Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. Algérie*, Affaire CPA n° 2017-33, sentence finale, 3 février 2020 ; N. Rubins, « The allocation of costs and Attorney's Fees in Investor-State Arbitration », *ICSID Review*, vol. 18, p. 109 ; Voir aussi l'article 42 du Règlement CNDCI : « 1. Les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie ou des parties qui succombent. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce. ».

payé l'ensemble des coûts de la procédure *que l'Etat ait ou non invoqué un préjudice*. Dans ces circonstances, il est douteux de considérer que l'attribution des coûts serve l'objectif de réparation du préjudice associé à l'abus de droit.

**1422.** Deuxièmement, la lecture de ces jurisprudences nous enseigne toutefois que la procédure d'arbitrage en elle-même, peut être utilisée par l'Etat comme fondement d'une demande de réparation d'un préjudice qui prendra le plus souvent la forme d'un préjudice moral. Mais elle ne saurait suivre les exigences applicables à la détermination du préjudice moral de l'investisseur puisque les parties ne sont pas de même nature. Si la Turquie dans ces affaires n'avait pas formellement soumis de demande reconventionnelle<sup>2664</sup>, d'autres Etats n'ont pas manqué de le faire. Ces affaires suscitent des questions intéressantes sur la teneur des préjudices dont l'Etat peut se prévaloir.

## *2. L'atteinte à la réputation née de l'engagement d'une procédure arbitrale*

**1423.** Placé en position de « perpétuel défendeur »<sup>2665</sup>, l'Etat peut utiliser l'engagement d'une procédure arbitrale contre lui comme fondement d'un préjudice dont il entend obtenir réparation à titre reconventionnel. A titre d'exemple, dans l'affaire *RSM c. la République centrafricaine* (RCA), la RCA invoquait à titre reconventionnel un préjudice moral au motif que le demandeur avait « de manière intempestive engagé des procédures juridictionnelles contre la RCA ; s'[était] livré à une campagne d'intoxication et de lobbying contre la RCA ; Que son représentant légal a eu des attitudes et tenu des propos vexatoires et frustratoires à l'endroit des autorités centrafricaines ; Que les procédures engagées par RSM contre la RCA ne l'ont été que dans la seule intention malveillante de nuire à la mise en valeur du bassin sédimentaire de la RCA ; Que la RCA est paralysée par les campagnes et procédures intempestives de la RSM »<sup>2666</sup>. De même, dans l'affaire *Patrick Mitchell c. Congo*, le Congo considérait que les poursuites de l'investisseur constituaient une « *attack to the good reputation to the DRC* »<sup>2667</sup>. Dans ces deux affaires, les tribunaux ont rejeté au fond les demandes reconventionnelles après avoir constaté que les Etats avaient violé leurs engagements à l'égard de l'investisseur et qu'ils

---

<sup>2664</sup> *Europe Cement Investment and Trade S.A. c. Turquie*, Affaire CIRDI n° ARB (AF)/07/2, sentence, 13 août 2009, par. 180 (Le Tribunal a d'ailleurs constaté que la demande turque « *comes close to an ancillary claim under Article 47 of the Arbitration (Additional Facility) Rules* »).

<sup>2665</sup> M. Toral & T. Schultz, « The State a perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations », *op. cit.* note n° 376.

<sup>2666</sup> *RSM Production Corporation c. République centrafricaine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/2, sentence sur la compétence et la responsabilité, 7 décembre 2010, par. 253.

<sup>2667</sup> *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/99/7, sentence finance, 9 février 2004, par. 96.

étaient responsables de leur propre dommage<sup>2668</sup>.

**1424.** Ces affaires soulèvent un aspect intéressant quant à la teneur – et la singularité – du préjudice immatériel de l'Etat par rapport à ceux de l'investisseur. En effet, plusieurs Etats font valoir que l'engagement de poursuites à leur encontre peut générer une atteinte à leur réputation et, en particulier, amoindrir leur attractivité au regard de la communauté des investisseurs étrangers. L'argument n'est pas factice mais peine à être reconnu par les tribunaux arbitraux<sup>2669</sup>.

**1425.** Dans l'affaire *Lundin Tunisia c. Tunisie*, la Tunisie demandait réparation du préjudice moral arguant que par cette procédure, l'investisseur avait « port[é] atteinte à son image auprès de la communauté internationale et d'investisseurs »<sup>2670</sup>. Le Tribunal a d'abord « reconn[u] l'importance de l'image d'un pays pour établir son attractivité auprès des investisseurs étrangers comme destination stable et sûre pour leurs investissements...[et] compr[is] également l'impact négatif que pourrait avoir un arbitrage international d'investissement sur la perception du climat des investissements dans un pays »<sup>2671</sup>. Il a toutefois refusé d'indemniser ce préjudice aux motifs « que des demandes de dommages-intérêts pour dommage moral sont très rares dans le contentieux de l'investissement international »<sup>2672</sup> et que l'investisseur n'avait commis aucune faute à l'égard de l'Etat<sup>2673</sup>.

**1426.** Il faut bien reconnaître qu'en activant la procédure contentieuse, l'investisseur ne fait que faire valoir le droit qui lui est reconnu par l'Etat de soumettre ses différends à l'arbitrage. Pour cette raison, les tribunaux internationaux rejettent le principe d'une indemnisation de ce type de préjudice. Par exemple, le Tribunal arbitral dans l'affaire *Africard Co Ltd. c. Niger*, a estimé la demande reconventionnelle du Niger recevable mais, se prononçant sur le fond de celle-ci, a observé que « c'est légitimement et légalement, par la mise en œuvre de la clause compromissoire insérée à [la convention], que [l'investisseur] poursuit et défend ses droits et

---

<sup>2668</sup> *Ibid*, par. 97: « In view of the Tribunal's conclusion that Claimant has been the victim of an expropriation in violation of Article III(1) of the BIT and that Respondent shall be required to pay Claimant an appropriate compensation, the Tribunal concludes that the counter-claim is not founded in the light of the outcome of this dispute. The allocation of costs will be dealt with below » ; *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, sentence, par. 4.121: « Furthermore, it was emphasized above that it was as a result of the Government's own conduct that the representative of its Italian partner left the Congo and that B&B considered itself obliged to commence arbitral proceedings ».

<sup>2669</sup> *Amtó c. Ukraine*, sentence, par. 35, *M. Meerapfel Söhne AG c. République centrafricaine*, sentence (extraits), par. 450 : « le principe du dommage moral est reconnu dans le cadre de l'arbitrage international sous réserve que le dommage soit intervenu dans certaines circonstances déterminées ».

<sup>2670</sup> *Lundin Tunisia B. C. c. Tunisie*, Affaire CIRDI n° ARB/12/30, sentence (extraits), 22 décembre 2015, par. 378.

<sup>2671</sup> *Ibid*, par. 379.

<sup>2672</sup> *Ibid*, par. 374.

<sup>2673</sup> *Ibid*, paras. 379-380 : « Il ressort cependant des décisions du Tribunal après un examen des griefs et des arguments des parties, que la Demanderesse n'a pas eu un comportement fautif ou abusif, en introduisant un arbitrage CIRDI dont le droit lui était reconnu par la Convention [Z] pour régler les différends l'opposant à la Défenderesse. En conséquence, le Tribunal rejette la demande de dommages-intérêts pour dommage moral ».

intérêts lésés contre le Défendeur devant le présent tribunal arbitral qui est et demeure seul compétent en l'espèce pour connaître... du présent différend. »<sup>2674</sup>. De même, le Tribunal dans l'affaire *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou* n'a pas considéré que les huit actions portées par les différentes entités d'un même groupe d'investisseurs américains devant les juridictions nationales puis internationales justifiaient de réparer le préjudice moral prétendument causé<sup>2675</sup>.

**1427.** Indépendamment de la question de savoir si la conclusion de TBI contribue effectivement à l'attractivité d'un Etat, il est envisageable, en fonction des circonstances, de considérer que l'engagement d'une procédure contre l'Etat peut être perçue comme un signal négatif, indiquant que l'Etat ne respecte pas ses engagements internationaux. Ainsi, dans l'affaire précitée, le Pérou avait vainement reproché à l'investisseur de l'avoir décrédibilisé dans plusieurs interviews et tenté de dissuader les autorités américaines de signer un accord de libre-échange avec lui<sup>2676</sup>. Au moins une étude a relevé que l'apparition répétée d'un Etat devant les tribunaux arbitraux avait débouché sur une perte substantielle de capitaux étrangers<sup>2677</sup>. D'autres se sont également interrogés sur l'effet négatif de la transparence qui accompagne ce contentieux et qui place l'Etat au cœur de l'actualité juridique<sup>2678</sup> en perpétuelle position de défendeur. Par exemple, les déclarations négatives d'un investisseur internationalement protégé par un traité sur le traitement de l'Etat d'accueil peuvent-elles être considérées comme un affront ou une atteinte à la réputation de l'Etat lorsque celles-ci sont faites avant ou en dehors d'une procédure arbitrale que l'investisseur peut choisir d'engager ? La question mérite d'être posée et ne peut être tranchée de manière catégorique<sup>2679</sup>.

**1428.** Il faut toutefois se garder d'assimiler les atteintes à la réputation de l'Etat à celles d'un investisseur<sup>2680</sup>. L'étendue de leur réputation respective concerne une communauté distincte. Une campagne de dénigrement touche l'investisseur « auprès d'un groupe social plus ou moins

---

<sup>2674</sup> *Africard Co Ltd. c. Niger*, Affaire CCJA n° 003/2013/ARB, sentence finale, 6 décembre 2014, par. 63.

<sup>2675</sup> *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/10/17, sentence, février 2014, par. 509.

<sup>2676</sup> *Ibid*, par. 509.

<sup>2677</sup> T. Allee & C. Peinhardt, « Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment », *International Organization*, vol. 65, 2011, p. 428: « when we then explore the record of BIT-signatory governments who have appeared before ICSID, we find that they experience substantial losses in FDI ».

<sup>2678</sup> J.P. Moyano García, « Moral Damages in Investment Arbitration: Diverging Trends », *op.cit.*, note n°2637, p. 516.

<sup>2679</sup> P. Dumberry, « Moral damages », *op. cit.* note n° 2637, p. 166.: « It is not easy to envisage any situation where a State would be able to demonstrate in the context of on-going arbitration proceedings that it lost a quantifiable and precise amount of foreign investments directly linked to the specific claim brought by the investor in that case. It may be that a State will lose investments over time as a result of many proceedings brought by different claimants. Yet, the actual quantification of any such loss may be problematic. It will be even harder to show that any such lost investment is directly linked to one specific proceeding. Such linkage may only be possible to demonstrate years after the end of that case. »

<sup>2680</sup> J. Cazala, « La réparation du préjudice moral dans le contentieux international de l'investissement », *op. cit.*, note, p. 272.

large et déterminé »<sup>2681</sup> alors que l'atteinte à la réputation de l'Etat peut être caractérisée à l'égard d'une communauté plus large, celles des investisseurs étrangers et celles des Etats parties aux accords d'investissement. Surtout, l'atteinte à la réputation d'un investisseur comporte très souvent une dimension patrimoniale<sup>2682</sup> qui devraient plutôt être indemnisée dans le cadre de son préjudice économique<sup>2683</sup>. Il serait sans doute plus avantageux qu'un Etat évalue de manière économique les effets d'une atteinte à sa réputation. Le fait pour un Etat d'être publiquement accusé de ne pas respecter les standards de protection des étrangers peut le pénaliser dans certaines institutions et par exemple, compliquer la négociation des mécanismes de garanties des investissements<sup>2684</sup> et en accroître les exigences. L'Etat pourrait à ce titre être indemnisé d'un préjudice immatériel en rapportant une appréciation quantifiée de l'effet de l'atteinte à sa réputation. Si une telle évaluation n'est pas possible, la réparation par satisfaction peut sembler opportune pour réparer une variété de dommages immatériels qui ne sont pas susceptibles d'évaluation financière mais qui portent atteinte aux intérêts de l'Etat.

**1429.** Pour conclure cette première section, il ressort que la caractérisation du dommage est une étape nécessaire pour ouvrir un droit à réparation du préjudice matériel ou immatériel de l'Etat. Ce dernier doit cependant être plus rigoureux sur la manière dont il le caractérise. Il y a nécessité d'identifier un fondement juridique et une violation. Le cas du préjudice moral et de l'atteinte à la réputation qui appartiennent aux dommages si difficiles à évaluer doivent toutefois clairement distinguer la nature étatique ou privée de la victime<sup>2685</sup>. Mais quand bien même l'Etat satisfait toutes les exigences lui ouvrant un droit à réparation, le dommage à lui seul ne permet pas de déterminer les principes applicables et les formes de réparation appropriées. C'est alors vers la nature des obligations violées et celle du tribunal saisi qu'il faut se tourner pour déterminer « la nature et l'étendue de la réparation »<sup>2686</sup>.

---

<sup>2681</sup> *Ibid.*

<sup>2682</sup> *Ibid.*, p 278.

<sup>2683</sup> P. Dumberry, « Moral Damages », *op.cit.*, note n° 2637, p. 151.

<sup>2684</sup> P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *op. cit.*, note n° 1538, p. 63 . Au sujet des modalités d'octroi des garanties des investissements, l'auteur explique que la France avait établi plusieurs catégories d'Etat. Pour les Etats refusant de signer avec la France des accords internationaux « la considération déterminante sur laquelle se fondera ledit ministre, pour accorder ou ne pas accorder cette dérogation, tient au caractère du traitement accordé aux investissements étrangers: si ce traitement est satisfaisant, la dérogation sera accordée; si ce traitement n'est pas satisfaisant, la dérogation ne sera pas accordée ».

<sup>2685</sup> *Usine de Chorzów, compétence, C.P.J.I., série A*, n° 9, 1927, p. 28 : « [I]es droits ou intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'Etat auxquels le même acte peut également porter atteinte. Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique en substance avec celui que l'Etat subira ; il ne peut que fournir une mesure convenable de la réparation due à l'Etat ».

<sup>2686</sup> *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, 1 mai 1925, *RSA*, vol. II, p. 642 (« La responsabilité est le corollaire nécessaire du droit. Tous droits d'ordre international ont pour conséquence une responsabilité internationale. La responsabilité entraîne comme conséquence l'obligation d'accorder une réparation au cas où l'obligation n'aurait pas été remplie. Reste à examiner « la nature et l'étendue de la réparation »).

## *Section 2 Principes encadrant la réparation du préjudice de l'Etat demandeur reconventionnel*

**1430.** Les principes applicables à la réparation du préjudice invoqué dans une demande reconventionnelle sont à l'image de l'arbitrage transnational « au carrefour du droit public et du droit privé, du droit interne et du droit international »<sup>2687</sup> et dépendent de deux facteurs distincts. Afin d'éviter un cloisonnement des questions de responsabilité et de réparation, il faut une unité entre responsabilité, droit applicable et réparation. D'autre part, il faut que cette réparation soit conforme avec la nature internationale du mandat arbitral. Ainsi, le régime de responsabilité engagée (I) comme la nature internationale du tribunal arbitral (II) servent de balises dans la détermination des formes de réparation.

### *I. L'unité entre les formes de réparation, le droit applicable au fond et la responsabilité*

**1431.** Les principes de la réparation du dommage sont déterminés par le droit applicable au différend d'investissement<sup>2688</sup>. Toutefois, ainsi qu'il a été expliqué<sup>2689</sup>, il est possible que la connexité entre une demande principale et reconventionnelle fasse intervenir un autre instrument que celui sur lequel se fonde l'investisseur à titre principal. C'est alors le droit applicable à cet instrument, sur lequel s'appuie la demande reconventionnelle, qui gouverne la réparation et peut donc exiger que le tribunal applique simultanément deux régimes de responsabilité distincts. Pour que les formes coutumières de réparation prévues par le droit international de la responsabilité trouvent application, l'Etat doit établir un fait internationalement illicite (A). S'il se fonde sur la violation d'une obligation non-conventionnelle c'est alors le régime de responsabilité prévu par le droit interne, dans la mesure de sa compatibilité avec le droit international, qui trouvera application (B).

#### *A. Les conséquences du fait internationalement illicite de l'investisseur sont encadrées par le droit de la responsabilité internationale*

**1432.** Les formes de réparation prévues par le droit international de la responsabilité trouveront application chaque fois que le fait internationalement illicite de l'investisseur cause un

---

<sup>2687</sup> F. Latty, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2008, vol. 54, p. 472.

<sup>2688</sup> J.K. Sharpe & M. Jacob, « Counterclaims and State Claims », *In Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, C. Beharry (dir.), Brill, 2018, p. 363.

<sup>2689</sup> *Supra*, Chapitre 4, paras. 727, 768- 785.

préjudice à l'Etat. D'aucuns relèvent qu'en l'absence d'obligations internationales prévues dans les accords d'investissement, l'Etat sera dans la plus grande difficulté pour demander la réparation d'un dommage par la voie reconventionnelle<sup>2690</sup>. Toutefois, ainsi qu'il l'a été démontré, les probabilités que les agissements de l'investisseur puissent générer une responsabilité internationale sont de plus en plus tangibles<sup>2691</sup>. Elles s'affirment peu à peu dans la rédaction des traités porteurs d'obligations à la charge de l'investisseur<sup>2692</sup>, dans la jurisprudence reconnaissant une subjectivité internationale de l'investisseur et dans le développement normatif faisant de l'entreprise transnationale un partenaire d'exécution des obligations internationales en matière de droits de l'homme et de l'environnement<sup>2693</sup>. L'Etat demandeur reconventionnel peut explicitement inviter le tribunal à déterminer les conséquences des illicéités commises par l'investisseur au regard du droit de la responsabilité internationale. L'argumentation costaricaine dans l'affaire *Aven c. Costa Rica* en offre une illustration claire puisque l'Etat invitait le Tribunal à appliqué par analogie les principes de la responsabilité internationale des Etats<sup>2694</sup>.

**1433.** Dès lors, en jetant un regard prospectif sur les différends qui pourraient naître des accords internationaux intégrant de manière explicite des obligations à la charge de l'investisseur, il est tout à fait envisageable que les conséquences de sa responsabilité soient celles prévues par le droit international, à savoir la restitution, l'indemnisation ou la satisfaction. A ce jour, il n'existe aucun cas dans lequel la responsabilité internationale de l'investisseur a été engagée et en conséquence, aucune affaire dans laquelle un tribunal arbitral a réparé le préjudice de l'Etat causé par l'investisseur au regard des principes de la responsabilité internationale. En outre, l'Etat ne facilite pas toujours le travail d'identification du droit applicable à la réparation et trop souvent se contente d'allégations vagues sans caractériser la violation ni la teneur de son dommage<sup>2695</sup>.

**1434.** Malgré ces déconvenues, le droit de l'Etat d'obtenir réparation de ses dommages semble

---

<sup>2690</sup> S. Jagusch & T. Sebastian, « Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing », *op. cit.*, note n°2637, p.52 : « *There may be a fundamental difficulty in respect of claims for moral damages by respondent states: there is no relevant breach of treaty (or contract) which can be invoked by the respondent state as the basis for a claim for moral damages and, in any event, the arbitration agreement may not extend to counter-claims by the respondent state* ».

<sup>2691</sup> *Supra*, Chapitre 7, par. 1280 et suivant.

<sup>2692</sup> *Supra*, Chapitre 6, par. 1028 et suivant

<sup>2693</sup> *Supra*, chapitre 6, par.1200 et suivant ; voir aussi par. 1215 et suivant.

<sup>2694</sup> *Supra*, Chapitre 7, par. 1269 . *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, paras. 699-702.

<sup>2695</sup> *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafeh-Abou Lahoud c. République démocratique du Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/10/4, sentence, 7 février 2014, par. 180 (« En tout état de cause, condamner les Demandeurs à réparer au profit de la Défenderesse les préjudices qu'elle subit par le fait de se retrouver dans un procès inattendu et qui lui coûte énormément »).

faire face à de sérieuses oppositions dans le contentieux de l'investissement qui contribuent à alimenter la perception d'un favoritisme de l'investisseur. Ainsi qu'en témoigne l'affaire *Iberdrola c. Guatemala*, même en des cas où l'Etat démontre l'existence d'un fait internationalement illicite en lien causal avec son dommage, les tribunaux renâclent à se prononcer sur les conséquences nées de la violation d'une obligation internationale par l'investisseur (1). Il est difficile de savoir si le déni du droit à réparation du préjudice causé à l'Etat procède d'un refus dogmatique de considérer l'investisseur comme une personne internationalement responsable ou d'une impossibilité d'envisager l'Etat comme une partie lésée. A travers le prisme de cette affaire, nous tenterons de démontrer au contraire, que les agissements de l'investisseur peuvent créer un dommage à l'Etat dont les conséquences seraient régies par le droit international de la responsabilité (2).

**1. Déni du droit à réparation du préjudice causé à l'Etat par le fait internationalement illicite de l'investisseur dans l'affaire *Iberdrola c. Guatemala***

**1435.** Les faits de l'espèce sont saisissants. Ils illustrent que derrière les obstacles juridiques, le succès des demandes reconventionnelles des Etats fait face à d'importants problèmes systémiques.

**1436.** Voici un consortium constitué par trois investisseurs de nationalité espagnole (*Iberdrola*), américaine (*Teco*) et portugaise (*EDP*) ayant signé avec le Guatemala à travers une société de droit local, un contrat d'achat d'actions de l'entité chargée de la production et la distribution d'électricité dans le pays (EEGSA), privatisée par l'Etat en 1997. Les conditions de distribution de l'électricité étaient consignées dans plusieurs lois et la méthode d'évaluation de la rémunération des distributeurs réévaluée tous les cinq ans. A la suite de l'adoption de nouvelles réglementations tarifaires par l'Etat visant à réguler le secteur de l'électricité sur la période quinquennale 2008-2013, une première procédure fut engagée par l'entité locale (EEGSA) contrôlée à 80% par le consortium devant les juridictions internes. La procédure s'est décomposée en trois procédures « d'appel constitutionnel » visant à contester la légalité de trois résolutions législatives ainsi que la méthode d'évaluation de la TVA. Toutes ont abouti à un jugement défavorable de la Cour constitutionnelle du Guatemala. Mécontent d'avoir été débouté, *Iberdrola* a engagé l'année suivante, en 2009, une procédure devant les tribunaux CIRDI sur le fondement du TBI entre l'Espagne et le Guatemala.

**1437.** Bien qu'il avait formellement présenté ses réclamations comme des violations du TBI<sup>2696</sup>, *Iberdrola* dans la première procédure CIRDI s'était essentiellement appuyé sur le droit guatémaltèque pour contester la légalité du comportement de l'Etat. Ainsi, s'exprimant sur les allégations de violations des dispositions du Traité, le Tribunal était parvenu à la conclusion que « *the Claimant at no time presents clear and concrete reasoning about which are the actions or conduct which, under International law and not only under local law, could constitute acts of expropriation...[and it] does not present clear, concrete reasoning on what are, in its opinion, the acts of authority of the Republic of Guatemala that, in international law, could constitute violations of the Treaty* »<sup>2697</sup>. Le Tribunal a également rejeté au fond les allégations de déni de justice<sup>2698</sup> et enjoint l'investisseur de payer l'ensemble des coûts de la procédure<sup>2699</sup>. L'investisseur a alors formé en 2012 un recours en annulation sur le fondement de l'article 52 de la Convention CIRDI alléguant notamment un excès de pouvoir manifeste du Tribunal et une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure. Le Comité d'annulation a, lui aussi, rejeté dans son intégralité la demande d'annulation<sup>2700</sup> et confirmé la sentence.

**1438.** Par un procédé dont on ignorait même la faisabilité, le *même* demandeur espagnol (*Iberdrola SA Energia*), sur le fondement du *même* traité (TBI Espagne-Guatemala, 2004) a introduit en 2017 une nouvelle procédure CNUDCI devant la CPA pour apprécier la licéité des

---

<sup>2696</sup> *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, Affaire CIRDI n° ARB/09/5, sentence, paras.120, 272, 280, 282 : «*This dispute relates primarily to the actions of the Respondent, during the process of review and pricing of electricity distribution tariffs for EEGSA for the five-year period 2008-2013 which, according to the Claimant, destroyed the value of its investment in Guatemala, in violation of required legal and conventional guarantees....[Claimant argues that it] is a matter of clear abuses committed by the authorities of Guatemala throughout the process of EEGSA tariff review, including trampling on the guarantees with which it attracted foreign investment: the violation of due process during the tariff review process and privation of economic utility of the investment.... [Claimant] declares that the actions attributable to the Republic of Guatemala constitute expropriation under Article 5 of the Treaty...*» and "alternatively... that it declares that the Republic of Guatemala failed to meet its obligations to protect Iberdrola's investment under Article 3 of the Treaty, in particular to give fair and equal treatment to Iberdrola's investments, and/or to give them full protection and security, and/or not to interfere in the investment and/or to observe its obligations undertaken in writing in relation to the investments.... Alternatively, it reiterates its claim that the Tribunal declare that Guatemala has committed a denial of justice to Iberdrola under Article 3 of the Treaty. »

<sup>2697</sup> *Ibid.*, paras. 323,249.

<sup>2698</sup> *Ibid.*, par. 519.

<sup>2699</sup> La même année, l'investisseur américain Teco engageait une procédure contre le Guatemala sur le fondement du traité CFAT-DR-USA de 2004 et obtenait 21 millions de dollars pour réparation du préjudice né de la violation du traitement juste et équitable.

<sup>2700</sup> *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, Affaire CIRDI n° ARB/09/5, décision sur la requête en annulation, 13 janvier 2015, paras. 115, 148: « *En opinión de este Comité, la alegación de Iberdrola de que las actuaciones de Guatemala son violatorias del TBI, con independencia de su legalidad interna, no supone plantear una nueva pretensión, sino sólo dar un argumento que apoya sus pretensiones. Por tanto, si el Tribunal no aborda expresamente ese argumento (aun cuando sí lo haga inequívocamente de manera implícita) no significa una violación grave a una norma fundamental de procedimiento... Por mayoría el Comité decide que: Se rechaza en todas sus partes la solicitud de anulación presentada por Iberdrola Energía S.A* ».

mêmes mesures adoptées par le Guatemala. Le seul élément de distinction entre les affaires portées à la connaissance du CIRDI et de la CPA était la « reformulation » des griefs juridiques par l'investisseur. Alors qu'il avait manifestement mal caractérisé en quoi les faits constituaient des violations du traité dans le cadre de la procédure CIRDI, l'investisseur avait finalement choisi de plus explicitement fonder ses griefs sur le traité dans l'affaire CPA<sup>2701</sup>. En apparence donc, les arguments étaient sensiblement distincts mais dans les deux affaires, il invoquait la violation du traitement juste et équitable prévu à l'article III du traité<sup>2702</sup>.

**1439.** Dans ce contexte, nul ne sera surpris d'apprendre que le Guatemala s'est fermement opposé à la recevabilité de la demande considérant que l'accumulation des procédures constituait « *three abuses of process, any one of which suffices for the Tribunal to decline jurisdiction and impose upon the Claimant an exemplary and deterrent award on costs.* »<sup>2703</sup>. L'Etat invitait le Tribunal à décliner sa compétence au motif que « *the preservation of social peace, the stability of legal relations requires that litigation must come to an end* »<sup>2704</sup>. Selon lui, par cette procédure, l'investisseur niait l'effet négatif du principe de *res judicata*. Mais contrairement à d'autres Etats qui n'ont pas suffisamment identifié le fondement juridique de leurs prétentions pour ouvrir un droit à réparation de leur préjudice, le Guatemala avait par la voie reconventionnelle, identifié plusieurs violations confirmant la pertinence des principes de la responsabilité internationale pour déterminer les conséquences juridiques des illicéités commises par l'investisseur.

**1440.** Pour le Guatemala, cette nouvelle procédure violait les termes de la clause de règlement des différends du traité, en particulier la clause *electa una via*<sup>2705</sup>. Il expliquait en outre que la multiplication des procédures à son encontre contrevenait à l'article 26 de la Convention CIRDI

---

<sup>2701</sup> *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, CPA sentence finale, *op. cit.*, note n°512, par. 58: « *aside from applying triple identity test, it is also necessary to ascertain the content of the prior decision. The Iberdrola I tribunal found that the claims submitted to it, as formulated, were national law claims. As the Claimant is now bringing treaty claims that are not premised on breaches of national law, the present claims are not precluded by res judicata.* ».

<sup>2702</sup> TBI entre l'Espagne et le Guatemala (9 décembre 2002), article III (« 1. *Las inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad. Ninguna de las Partes Contratantes deberá, en ningún caso, otorgar a tales inversiones un tratamiento menos favorable que el requerido por el Derecho Internacional. 2. Ninguna de las Partes Contratantes obstaculizará en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute y venta o, en su caso, liquidación de tales inversiones. Cada Parte Contratante observará cualquier otra obligación que hubiese contraído por escrito en relación con las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante.* »).

<sup>2703</sup> *Ibid.*, par. 48.

<sup>2704</sup> *Ibid.*, par. 49.

<sup>2705</sup> *Ibid.*: « *Alternatively, the Claimant has violated the fork in the road clause of the Treaty (Article 11(2)). Although this clause requires a claimant to bring suit in one forum only, the Claimant has acted in three fora : the first instance court and then the Constitutional Court of Guatemala, ICSID and this Tribunal. This breach of the fork-in-the-road provision is the ground for the counterclaim. Even if Article 11(2) of the Treaty were not a fork-in-the-road provision, the Respondent argues that Article 26 of the ICSID Convention precludes the Claimant from bringing this arbitration.* »

qui dispose que « [l]e consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours »<sup>2706</sup> ; ainsi qu'à l'article 53 (2) en vertu duquel « la sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours à l'exception de ceux prévus à la présente Convention »<sup>2707</sup>. Enfin, le Guatemala considérait que la procédure constituait un abus de droit, un « harcèlement judiciaire »<sup>2708</sup> lui ayant causé un préjudice pour lequel il demandait réparation. De manière inédite, le Guatemala demandait donc réparation matérielle du préjudice causé par la violation d'une règle d'ordre processuel.

**1441.** Du fait de la violation de ces dispositions par l'investisseur et en particulier de la clause *electa una via* du traité, le Guatemala demandait dans une demande reconventionnelle la réparation intégrale de son préjudice afin d'être « *placed in the position in which it would have been had the Claimant not violated that provision* »<sup>2709</sup>. Il demandait au Tribunal de condamner l'investisseur au paiement de tous les frais et dépenses encourues par la procédure<sup>2710</sup> et réclamait en outre une indemnisation de 2 millions de dollars pour le préjudice moral né de l'engagement d'une quatrième procédure à son encontre<sup>2711</sup>. L'investisseur au contraire estimait que la clause *electa una via* ne créait aucune obligation substantielle et qu'en décider autrement irait à l'encontre des principes d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>2712</sup>. Selon lui, « *Claimant has breached no BIT obligation that could give rise to liability* »<sup>2713</sup>.

**1442.** A titre principal, le Tribunal a rejeté sa compétence au motif que « *the submission of the dispute in this arbitration is irreconcilable with the principle of res judicata and, alternatively, because it breaches the fork-in-the-road provision embodied in the Treaty* »<sup>2714</sup>. Mais, suivant

---

<sup>2706</sup> *Ibid.*

<sup>2707</sup> *Ibid*, par. 40 (En vertu de l'article 52, les termes de l'article 53 « s'appliquent *mutatis mutandis* » à la procédure devant le Comité d'annulation. La sentence du Comité d'annulation est donc obligatoire et susceptible d'aucun autre recours).

<sup>2708</sup> *Ibid* : « the claim amounts to harassment and abuse of right. »

<sup>2709</sup> *Ibid*, par. 363.

<sup>2710</sup> *Ibid* : « *the Claimant has breached the Treaty's fork-in-the-road provision. As a consequence of the principle of full reparation, the Respondent must be placed in the position in which it would have been had the Claimant not violated that provision. Specifically, had the Claimant not resubmitted its claims, the Respondent would not be incurring significant legal fees. Therefore, the Respondent requests that Iberdrola be ordered to pay all of the amounts incurred for the costs and legal expenses of this arbitration* ».

<sup>2711</sup> *Ibid*, par. 365 : « *Guatemala further alleges that, by initiating dispute settlement proceedings over the same dispute for the fourth time over a period of ten years, the Claimant has inflicted a moral damage to the State, which must be compensated with an amount no less than US\$2 million* ».

<sup>2712</sup> *Ibid*, par. 377 : « *Article 11(2) of the BIT, which is the basis of the counterclaim creates no substantive obligation; it merely provides a series of dispute settlement mechanisms from which the investor may choose when presenting its claims under the Treaty. Interpreting such options as "obligations" goes against the rules of treaty interpretation of the VCLT* ».

<sup>2713</sup> *Ibid.*

<sup>2714</sup> *Ibid*, par. 351.

une interprétation que nous avons eu l'occasion de critiquer<sup>2715</sup>, le Tribunal a jugé qu'il n'avait pas compétence sur la demande reconventionnelle. Cette position lui a opportunément permis d'éviter de s'aventurer dans la résolution de questions juridiques inédites<sup>2716</sup>, en particulier celle de savoir si la clause *electa una via* constituait une obligation à la charge de l'investisseur, dont la violation entraînerait un régime de responsabilité internationale et une obligation de réparation<sup>2717</sup>. Ne partageant pas l'analyse présentée, nous proposons ici d'apporter des éléments de réponse contraires.

## 2. Examen critique de l'affaire Iberdrola c. Guatemala

1443. En l'espèce, la rédaction de la clause de règlement des différends du traité donnait à l'investisseur le choix entre les juridictions nationales, les tribunaux CIRDI et les tribunaux CNUDCI<sup>2718</sup>. Manifestement, le choix donné à un investisseur de porter sa réclamation devant un tribunal national *ou* international constitue une obligation juridique qui « impose de choisir entre le recours aux juridictions nationales et la procédure internationale »<sup>2719</sup>. La clause *electa una via* ressuscite les exigences issues du droit international des étrangers et « le fait de manière optionnelle mais radicale »<sup>2720</sup>. Ce n'est pas parce qu'une clause donne un choix, que la clause est dépourvue d'effet obligatoire. L'irrévocabilité du choix se déduit de l'alternative donnée à l'investisseur. L'utilisation du terme « ou » se distingue naturellement du terme « et ». Or, en l'espèce, l'investisseur a pourtant porté successivement la même réclamation devant les tribunaux CIRDI *et* devant les tribunaux CNUDCI. Si la portée de la clause *electa una via* a pu être relativisée lorsque l'investisseur démontre avoir subi un déni de justice devant les

---

<sup>2715</sup> *Supra*, Chapitre 2, paras. 327-331.

<sup>2716</sup> *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, CPA, sentence finale, op. cit., note n°512, par. 391: « *It can also dispense with reviewing whether a counterclaim may stand when the claim is rejected for lack of jurisdiction (on the basis of the fork in the road) or for lack of admissibility (on the ground of res judicata). Finally, it need not determine the merits of the counterclaim, namely whether the existence of a fork in the road gives rise to a compensable claim in case of breach* ».

<sup>2717</sup> A ces questions s'ajoute celle de savoir si un Etat pourrait rechercher la responsabilité du Centre d'arbitrage ayant accepté de constituer un tribunal arbitral.

<sup>2718</sup> TBI entre l'Espagne et le Guatemala (9 décembre 2002), article XI : « *Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de la Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo.... 2. Si la controversia no pudiera ser resuelta ...la controversia podrá someterse, a elección del inversor: 2.a. a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o b.a un tribunal de arbitraje ad hoc[CNUDCI] o ; c. al [CIRDI] ....El arbitraje se basará en las disposiciones del presente Acuerdo, el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de Ley, así como también en las reglas y los principios de derecho internacional que pudieran ser aplicables* », (gras ajouté).

<sup>2719</sup> C. Santulli, *Droit du contentieux international*, op. cit., note n°35, p. 100, par. 156.

<sup>2720</sup> C. Santulli, « Clause *electa una via* et clause de règlement judiciaire national préalable dans l'arbitrage relatif à l'investissement international », in Ch. Leben (dir), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, LGDJ, 2009, p. 121.

juridictions nationales<sup>2721</sup>, pareille exception ne saurait être applicable lorsqu'un investisseur a soumis un même différend, impliquant le même traité et la même partie devant plusieurs tribunaux arbitraux internationaux. En effet, il est difficile de concevoir comment un investisseur pourrait se prétendre victime d'un déni de justice de la part d'un tribunal arbitral international dont il désigne au moins un des arbitres et dispose du droit de mettre en cause l'impartialité des autres membres.

**1444.** Dans ces circonstances, le raisonnement de la sentence *Iberdrola* n'est pas convaincant et comporte une contradiction majeure. En effet, le Tribunal a bien constaté une violation de la clause *electa una via* en se déclarant incompétent de manière suivante : « *the Tribunal holds that it lacks jurisdiction over the present dispute because the submission of the dispute in this arbitration is irreconcilable with the principle of res judicata and, alternatively, because it breaches the fork-in-the-road provision embodied in the Treaty* »<sup>2722</sup>. Or, il est difficile de concevoir comment le constat d'une violation de la clause par l'investisseur n'ouvrirait pas de droit à réparation du préjudice moral de l'Etat demandeur reconventionnel.

**1445.** L'investisseur est titulaire d'un droit en vertu du traité, *de choisir* le forum approprié de règlement des différends<sup>2723</sup> mais lorsque ce droit est exercé, il constitue également une obligation, celle de choisir de manière irrévocable le forum approprié. La décision du Tribunal *Iberdrola* poursuit l'œuvre de « la jurisprudence arbitrale [ qui ] tend à faire comme si, brouille de procédure, ces clauses n'avaient aucun poids »<sup>2724</sup>. Au contraire, il nous semble approprié de considérer que la violation de cette obligation constitue un fait internationalement illicite, facilement caractérisé en l'espèce, dont les conséquences seraient régies par le droit international de la responsabilité<sup>2725</sup>. L'utilisation répétée du droit de recourir à l'arbitrage par les démembrés d'un même groupe a par exemple été reconnue comme « *an abuse of the*

---

<sup>2721</sup> *Ibid*, p.101.

<sup>2722</sup> *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, CPA, sentence finale, *op. cit.*, note n°512, par. 351 (les italiques sont de nous).

<sup>2723</sup> La question de la titularité des droits prévus dans les accords d'investissement n'a pas été abordée par le Tribunal. Elle a suscité des controverses dans le cadre du droit de l'Etat d'adopter des contre-mesures. Voir, Chapitre 4, note n°1172 La doctrine se prononce en faveur d'une titularité directe : Z. Douglas, *The International Law of Investment claim*, CUP, p. 17 ; C. Santulli, « Débat la juridiction arbitrale compétence et recevabilité », in Ch. Leben (dir), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, LGDJ, 2009, pp. 127-128.

<sup>2724</sup> C. Santulli, « Clause *electa una via* et clause de règlement judiciaire national préalable dans l'arbitrage relatif à l'investissement international », *op.cit.*, note 2720, p. 118

<sup>2725</sup> *Supra*, Chapitre 7, paras. 1274-1286 ; Voir aussi *Al Warraq c. Indonésie*, sentence, *op. cit.*, note n°423, par. 663, au sujet de l'obligation de respecter le droit national incluse dans un traité et au sujet de laquelle le tribunal déclare « *An investor of course has a general obligation to obey the law of the host state, but Article 9 mixes this obligation from the plane of domestic law (and jurisdiction of domestic tribunals) to a treaty obligation binding on the investor in an investor state arbitration* ».

*system of investment protection.* »<sup>2726</sup>. A plus forte raison, la saisine répétée des tribunaux arbitraux par un même demandeur irait à l'encontre la volonté exprimée par les Etats parties au traité et sa violation pourrait être utilisée comme un fondement d'action reconventionnelle. Ainsi, de même que la violation par un investisseur de l'obligation d'épuisement des voies de recours « *would intuitively weigh in favor of counterclaims* »<sup>2727</sup>, la violation de la clause *electa una via* peut être appréhendée comme un abus de droit ouvrant droit à réparation de l'Etat.

**1446.** En conséquence, l'Etat qui allègue un préjudice peut en demander la réparation intégrale<sup>2728</sup> soit par une indemnisation<sup>2729</sup>, soit si le tribunal considère que le préjudice n'est pas susceptible d'évaluation pécuniaire, par une demande de satisfaction<sup>2730</sup>. Le Guatemala était donc en droit d'obtenir réparation de son préjudice moral.

**1447.** Même à considérer que l'investisseur ne serait pas directement titulaire de l'obligation en vertu du traité<sup>2731</sup>, le droit de réparation du préjudice subi par l'Etat ne s'éteint pas automatiquement. En effet, l'instance arbitrale en elle-même crée des droits et des obligations internationales directement entre les parties. Indépendamment des droits prévus ou non par le traité, l'acceptation de l'offre d'arbitrage et la réunion des volontés des parties constituent un

---

<sup>2726</sup> *Orascom TMT Investments S.à r.l. c. Algérie*, Affaire CIRDI n°ARB/12/35, sentence, 31 mai 2017, par. 545. Voir aussi, par. 542 : « *In other words, several corporate entities in the chain may be in a position to bring an arbitration against the host state in relation to the same investment. This possibility, however, does not mean that the host state has accepted to be sued multiple times by various entities under the same control that are part of the vertical chain in relation to the same investment, the same measures and the same harm.* »

<sup>2727</sup> J. Paulsson, « Arbitration without privity », *op. cit.*, note n°164, p. 250.

<sup>2728</sup> CDI, *Articles sur la responsabilité de l'Etat*, article 34 : « La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre » ; *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (Demandes en indemnités) (fond)*, 13 septembre 1928, *Série A*, n°17, p. 47 : « la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international ».

<sup>2729</sup> CDI, *Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires*, article 36 (« 1. L'Etat responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution. 2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi ». Le commentaire des articles de la CDI comporte une contradiction sur le principe d'indemnisation du préjudice moral. Dans l'article 31 il est observé que « l'article 31 des Articles de la CDI, « 1. L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'Etat » mais sous l'article 36 elle constate que « L'expression 'susceptible d'évaluation financière' a pour objet d'exclure ce que l'on nomme parfois le 'préjudice moral' ». Voir S. Jagusch & T. Sebastian, « Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing », *op.cit.*, note 2637, p. 41.

<sup>2730</sup> CDI, *Articles sur la responsabilité de l'Etat et commentaires y relatifs*, pp. 284-285 : « la satisfaction est destinée à réparer ces dommages qui, n'étant pas susceptibles d'évaluation financière, constituent un affront pour l'Etat ».

<sup>2731</sup> M. T. Parish et al., « Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration », *Berkeley J. Int. Law*, vol. 29, n°1, 2011, p. 242.

accord entre les parties exigeant d'elles d'agir de bonne foi. Dès lors, le fondement juridique sur lequel l'Etat peut s'appuyer pour faire valoir son préjudice (matériel ou moral né de l'atteinte à la réputation ou des coûts engagés pour sa défense) est l'accord survenu entre les parties de soumettre leur différend à l'arbitrage<sup>2732</sup>.

**1448.** Dans ces circonstances, l'identification d'un fondement juridique pour introduire une demande reconventionnelle et faire valoir un préjudice moral né d'action abusive « *does not seem so problematic* »<sup>2733</sup> dans la mesure où « *[t]he right of the state to make a claim against the investor arises not from the investment treaty (to which the investor is not a party), but from the arbitration agreement between the investor and the state* »<sup>2734</sup>. Selon M. Parish, par cet accord arbitral, l'investisseur, « *acquire obligations under subsequent arbitration agreements to which they accede [and t]hat might be an adequate jurisdictional hook for states' counterclaims for moral damages* »<sup>2735</sup>. De même, P. Dumberry reconnaît que l'instance arbitrale, en ce qu'elle crée une nouvelle phase dans la relation juridique entre les parties peut ouvrir un droit à réparation de l'Etat lésé « *when the investor's claim is frivolous, baseless, and ultimately unsuccessful* »<sup>2736</sup>.

**1449.** Alors, s'il est établi que l'investisseur a abusé de ses droits procéduraux, la réparation du préjudice causé sera déterminée par la nature de l'obligation violée et de la responsabilité qu'elle implique. L'obligation internationale d'agir de bonne foi sera l'obligation en cause et les conséquences attachées à sa violation seront également régies par le droit international. Le préjudice moral de l'Etat né de l'action abusive ou dilatoire peut aboutir sur une indemnisation financière, et ne pas se contenter de formes de satisfaction telles que des déclarations d'illicéité<sup>2737</sup>. Le principe de la réparation et son évaluation pourrait ainsi se faire au regard des

---

<sup>2732</sup> J.P. Moyano García, « Moral Damages in Investment Arbitration: Diverging Trends », *op.cit.*, note 2637, p. 515 : « *it is submitted that the tribunal's jurisdiction to consider such types of counterclaims will not necessarily be restricted by the text of the treaty. In reality, an injury arising from an abuse of process is a result of the dispute and arbitral agreement itself. Therefore, the jurisdictional basis for tribunals to rule on moral damages counterclaims arises not from the BIT, but from the arbitration agreement on which the investor relies. The reasoning behind this is that by filing a fraudulent claim, the claimant acts against an implied obligation to act in good faith born from the arbitration agreement between the investor and the State* ».

<sup>2733</sup> M.T. Parish et autres., « Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration », *op. cit.* note n°2731, p. 242.

<sup>2734</sup> *Ibid.*

<sup>2735</sup> *Ibid.*

<sup>2736</sup> P. Dumberry, « Moral damages », *op. cit.*, note n° 2637, p. 166.

<sup>2737</sup> M. T. Parish et al., « Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration », *op. cit.*, note 2731, p. 236.

règles de la responsabilité internationale et plus précisément du droit international coutumier<sup>2738</sup>.  
**1450.** Il est difficile de garder un regard dépassionné sur ce type d'affaire qui nous semble très injustement nier le droit de réparation du préjudice de l'Etat et qui, plus fondamentalement, semble conférer une forme d'immunité à l'investisseur. Au contraire, nous pensons que le Guatemala aurait dû être indemnisé au regard des règles de la responsabilité internationale. Le Tribunal, a manqué l'occasion « de renforcer la sécurité, de promouvoir l'équité et l'état de droit et, au bout du compte, d'assurer un équilibre entre États défendeurs et investisseurs demandeurs »<sup>2739</sup>.

***B. Les conséquences de la violation d'obligations non-internationales et non-conventionnelles suivent le droit applicable au fond***

**1451.** Les conséquences des violations par l'Etat d'un traité sont régies par les articles de la responsabilité internationale<sup>2740</sup> et aboutissent fréquemment sur une indemnisation pécuniaire. S'agissant de la violation par l'Etat d'un instrument non-conventionnel mais internationalisé, comme un contrat ou une loi nationale, les conséquences sont gouvernées par le droit applicable à cet instrument, complété le cas échéant, par les principes du droit international. Par exemple, dans le différend opposant *Texaco* à la Libye, le Tribunal a tranché le point de savoir si la méconnaissance des obligations contractuelles par le gouvernement libyen justifiait sa condamnation à la *restitutio in integrum*. Cette question a été « examinée par application des principes de la loi libyenne, des principes du droit international et compte tenu des données propres de l'espèce »<sup>2741</sup>. Le recours au droit international se justifiait en raison de la désignation du droit libyen et des principes du droit international par les parties au contrat. Ainsi, l'arbitre détermine les questions de réparation au regard du droit applicable à l'instrument en cause puisque ce droit encadre également les conditions d'engagement de la responsabilité. Il

---

<sup>2738</sup> *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (Demandes en indemnités) (fond)*, 13 septembre 1928, *Série A, n°17*, p. 47 (« la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international »).

<sup>2739</sup> CNUDCI, Groupe de travail III, « Eventuelles réformes du règlement des différends, procédures multiples et reconventionnelles », 39ème session, doc n° A/CN/WGIII/WP. 193, par. 1.

<sup>2740</sup> M. Raux, « Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement », *op.cit.*, note n°2575, p. 464.

<sup>2741</sup> *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, 19 janvier 1977, par. 92.

y a donc une unité entre le droit applicable au fond, la responsabilité et la réparation.

**1452.** Les conséquences attachées aux violations commises par l'investisseur dans le contentieux de l'investissement restent inexplorées. En effet, rares sont les sentences ayant formellement condamné l'investisseur ; en outre, toutes les fautes commises par ce dernier n'ouvrent pas automatiquement de droit à réparation du préjudice pour l'Etat<sup>2742</sup>. Certaines violations entraînent l'incompétence du tribunal sur le différend, privant l'observateur d'analyses sur les conséquences de ces violations. Toutefois, l'analyse empirique de la jurisprudence confirme le principe d'unité entre la nature de la responsabilité et les conséquences de l'engagement de la responsabilité. Plus précisément, puisque la responsabilité est déterminée par le droit applicable au fond, la réparation « suit » le droit applicable au fond.

**1453.** Lorsque le différend porte sur l'exécution d'un contrat et que l'Etat demande réparation du préjudice causé par la violation de ce contrat, le Tribunal peut octroyer une indemnisation pécuniaire au regard des dispositions prévues par le contrat et du droit applicable à celui-ci. Par exemple, dans l'affaire *Balkan Energy c. Ghana*, le Tribunal constatant la violation du contrat par l'investisseur a réduit le montant de la condamnation principale au regard des dispositions prévues par ce contrat<sup>2743</sup>.

**1454.** Le souci de maintenir une unité entre le droit applicable au fond et la réparation est préservé en cas de cumul d'instruments applicables au différend. Ainsi, une même sentence peut appliquer deux régimes de responsabilité distincts aux violations respectivement invoquées par l'Etat et l'investisseur lorsque plusieurs instruments (traité et contrat) sont en cause. La violation du traité par l'Etat ouvrira un droit à réparation de l'investisseur au regard des règles de la responsabilité internationale, alors que les conséquences nées des violations du droit interne par l'investisseur s'apprécieront au regard du droit interne. Les sentences précitées *Perenco c. Equateur* et *Burlington c. Equateur* illustrent l'unité existant entre le droit applicable au fond et les principes applicables à la détermination de la réparation.

**1455.** Reconnaissant la responsabilité internationale de l'Equateur à titre principal, le Tribunal *Perenco* a observé au sujet des demandes reconventionnelles environnementales que « *the State*

---

<sup>2742</sup> *Supra*, au présent chapitre, par. 1366 et suivant; voir aussi, *Supra*, Chapitre 3, par. 616-633

<sup>2743</sup> *Balkan Energy (Ghana) Limited .c Ghana*, (CNUDCI), sentence, *op.cit.*, note n°255, paras. 97, 636: « *The Respondent submits that "(...) the Government seeks an order terminating the PPA by reason of Balkan's material breach and repudiation of the PPA and an award of damages in the amount of USD 300,000, the maximum amount permitted under Clause 14.2 of the PPA.....The Respondent has also requested in its Counterclaim that the Tribunal orders Claimant to pay USD 300,000 for its liability in terms of breach of contract. The Tribunal accepts this counterclaim in the light of Clause 14.2 of the PPA, Such amount shall be deducted from the damages owed by the Respondent to the Claimant* ».

*is entitled to full reparation in accordance with the requirements of the applicable law* »<sup>2744</sup>. En conséquence, l'appréciation du montant de l'indemnisation du préjudice de l'Equateur s'est faite au regard du droit équatorien<sup>2745</sup>. De manière plus précise, le Tribunal dans l'affaire *Burlington* a également appliqué le droit équatorien pour déterminer le montant des intérêts applicables au calcul de l'indemnisation des demandes reconventionnelles, alors qu'il s'est référé aux principes du droit international pour déterminer les intérêts de la demande principale. Pour réduire le montant de sa condamnation à titre principal, l'Equateur faisait valoir que le droit équatorien ne permettait pas d'imposer des intérêts composés (*compounded interests*). Cet argument a été rejeté par le Tribunal au motif que les réclamations de l'investisseur « *are subject to international law* »<sup>2746</sup>. Une autre solution a été retenue par le Tribunal, soucieux de maintenir une cohérence entre droit applicable, responsabilité et réparation au sujet des intérêts applicables aux demandes reconventionnelles. Après avoir analysé le contenu du droit équatorien applicable aux demandes reconventionnelles, le Tribunal s'est référé « *to Ecuador's interpretation of its own law, according to which compound interest is prohibited, and to its request for relief, which seeks simple interest. Accordingly, the Tribunal will award simple interest on Ecuador's counterclaims* »<sup>2747</sup>. En conséquence, les intérêts applicables aux demandes principales ont été composés « en application du droit international »<sup>2748</sup>, alors que ceux applicables aux demandes reconventionnelles de l'Equateur sont restés « simples » en vertu du droit équatorien.

**1456.** Les formes de réparation disponibles pour réparer les préjudices causés à l'Etat peuvent donc être déterminées par le droit international ou le droit interne. Lorsque l'Etat a caractérisé

---

<sup>2744</sup> *Perenco c. Equateur*, sentence sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155 par. 34 : « *Proper environmental stewardship has assumed great importance in today's world. The Tribunal agrees that if a legal relationship between an investor and the State permits the filing of a claim by the State for environmental damage caused by the investor's activities and such a claim is substantiated, the State is entitled to full reparation in accordance with the requirements of the applicable law* ».

<sup>2745</sup> *Ibid*, par. 1010: « *The environmental counterclaim was heralded by exaggerated allegations of an environmental catastrophe. It was based on criteria that were divorced from the actual Ecuadorian legislative framework and using inflated ex-country remedial costs* ».

<sup>2746</sup> *Burlington c. Equateur*, sentence sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155, par. 1093: « *In its submissions in respect of Burlington's claims, Ecuador has argued that Ecuadorian law prohibits compound interest, and has clarified that, in accordance with Ecuadorian law, it is limiting its claim for interest on the amounts sought under its counterclaims to simple interest. 2 The Tribunal has rejected this argument in respect of interest accruing on the claims because these are subject to international law. Ecuador's counterclaims, however, are governed by Ecuadorian law. Burlington objects to the application of Ecuadorian law to interest awarded on its claims, but is silent with respect to the law governing interest on the counterclaims* ».

<sup>2747</sup> *Burlington c. Equateur*, sentence sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155, par. 1095.

<sup>2748</sup> *Ibid*, par. 1093: « *In its submissions in respect of Burlington's claims, Ecuador has argued that Ecuadorian law prohibits compound interest, and has clarified that, in accordance with Ecuadorian law, it is limiting its claim for interest on the amounts sought under its counterclaims to simple interest. The Tribunal has rejected this argument in respect of interest accruing on the claims because these are subject to international law. Ecuador's counterclaims, however, are governed by Ecuadorian law* » (italiques ajoutés).

un fait internationalement illicite de l'investisseur il a droit à la réparation intégrale de son préjudice et la réparation peut prendre la forme d'une restitution, d'une indemnisation ou d'une satisfaction<sup>2749</sup>. La restitution, c'est-à-dire la réparation en nature, n'a pas été à notre connaissance demandée par l'Etat à titre reconventionnel. Elle est d'ailleurs rarement appliquée dans le contentieux de l'investissement<sup>2750</sup>. La réparation par équivalent, c'est-à-dire l'indemnisation, est celle qui est le plus souvent invoquée pour réparer le dommage matériel, et parfois aussi pour le dommage moral. Enfin, la satisfaction a également été sollicitée lorsque l'investisseur a utilisé la procédure de règlement des différends de manière abusive et causé un préjudice moral à l'Etat<sup>2751</sup>.

**1457.** Les formes de réparation octroyées à l'Etat pour ses préjudices issus de la violation d'instruments non-conventionnels comme la loi nationale ou le contrat sont sensiblement identiques à celles prévues par le droit international. Il n'y a là rien de surprenant puisque les principes internationaux de la réparation s'appuient sur l'antériorité et l'expérience des droits internes en la matière. Il est possible de prononcer une restitution<sup>2752</sup> ou une indemnisation<sup>2753</sup>, cette dernière forme de réparation étant la plus fréquemment invoquée par l'Etat (comme l'investisseur). Seule la satisfaction est une forme de réparation propre à l'ordre juridique international qui ne retrouve pas toujours d'équivalent dans les ordres juridiques internes<sup>2754</sup>.

**1458.** Toutefois, si l'existence d'une unité entre le droit applicable au différend et les principes de réparation permettent d'assurer une cohérence dans le contentieux, les pouvoirs des tribunaux arbitraux ne sont pas équivalents à ceux des juridictions nationales. La nature internationale et consensuelle de la procédure arbitrale peut avoir des incidences sur les formes et les finalités de la réparation, qui ne sont pas à la disposition des parties.

---

<sup>2749</sup> CDI, Articles sur la responsabilité des Etats, article 34.

<sup>2750</sup> E. Stoppioni, *La réparation dans le contentieux international de l'investissement contribution à l'étude de la restitutio in integrum*, *op cit*, note 2594, 147 p.

<sup>2751</sup> *Supra*, au présent chapitre, par. 1420.

<sup>2752</sup> *Texaco c. Libye*, sentence, 19 janvier 1977.

<sup>2753</sup> *Burlington c. Equateur*, sentence sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 155.

<sup>2754</sup> CDI, *Articles sur la responsabilité des Etats* et commentaires y relatifs, p. 284 (« La satisfaction est la troisième forme de réparation que l'Etat responsable peut avoir à fournir pour s'acquitter de son obligation de réparer intégralement le dommage causé par un fait internationalement illicite. Il ne s'agit pas d'une forme de réparation classique, en ce sens que dans de nombreux cas, le préjudice causé par le fait internationalement illicite d'un Etat peut être réparé intégralement par la restitution ou l'indemnisation. Le caractère assez exceptionnel de la satisfaction et les liens que celle-ci entretient avec le principe de la réparation intégrale sont mis en relief par l'expression 'dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation'. Ce n'est que dans les cas où ces deux formes de réparation n'ont pas permis d'assurer une réparation intégrale que la satisfaction peut être nécessaire »).

## *II. Les limites systémiques de la réparation dans le contentieux international*

**1459.** Les formes de réparation des préjudices invoqués par l'Etat à titre reconventionnel (tout comme l'investisseur à titre principal) sont déterminées par le droit applicable au fond et la nature de la responsabilité engagée. Toutefois, au cours de son investissement, l'investisseur peut contrevenir à diverses règles prévues par le droit interne. Il peut violer le droit pénal<sup>2755</sup>, le droit bancaire<sup>2756</sup>, le droit environnemental<sup>2757</sup>. Les violations des branches du droit national entraînent une variété de responsabilités desquelles découlent des obligations distinctes. Motif pris de ce que l'investisseur aurait violé certaines dispositions de ce droit interne, l'Etat peut à titre reconventionnel demander réparation des préjudices nés de la violation de règles primaires extracontractuelles. Par exemple, lié par contrat à un investisseur chargé de construire un réseau routier, il peut invoquer la violation de ce contrat *et* prétendre que les défauts de construction engagent une responsabilité délictuelle ouvrant droit à dédommagement<sup>2758</sup>. Chargé de renflouer une banque en difficulté dans laquelle un investisseur est actionnaire, l'Etat peut demander le remboursement de certains fonds illégalement détournés et invoquer une responsabilité pénale laquelle ouvre un droit d'obtenir des dommages et intérêts punitifs. En fonction du régime de responsabilité invoqué, il est possible que les droits internes prévoient des dommages et intérêts punitifs entendus comme « les sommes imputées à un responsable au-delà des montants qui sont strictement nécessaires à la réparation intégrale des préjudices causés à autrui, lesquels relèvent pour leur part des dommages et intérêts compensatoires »<sup>2759</sup>. Dans ce contexte, la question qui se pose est celle de savoir si le tribunal arbitral peut se prononcer comme un juge national et appliquer les sanctions et principes de réparation prévus pour les responsabilités extracontractuelles et par exemple octroyer des dommages et intérêts punitifs comme le prévoit certaines institutions de *Common law*<sup>2760</sup>.

**1460.** La réponse est négative. *A priori*, les formes punitives de dédommagement sont exclues de la palette des formes d'indemnisation disponibles (A), et la possibilité de se prononcer sur la responsabilité extracontractuelle ou extra-conventionnelle de l'investisseur ne confère pas la possibilité d'attribuer une fonction punitive à la réparation (B).

---

<sup>2755</sup> *Copper Mesa Mining c. Equateur*, CPA, sentence, *op. cit.*, note n°1032, par. 6.100.

<sup>2756</sup> *Al Warraq c. Indonésie*, sentence, *op. cit.*, note n°423.

<sup>2757</sup> *Aven c. Costa Rica*, sentence, *op. cit.*, note n°463, *Burlington c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155 ; *Perenco c. Equateur*, , décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155 .

<sup>2758</sup> *Infra*, au présent chapitre, par. 1469 (*Elsamex c. Honduras*).

<sup>2759</sup> P. Pierre, « Les dommages et intérêts punitifs ou restitutoires (en droit français ou européen) », *Revue juridique de l'ouest*, 2014, n°2, p. 24.

<sup>2760</sup> B. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8<sup>ème</sup> ed., 2004, p. 419.

### *A. Rejet de la fonction punitive de l'indemnisation dans le contentieux de l'investissement*

**1461.** L'indisponibilité des dommages et intérêts punitifs, dans le contentieux international, a été expliquée avec clarté par la Commission mixte dans l'affaire *Lusitania*. Après avoir reconnu le principe d'indemnisation du préjudice immatériel<sup>2761</sup>, la Commission a écarté l'argument américain en vertu duquel le montant de la réparation devait inclure des dommages « exemplaires » ou « punitifs » eu égard à la gravité du dommage subi par ses ressortissants. Selon la Commission, les termes « exemplaires » ou « punitifs » sont inappropriés dans le cadre de la réparation<sup>2762</sup> ajoutant que « *the superimposing of a penalty in addition to full compensation and naming it damages, with the qualifying word exemplary, vindictive, or punitive, is a hopeless confusion of terms, inevitably leading to confusion of thought* »<sup>2763</sup>.

**1462.** La justification donnée par la Commission est particulièrement éclairante sur l'existence de limites systémiques propres au règlement des différends internationaux. En effet, selon la Commission, lorsque le Tribunal tient sa compétence d'un traité de paix, comme en l'espèce le traité de Berlin<sup>2764</sup>, les dommages et intérêts punitifs sont indisponibles<sup>2765</sup>. A cet égard, la Commission a pris soin de remarquer que le Traité de Versailles de 1919 auquel se référait le Traité de Berlin comprenait plusieurs dispositions relatives aux « pénalités », et que si les Etats-Unis avaient souhaité inclure des dispositions similaires, « *such intention would have been clearly expressed in the Treaty itself* »<sup>2766</sup>. Ainsi, c'est au regard des principes fondamentaux du droit international que la Commission a, en des termes aussi clairs que catégoriques, rejeté la possibilité de condamner l'Allemagne à des dommages et intérêts punitifs. L'extrait mérite

---

<sup>2761</sup> *Lusitania* (1er novembre 1923), p. 36.

<sup>2762</sup> *Ibid.*, p. 39: « *In our opinion the words exemplary, vindictive, or punitive as applied to damages are misnomers. The fundamental concept of "damages" is satisfaction, reparation for a loss suffered; a judicially ascertained compensation for wrong* ».

<sup>2763</sup> *Ibid.*

<sup>2764</sup> Traité concernant le rétablissement de la Paix entre l'Allemagne et les Etats-Unis d'Amérique, 25 août 1921, *Société des Nations - Recueil des traités*, 1922, pp. 198-200 (Article I « L'Allemagne s'engage à accorder aux Etats-Unis, en toute possession et jouissance, tous les droits, privilèges, indemnités, réparations ou avantages énumérés dans la résolution ci-dessus du Congrès...y compris tous les droits et avantages stipulés au bénéfice des Etats-Unis dans le traité de Versailles...nonobstant le fait que ce Traité n'a pas été ratifié par eux ». La résolution du Congrès américain en date du 2 juillet 1921 stipule que « sont expressément réservés aux Etats-Unis d'Amérique et à ses nationaux, tous droits, privilèges, indemnités, réparations ou avantages...qui lui ou leur appartiennent aux termes de l'armistice signé le 11 novembre 1918... »).

<sup>2765</sup> *Lusitania* (1er novembre 1923), p. 42: « *A sufficient reason why such damages cannot be awarded by this Commission is that it is without the power to make such awards under the terms of its charter—the Treaty of Berlin. It will be borne in mind that this is a "Treaty between the United States and Germany Restoring Friendly Relations"—a Treaty of Peace. Its terms negative the concept of the imposition of a penalty by the United States against Germany* ».

<sup>2766</sup> *Ibid.*

d'être reproduit ici dans son intégralité :

*« Putting the inquiry only serves to illustrate how repugnant to the fundamental principles of international law is the idea that this Commission should treat as justiciable the question as to what penalty should be assessed against Germany as a punishment for its alleged wrongdoing. It is our opinion that as between sovereign nations the question of the right and power to impose penalties, unlimited in amount, is political rather than legal in its nature, and therefore not a subject within the jurisdiction of this Commission.... Treaty provisions must be so construed as to best conform to accepted principles of international law rather than in derogation of them. Penal clauses in treaties are odious and must be construed most strongly against those asserting them. The Treaty is one between two sovereign nations—a Treaty of Peace. There is no place in it for any vindictive or punitive provisions. »<sup>2767</sup>*

**1463.** Cet extrait offre une première explication à l'indisponibilité des formes de réparation punitives dans le contentieux international. Cette position est confirmée par la CDI, pour laquelle il existe « très peu de justifications, pour l'attribution de véritables dommages-intérêts punitifs dans les hypothèses de responsabilité des États, en l'absence de régimes spéciaux permettant leur imposition »<sup>2768</sup>. Or, le contentieux de l'investissement ne crée pas de régime spécial permettant de déroger aux principes du droit international général. En effet, si l'on tient pour acquis que les accords internationaux d'investissement sont les héritiers des accords d'amitié et de commerce<sup>2769</sup>, et qu'ils encouragent le développement des relations économiques comme un moyen de pacification des relations internationales, aucune place n'est disponible pour les formes punitives de réparation lorsque le différend entre les parties est relatif à un traité. L'octroi de formes punitives de dédommagement serait en tout état de cause contraire au droit de la responsabilité internationale en ce qu'il risquerait d'introduire « une gradation dans la responsabilité internationale »<sup>2770</sup> laquelle ne distingue pas entre les crimes et délits. Est-ce à dire que les formes punitives de dédommagement sont également exclues lorsque le différend entre les parties est relatif à la violation d'un contrat ou du droit national ? La réponse semble être plus nuancée.

**1464.** Premièrement, il convient de distinguer les arbitrages CIRDI des arbitrages autres que CIRDI. Pour les arbitrages autres que CIRDI, la question est délicate. En effet, la Convention

---

<sup>2767</sup> *Ibid*, p. 43.

<sup>2768</sup> CDI, Troisième rapport sur la responsabilité des États (J. Crawford), doc n° A.CN/4/507, 52<sup>ème</sup> session, 2000, par. 190.

<sup>2769</sup> J. Wong, « The Subversion of State-to-State Investment Treaty Arbitration », *Columbia Journal of Transnational law*, vol. 53, n°1, 2004, p. 16.

<sup>2770</sup> P. Jacob, F. Latty, « Arbitrage international et droit international général », *AFDI*, vol. 57, 2011, p. 560.

de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères élargit le champ de la reconnaissance aux arbitrages « non-contractuels »<sup>2771</sup>. A moins de prouver que les différends relatifs à la violation d'obligations extracontractuelles (par exemple les obligations délictuelles ou pénales) sortaient du champ matériel prévu par le compromis ou n'étaient pas arbitrables dans le pays où la sentence a été rendue ou dans le pays où la reconnaissance et l'exécution sont recherchées<sup>2772</sup>, il serait possible d'envisager que l'arbitre prononce des formes punitives de dédommagement lorsque le droit applicable le permet.

**1465.** Contrairement à eux, les arbitrages CIRDI sont chapeautés par une convention internationale dont le but est d'attribuer un rôle aux investissements privés internationaux dans « la coopération internationale pour le développement économique »<sup>2773</sup>. Dès lors, la Convention CIRDI désignée par les parties en ce qu'elle promeut des relations économiques pacifiques constitue une limite systémique qui devrait exclure les formes punitives de dédommagement. L'arbitre CIRDI enraciné dans l'ordre juridique international<sup>2774</sup> est seulement habilité à se prononcer sur les aspects pécuniaires d'un différend d'investissement. Cela est confirmé par l'article 54 de la Convention CIRDI en vertu duquel « [c]haque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire *des obligations pécuniaires* que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire d'un Etat »<sup>2775</sup>. Pour ces raisons, le contentieux de l'investissement CIRDI ne saurait prononcer des dommages punitifs<sup>2776</sup>. En conséquence, le dédommagement du préjudice causé à l'Etat devrait s'en tenir à la réparation intégrale, non-punitive, même lorsque le différend est relatif à un instrument non-conventionnel ou non-contractuel.

---

<sup>2771</sup> Article II : « Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ».

<sup>2772</sup> Exceptions prévues à l'article V de la Convention : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si ...a) ... les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ».

<sup>2773</sup> Convention CIRDI, préambule : « considérant la nécessité de coopération internationale pour le développement économique et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ».

<sup>2774</sup> *Electrabel S.A. c. Hongrie*, Affaire CIRDI n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable, et la responsabilité, 30 novembre 2012, para. 4.112. « *this Tribunal is placed in a public international law context and not a national or regional context. Moreover, this ICSID arbitration does not have its seat or legal place of arbitration in Hungary or elsewhere in the European Union. Such an arbitral seat could trigger the application of the lex loci arbitri and give rise to the jurisdiction of the local courts in regard to the arbitral process, including challenges to the award. This ICSID arbitration is a dispute resolution mechanism governed exclusively by international law.* »

<sup>2775</sup> Article 48 (3) de la Convention de Washington de 1965 (italiques ajoutés).

<sup>2776</sup> *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence, 12 Mai 2005, para. 404.

**B. Encadrement des conséquences de la responsabilité  
extraconventionnelle et extracontractuelle de l'investisseur**

**1466.** A l'occasion de deux différends contractuels CIRDI, l'Etat demandeur reconventionnel demandait la réparation des préjudices causés par l'investisseur du fait de la violation du contrat et du droit de la responsabilité délictuelle. Une lecture croisée des positions retenues par ces deux tribunaux ne permet pas de dégager une solution claire et uniforme quant à la possibilité de se prononcer sur ces questions. Toutefois, tout porte à croire que même en des cas où l'arbitre décide de se prononcer, les conséquences de la responsabilité serviront toujours une fonction compensatrice et non-punitive.

**1467.** Dans l'affaire précitée *Atlantic Triton c. Guinée*, la Guinée demandait à titre reconventionnel la réparation du préjudice né de la violation par l'investisseur de la clause compromissoire insérée au contrat<sup>2777</sup>. Selon elle, la saisine des tribunaux de commerce français visant à obtenir une saisie conservatoire des navires, objet de l'investissement en cause, constituait simultanément une violation du contrat et engageait la responsabilité délictuelle de l'investisseur en vertu du droit français<sup>2778</sup>. La Guinée soutenait en outre que l'investisseur était responsable d'un abus de droit<sup>2779</sup>. Elle réclamait la somme de 4,060,000 Francs français au titre du préjudice matériel et 1 Franc au titre de préjudice moral.

**1468.** Le Tribunal a d'abord considéré que l'investisseur n'avait pas commis de faute contractuelle en décidant de s'adresser aux juridictions françaises pour obtenir que des mesures conservatoires soient ordonnées. Toutefois, acceptant d'analyser la question de la responsabilité délictuelle, le Tribunal a reconnu que « l'exercice d'un tel droit peut être considéré comme abusif [et que l]a jurisprudence française à laquelle se réfèrent les parties dans leurs mémoires, a considéré comme abusives les saisies pratiquées de façon téméraire et dans le seul but de nuire à la partie saisie »<sup>2780</sup>. Pour vérifier le bien-fondé de la demande reconventionnelle de la Guinée, le Tribunal a analysé au fond si les procédures parallèles étaient ou non conformes au droit français de la responsabilité délictuelle, c'est-à-dire qu'il a déterminé si la « saisie a[vait] été pratiquée de façon téméraire et abusive »<sup>2781</sup>. Constatant qu'à la date où l'investisseur avait

---

<sup>2777</sup> *Supra*, Chapitre 5, paras. 873 , 874.

<sup>2778</sup> *Supra*, Chapitre 1, paras. 157-159 ; *Atlantic Triton Company Limited c. Guinée*, sentence, par. 2.1 : « La Guinée soutient qu'Atlantic Triton aurait engagé aussi bien sa responsabilité délictuelle que sa responsabilité contractuelle à son égard, en faisant pratiquer les saisies conservatoires sur les navires Kaloum, Soro et Matakang les trois navires objet du contrat du 12 août 1981 ».

<sup>2779</sup> *Ibid*, par. 2.4.

<sup>2780</sup> *Ibid*, par. 2.7

<sup>2781</sup> *Ibid*, par. 2.8.

engagé la procédure de saisie conservatoire, sa créance était « certaine » et qu'il n'avait pas « demandé la saisie en sachant qu'il ne disposait en fait d'aucun droit »<sup>2782</sup>, il a rejeté les demandes reconventionnelles et l'indemnisation du préjudice de l'Etat<sup>2783</sup>. Toutefois, il s'est effectivement prononcé au fond sur l'inexistence d'une responsabilité délictuelle.

**1469.** Le Tribunal CIRDI dans l'affaire *Elsamex c. Honduras* a adopté une solution contraire et catégoriquement refusé de se prononcer sur la responsabilité délictuelle de l'investisseur et ses conséquences. Le contrat, ayant pour objet la construction d'une autoroute, désignait le droit de l'Etat hôte et « tout ce qui ne contrevient pas aux dispositions des accords de crédit respectifs signés entre la République du Honduras et le gouvernement espagnol pour ce projet »<sup>2784</sup>. Le Honduras a déposé une demande reconventionnelle faisant valoir qu'Elsamex avait violé le contrat parce que les travaux exécutés par l'entrepreneur étaient de mauvaise qualité et qu'il y avait place pour une compensation en sa faveur pour la valeur de la réparation desdits défauts dans la mesure où l'Etat serait obligé de réparer l'autoroute dans son intégralité<sup>2785</sup>. Deuxièmement, le Honduras prétendait devoir être indemnisé dans la mesure où Elsamex avait agi de manière négligente et délibérée en causant des dommages à l'administration, contrairement aux articles 1360 et 1351 et 1644 du code civil<sup>2786</sup> impliquant une responsabilité délictuelle.

**1470.** Retenant partiellement la responsabilité contractuelle de l'investisseur<sup>2787</sup>, le Tribunal a toutefois catégoriquement rejeté les prétentions liées à la responsabilité délictuelle. Celui-ci a observé que « [l]es arguments du Honduras qui sont liés à des obligations d'origine extracontractuelle ou qui découlent de faits qui ne sont pas liés au contrat en tant que tel, ne relèvent pas de la compétence du Centre et du domaine de compétence de cet arbitre unique. En d'autres termes, toute réclamation de nature non contractuelle est irrecevable dans le contexte qui nous concerne, puisque le Contrat signé entre les Parties est l'instrument par lequel le consentement est accordé à la juridiction CIRDI, et donc le litige doit surgir à l'occasion de ce contrat ou de tout contrat accessoire à celui-ci »<sup>2788</sup>. Ainsi, selon le Tribunal « les analogies

---

<sup>2782</sup> *Ibid*, par. 2.8

<sup>2783</sup> *Ibid*, par. 13.

<sup>2784</sup> *Elsamex, S.A. c. Honduras*, Affaire CIRDI n° ARB/09/4, sentence, 16 novembre 2012, para. 311 (traduction libre de l'espagnol).

<sup>2785</sup> *Ibid*, para. 296 (traduction libre de l'espagnol).

<sup>2786</sup> *Ibid*, par. 297.

<sup>2787</sup> *Ibid*, par. 886 (traduction libre de l'espagnol).

<sup>2788</sup> *Ibid*, par. 304, voir aussi par. 303 : « La réglementation civile hondurienne à laquelle le Honduras fait allusion pour justifier une partie de sa demande reconventionnelle est inapplicable parce que le contrat contient des clauses spécifiques en la matière et que la loi contractante de l'État régit les cas de violation de l'entrepreneur en termes de vices, de sorte que ce serait ceci et non ce qui s'applique dans ce cas. De plus, les analogies soulevées par l'intimé proviennent d'institutions et de régimes juridiques différents », (traduction libre de l'espagnol).

alléguées par le Honduras pour construire les théories alternatives ou complémentaires de la responsabilité » ne sauraient prospérer dans le cadre du contentieux de l'investissement puisqu'elles « proviennent d'institutions juridiques complètement différentes qui ne sont analogues à aucun point de vue au marché public de travaux en question »<sup>2789</sup>.

**1471.** L'arbitre se gardera d'aller au-delà des termes prévus par l'instrument à l'origine du différend entre les parties et de la fonction compensatrice de la réparation. Ainsi, lorsque le contrat prévoit un régime d'indemnisation qui lui est propre, il n'est pas juridiquement permissible d'accorder des indemnités allant au-delà de ce qui est prévu par l'instrument.

**1472.** Le Tribunal dans l'affaire *Togo électricité* s'est prononcé en des termes clairs sur la question de savoir s'il était limité à l'application du cadre juridique et contractuel ou si « lui serait-il possible d'aller au-delà en tenant compte, par exemple, de l'ensemble de circonstances particulières touchant aux reproches formulés par les deux parties Demanderesses à l'égard des autorités togolaises... afin d'établir les manquements réputés graves du Concédant ? »<sup>2790</sup>. Ceci afin de savoir si le dédommagement prévu par la responsabilité délictuelle serait composé de *damnum emergens* aussi bien que *du lucrum cessans*<sup>2791</sup>. Si le Tribunal a rejeté les prétentions du demandeur, il n'en a pas pour autant exclu la possibilité. Selon lui, « quelle que soit l'ampleur des violations commises par l'administration togolaise durant la vie de la Concession de Service Public en question », le Tribunal a jugé qu'il n'avait « aucun pouvoir juridique pour accorder aux parties Demanderesses des sommes calculées sur la base d'une responsabilité délictuelle pour excès de pouvoir ou pour un manquement grave de la part du Concédant qui englobe à la fois *damnum emergens* et *lucrum cessans* »<sup>2792</sup>. Mais pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal s'est notamment fondé sur la faute contractuelle commise par l'investisseur qui avait unilatéralement résilié le contrat en cause. C'est donc « faute d'avoir »<sup>2793</sup> respecté les règles contractuelles relatives à la résiliation du contrat, que le Tribunal a refusé de lui octroyer une indemnisation supplémentaire. Si les parties avaient prévu une telle solution dans le contrat de concession, une solution distincte aurait été applicable<sup>2794</sup>.

---

<sup>2789</sup> *Ibid*, paras. 484-485 (traduction libre de l'espagnol).

<sup>2790</sup> *Togo Électricité et GDF-Suez Energie Services c. Togo*, sentence, *op. cit.* note n°214, par. 164.

<sup>2791</sup> *Ibid*, par. 165.

<sup>2792</sup> *Ibid*, par. 169.

<sup>2793</sup> *Ibid*, par. 169.

<sup>2794</sup> *Ibid*, paras. 171-173 : « C'est pourquoi, contrairement aux autres catégories de contrats de travaux publics ou fourniture et provision de biens, sauf s'il existe une disposition spécifique dans le contrat reconnaissant au concessionnaire le droit de prononcer unilatéralement de plein droit la résiliation du contrat, la jurisprudence et la doctrine françaises n'ont jamais envisagé la résiliation unilatérale de la part du concessionnaire comme moyen d'extinction d'une convention de concession, même si le concédant a commis des violations ou du retard dans

**1473.** Selon toute vraisemblance, il est possible d'affirmer que l'arbitre est habilité à se prononcer sur les conséquences attachées aux responsabilités extracontractuelles dans la mesure où celles-ci ne comportent pas de dimension punitive<sup>2795</sup>. En dehors de certains systèmes de Common Law, les régimes de responsabilité délictuelle issus des traditions civilistes, sans prétendre à l'exhaustivité, ne prévoient pas de dommages et intérêts punitifs<sup>2796</sup>. Dès lors, l'arbitre pourrait réparer les dommages découlant d'une responsabilité extracontractuelle seulement pour s'assurer de la réparation intégrale du préjudice subi par l'Etat.

**1474.** Il serait donc également envisageable que l'arbitre saisi d'une demande reconventionnelle prenne en compte la dimension pécuniaire - non punitive - d'une condamnation pénale de l'investisseur. Ainsi par exemple, dans l'affaire *Al Warraq c Indonésie*, l'Indonésie réclamait le remboursement des sommes illégalement détournées par l'investisseur dont l'illégalité avait été constatée par ses juridictions pénales<sup>2797</sup>. Le Tribunal a rejeté la demande reconventionnelle indonésienne mais n'a pas exclu cette possibilité. Contournant la question de savoir si la demande était irrecevable en vertu du principe général *ne bis in idem*<sup>2798</sup> et *res judicata*, il a rejeté l'action reconventionnelle au fond au motif que l'Etat n'avait pas suffisamment étayé « *claimant's personal liability* »<sup>2799</sup> par rapport à la responsabilité de son complice qui n'était

---

l'exécution de ses obligations. Les ouvrages de Jèze, de Laubadère et de Long, avec tous les détails y mentionnés, confirment ce fait capital, tenant compte du fait que dans pareil cas une résiliation juridictionnelle (c'est-à-dire prononcée par un tribunal compétent) est toujours nécessaire... Par contre, à la connaissance du Tribunal, les annales judiciaires d'inspiration françaises ne contiennent aucun exemple d'une résiliation unilatérale (et donc non-juridictionnelle) du concessionnaire attribuée à une faute du concédant qui ait abouti à une indemnisation couvrant un gain manqué (*lucrum cessans*) sans que cela soit explicitement prévu dans le contrat de concession ».

<sup>2795</sup> *Franck Charles Arif c. Moldavie*, Affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence, 8 avril 2013, par. 592: « *A breach of a contract or any wrongful act can lead to a sentiment of frustration and affront with the victim. A pecuniary premium for compensation for such sentiment, in addition to the compensation of economic damages, would have an enormous impact on the system of contractual and tortious relations. It would systematically create financial advantages for the victim which go beyond the traditional concept of compensation* ».

<sup>2796</sup> P. Pierre, « Les dommages et intérêts punitifs ou restitutoires (en droit français ou européen) », *op.cit.*, note n° 2759, p.24. Le droit français applicable à la responsabilité délictuelle invoquée par la Guinée dans l'affaire *Atlantic Triton* ne permettait pas l'octroi de dommages et intérêts punitifs et c'est probablement pour cette raison que l'arbitre a accepté de se prononcer sur la question.

<sup>2797</sup> *Al-Warraq c. Indonésie*, sentence finale, *op. cit.*, note n°423, para. 655: « *To award to Respondent, and order the Claimant to pay to the Respondent, forthwith, the full amount of the bailout, being Rp. 6.7 trillion; or, alternatively the amount that he has been shown to have stolen, being US \$ 360,735,638; or such other sum as the Tribunal may determine appropriate in light of the evidence put forward in this case, plus interest on such amount from the date of Claimant's conviction until the date paid, calculated at the Indonesian statutory interest rate of 6% per annum, or such other rate as the Tribunal may order* ».

<sup>2798</sup> *Ibid*, para. 668: « *The extent to which the criminal prosecution of the Claimant in this case might preclude the Respondent's efforts to obtain compensation for losses from the same factual circumstances that were the basis of the Claimant's conviction is a difficult question, and one that the Tribunal does not need to decide. The counterclaims here fail on broader grounds* ».

<sup>2799</sup> *Ibid*, par. 669.

pas partie à l'arbitrage<sup>2800</sup>. S'il l'avait fait, le Tribunal aurait sans doute accepté de condamner l'investisseur au remboursement des sommes illégalement acquises pendant la vie de son investissement.

**1475.** Il ressort de ce qui précède que la nature internationale et consensuelle de la compétence des tribunaux d'investissement constitue une limite systémique de la liberté conférée aux tribunaux d'investissement de choisir « la forme la plus appropriée de réparation »<sup>2801</sup>. Cette liberté opère en réalité dans un espace encadré plus restreint qu'il n'y paraît. La nature des dommages invoqués par l'Etat et la nature internationale des tribunaux d'investissement, en particulier ceux constitués sous l'égide du CIRDI et ceux saisis de différends relatifs aux traités d'investissement, orienteront la plupart du temps l'appréciation des questions de réparation des dommages causés à l'Etat vers le droit international.

---

<sup>2800</sup> *Ibid*: « The counterclaim does not distinguish the actions of the Claimant from the actions of Mr. Rizvi, who is not a party to this arbitration. Further, they involve various other entities, including FGAH, Tell Tale Holdings Limited and First Capital Management Limited, not parties to this arbitration ». *Supra*, Chapitre 3, par. 462.

<sup>2801</sup> *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. Gabon*, Affaire CIRDI n° ARB/04/5, sentence finale, 7 mars 2008, par. 152.

## Conclusion du Chapitre 8

**1476.** Parmi les formes de réparation communes au droit international de la responsabilité et aux droits internes que sont l'indemnisation et la restitution, l'indemnisation est la plus fréquemment invoquée par l'Etat demandeur reconventionnel<sup>2802</sup>. Jusque-là, elle n'a été octroyée que pour des violations contractuelles ou du droit interne de l'Etat hôte. Le droit interne ou celui applicable au contrat est donc celui qui a guidé la détermination de la réparation des préjudices de l'Etat. En revanche, la voie de la réparation des dommages extrapatrimoniaux de l'Etat telle l'atteinte à la réputation s'avère être plus accidentée et la logique suivie par les tribunaux d'investissement semble avoir évolué de manière autonome par rapport à celle du droit international général.

**1477.** Les exigences requises pour ouvrir un droit à réparation du préjudice moral sont injustement élevées. Cette posture est d'autant plus regrettable que les tribunaux disposent d'une grande latitude pour réparer les dommages causés à l'Etat qui seraient difficilement évaluables. Ils pourraient recourir davantage à la satisfaction qui s'avère être une forme de réparation souvent appropriée à la nature étatique de la partie lésée, ou recourir à la désignation d'experts pour évaluer des préjudices complexes tels que le dommage environnemental<sup>2803</sup>. D'autres formes de réparation sont également envisageables pour les atteintes à l'environnement ou aux droits des populations affectées par les activités de l'investisseur. L'investisseur dans l'affaire *Perenco c. Equateur* a par exemple proposé que les cinquante millions de dollars auxquels il avait été condamné soient affectés à un fond fiduciaire<sup>2804</sup>. Il serait également judicieux d'élargir le champ des investigations à la pratique d'autres cours et tribunaux internationaux pour apprécier les montants de la réparation des préjudices moraux. Si les tribunaux accueillent exceptionnellement ce préjudice pour l'investisseur, ils se sont montrés particulièrement généreux en la matière comparé à d'autres institutions saisies de questions similaires<sup>2805</sup>.

---

<sup>2802</sup>E. Stoppioni, *La réparation dans le contentieux international de l'investissement contribution à l'étude de la restitutio in integrum*, *op cit*, note 2594, p. 100.

<sup>2803</sup> *Perenco c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/6, sentence sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n° 155, par. 587.

<sup>2804</sup> *Ibid*, sentence, 27 septembre 2019, par. 900.

<sup>2805</sup> A titre de comparaison, 300.000 dollars et 1 million de dollars ont respectivement été octroyés aux investisseurs dans les affaires CIRDI, *Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe* et *Desert Line Projects LLC c. Yémen*. La Commission d'indemnisation des Nations Unies, habilitée à indemniser les préjudices nés de l'invasion du Koweït par l'Irak en 1991, a fixé un seuil plafond pour le préjudice psychologique bien en-deçà des montants octroyés par les tribunaux d'investissement : 30.000 dollars par demandeur et 60.000 par unité familiale. Lorsqu'un individu a été privé de ses ressources financières et que cette privation a sérieusement menacé sa survie ou celle de sa famille, le montant des dommages maximum est de 2500 USD par demandeur/5000 par unité familiale. La

#### *Conclusion du Titre 4*

**1478.** La perception que l'arbitrage d'investissement ne protège pas les intérêts de l'Etat et favorise les intérêts spéculatifs de l'investisseur a sans doute contribué à renforcer la logique offensive des Etats. Ceux-ci ne se contentent plus « d'échapper » à la condamnation mais préfèrent mettre en lumière la faute des investisseurs et, lorsqu'elle est associée à un dommage, la responsabilité qui en découle. La mutation des arguments de certains Etats orientés vers une mise en cause du comportement de l'investisseur, tout comme l'invocation de la contribution au préjudice de l'investisseur, traduisent un changement de paradigme du contentieux de l'investissement étranger en faveur de la préservation des intérêts et des droits des deux parties. D'un côté, les investisseurs sont de plus en plus tenus de rendre compte de la licéité de leur comportement, non seulement à l'égard de l'Etat mais à l'égard de ses ressortissants et de son environnement. De l'autre, par sa dimension offensive, l'action reconventionnelle de l'Etat participe à ce que le comportement blâmable de l'investisseur soit bien évalué comme une violation entraînant une obligation de réparation et non pas comme un fait entraînant l'incompétence des tribunaux.

**1479.** Il faut néanmoins bien reconnaître que la diversité des instruments juridiques liant l'Etat à l'investisseur (contrat, traité, loi) et la porosité du droit matériel applicable aux investissements étrangers peuvent compliquer l'identification des principes de responsabilité et s'ériger comme un obstacle à la modélisation d'un régime de responsabilité des investisseurs. Toutefois, la nature internationale des tribunaux arbitraux et de l'opération protégée justifie que cette responsabilité soit, sinon encadrée, du moins influencée par les principes du droit international. Ainsi, même lorsque l'investisseur est jugé responsable de la violation du droit interne, sa responsabilité identifiée au regard de l'ordre juridique interne repose finalement sur un support international. Il n'est pas à exclure que la responsabilité de l'investisseur pour la violation d'obligations internationales et l'obligation de réparation du dommage créée à l'Etat soient influencées par le régime de la responsabilité internationale.

---

prise d'otage, la détention arbitraire moins de trois jours (5000 USD maximum) (Conseil de Sécurité, Commission d'indemnisation des Nations Unies, Décision n°8 du Conseil d'administration, doc n° AC/26/92/8, 27 janvier 1992). La Cour interaméricaine des droits de l'homme a octroyé 101.000 dollars pour réparer le dommage moral subi par la famille d'une victime de disparition forcée (*Velásquez Rodríguez Case*, Dommages compensatoires, jugement, 21 juillet 1990, *série C*, n° 7, par. 39, 50–2).

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

---

**1480.** L'analyse du bien-fondé des demandes reconventionnelles de l'Etat dans l'arbitrage transnational révèle que le comportement de l'investisseur peut être apprécié au regard d'une pluralité de normes issues de l'ordre juridique interne et international. Cependant, l'évaluation de son comportement n'a pas systématiquement pour finalité d'engager sa responsabilité. La condamnation de l'investisseur et l'engagement de sa responsabilité pour la violation du droit interne ou du droit international suppose que l'Etat investisse la position de demandeur reconventionnel et caractérise une violation par laquelle il se prétend lésé.

**1481.** Bien que les condamnations de l'investisseur associées à des violations soient encore exceptionnelles, certains tribunaux saisis de prétentions reconventionnelles ont cependant identifié dans l'ordre juridique international des devoirs et obligations des investisseurs. A mesure que ceux-ci se développent, les attentes de l'Etat se renforcent et émergent comme légitimes. L'analyse de la dimension substantielle des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage d'investissement met ainsi à jour une variété de questions juridiques inédites touchant à la nature de la responsabilité découlant de la violation d'obligations internationales telles que l'obligation de protection de l'environnement ou celle de ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine, qui peuvent également être contractualisées. A celles-ci s'ajoutent la modélisation des conséquences de la responsabilité de l'investisseur et les formes de réparation disponibles pour réparer les préjudices causés à l'Etat hôte. Le fait que ces questions qui sont révélées par la pratique contentieuse se trouvent encore être à l'état de latence ne justifie pas que l'arbitre abdique son pouvoir de les clarifier. En effet, tant que la question de la responsabilité de l'investisseur restera reléguée au second plan de l'analyse du rapport économique entre Etats et investisseurs, l'arbitrage l'investissement continuera de s'exposer aux critiques<sup>2806</sup>.

---

<sup>2806</sup> J. Ho, « The creation of elusive investor responsibility », *op. cit.*, note n° 2225, p. 10.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

---

**1482.** Arrivés au terme de l'analyse des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage transnational, il n'est pas inutile de se remémorer un extrait de la lignée jurisprudentielle la plus restrictive qui a alimenté notre étude :

*« References to the 'investor' highlighted ... in the dispute resolution clause of the BIT means that the BIT is intended to enable arbitration only at the initiative of the investor. The BIT imposes no obligation on investors, only on the Contracting State. The BIT contains no particular or general language that would enable the Tribunal to conclude, if interpreted in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, that the arbitral agreement between [the State] and [the investor] includes consent by [the investor] to the submission of counterclaims by [the State]. »<sup>2807</sup>*

**1483.** Entre les sentences qui refusent le principe même de leur compétence et celles qui refusent de l'exercer en les jugeant irrecevables, nombreux sont les obstacles auxquels les prétentions reconventionnelles doivent faire face. L'Etat demandeur reconventionnel dans l'arbitrage transnational, principal intéressé de la promotion des investissements étrangers, n'obtient qu'exceptionnellement réparation pour les activités dommageables des investisseurs. Cette réalité peut s'appréhender de deux façons.

**1484.** Les défenseurs du système d'arbitrage pourraient sans doute voir dans l'évolution du contentieux reconventionnel la confirmation d'une forme de rééquilibrage des intérêts respectifs de l'Etat et de l'investisseur, rendant le mécanisme de l'arbitrage plus acceptable. Le reproche d'un favoritisme de l'investisseur qui est adressé aux tribunaux arbitraux masquerait en réalité un problème d'ordre matériel. Dans cette perspective, les obstacles empêchant les demandes reconventionnelles de prospérer sont appréhendés comme le prolongement du rapport asymétrique entre les droits et les obligations figurant dans les traités de protection des investissements étrangers. En conséquence, la possibilité que l'Etat fasse valoir des droits nécessiterait d'améliorer la substance des accords d'investissement.

**1485.** Certains pourraient au contraire trouver confirmation dans l'observation d'un déséquilibre persistant en faveur de l'investisseur dans les arbitrages conventionnels. Les origines de ce déséquilibre pourraient essentiellement être imputées à la justice arbitrale qui

---

<sup>2807</sup> *Karkey. c. Pakistan*, sentence, *op. cit.*, note n°509, paras. 1013, 1014 ; *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, CPA, sentence finale, *op. cit.*, note n°512, paras. 390- 391 « *The BIT contains no particular or general language that would enable the Tribunal to conclude, if interpreted in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, that the arbitral agreement between [the investor and the State] includes consent by [the investor] to the submission of counterclaims by [the State]...».*

offre des appréciations parfois rigides des conditions d'admission des demandes reconventionnelles. Cette explication qui se situe sur un terrain systémique et procédural laisserait néanmoins ouverte la possibilité que, dans un avenir plus ou moins proche, les tribunaux arbitraux, principaux vecteurs de ce déséquilibre, aient la volonté de corriger la perception que l'Etat demandeur reconventionnel est un « justiciable de second ordre »<sup>2808</sup>.

**1486.** Que l'on adhère à l'une ou l'autre de ces explications, le constat est identique : la grande majorité des ambitions offensives de l'Etat semble dépasser ce que le contentieux de l'investissement est prêt à admettre. En effet, cette longue contention en vue de saisir l'institution des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage transnational aboutit sur un constat décevant. Le contentieux conventionnel de l'investissement ne compte que deux affaires dans lesquelles l'Etat a obtenu réparation pour les préjudices causés par l'investisseur<sup>2809</sup>. Au surplus, la signification et la postérité de ces sentences sont amoindries par le fait que les investisseurs avaient consenti aux demandes reconventionnelles facilitant considérablement la levée de l'obstacle « inaugural »<sup>2810</sup> de la compétence.

**1487.** L'examen de la jurisprudence fait ressortir que ce constat d'échec n'est pas étranger au fait qu'une certaine confusion persiste entre le droit de soumettre une demande reconventionnelle et les conditions encadrant la réalisation de ce droit. En effet, la jurisprudence comme la doctrine semblent conclure parfois un peu hâtivement, que le droit de l'Etat de présenter des demandes reconventionnelles lui serait « confisqu[é] »<sup>2811</sup> en raison de l'absence d'obligations des investisseurs ou de la non-réciprocité du droit d'introduire une demande.

**1488.** Or, compte tenu du droit donné à l'investisseur d'attaquer directement l'Etat devant les prétoires internationaux, un raisonnement inverse peut se tenir. Ce n'est pas seulement la présence d'obligations dans les traités ou la réciprocité du droit d'être demandeur qui donnent au défendeur le droit de contre-attaquer, c'est aussi l'étendue des droits procéduraux et substantiels qui sont donnés aux investisseurs demandeurs qui lui confère ce droit. Il faut précisément que l'Etat soit dans une position de défendeur pour pouvoir investir la place de

---

<sup>2808</sup> H. Helliou, « L'Etat, un justiciable de second ordre ? à propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *op. cit.*, note n°5.

<sup>2809</sup> Affaires *Perenco c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles environnementales, *Burlington c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155.

<sup>2810</sup> F. Latty, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le gymkhana de la réaffirmation de l'Etat », *op. cit.*, note n°152, p. 165.

<sup>2811</sup> L. Dubin « RSE et droit des investissements les prémisses d'une rencontre », *op. cit.*, note n°2225, p. 884 ; P. Dumberry & G. Dumas Aubin, "A Few Pragmatic Observations on How BITs should be Modified to Incorporate Human Rights Obligations", in, *Transnational Dispute Management Special Issue: Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of A Roadmap*, : Jean E. Kalicki & Anna Joubin-Bret (dir.)TDM, 2014, p. 17: "the respondent State will typically not be entitled to submit any counterclaim invoking human rights violations committed by an investor" (italiques ajoutés).

demandeur reconventionnel puisque son action « naît de la demande principale à laquelle elle répond...[c]'est une réponse...[qui] suppose une demande »<sup>2812</sup>. La demande reconventionnelle est un prolongement du droit de se défendre contre les prétentions unilatéralement portées contre lui dont l'exclusion peut, selon les circonstances « *be a breach of natural justice* »<sup>2813</sup>.

**1489.** Ainsi, en appréciant la capacité du demandeur reconventionnel au regard de sa capacité d'être demandeur principal, les bénéfices associés à l'économie procédurale et la préoccupation « particulièrement louable d'assurer la réalisation de la justice »<sup>2814</sup> produite par l'admission des demandes reconventionnelles, resteront des considérations impuissantes pour convaincre les tribunaux arbitraux de se saisir des telles prétentions<sup>2815</sup>.

**1490.** Malgré ces déconvenues, l'analyse de la dimension procédurale des demandes reconventionnelles a d'abord permis de constater que cette manière de voir ne fait pas l'unanimité. La raison en est que tant dans la sphère conventionnelle que contractuelle, le consentement des parties aux demandes reconventionnelles, s'il existe, est implicite. Son identification est donc une opération soumise à un haut coefficient d'interprétation. Alors que la nature synallagmatique des obligations d'un contrat renforce la présomption de compétence reconventionnelle, l'identification du consentement des parties est soumise à des interprétations divergentes lorsque la procédure est introduite sur le fondement d'un traité. Dans cette catégorie de différends, le souci du maintien de l'égalité des parties à faire valoir leurs prétentions respectives, peut s'effacer au profit d'une interprétation stricte des clauses d'arbitrage non-réciproque ou du contenu matériel des traités. Ces particularités inhérentes aux instruments conventionnels exigent certes un examen plus approfondi de la réalité du consentement, mais ne sont pas de nature à renverser la présomption de compétence reconventionnelle que d'autres tribunaux sont prêts à reconnaître. En ayant recours à l'arbitrage et ce, de manière unilatérale, l'investisseur consent, sauf disposition contraire, au « risque » reconventionnel. Endossée par

---

<sup>2812</sup> A. Delahaye, *Des demandes reconventionnelles histoire –jurisprudence*, *op. cit.*, note n°17, p. 141.

<sup>2813</sup> *Marco Gavazzi c. Roumanie*, décision sur la compétence et la responsabilité, *op. cit.*, note n° 504, opinion dissidente de M. Rubino-Sammartano, par. 42.

<sup>2814</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, Opinion dissidente du Juge C. Trindade, par. 18, p. 336 : « la principale préoccupation des juristes du passé quant à l'institution juridique des demandes reconventionnelles en procédure internationale, [est selon l'auteur] sûrement ... la préoccupation sousjacente et particulièrement louable d'assurer la réalisation de la justice au niveau international. »

<sup>2815</sup> *Iberdrola c. Guatemala*, sentence (CPA), *op. cit.*, note n°512, par. 392. Telle est en substance, la position prise par ce Tribunal lorsqu'il déclare : « [W]hile the Tribunal appreciates that counterclaims are a useful procedural tool to promote the concentration of claims and thus enhance the efficiency of the dispute settlement system, it notes that its role is limited to applying the treaty on the basis of which it is seized in accordance with its terms. It cannot go beyond or else it would engage in policy choices which are the domain of the States. »

certain arbitres<sup>2816</sup> appelés à trancher des différends conventionnels, la présomption de compétence est renforcée dans le contentieux de l'investissement par l'étendue de la définition de l'objet du différend (qui est au demeurant souvent plus étendu dans les traités que dans les contrats), par l'exonération de recourir aux juridictions internes, par la fonction supplétive des règles applicables à la procédure donnant au défendeur le droit de contre-attaquer et par la renonciation aux voies de recours parallèles.

**1491.** Alors que la question du consentement des parties nous semble finalement avoir été compliquée à outrance, le deuxième volet de l'analyse de la dimension procédurale des demandes reconventionnelles a révélé combien celle de la recevabilité est réellement obscurcie. Le phénomène de démembrement des parties et de cumul des instruments applicables à une même opération d'investissement complique considérablement l'appréciation du lien de connexité requis pour les demandes reconventionnelles. Il ne suffit pas que la demande reconventionnelle concerne l'investissement mais bien qu'elle vise l'investisseur–demandeur. En permettant des actions par ricochet, les traités creusent l'écart entre la titularité du droit de réclamation et le réel destinataire des droits substantiels que la notion de contrôle ne peut pas toujours combler. En outre, il est parfois attendu de l'Etat qu'il puise dans le même instrument que celui choisi par l'investisseur pour fonder sa demande reconventionnelle. Toutefois, lorsque l'objet du différend déborde le champ matériel de l'instrument invoqué à titre principal (« un différend relatif à un investissement »), l'exigence d'une identité des titres juridiques entre action principale et reconventionnelle semble infondée. En effet, l'absence d'obligations explicitement détaillées dans les traités ne préjuge pas l'existence d'obligations extérieures au traité qui seraient opposables à l'investisseur et relatives au différend.

**1492.** Finalement, le niveau d'exigence imposé pour que les prétentions reconventionnelles soient accueillies laisse penser que le « filtre » de l'incompétence, sert parfois de refuge aux tribunaux pour éviter de se saisir de questions substantielles relatives à la responsabilité de l'investisseur. Il n'est pas moins vrai si la réception de l'institution des demandes reconventionnelles par les tribunaux arbitraux peut sembler décevante, l'incidence de l'institution des demandes reconventionnelles sur le contentieux n'est finalement, pas anodin.

**1493.** En dépit d'un constat critique de la jurisprudence opéré dans la première partie, le second volet de notre étude a également montré comment l'institution avait contribué à redessiner les pourtours du contentieux de l'investissement. Ainsi, sur la base d'une jurisprudence moins

---

<sup>2816</sup> Voir notamment : *Spyridon Roussalis*, sentence (CIRDI), *op. cit.*, note n°477, opinion dissidente M. Reisman; *Goetz c. Burundi (II)*, sentence, *op. cit.*, note n° 443; *Marco Gavazzi c. Roumanie*, décision sur la compétence et la responsabilité, *op. cit.*, note n° 504, opinion dissidente de M. Rubino-Sammartano, par. 42.

fournie, l'analyse de la pratique reconventionnelle nous ont permis de repérer plus nettement les étapes du chemin vers la responsabilité de l'investisseur.

**1494.**Premièrement, accepter de faire entrer les prétentions offensives de l'Etat contre l'investisseur dans l'office de l'arbitre c'est bouleverser la finalité du contentieux de l'investissement en particulier lorsque la procédure est introduite sur le fondement des traités. Il ne s'agit plus de l'enserrer dans l'objectif de protection des investisseurs étrangers, mais bien d'élargir son objet à l'analyse du comportement de toutes les parties prenantes à l'opération d'investissement.

**1495.**En second lieu, bien qu'elle soit souvent soldée par un échec, la pratique des demandes reconventionnelles a permis la reconnaissance d'une subjectivité internationale de l'investisseur étranger et, plus fondamentalement, l'identification d'obligations lui étant imputables. Parmi elles, celles issues du droit interne de l'Etat hôte figurent en bonne place tant pour les arbitrages contractuels que les arbitrages conventionnels. Les tribunaux ont également identifié au sein des traités, une exigence internationale pour l'investisseur de se conformer au droit de l'Etat hôte. Ils ont aussi permis que soient formalisés en dehors des traités, des devoirs et obligations relatifs à la protection de l'environnement ou aux droits de la personne humaine sur lesquels pourrait se greffer une obligation de diligence due.

**1496.**Erigée comme un standard d'importance cruciale en droit international, la responsabilité sociale de l'entreprise semble aussi émerger comme une notion à l'aune de laquelle le comportement de l'investisseur pourrait être évalué. A cela s'ajoutent enfin les principes généraux communs aux ordres juridiques internes telle que l'interdiction de la corruption et l'obligation d'agir de bonne foi qui impose par exemple l'investisseur à tout révéler à son partenaire<sup>2817</sup>. Il y aurait ainsi dans le droit applicable aux investissements, un foisonnement de normes externes aux traités, aux contrats ou aux lois qui entretiennent un lien de connexité avec l'objet du différend d'investissement. Ces obligations sont alors susceptibles d'être révélées par les demandes reconventionnelles et sont celles sur lesquelles l'Etat échafaudent ses attentes légitimes.

**1497.**Par sa dimension offensive, la demande reconventionnelle n'exige pas moins des

---

<sup>2817</sup>*Klockner c. Cameroun*, sentence, *JDI (Clunet)*, pp. 107-108 : « Nous présumons que le principe suivant lequel une personne qui s'engage dans des rapports contractuels intimes fondés sur la confiance, doit traiter avec son collègue de façon franche, loyale et candide, est un principe de base du droit civil français, comme il l'est en fait des codes des nations dont nous avons connaissance. ...Nous sommes convaincus qu'il est particulièrement important que les règles universelles qui exigent la franchise et la loyauté dans les rapports entre partenaires soient suivies dans des cas comme celui-ci, ou une société multinationale cherche et volontairement s'engage à fournir l'ensemble global de factabilité, d'analyse, de conception, de gestion, de passation de marchés, de construction et de commercialisation pour une installation industrielle, et obtient en échange l'accord du Gouvernement à payer cette usine, qu'elle soit rentable ou non. »

tribunaux de se prononcer sur la responsabilité de l'investisseur. Cela peut parfois conduire à faire application de deux régimes de responsabilité distincts aux actions croisées : une responsabilité internationale pour apprécier les actions et omissions de l'Etat et une responsabilité interne pour déterminer celles de l'investisseur<sup>2818</sup>. Encore plus problématique est la situation où sa responsabilité est recherchée sur le terrain du droit international. Cette possibilité, « véritable serpent de mer »<sup>2819</sup> nécessite de discerner la dimension éthique de la dimension juridique de la responsabilité recherchée.

**1498.** A contre-courant des positions les plus réfractaires, on voit bien que certaines brèches se sont ouvertes dans la jurisprudence favorable à l'idée, sinon d'une responsabilité, au moins d'une responsabilisation de l'investisseur. D'un côté, les investisseurs sont de plus en plus tenus de rendre compte de la licéité de leur comportement, non seulement à l'égard de l'Etat mais à l'égard de ses ressortissants et de son environnement. De l'autre, par sa dimension offensive, l'action reconventionnelle de l'Etat participe à ce que le comportement blâmable de l'investisseur ne soit pas seulement pris en compte pour ce qu'il est, mais bien comme une violation entraînant une obligation de réparation. De ce point de vue, le contentieux reconventionnel a bien induit des mutations dans la manière dont le contentieux envisage le rapport entre investisseurs étrangers et Etats.

**1499.** L'internationalisation de l'obligation de respecter le droit interne, la reconnaissance encore timide d'obligations internationales des investisseurs, tout comme la contractualisation d'obligations d'origine internationale, participent à forger l'idée que la licéité du comportement de l'investisseur et les conséquences des violations soient internationalisées et évaluées au regard du droit international. Dans ce contexte, la possibilité, encore précaire, que la responsabilité de l'investisseur pour la violation d'obligations internationales et l'obligation de réparation du dommage crée à l'Etat soient influencées par les principes existants de la responsabilité internationale n'est pas à exclure.

**1500.** La demande reconventionnelle de l'Etat contre l'investisseur étranger se fait ainsi « le prélude possible à un développement (sinon à une banalisation) de la responsabilité des particuliers »<sup>2820</sup>. Son utilisation par les Etats, devient donc « phénomène important »<sup>2821</sup> susceptible d'assurer le passage de la responsabilisation à la responsabilité des investisseurs.

---

<sup>2818</sup> *Affaires Perenco c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles environnementales, *Burlington c. Equateur*, décision sur les demandes reconventionnelles, *op. cit.*, note n°155.

<sup>2819</sup> Y. Kerbrat, « La responsabilité des entreprises peut-elle être engagée pour des violations du droit international ? », in *L'entreprise dans la société internationale* H. Gherari et Y. Kerbrat (dir.), Pedone, 2010, p. 96.

<sup>2820</sup> P. Mbongo, F. Hervouët, C. Santulli (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'Etat*, « Responsabilité internationale », Berger Levrault, 2014, p. 819.

<sup>2821</sup> *Ibid.*

**1501.** Cette question vers laquelle glisse l'ensemble des reconventions deviendra, dans un avenir qui ne semble plus si lointain, un des défis du contentieux de l'investissement. Dans ce contexte, la place donnée aux demandes reconventionnelles de l'Etat est en elle-même un facteur déterminant pour le maintien ou la dégradation de la légitimité de l'arbitrage d'investissement<sup>2822</sup>.

---

<sup>2822</sup> A. K Bjorklund et J.M Marcoux, « Foreign Investors' Responsibilities and Contributory Fault In Investment Arbitration », *op. cit.* note n°2554, p. 877-878; B. Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du xxe siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, Litec, 2000, p. 244 : « [l']arbitrage *without privity* pourra devenir la pire ou la meilleure des choses...selon l'usage qu'en feront des arbitres internationaux, sur lesquels pèsent aujourd'hui une immense responsabilité quant au visage qu'auront les relations économiques internationales de demain. »

## BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

---

### I. Dictionnaires et manuels

- D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, PUF, 2018, 5<sup>ème</sup> éd., 308 p.
- D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, 1649 p.
- D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Éditions Panthéon-Assas/LGDJ Diffuseur, Coll. Droit international et relations internationales – Les introuvables, 1999, 534 p.
- J. BASDEVANT (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, 755 p.
- J.P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, Pedone, 2017, 5<sup>ème</sup> éd., 628 p.
- R. BISMUTH, D. CARREAU, A. HAMANN, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 2017, 6<sup>ème</sup> éd., 941 p.
- J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 2016, 12<sup>ème</sup> éd., 832 p.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2020, 13<sup>ème</sup> éd., 1091 p.
- P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET (N. Quôc Dinh), *Droit international public*, LGDJ, 2009, 8<sup>ème</sup> éd., 1709 p.
- A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2020, 3<sup>ème</sup> éd., 564 p.
- J.L. ITEN, R. BISMUTH, C. CREPET DAIGREMONT, G. LE FLOCH, A DE NANTEUIL, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Dalloz, 2018, 706 p.
- P. MBONGO, F. HERVOUËT, C. SANTULLI (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'Etat*, Berger Levrault, 2014, 998 p.
- R. RIVIER, *Droit international public*, PUF, 2017, 3<sup>ème</sup> éd., 841 p.
- J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, 2001, 1198 p.
- C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ, Lextenso, 2015, 626 p.
- W. VISSER, D. MATTEN, M. POHL, N. TOLHURST (dir.), *The A to Z of Corporate Social Responsibility: A Complete Reference Guide to Concepts, Codes and Organisations*, John Wiley & Sons, Incorporated, 2007, 576 p.

## II. Ouvrages spécialisés et thèses

C. ANTONOPOULOS, *Counterclaims before the International Court of Justice*, TMC Asser, 2011, 177 p.

J.E. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Brill Nijhoff, 2011, vol. 344, 502 p.

H. AZARI, *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de Justice*, L'Harmattan, 2019, 462 p.

W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse de doctorat, Université Paris II, 2003, 729 p.

B. BOLLECKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Pedone, 1973, 382 p.

G. BOTTINI, *Admissibility of Shareholders' claims under Investment Treaties*, C.U.P., 2020, 296 p.

C. BRETON, *Le dommage dans l'arbitrage d'investissement*, thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 2017, 492 p.

D. BURRIEZ, *Le droit d'action individuelle sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2014, 548 p.

L. CHIUSI CURZI, *General Principles For Business and Human Rights in International Law*, Brill Nijhoff, 2020, 356 p.

A. CLAPHAM, *Human Rights obligations for non-state actors*, O.U.P., 2006, 613 p.

D. COLLINS, *Performance Requirements and Investment Incentives Under International Economic Law*, Edward Elgar, 2015, 265 p.

G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, 1996, 3<sup>ème</sup> éd., 779 p.

J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, O.U.P., 2019, 9<sup>ème</sup> éd., 872 p.

J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (dir.), *The Law of International Responsibility*, O.U.P., Coll. Oxford Commentaries on International Law, 2010, 1296 p.

E. DE BRABANDERE, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, C.U.P., 2014, 264 p.

A. DELAHAYE, *Des Demandes reconventionnelles, histoire, jurisprudence*, thèse de doctorat, Ch. Blanchet, 1898, 189 p.

R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, O.U.P., 2012, 417 p.

- Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claim*, C.U.P., 2009, 616 p.
- Z. DOUGLAS, *Cinq problématiques d'actualité en droit des investissements*, Pedone, 2015, 66 p.
- D. DREYSSE, *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale*, Dalloz, 2021, 575 p.
- I. EL HAYEK, *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement*, thèse de doctorat, Université Paris I-Sorbonne, 2016 [accessible en ligne uniquement depuis les postes de la bibliothèque Cujas]
- J.P. FOURCADE, *La connexité en procédure civile*, thèse de doctorat, Domat Montchrestien, 1938, 123 p.
- E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol.1, Pedone, 2004, 1105 p.
- H. GELAS, *Procédure contentieuse internationale et souveraineté étatique*, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2004, 789 p.
- A.E. GILDEMEISTER, *L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements*, LGDJ/Lextenso, 2013, 467 p.
- M. GRANGE, *La compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel, l'exemple de la Cour internationale de Justice*, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2011, 727 p.
- G. GUYOMAR, *Commentaire du règlement de la Cour internationale de justice : adopté le 14 avril 1978 interprétation et pratique*, Pedone, Coll. Publications de la Revue générale de droit international public, Nouvelle série, n° 40, 1983, 760 p.
- T. HARDMAN REIS, *Compensation for Environmental Damages Under International Law: the role of the international judge*, Kluwer Law International, 2011, 215 p.
- J. HEPBURN, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, O.U.P., 2017, 207 p.
- J. HO, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, C.U.P., 2018, 322 p.
- H.E. KJOS, *Applicable law in investor-state arbitration: the interplay between national and international law*, O.U.P., 2013, 314 p.
- R. KOLB, *La bonne foi en droit international public contribution à l'étude des principes généraux du droit*, Graduate Institute Publications, 2000, 756 p.
- R. KOLB, *La Cour internationale de Justice*, Pedone, 2013, 1356 p.
- H. LAUTERPACHT, *Private law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)*, 1927, Longmans green & Co, 326 p.
- L. LANKARANI EL-ZEIN, *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, thèse de doctorat, Université Panthéon Sorbonne, 1996, 572 p.

- J. MARTIN, *Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration*, C.U.P., 2019, 207 p.
- C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, O.U.P., 2017, 2<sup>nd</sup> éd., 630 p.
- A. MERIGNHAC, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international, le rôle du droit dans le fonctionnement actuel de l'institution et dans ses destinées futures*, LLarose, 1895, 528 p.
- P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, O.U.P., 2008, 1282 p.
- D. MÜLLER, *La protection de l'actionnaire en droit international*, Pedone, 2015, 517 p.
- A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, 614 p.
- A.R. PARRA, *The History of ICSID*, Oxford, O.U.P., 2017, 2<sup>nd</sup> éd., 393 p.
- A. PELLET, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1974, 504 p.
- R. POLANCO, *The Return of the Home State to Investor State Disputes*, C.U.P., 2019, 373 p.
- Y. RADI, *Rules and Practices of International Investment Law and Arbitration*, C.U.P., 2020, 508 p.
- 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 de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2010, 539 p.
- S. ROBERT-CUENDET, *Protection de l'environnement et investissement étranger : les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale*, thèse de doctorat, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 2008, 726 p.
- S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff, 2010, 530 p.
- B. SABAHI, *Compensation and restitution in Investor-State Arbitration Principles and Practice*, O.U.P., 2011, 256 p.
- M. SASSON, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship Between International Law and Municipal Law*, Kluwer Law International, 2017, 2<sup>ème</sup> éd., 303 p.
- C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, C.U.P., 2009, 2<sup>ème</sup> éd., 1524 p.

C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien-Lextenso, 2019, 2<sup>ème</sup> éd., 1055 p.

J-M. SOREL, F. POIRAT (dir.), *Les procédures incidentes devant la Cour internationale de justice : exercice ou abus de droits ?*, Pedone, 2001, 158 p.

M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, C.U.P., 2015, 452 p.

M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, C.U.P., 2021, 5<sup>ème</sup> éd., 624 p.

E. STOPPIONI, *La réparation dans le contentieux international de l'investissement*, Pedone, 2014, 147 p.

J.E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, C.U.P., 2012, 423 p.

H. WEHLAND, *The Coordination of multiple proceedings in Investment treaty Arbitration*, O.U.P., 2013, 261 p.

J.A ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, C.U.P, 2006, 339 p.

### **III. Cours de l'Académie de droit international de La Haye**

G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1987, vol. 207, pp. 9-463

A. BROCHES, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States », *R.C.A.D.I.*, 1972, vol. 136, pp. 331-410

S. BESSON, « La Due Diligence En Droit International », *R.C.A.D.I.*, 2020, vol. 409, pp. 156-398

P. DE VISSCHER, « La Protection Diplomatique Des Personnes Morales », *R.C.A.D.I.*, 1961, vol. 102, pp. 395-513

E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *R.C.A.D.I.*, 2007, vol. 329, pp. 49-216

P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.*, 1994, vol. 250, pp. 9-216

E. LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *R.C.A.D.I.*, vol. 356, 2011, pp. 239-552

J.F LALIVE, « Contrats Entre États Ou Entreprises Étatiques et Personnes Privées : Développements Récents », *R.C.A.D.I.*, 1983, vol. 181, pp. 9-283

CH. LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.*, 2003, vol. 302, pp.197-386

F. MARRELLA, « Protection Internationale Des Droits de L'homme et Activités Des Sociétés Transnationales », *R.C.A.D.I.*, 2017, vol. 385, pp. 33-435

F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1989, vol. 213, pp. 9-407

G. SACERDOTI, « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », *R.C.A.D.I.*, 1997, vol. 269, pp.261-455

S. SEFERIADES, « Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales », *R.C.A.D.I.*, 1935, vol. 51, pp. 3-120

A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *R.C.A.D.I.*, 1932-III, vol. 37, pp. 323-412

M. VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1983, vol. 183, 1983, pp. 9-382

P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *R.C.A.D.I.*, 1969, vol. 128, pp. 95-240

P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1992, vol. 237, pp. 11-370

J.C. WITENBERG, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *R.C.A.D.I.*, 1932, vol. 41, pp. 1-136

J. WOUTERS, « Le Statut Juridique Des Standards Publics et Privés Dans Les Relations Économiques Internationales », *R.C.A.D.I.*, 2020, vol. 407, pp. 9-122

#### **IV. Articles de doctrine et contributions à des ouvrages collectifs**

G. ABI-SAAB, « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques », in *Droit international, bilan et perspectives*, M. BEDJAOUI (dir.), Pedone, 1991, pp. 640-661.

G. ABI-SAAB, « Eloge du droit assourdi : quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Hommage à François Rigaux, Le développement du droit international : réflexions d'un demi-siècle*. Vol.I, Bruylant, 1993, pp. 137-144

L. ACHTOUK-SPIVAK, « Le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Ch. LEBEN (dir.), Pedone, 2015, pp. 773-860

- S. ALEXANDROV, « Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines* », *JWI&T*, 2004, vol. 5, n° 4, pp. 555-577
- M. ANNING, « Counterclaims Admissibility in Investment Arbitration, the case of Environmental Dispute », in *Handbook of International Law and Policy*, J. CHAISSE (dir.), Springer, 2020, pp. 1-49
- D. ANZILOTTI, « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *J.D.I. (Clunet)*, 1930, vol. 57, pp. 857-877
- J. ARATO, « Corporations as Lawmakers », *Harv. ILJ*, 2015, vol. 56, n° 2, pp. 229-295
- D. ARNOLD, « Corporations and Human Rights Obligations », *Business and Human Rights Journal*, 2016, vol. 1, pp. 255-275
- H. ASCENSIO, « Rapport introductif », in *L'entreprise dans la société internationale*, H. GHERARI et Y. KERBRAT (dir.), Pedone, 2010, pp. 13-41
- H. ASCENSIO, « Les activités normatives des entreprises multinationales », in *S.F.D.I., L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque de Saint-Denis, 2017, Pedone, pp. 265-278
- H. ASCENSIO, « Soft law : cinquante nuances de gris » in *Dictionnaire des idées reçues*, Pedone, 2017, pp. 546-547
- A. ASEVA, « Développements récents en matière de protection des droits fondamentaux et de l'environnement dans les chaînes globales de valeur », in *Droit de l'homme et droit international économique*, C. TITI (dir.), Bruylant, 2020, pp. 51-82
- A. ASTERITI, « Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation », *JWI&T*, 2015, vol. 16, n° 2, pp. 248-273.
- M. AUDIT, M. FORTEAU, « Investment Arbitration without BIT: Toward a Foreign Investment Customary Based Arbitration? », *Journal of International Arbitration*, 2012, vol. 29, n° 5, pp. 581-604.
- H. AZARI, « La demande reconventionnelle devant le TIDM : l'apport de l'ordonnance du 2 novembre 2012 dans l'affaire du Navire *Virginia G (Panama/Guinée-Bissau)* », *A.F.D.I.*, 2012, vol. 58, pp. 471-513
- Y. BANIFATEMI, « The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration », in *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues*, K. YANNACA-SMALL (dir.) O.U.P., 2010, pp. 191-210
- Y. BANIFATEMI, E. JACOMY., « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, CH. LEBEN (dir.), Pedone, 2015, pp. 773-812

M.M. BARNES, « The Social Licence to Operate: An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals », *JIDS*, 2019, vol. 10, n° 2, pp. 328-360

G. BASTID-BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Revue de l'arbitrage*, 1995, n° 1, pp. 3-37

M. BEDJAOU, « L'égalité des Etats dans le procès international, un mythe ? », in *Liber Amicorum Jean-Pierre Cot, Le procès international*, R. BADINTER (dir.), Bruylant, 2009, pp. 1-27

M.A. BEKHECHI, « Droit international et investissement international : quelques réflexions sur les développements récents », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : Mélanges en l'honneur de M. Virally*, Pedone, 1991, pp. 109-124

W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *A.F.D.I.*, 2005, vol. 51, n° 1, pp. 564-602

W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *Forum du droit international*, 2005, vol. 7, n°4, pp. 261-272

W. BEN HAMIDA, « Droit fiscal et droit international des investissements », in *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, S. ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 119-134

A. BENCHENEB, « A propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international », in *Droit sans frontières : Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, CREDIMI, Lexis Nexis, 2018, pp. 75-99

N. BERNASCONI-OSTERWALDER, « Inclusion of Investor's obligations and Corporate Accountability Provisions in Investment Agreements », in *Handbook of International Investment Law and Policy*, J. CHAISSE, L. CHOUKROUNE, S. JUSOH (dir.), Springer, 2020, pp. 1-20

T. BERNARDEZ, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *A.F.D.I.*, 2003, vol. 49, n° 1, pp. 207-247

N. BERNAZ, I. PIETROPAOLI, « Developing a Business and Human Rights Treaty: Lessons from the Deep Seabed Mining Regime Under the United Nations Convention on the Law of the Sea », *Business and Human Rights Journal*, 2020, vol. 5, n° 2, pp. 200-220

R. BISMUTH, « La responsabilité limitée de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne : quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire », in *S.F.D.I., L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque Paris 8 Vincennes-Saint Denis, 2017, Pedone, pp. 429-447

R. BISMUTH, « Au-delà de l'extraterritorialité une compétence économique », in *S.F.D.I., Extraterritorialité*, A. MIRON B. TAXIL (dir.), colloque université d'Angers, Pedone, 2020, pp. 113-128

A.K. BJORKLUND, « Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *Lewis & Clark Law Review*, 2013, vol. 17, n° 2, pp. 461-480

A.K. BJORKLUND, « Sustainable development and international investment law », *Research Handbook on Environment and Investment Law*, W. MILES (dir.), Elgar, 2019, pp. 12-37

A.K. BJORKLUND, J.M. MARCOUX, « Foreign Investors' Responsibilities and Contributory Fault In Investment Arbitration », *ICLQ*, 2020, vol. 69, n° 4, pp. 879-905

P. BODEAU-LIVINEC, L. DUBIN, « La responsabilité des institutions internationales dans tous ses états », in *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, M.C. RUNAVOT, L. DUBIN (dir.), Pedone, 2014, pp. 231-259

P. BODEAU-LIVINEC, « La responsabilité des Etats à raison des activités des entreprises multinationales », in S.F.D.I., *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque de Saint-Denis, 2017, Pedone, pp. 409-428

P. BODEAU-LIVINEC, « Le rôle incontournable des Etats », in *Traité de droit international de la mer*, M. FORTEAU, J.M THOUVENIN (dir.), Pedone, 2017, pp. 223-234

L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Le Panel d'inspection de la Banque mondiale : à propos de la complexification de l'espace public international », *R.G.D.I.P.*, 2001, vol. 105, n° 1, pp. 145-162

L. BOISSON DE CHAZOURNES, G. KAUFMANN-KHOLER, V. BONNIN, M.M. MBENGUE, « Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently », *ICSID Review – FILJ*, 2006, vol. 21, n° 1, pp. 59-125

L. BOISSON DE CHAZOURNES., « The principle of 'Compétence de la Compétence' in international adjudication and its role in an era of multiplication of courts and tribunals », in *Looking to the Future: Essays in Honor of W. Reisman*, M. ARSANJANI, J. COGAN, S. WEISSNER (dir.), Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 1027-1064

L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Other non-derogable obligations », in *The law of international responsibility*, J. CRAWFORD (dir.), O.U.P., 2010, pp. 1205-1214

L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Standards, régulation internationale et organisations internationales », in *Gouverner par les standards et les indicateurs*, B. FRYDMAN, A. VAN WAEYENBERGE (dir.), Bruylant / LGDJ, 2014, pp. 69-92

L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach », *EJIL*, 2017, vol. 28, n° 1, pp. 13-72

L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Parallel and overlapping Proceedings in International Economic Law: Towards An ordered Co-Existence », in *International Law and Litigation: A Look into Procedure*, H. RUIZ- FABRI, E. STOPPIONI (dir.), Nomos, 2019, pp. 331-362

B. BONAFE, « Le lien de connexité : dépassement et sauvegarde de la nature 'privée' des différends devant la Cour internationale de Justice », in *Les limites du droit international :*

*essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, B. BONAFE, P. D'ARGENT, J. COMBACAU (dir.), Bruylant, 2014, pp. 401-422

B. BONAFE, « Compétence juridictionnelle et droit applicable : une distinction parfois encore floue », *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, n° 3, pp. 349-356

X. BOUCOBZA, Y.M. SERINET, « Les principes du procès équitable dans l'arbitrage international », *J.D.I (Clunet)*, 2012, n° 1, pp. 41-57

X. BOUCOBZA, Y.M. SERINET, « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôle nationaux », *J.D.I (Clunet)*, 2019, n°1, pp. 3-26

M.N. BRAVIN, A.B. KAPLAN, « Arbitrating Closely Related Counterclaims at ICSID in the Wake of *Spyridon Roussalis v. Romania* », *TDM*, 2012, vol. 9, n° 4

H. BUBROWSKI, « Balancing BIT Arbitration through the use of Counterclaims », in *Improving International Investment Agreements*, A. DE MESTRAL C. LEVESQUE (dir.), Routledge research in international economic law, 2013, pp. 212-229

A. CARLEVARIS, « The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals », *JWI&T*, vol. 9, n°1, 2008, pp. 35-49

A. CARLEVARIS, « General Principles of Commercial law and International Investment Law », in *General Principles and the Coherence of International Law*, M. FITZMAURICE, A. TANZI, L. CHIUSI, J. WOUTERS (dir.) Brill, 2019, pp. 205-226

C.G. CAUBET, « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », *A.F.D.I.*, vol. 29, 1983, pp. 99-120

J. CAZALA, « La réparation du préjudice moral dans le contentieux international de l'investissement », in *Droit international et culture juridique : mélanges offerts à Charles Leben*, F. POIRAT, R. MAISON, J. MATRINGE (dir.), Pedone, 2015, pp. 269-283

J.L. ČERNIČ, « Corporate human rights obligations and international investment law », *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2010, vol. 3, pp. 243-273

V. CHETAIL, « The Legal personality of multinational corporations, State Responsibility and Due diligence: the way forward », in *Unité et diversité du droit international, Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, D. ALLAND, V. CHETAIL, O DE FROUVILLE & J. E. VIÑUALES (dir.), Martinus Nijhoff, 2010, pp. 105-130

B. CHOUDHURY, « *Investor Obligations for Human Rights* », *ICSID Review - FILJ*, 2020, vol. 35, n° 1-2, pp. 82-104

L. CHOUKROUNE, « Human Rights in International Investment Disputes », in *Judging the State in International Trade and Investment Law: Sovereignty Modern, the Law and the Economics, International Law and the Global South*, L. CHOUKROUNE (dir.), Springer Singapore, 2016, pp. 179-215

J. COONEY, « Reflections on the 20th anniversary of the term ‘social licence’ », *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2017, vol. 35, n° 2, pp. 197-200

L. CONDORELLI, « La coutume », in *Droit international Bilan et perspectives*, vol. I, M. BEDJAOU (dir.), Pedone, UNESCO, 1991, pp. 187-221

L. COTULA, « Human Rights and Investor Obligations in Investor-State Arbitration », *JWI&T*, 2016, vol. 17, n°1, pp. 148-157

J. CRAWFORD, A. SINCLAIR, « Application aux contrats de l’Etat des Principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *Bull. CCI*, 2002, vol. 13, pp. 59-80

J. CRAWFORD, « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374

C. CREPET DAIGREMONT, « L’extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law*, P. KAHN, T. WÄLDE (dir.), Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 453-516

C. CREPET DAIGREMONT, « L’arbitrage international des contrats d’investissement, entre droit international public et droit international privé », in *Droit international et culture juridique : mélanges offerts à Charles Leben*, F. POIRAT, R. MAISON, J. MATRINGE (dir.), Pedone, 2015, pp. 285-320

C. CREPET D’AIGREMONT, « La protection découlant du droit applicable aux contrats », in *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, S. ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 332-358

J.R. CROOK, « Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience », *AJIL*, 1989, vol. 83, n° 2, pp. 278-311

P. DAILLIER, S. SZUREK, H. GHERARI *et al.*, « Tribunal irano-américain de réclamations », *A.F.D.I.*, 1999, vol. 45, pp. 515-553

O. DANIC, « Droit international des investissements, droits de l’homme, droit de l’environnement », in *Droit des investissements et de l’arbitrage transnational*, CH. LEBEN (dir.), Pedone, 2015, pp. 532-576

B. DEBADATTA, « *David R Aven v Costa Rica*: The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law », *ICSID Review – FIJL*, 2021, vol. 35, n° 1-2, pp. 20-28

PH. DE BOURNONVILLE, « Au sujet des demandes incidentes en matière d’arbitrage », in *L’arbitrage: travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, L. MATRAY (dir.). E. Story-Scientia, Université de Liège, Centre interuniversitaire de droit judiciaire, 1989, pp. 55-71.

E. DE BRABANDERE, « Human Rights Considerations in International Investment Arbitration », in *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights*, M. FITZMAURICE, P. MERKOURIS (dir.), Brill, 2013, pp. 183-215

E. DE BRABANDERE, « States' Reassertion of Control Over International Investment Law: (Re)defining 'Fair and Equitable Treatment' and 'Indirect Expropriation' », in *Reassertion of Control Over the Investment Treaty Regime*, A. KULLICK (dir.), C.U.P., 2016, pp. 285–308

E. DE BRABANDÈRE, « Human Rights Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *Revue Belge de droit international*, 2017, vol. 2, pp. 591-611

E. DE BRABANDERE, M. HAZELZET, « Corporate responsibility and human rights: navigating between international, domestic and self-regulation », in *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Y. RADI (dir.), Elgar, 2018, pp. 221- 243

E. DE BRABANDERE, « Human Rights and International Investment Law », in *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, M. KRAJEWSKI, R. T. HOFFMAN (dir.), Elgar, 2019, pp. 619-645

E. DE BRABANDERE, « The (Ir)relevance of Transnational Public Policy in Investment Treaty Arbitration – A Reply to Jean-Michel Marcoux », *JWI&T*, vol. 21, n° 6, 2020, pp. 847-866

A. DE NANTEUIL, « Réflexions sur les droits de l'Etat d'accueil dans le droit international de l'investissement », in *Droit international et culture juridique : mélanges offerts à Charles Leben*, F. POIRAT, R. MAISON, J. MATRINGE (dir.), Pedone, 2015, Pedone, 2015, pp. 321-343

A. DE NANTEUIL, « La responsabilité publique de droit interne comme mécanisme de protection des investissements étrangers », in *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, S. ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 223-245

A. DE NANTEUIL, « Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers? », *LPICT*, 2018, vol. 17, n° 2, pp. 374-392

A. DE NANTEUIL, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », in *Droit de l'homme et droit international économique*, C. TITI (dir.), Bruylant, 2019, pp. 33-49.

A. DE NANTEUIL, « Les attentes légitimes en droit international des investissements en quête d'unité conceptuelle », in *La protection des attentes légitimes en droit public : approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, S. ROBERT-CUENDET (dir.), Pur, 2020, pp. 69-86

L. DELABIE, « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux », in *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, S. ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 135-170

B. DEMIRKOL, « Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration », *Leiden Journal of International Law*, 2018, vol. 31, n° 1, pp. 59-91

J. DINGWALL, « International Investment Protection in Deep Seabed Mining Beyond National Jurisdiction », *JWI&T*, 2018, vol. 19, n° 5-6, pp. 890-929

G. DISTEFANO, « La demande reconventionnelle au fil des textes régissant le fonctionnement de la Cour de La Haye et de sa jurisprudence », *RSDIE*, 2008, vol. 18, n° 2, pp. 45-67

- G. DISTEFANO, A. HECHE, « L'organe *de facto* dans la responsabilité internationale : *curia, quo vadis ?* », *A.F.D.I.*, 2015, vol. 61, pp. 1-45
- S. DONNELLY, « Conflicting Forum selection agreements in Treaty and Contract », *ICLQ*, 2020, vol. 69, n° 4, pp. 759-787
- Z. DOUGLAS, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *BYIL*, 2003, vol. 74, n° 1, pp. 151-289
- Z. DOUGLAS, « The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration », in *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, P. DUPUY, J. VIÑUALES (dir.), C.U.P., 2013, pp. 415-444
- Z. DOUGLAS, « The Plea of illegality in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review–FILJ*, 2014, vol. 29, n° 1, pp. 155-186
- L. DUBIN, « Rapport introductif. L'entreprise multinationale et le droit international, entre fragmentation et reconstruction », in *S.F.D.I L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2017, pp. 13-51
- L. DUBIN, « Fonction inter-systémique du concept de développement durable », in *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement, entre mondialisation et fragmentation*, H. RUIZ FABRI, L. GRADONI (dir.), Société de législation comparée, 2009, vol. 16, pp. 175-199
- L. DUBIN, « Les clauses RSE dans les traités d'investissements », IISD, *Investment Treaty News*, décembre 2018, en ligne : [<https://www.iisd.org/itn/fr/2018/12/21/corporate-social-responsibility-clauses-in-investment-treaties-laurence-dubin/>]
- L. DUBIN, « RSE et droit des investissements : les prémisses d'une rencontre », *R.G.D.I.P.*, 2018, vol. 122, n° 4, pp. 867-892
- S. DUDAS, N. TSOLAKIDIS, « Host-State Counterclaims: A Remedy for Fraud or Corruption in Investment-Treaty Arbitration? », *TDM*, mai 2013, vol. 10, n° 3
- S. DUDAS, « Treaty Counterclaims under the ICSID Convention », in *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, C. BALTAG (dir.), Kluwer Law International, 2016, pp. 385-406
- K.A.N. DUGGAL, N.J. DIAMOND, « Human Rights and Investor–State Dispute Settlement Reform: Fitting a Square Peg into a Round Hole? », *JIDS*, 2021, vol. 12, n° 2, pp. 1-31
- P. DUMBERRY, G. DUMAS-AUBIN, « When and how allegations of human rights violations can be raised in investor-state arbitration », *JWI&T*, 2012, vol.13, n° 3, pp. 349-372.
- P. DUMBERRY, « Corporate investors' international legal personality and their accountability for human rights violations under IIA », in *Improving International Investment Agreements*, A. DE MESTRAL, C. LÉVESQUE (dir.), Routledge, 2013, pp.179-194

P. DUMBERRY, G. DUMAS AUBIN, « A Few Pragmatic Observations on How BITs should be Modified to Incorporate Human Rights Obligations », in *Transnational Dispute Management Special Issue: Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of A Roadmap*, J.E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (dir.), 2014, pp. 1-18

P. DUMBERRY, « Moral Damages », in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, C. BEHARRY (dir.), Brill, 2018, pp. 142-167

I. DUPLESSIS, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série avril 2007, Hommage à Katia Boustany, pp. 245-268

F. EL-HOSSENY, P. DEVINE, « Contributory Fault under International Law: A Gateway for Human Rights in ISDS? », *ICSID Review – FILJ*, vol. 35, 2020, n° 1-2, pp. 105-129

O.K. FAUCHALD, « The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: an Empirical Analysis », *EJIL*, 2008, vol. 19, n° 2, pp. 301-364

G. FISCHER, « La souveraineté sur les ressources naturelles », *A.F.D.I.*, 1962, vol. 8, pp. 516-528

M. FORTEAU, « Les renvois inter-conventionnels », *A.F.D.I.*, 2003, vol. 49, 2003, pp. 71-104

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, Le procès international*, R. BADINTER (dir.), Bruylant, 2009, pp. 95-129

M. FORTEAU, « La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale », *Anuário brasileiro de direito internacional*, 2009, vol. 4, pp. 11-39

M. FORTEAU, « CE, ass, 8 février 2007, n° 279522, Gardedieu », in *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*, A. MIRON, A. PELLET, R. ABRAHAM (dir.), Dalloz, 2015, pp. 454-467

M. FORTEAU « Changer de regard : tout ne serait-il pas affaire de droit applicable, plutôt que d'ordres juridiques ? », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. BONNET, G. ABISAAB (dir.), LGDJ, 2016, pp. 633-649

A. FORTUN, « Set-Offs are not counterclaims in international arbitration », in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, M.Á. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, D. ARIAS AUSTIN (dir.), La LEY, Wolters Kluwer, 2010, pp. 451-470

L. FRANC-MENGET, « La notion d'émanation d'Etat en droit des investissements vue par les juges français, note sous Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 29 novembre 2016 », *Revue de l'arbitrage*, 2017, n° 2, pp. 513-532

E. GAILLARD, « L'avenir des traités de protection des investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage international*, Ch. LEBEN (dir.), Pedone, 2015, pp. 1027-1045

- E. GAILLARD, « The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration », *Arbitration International*, 2019, vol. 35, n° 1, pp. 1-19
- R. GENET, « Les demandes reconventionnelles et la procédure de la Cour permanente de Justice internationale », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1938, vol. 19, n° 1, pp. 145-178
- C.S. GIBSON, C.R. DRAHOZAL, « Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration », *Journal of International Arbitration*, 2006, vol. 23, n° 6, pp. 521-546
- T. GLEASON, « Examining host-State counterclaims for environmental damage in investor-State dispute settlement from human rights and transnational public policy perspectives », in *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, Springer, 2020, [en ligne uniquement: <https://doi.org/10.1007/s10784-020-09519-y>]
- R. GONZALEZ, « La position des syndicats au sein de l'O.I.T à l'égard de la responsabilité sociale des entreprises », in *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, E. DECAUX (dir.), Bruylant, 2010, pp. 141-158
- G. GUYOMAR, « L'arbitrage concernant les rapports entre Etats et particuliers », *A.F.D.I.*, vol. 5, 1959, pp. 333-354
- G. GUYOMAR, « Le règlement de la Cour Permanente d'arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat », *A.F.D.I.*, 1962, vol. 8, n° 1, pp. 377-390
- J. HARRISON, « Environmental counterclaims in investor-State Arbitration: *Perenco Ecuador Ltd v Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim », *JWI&T*, 2016, vol. 17, n° 3, pp. 479-488
- V. HEISKANEN, « Ménage à trois ? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review – FILJ*, 2014, vol. 29, n° 1, pp. 231-246
- H. HELLIO, « L'Etat, un justiciable de second ordre ? à propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *R.G.D.I.P.*, 2009, vol. 113, n° 3, pp. 589-619
- J. HEPBURN, « In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the 'Defence' of Investor Illegality in Investment Arbitration », *JIDS*, 2014, vol. 5, n° 3, pp. 531-559
- J. HEPBURN, « Domestic Investment Statutes In International Law », *AJIL*, 2018, vol. 112, n° 4, pp. 658-706
- J. HO, « The creation of elusive investor responsibility », in *Symposium on investor responsibility: the next frontier in international investment law*, *AJIL Unbound*, vol. 113, 2019, pp. 1-6

A.K. HOFFMAN, « Counterclaims », in *Building International investment law: The First 50 Years of ICSID*, 2015, pp. 505-522

A.K. HOFFMAN, « Counterclaims in Investment Arbitration », *ICSID Review – FILJ*, 2013, vol. 28, n° 2, pp. 438-453

J.-L. ITEN, « Les rattachements de l'entreprise multinationale : le point de vue du droit international public », in S.F.D.I., *L'entreprise multinationale et le droit international*. Colloque de Saint-Denis, L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN, V. TOMKIEWICZ (dir.), Pedone, 2017, pp. 99-116

P. JACOB, « La place des normes externes dans le contentieux de l'investissement », in *Droit des investissements internationaux perspectives croisées*, S. Robert-Cuendet (dir.), Bruylant, 2017, pp. 607-640

J.M. JACQUET, « Voici venu le temps des traités ! (Quelques réflexions sur le droit des contrats d'Etat) », in *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law/ La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international : liber amicorum Lucius Caflisch*, M. KOHEN (dir.), Brill, 2007, pp. 1121-1131

J.M. JACQUET, « Des contrats d'Etat aux contrats d'investissement continuité et discontinuités », *J.D.I (Clunet)*, 2020, n° 1, pp. 1-39

S. JAGUSCH, T. SEBASTIAN, « Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing », *Arbitration internationale*, vol. 29, n°1, 2013, pp. 45-62

G. JAIN, « Consent to Counterclaims in Investor-State Arbitration: A Post-Roussalis Analysis », *International Arbitration Law Review*, 2013, vol. 16, n° 5, pp. 135-147

E. JAMARCHE, « L'Etat patronnant (sponsoring State) dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », in *Droit international, de la mer, droits de l'homme, enjeux et perspectives, Mél. Haritini Dipla*, L. BOISSON DE CHAZOURNES, E. DOUSSIS, G. ANDREONE, A. ZERVAKI (dir.), Pedone, 2020, pp. 99-109

T.B. JARDIM OLIVEIRA, « The Authority of Domestic Courts in Adjudicating International Investment Disputes: Beyond the Distinction between Treaty and Contract Claims », *JIDS*, 2013, vol. 4, n° 1, pp. 175-195

M. JARRETT, « Investment reprisal and post-establishment illegality », in *Contributory Fault and Investor Misconduct in Investment Arbitration*, M. JARRETT, (dir.), C.U.P., 2019, pp. 110-159

P. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI (Clunet)*, 1989, vol. 116, n° 2, pp. 305-327

J.E. KALICKI, M.B. SILBERMAN, « *Spyridon Roussalis v Romania* », *ICSID Review – FILJ*, vol. 27, 2012, n° 1, pp. 9-15

J.E. KALICKI, « Les demandes reconventionnelles des Etats dans l'arbitrage relatif à l'investissement », *IISD Investment Treaty News*, janvier 2013, vol. 3, n° 2, pp. 3-5

M. KAMTO, « La notion de contrat d'Etat: une contribution au débat », *Revue de l'Arbitrage*, 2003, n° 3, pp. 719-751

M. KAMTO, « La nature juridique du compromis en tant qu'acte de saisine d'une instance juridictionnelle internationale, Contribution à l'étude de l'acte juridique international. », *R.G.D.I.P.*, 2016, vol. 120, n° 2, pp. 241-262

M. KARAVIAS, « Corporations and Responsibility under International Law », in *Permutations of Responsibility in International Law*, P. PAZARTZIS, & P. MERKOURIS, (dir.), Brill | Nijhoff, 2019, pp. 43-65

T. KENDRA, « State Counterclaims in Investment Arbitration - A New Lease of Life? », *Arbitration International*, 2013, vol. 29, n° 4, pp. 575-606

Y. KERBRAT, « La responsabilité des entreprises peut-elle être engagée pour des violations du droit international ? », in *L'entreprise dans la société internationale*, H. GHERARI, Y. KERBRAT (dir.), Pedone, 2010, pp. 96-104

Y. KERBRAT, S. MALJEAN-DUBOIS, « Les juridictions internationales et le principe de précaution entre grande prudence et petites audaces », in *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE, J.E. VIÑUALES (dir.), Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 929-948

Y. KERBRAT, « De quelques aspects des procédures incidentes devant la Cour internationale de Justice : les ordonnances des 29 novembre 2001 et 10 juillet 2002 dans les affaires des Activités armées sur le territoire du Congo », *A.F.D.I.*, 2002, vol. 48, n° 1, pp. 343-361

K. KESSEDIAN, « The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises », *J.D.I. (Clunet)*, 2021, n° 1, pp. 69-86

H.E. KJOS, « Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration », *TDM*, 2007, vol. 4, n° 4, pp. 1-49

R. KOLB, « Principles as sources of international law (with special reference to good faith) », *Netherlands International Law Review*, 2006, vol. 53, n° 1, pp. 1-36

R. KOLB, « Du domaine réservé : réflexions sur la théorie de la compétence nationale », *R.G.D.I.P.*, 2006, vol. 110, n° 3, pp. 597-646

R. KOLB, « Le principe de la bonne administration de la justice dans la jurisprudence internationale », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 27, 2009, pp. 5-21

R. KOLB, « Les approches doctrinales du droit international public », *Questions internationales*, 2011, n° 44, pp. 88-93

R. KOLB, « To What Extent May Hard Law Instruments Be Incorporated into Soft Instruments », *Swiss Review of International and European Law*, 2019, vol. 29, pp. 335-344

- M. KRAJEWSKI, « A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application », *Business and Human Rights journal*, vol. 5, 2020, pp. 105-129
- U. KREIBAUM, « Water and Investment », in *Research Handbook on Environment and Investment Law*, W. MILES (dir.), Elgar, 2019, pp. 69-106
- Y. KRYVOÏ, « Counterclaims in Investor-State Arbitration », *Minnesota Journal of international Law*, 2012, vol. 21, n° 2, pp. 216-252
- M. LAAZOUZI, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, II. – La renonciation de l’investisseur à l’exercice de recours concurrents », *Revue de l’arbitrage : Bulletin du Comité français de l’arbitrage*, 2017, n° 2, pp. 666-681
- M. LAAZOUZI, S. LEMAIRE, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements : Compétence *ratione personae* du tribunal arbitral ; Détermination des entités publiques autorisées à agir en demande devant le CIRDI et le ‘Broches test’ », *Revue de l’arbitrage : Bulletin du Comité français de l’arbitrage*, 2018, n° 2, pp. 432-470
- G. LABORDE, « The Case Of Host State Claims In Investment Arbitration », 2010, *JIDS*, vol. 1, n° 1, pp. 97-122
- S. LAGHMANI, « Rapport introductif », in *Acteurs non étatiques et droit international*, R. BEN ACHOUR, S. LAGHAMANI (dir.), Pedone, 2007, pp. 7-22
- E. LAGRANGE, « L’application des accords relatifs à l’investissement dans les ordres juridiques internes », in *Droit des investissements internationaux perspectives croisées*, S. ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 485-573
- P. LALIVE, « The First World Bank Arbitration (*Holiday Inns c. Morocco*) - some legal problems », *ICSID Reports–FILJ*, 1993, vol.1, pp. 645-681
- P. LALIVE, « ‘Raison d’Etat’ et arbitrage International », in *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Bocktiegel*, Köln, 2001, pp. 469-479
- P. LALIVE, L. HALONEN, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *CYIL*, 2011, vol. 2, pp. 141-156
- J. LAM, R. GUO, « Investor Obligations in Special Economic Zones: Legal Status, Typology, and Functional Analysis », *Journal of International Economic Law*, 2021, vol. 24, n° 2, pp. 321–340
- C. LAMM, K. BORDY, « From *World Duty Free to Metal Tech*: A Review of Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption », *ICSID Reports–FILJ*, 2014, vol. 29, n° 2, pp. 328-349

- B. LARSCHAN, G. MIRFENDERESKI, « Status of Counterclaims in International Law, with Particular Reference to International Arbitration Involving a Private Party and a Foreign State », *Denver Journal of International Law and Policy*, 1986, vol. 15, p. 11-48
- F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *A.F.D.I.*, 2008, vol. 54, pp. 467-512
- F. LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », *R.G.D.I.P.*, 2011, vol. 115, n° 2, pp. 459-480
- F. LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, CH. LEBEN (dir.), Pedone, 2015, pp. 415-462
- F. LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le gymkhana de la réaffirmation de l'Etat », in *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat*, T. EL GHADBAN, C.M. MAZUY, A. SENEGACNIK (dir.), Pedone, 2018, pp. 161-178
- P.J. LE CANNU, « *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Republic of Gabon (ICSID Case No. ARB/04/5)* Introductory Note », *ICSID Review*, 2011, vol. 26, n° 1, pp. 153-172
- C. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *A.F.D.I.*, vol. 50, 2004, pp. 683-714
- G. LE GURUN, « Le rôle des entités établies par la Convention de Montego Bay », in *Traité de droit international de la mer*, M. FORTEAU et J.M THOUVENIN (dir.), Pedone, 2017, pp. 127-152
- S. LEMAIRE, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, III. – Les demandes reconventionnelles de l'Etat », *Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité français de l'arbitrage*, n° 2, 2017, pp. 682-698
- P. LEVEL, « La jonction des procédures, intervention des tiers et demandes additionnelles et reconventionnelles », *Bulletin de la cour internationale de l'arbitrage de la CCI*, 1996, vol. 7, n° 2, pp. 36-44.
- G. LHUILLIER, « MNCs' obligations in their 'sphere of influence' » in *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Y. RADI (dir.), Elgar, 2018, p. 244-272
- M. LONGOBARDO, « States' Mouthpieces or Independent Practitioners? The Role of Counsel before the ICJ from the Perspective of the Legal Value of Their Oral Pleadings », *L&PICT*, 2021, vol. 20, n° 1, pp. 54-76
- A. LOPEZ LATORRE, « In defence of Direct obligations for Businesses Under International Human Right Law », *Business and Human Rights Journal*, 2020, vol. 5, n° 1, pp. 56-83
- R. MACKENZIE-GRAY SCOTT, « Due diligence as a secondary rule of general international law », *Leiden Journal of International Law*, 2021, vol. 34, n° 1, pp. 1-30

- S. MALJEAN-DUBOIS, « Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l'environnement », in S.F.D.I, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'étude franco-italienne du Mans, Pedone, 2018, pp. 145-162
- S. MALJEAN-DUBOIS et L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Principes du droit international de l'environnement », *Jurisclasseur Environnement et Développement durable*, 2020, vol. 5, n° 69 Fasc. 2010, pp. 1-22
- S. MANCIAUX, « Du point de vue des entreprises : la régulation d'origine privée des opérations d'investissements », in *Droit des investissements internationaux perspectives croisées*, S. ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 171-189
- F.A. MANN *et al.*, « Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws », *Transactions of the Grotius Society*, 1954, vol. 40, pp. 25–51
- F. A. MANN, I. SEIDL-HOHENVELDERN, P. LALIVE, G. VAN HECKE, « Contrats Entre Etats et Personnes Privées Etrangères », *RBDI*, 1975, vol. 11, n° 2, pp. 562-594
- J.M. MARCOUX, « Transnational Public policy as a vehicle to Impose Human Rights Obligations in International Investment Arbitration », *JWI&T*, vol. 21, n°6, 2020, pp. 809-846
- J.M. MARCOUX, « Informal instruments to impose human rights obligations on foreign investors: An emerging practice of legality? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 34, n°1, 2021, pp. 109-126
- M. MAROSSI, Z. ALI, « Iran-United States Claims Tribunal Claims, Counterclaims, Dual Nationality, and Enforcement », *Journal of International Arbitration*, 2006, vol. 23, n° 6, pp. 493-520
- J. MATRINGE, « Les effets juridiques internationaux des engagements des personnes privées », in SFDI, *Le sujet en droit international*, colloque du Mans, Pedone, 2005, pp. 117-156
- J. MATRINGE, « La notion d'investissement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, CH. LEBEN (dir.), Pedone, 2015, pp. 135-157
- P. MAYER, « Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements (Lalive Lecture, 22 mai 2008) », *J.D.I. (Clunet)*, 2009, n° 1, pp. 71-96
- M.M. MBENGUE, « Rules of Interpretation (Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) », *ICSID Review – FILJ*, 2016, vol. 31, n° 2, pp. 388-412
- M.M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in S.F.D.I., *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque de Saint-Denis, 2017, Pedone, pp. 295-337
- M.M. MBENGUE, « Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime », *JWI&T*, 2017, vol. 18, n° 3, pp. 371-378
- M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER, « The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *JWI&T*, 2017, vol. 18, n° 3, pp. 414-448

M.M. MBENGUE, « Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *ICSID Review - FILJ*, 2019, vol. 34, n° 2, pp. 455-481

M.M. MBENGUE, B. MCGARRY, « General Principles of International Environmental Law in the Case Law of International Courts and Tribunals », *General Principles and the Coherence of International Law*, M. FITZMAURICE, A. TANZI, L. CHIUSI, J. WOUTERS (dir.), Brill, 2019, pp. 408-441

C. MCLACHLAN, « Are National Courts and International Arbitral Tribunals in Two Worlds or One? », *JIDS*, 2016, vol. 7, n° 3, pp. 577-595

T. MITRA, R. DONDE, « Claims and Counterclaims Under Asian Multilateral Investment Treaties », in *Judging the State in International Trade and Investment Law: Sovereignty Modern, the Law and the Economics*, L. CHOUKROUNE (dir.), Springer Singapore, 2016, pp. 105-125

R. MOLOO et A. KHACHATURIAN, « The compliance with the Law requirement in International Investment Law », *Fordham International Law Journal*, vol. 6, 2011, pp. 1473-1501

N. MONEBHURRUN, « La demande reconventionnelle comme procédure permettant d'engager la responsabilité environnementale des investisseurs : l'exemple du droit international des investissements », *Revue juridique de l'environnement*, 2020, n°3, pp. 526-535

H. MOOIJ, « Tax treaty arbitration », *Arbitration International*, 2019, vol. 35, n° 2, pp. 195-219

A. MOURRE, « The Set-off Paradox in International Arbitration », *Arbitration International*, 2008, vol. 24, n° 3, pp. 387-404

J.P. MOYANO GARCÍA, « Moral Damages in Investment Arbitration: Diverging Trends », *JIDS*, vol. 6, n° 3, 2015, pp. 485-521

P. MUCHLINSKI, « 'Caveat Investor'? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard », *ILCQ*, 2006, pp. 527-557

S.D. MURPHY, « Amplifying the World Court's Jurisdiction through Counter-Claims and Third-Party Intervention. A Festschrift Honoring Professor Louis B. Sohn », *George Washington International Law Review*, 2000, n° 1, pp. 5-30

A. NEWCOMBE, « Investors Misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits? », in *Evolution in Investment treaty Law and Arbitration*, C. BROWN, K. MILES (dir.), C.U.P., 2011, pp.187-200

A. NEWCOMBE, « Investor misconduct », in *Improving International Investment Agreements*, A. DE MESTRAL, C. LÉVESQUE (dir.), Routledge, 2013, pp. 195-212

M. NIOCHE, « Responsabilité sociétale des entreprises et compétence civile extraterritoriale », in S.F.D.I., *Extraterritorialités et droit international*, Colloque d'Angers, A. MIRON, B. TAXIL (dir.), Pedone, 2020, pp. 233-262

A. NOLLKAEMPER, « Internationally wrongful acts in Domestic Courts », *AJIL*, 2007, vol. 101, n° 4, pp. 760-799

A. NOLLKAEMPER, « Introduction », in *Principles of shared Responsibility in International Law, an appraisal of the State of the Art*, A. NOLLKAEMPER, I. PLAKOKEFALOS (dir.), C.U.P., 2014, pp. 1-24

A. NOLLKAEMPER, J. D'ASPREMONT, C. AHLBORN, B. BOUTIN, N. NEDESKI, I. PLAKOKEFALOS, avec la collaboration de D. JACOBS, « Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law », *EJIL*, 2020, vol. 31, n° 1, pp. 15-72

Y. NOUVEL, « La recevabilité des demandes reconventionnelles devant la Cour internationale de Justice à la lumière de deux ordonnances récentes », *A.F.D.I.*, 1998, vol. 44, n° 1, pp. 324-336

Y. NOUVEL, « Les attentes dans le droit de l'OMC », *A.F.D.I.*, vol. 47, 2001, pp. 461-474

Y. NOUVEL, « Les Entités Paraétatiques dans la Jurisprudence du CIRDI », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, CH. LEBEN (dir.), Bibliothèque de l'Institut des hautes études internationales de Paris, Anthémis, L.G.D.J., 2006, pp. 25-52

Y. NOUVEL, « La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, CH. LEBEN (dir.), Anthémis, L.G.D.J., 2010, pp. 13-30

Y. NOUVEL, « L'exercice de la protection diplomatique sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement : l'arbitrage Italie contre Cuba », *Cahiers de l'arbitrage*, 2012, n° 2, pp. 387-392

Y. NOUVEL, « Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements », *R.G.D.I.P.*, 2015, vol. 119, n° 1, pp. 7-18

A. NUSSBAUM, « Arbitration between *Lena Goldfields* and the Soviet Government », *Cornell Law Review*, 1950, vol. 36, n° 1, pp. 31-53

T. OBERSTEINER, « 'In Accordance with Domestic Law' Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors », *Journal of International Arbitration*, 2014, vol. 31, n° 2, pp. 265-288

I. ODUMOSU-AYANU, « Local Communities Environment and Development : the case of Oil and Gas Investment in Africa », in *Research Handbook on Environment and Investment Law*, K. MILES (dir.), Elgar, 2019, pp. 480-503

S. OLLESON, « Internationally Wrongful Acts in the Domestic Courts: The Contribution of Domestic Courts to the Development of Customary International Law Relating to the Engagement of International Responsibility », *Leiden Journal of International Law*, 2013, vol. 26, n° 3, pp. 615-642

B. OPPETIT, « Eléments pour une sociologie de l'arbitrage », *L'Année sociologique (1940/1948)*, 1976, vol. 27, pp. 179-195

M.T. PARISH, A.K. NELSON, C.B. ROSENBERG, « Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration », *Berkeley Journal of International Law*, 2011, vol. 29, n° 1, pp. 225-245

- E. PARIOTTI, « International soft law, Human-Rights and Non-state Actors: Towards the Accountability of Transnational Corporations? », *Human Rights Review*, 2009, vol. 10, pp. 139-155
- A. PARRA, « Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated under Investment Treaties », *ICSID Review–FILJ*, 2001, vol. 16, n° 1, pp. 20-24
- H. PATHAK, « Consenting to Counterclaims under the ICSID Convention », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2019, vol. 19, no. 1, pp. 101-125
- J. PAULSSON, « Arbitration without privity », *ICSID Review – FILJ*, 1995, vol. 10, n° 2, pp. 232-257
- J. PAULSSON, « The Role of Precedent in Investment Arbitration », in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, K. YANNACA-SMALL (dir.), O.U.P., 2010, pp. 699-718
- J. PAULSSON, G. PETROCHILOS, « Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules - A Report by Jan Paulsson & Georgios Petrochilos, September 2006 », in *UNCITRAL Arbitration*, J. PAULSSON, G. PETROCHILOS (dir.), Kluwer Law International, 2017, Annexe I, p. 159
- O.L. PEGNA, « Counter-claims and Obligations *Erga Omnes* before the International Court of Justice », *EJIL*, vol. 9, n° 4, 1998, pp. 724-736
- A. PELLET, « Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelle dans le droit de l'investissement international, in *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle, En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, J.M. SOREL (dir.), Pedone, coll. Cahiers internationaux, n° 21, 2009, pp. 97-110
- A. PELLET, « La jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans les sentences CIRDI - Lalive Lecture », *J.D.I. (Clunet)*, 2014, n° 1, pp. 5-32
- A. PELLET, « Note sur la fragmentation du droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE, J.E. VIÑUALES (dir.), Martinus Nijhoff Publishers, 2014, pp. 757-784
- P. PIERRE, « Les dommages et intérêts punitifs ou restitutoires (en droit français ou européen) », *Revue juridique de l'ouest*, 2014, n° 2, pp. 23-35
- R. POLANCO LAZO & R. MELLA, « Investment arbitration and human rights cases in Latin America », in *Research Handbook on Human Rights and Investments*, Y. RADİ (dir.), Elgar, 2018, pp. 41-92
- I.C. POPOVA, M. FRIEDMAN, « Can state Counterclaims Salvage Investment Arbitration », *World Arbitration and Mediation Review*, 2014, vol. 8, n° 2, pp. 139-179

I.C. POPOVA, F. POON, « From Perpetual Respondent to Aspiring Counterclaimant? State Counterclaims in the New Wave of Investment Treaties », *BCDR International Arbitration Review*, vol. 2, n°2, 2015, pp. 223-260

M. POTESTA, « *Republic of Italy v. Republic of Cuba* », *A.J.I.L.*, 2012, vol. 106, n° 2, pp. 341-347

M. POTESTA, « State-to-State Dispute Settlement Pursuant to Bilateral Investment Treaties: Is there Potential ? », in *International Courts and the Development of International Law*, N. BOSCHIERO *et al.* (dir.), Asser, 2013, pp. 753-768

B.J. POULAIN, « L'arbitrage FED : une révision est nécessaire », *Revue de l'Arbitrage*, 2011, n° 4, pp. 923-942

P.M. PROTOPSALTIS, « Compliance with the Laws of the Host Country in Bilateral Investment Treaties », *TDM*, 2015, vol. 12, n° 6

A. PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Revue de l'arbitrage*, 2005, n° 1, pp. 63-99

A. RAJPUT, « Problems with the Jurisprudence of the Iran–US Claims Tribunal on Indirect Expropriation », *ICSID Review – FILJ*, 2015, vol. 30, n° 3, pp. 589–615

P. RAMBAUD, « Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI », *A.F.D.I.*, 1982, vol. 28, 1982, pp. 471-491

P. RAMBAUD, « L'annulation des sentences *Klockner* et *Amco* », *A.F.D.I.*, 1986, vol.32, pp. 259-274

W.M. REISMAN, M.H. ARSANJANI, « Applicable Law under the ICSID Convention: The Tortured History of the Interpretation of Article 42 Building », in *International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, M. KINNEAR, G.R. FISHER (dir.), Wolters Kluwer Legal & Regulatory, 2018, pp. 3-12

A.D. RENTELN, « Encountering Counterclaims Note », *Denver Journal of International Law and Policy*, 1986, vol. 15, pp. 379-394

P. REUTER, « Réflexion sur la compétence du centre créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres États », in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965*, CREDIMI, Pedone, 1969, pp. 9-24

J.A. RIVAS, « ICSID Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution », *TDM*, 2014, vol. 11, n° 1

J.A. RIVAS, « Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution », in *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, J.E KALICKI, A. JOUBIN-BRET, (dir.) Brill, 2015, pp. 779-827

- R. RIVIER, « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », in *Droit des investissements. Perspectives croisées*, S. ROBERT-CUENDET (dir.), Bruylant, 2017, pp. 413-484
- R. RIVIER, « Les attentes légitimes en droit international », in *La protection des attentes légitimes en droit public : approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, S. ROBERT-CUENDET (dir.) Pur, 2020, pp. 37-67
- S. ROBERT-CUENDET, « La protection des attentes légitimes en droit public : approche comparée », in *La protection des attentes légitimes en droit public : approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, S. ROBERT-CUENDET (dir.), Pur, 2020, pp. 9-35
- S. ROBERT-CUENDET, « Protection of the Environment and International Investment Law », in *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, M. KRAJEWSKI, R.T. HOFFMAN (dir.), Elgar, 2019, pp. 596-618
- A. ROBERTS, « Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System », *A.J.I.L.*, 2013, vol. 107, n° 1, pp. 45-94
- E.S. ROMERO, A.C. SIMÕES E SILVA, « L'arbitrage CIRDI et les contrats de nature publique passés avec un Etat ou une entité étatique », in *Contrats publics et arbitrage international*, M. AUDIT (dir.), Bruylant, 2011, pp. 26-52
- M.F. ROSENBERG, M.A CHEAH, « Arbitrating Environmental Disputes », *ICSID Review– FILJ*, 2001, vol. 16, n° 1, pp. 39-60
- J. RUGGIE, J. SHERMAN, « Adding Human Rights Punch to the New *Lex Mercatoria*: The Impact of the UN guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice », *JIDS*, 2015, vol. 6, n° 3, pp. 455-461
- H. RUIZ-FABRI, J.M. SORE, « Le renouveau de la procédure des demandes reconventionnelles », *Revue générale des procédures*, 1998, n° 4, pp. 733-748
- F. SALERNO, « La demande reconventionnelle dans la procédure de la Cour internationale de Justice », *R.G.D.I.P.*, 1999, vol. 103, n° 2, pp. 329-378
- A. SANDERS, « The Impact of the 'Ruggie Framework' and the 'United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights' on Transnational Human Rights Litigation », in *The Business and Human Rights Landscape: Moving Forward, Looking Back*, J. MARTIN, K. BRAVO (dir.), C.U.P., 2015, pp. 288-315
- C. SANTULLI, « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation – Éléments épars du statut international des sujets internes », in S.F.D.I., *Le sujet en droit international – Colloque du Mans*, Pedone, 2005, pp. 85-98
- C. SANTULLI, « Sentence arbitrale du 17 septembre 2007 : *Guyane c/ Surinam* », *Revue de l'arbitrage*, 2007, n° 4, pp. 885-887

- C. SANTULLI, « Clause *electa una via* et clause de règlement judiciaire national préalable dans l'arbitrage relatif à l'investissement international », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, CH. LEBEN (dir.), L.G.D.J., 2010, pp. 115-121
- L. SAVADOGO, « La renaissance de la procédure des demandes reconventionnelles », *R.B.D.I.P.*, 1999, n° 1, pp. 237-270
- L. SCHICHO, « Attribution and State Entities: Diverging Approaches in Investment Arbitration », *JWI&T*, vol. 12, n° 2, 2011, pp. 283-298
- S.W. SCHILL, « Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration », *L.P.I.C.T.*, 2012, vol. 11, n° 2, pp. 281-323
- C. SCHREUER, « Article 46 », *ICSID Review–FILJ*, 1998, vol. 13, n° 1, pp. 183-207
- C. SCHREUER, « Travelling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », *J. of World Invest. & Trade*, vol. 5, 2004, n° 2, pp. 231-256
- C. SCHREUER, « Shareholder Protection in International Investment Law », *TDM*, 2005, vol. 2, n° 3
- C. SCHREUER, « Consent to Arbitration », in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (dir.), 2008, p.830-867
- C. SCHREUER, « Multiple proceedings », in *General principles of law and international investment arbitration*, Brill Nijhoff, F FONTANELLI, A GATTINI, A TANZI (dir.), 2018, pp. 152-167
- T. SCHULTZ, M. TORAL, « The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations », in *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, M. WAIBEL, A. KYO-HWA, L. CHUNG, C. BALCHIN (dir.), Kluwer Law International, 2010, pp. 577-602
- S.M. SCHWEBEL, « A BIT about ICSID », *ICSID Review–FILJ*, 2008, vol. 23, n° 1, pp. 1-9
- X. SHAO, « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law », *Journal of International Economic Law*, 2021, vol. 24, n° 1, pp. 157-179
- J.K. SHARPE et M. JACOB, « Counterclaims and State Claims », in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, C. BEHARRY (dir.), Brill, 2018, pp. 347-368
- I. SHIHATA, A. PARRA, « Applicable substantive law in disputes between states and private foreign parties: the case of arbitration under the ICSID convention », *ICSID Review–FILJ*, 1994, vol. 9, n° 2, pp. 183-213
- S.W. SHILL, « Illegal investments in Investment Treaty Arbitration », *L&PICT*, vol. 11, 2012, n° 2, pp. 281-323

V. SINHA, G. FUSEA, « Counterclaims in Investment Arbitration Key Threshold Issues For Claimants and Respondents and Tribunals », *Romanian Arbitration Journal*, 2021, vol. 1, pp. 54-79

G. SMITH, « Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules », *Journal of International Arbitration*, 2018, vol. 35, n° 2, pp. 173–202

J.M. SOREL, « The concept of Soft responsibility », in *The Law of International Responsibility*, J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, K. PARLETT (dir.), O.U.P., 2010, pp. 165-172

M. SPINEDI, « *Private contractors* : responsabilité internationale des entreprises ou attribution à l'Etat de la conduite des personnes privées », *International Law Forum du droit international*, 2005, n° 7, pp. 167-194

K. STEFANIK, « Rise of the Corporation and Corporate Social Responsibility: The case for Corporate Customary International Law », *Annuaire canadien de droit international*, 2016, vol. 54, pp. 276-308

A.M. STEINGRUBER, « *Antoine Goetz and others v Republic of Burundi*: Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-based ICSID Arbitrations », *ICSID Review - FILJ*, 2013, vol. 28, n° 2, pp. 291-300

A.M. STEINGRUBER, « Counterclaims: a Critical Analysis of Article 6 of the 2019 The Hague Resolution of the Institut de Droit International on the 'Equality of Parties before International Investment Tribunals' », *ICSID Review – FILJ*, 2021, pp. 1-51

S. STEININGER, « What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration », *Leiden Journal of International Law*, vol. 33, 2018, n° 1, pp. 33-58

B. STERN, « A propos d'une décision du Tribunal des différends irano-américains », *A.F.D.I.*, 1982, vol. 28, pp. 425-453

B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *A.F.D.I.*, 1986, vol. 32, n° 1, pp. 7-52

B. STERN, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy », *R.G.D.I.P.*, 1996, vol. 100, n° 4, pp. 979-1003

B. STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec-CREDIMI, 2000, pp. 223-244

B. STERN, « Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes », *ICSID Review–FILJ*, 2007, vol. 22, n° 2, pp. 280-348

I. STRIBIS, « Counter-claims before the International tribunal for the Law of the Sea », in *Droit international, de la mer, droits de l'homme, enjeux et perspectives, Mél. Haritini Dipl.*

L. BOISSON DE CHAZOURNES, E. DOUSSIS, G. ANDREONE, A. ZERVAKI (dir.), Pedone, 2020, pp. 167-192

M. SWARABOWICZ, « Identity of Claims in Investment Arbitration: A Plea for Unity of the Legal System », *JIDS*, 2017, vol. 8, n° 2, pp. 280-302

A. TANZI, « Conclusions: Testing General Principles of Law in International Investment Law: Between Principles and Rules of International Law », *General Principles and the Coherence of International Law*, 2019, pp. 297-306

B. TEYSSIER, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *J.D.I. (Clunet)*, 2021, n° 1, pp. 3-28

M. TIGNINO, « Private investments and the human right to water », in *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Y. RADI (dir.), Elgar, 2018, pp. 468-498

C. TOMUSCHAT, « Are Countermeasures Subject to Prior Dispute-Settlement Procedures? », *European Journal of International Law*, 1994, n° 5, pp. 77-88

S. TORRES BERNARDEZ, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *A.F.D.I.*, 2003, vol. 49, n° 1, pp. 207-247

F-X. TRAIN, « Impécuniosité et accès à la justice dans l'arbitrage international (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 novembre 2011 dans l'affaire LP c/ Pirelli) », *Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité français de l'arbitrage*, 2012, n° 2, pp. 267-366

F-X. TRAIN, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la Convention de New York », *Revue internationale de droit comparé*, 2014, vol. 66, n° 2, pp. 249-282

F-X. TRAIN, « L'extension de la clause compromissoire », *Revue de l'arbitrage : Bulletin du Comité français de l'arbitrage*, 2017, n° 2, pp. 389-444

J. TREVES, « The OECD Guidelines for multinational entreprises : Hardening of Soft law ? », in *Droit international, de la mer, droits de l'homme, enjeux et perspectives, Mél. Haritini Dipla*, L. BOISSON DE CHAZOURNES, E. DOUSSIS, G. ANDREONE, A. ZERVAKI (dir.), Pedone, 2020, pp. 533-536

C. UMECHE, « Arbitrability of tax disputes in Nigeria », *Arb. Int.*, 2017, vol. 33, n° 3, pp. 497-502

V. VADI, « Natural resources and indigenous cultural heritage in international investment law and arbitration », *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Elgar, 2019, pp. 464-479

J. VALLAT, « Les apports de la responsabilité sociétale des entreprises point de vue des entreprises », *S.F.D.I., L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque de Saint-Denis, 2017, Pedone, pp. 477-482

L. VAN DEN HERIK, J. LETNAR ČERNIČ, « From Human Rights to International law and back Again », *Journal of International criminal Justice*, 2010, vol. 8, n° 3, pp. 725-743

J.E. VIÑUALES, « Foreign Investment and the Environment in International Law: An ambiguous relationship », *BYIL*, 2010, vol. 80, n° 1, pp. 244-332

J.E. VIÑUALES, « Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments », *ICSID Review–FILJ*, 2017, vol. 32, n° 2, pp. 346-370

J.E. VIÑUALES, « International Investment Proceedings: Converging Principles ? », in *International Procedural Law: Common Principles of General Principles?*, E. CANNIZZARO (dir.), 2017, pp. 1-53

J.E. VIÑUALES, « Foreign Investment and the Environment: Current trends », in *Research Handbook on Environment and Investment Law*, K. MILES (dir.), Elgar, 2019, pp. 12-37

M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droit interne », in *Mélanges offerts à Henri Rolin, problèmes de droits des gens*, 1964, Pedone, pp. 488-505

M. VIRALLY, « La Charte des droits et des devoirs économiques de l'Etat, notes de lecture », *A.F.D.I.*, vol. 20, 1974, pp. 57-77

M. VIRALLY, « Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international », in *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Graduate Institute Publications, 1990, pp. 195-212

A. VOHRZYK-GRIEST, « State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure », *Revista Colombiana de derecho Internacional*, 2009, n° 15, pp. 83-124

T. WÄLDE, « The Specific Nature of Investment Arbitration », *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, PH. KHAN, T. WÄLDE (dir.), Brill, Centre for Studies and Research in International Law and International Relations Series, vol. 8, 2004, pp. 42-119

S. WITTICH, « Domestic Courts and the Content and Implementation of State Responsibility », *Leiden Journal of International Law*, 2013, vol. 26, n° 3, pp. 643-665

P. WEIL, « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à B. Goldman*, P. FOUCHARD, PH. KAHN, A. LYON-CAEN (dir.), Litec, 1982, pp. 387-414

K. YANNACA-SMALL, « Corporate Social Responsibility and the International Investment Law Regime: Not Business as Usual », *University of St Thomas Law Journal*, 2021, vol. 17, n° 2, pp. 402-421

G. ZARRA, « International Investment Treaties as a Source of Human Rights Obligations for Investors », in *Legal Sources in Business and Human Rights*, M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI, D. RUSSO (dir.), Brill, 2020, pp. 52-73

R.F. ZÚÑIGA PERALTA, « The Judicialisation of the Social License to Operate: Criteria for International Investment Law », *JWI&T*, 2021, vol. 22, n° 1, pp. 92-128

## V. Conventions internationales<sup>2823</sup>

*Traité de paix entre les puissances alliées et associées et l'Allemagne*, signé le 28 juin 1919 à Versailles, reproduit in *Traité de Versailles*, Nancy/Paris/Strasbourg : Librairie militaire Berger-Levrault, coll. Pages d'histoire 1914-1919, 1919, 242 p., disponible sur le site : [<http://basedoc.diplomatie.gouv.fr>]

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (convention européenne des droits de l'homme)*, signée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, *R.T.N.U.*, vol. 213, p. 221

*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* du 10 juin 1958, *R.T.N.U.*, vol. 330, 1959, p. 3

*Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, adoptée et ouverte à la signature et à la ratification le 15 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966, in CIRDI, in *Conventions et Règlements du CIRDI*, Washington, 2016, p. 7-33

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adopté à New York le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, *R.T.N.U.*, vol. 999, p. 171

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adopté à New York le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976, *R.T.N.U.*, vol. 993, p. 3

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, conclue à Vienne, le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, *R.T.N.U.*, vol. 1155, p. 331

*Convention américaine relative aux droits de l'homme*, adoptée à San José le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, *R.T.N.U.*, vol. 1144, p. 123

*Déclaration du Gouvernement de la République algérienne, démocratique et populaire sur le règlement du contentieux entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran* du 19 janvier 1981 (Accords d'Alger), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 1, p. 9

*Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence Islamique*, adoptée le 5 juin 1981, entrée en vigueur le 1 février 1988, accessible en ligne sur le site de l'OCI : [[https://www.oic-oci.org/page/?p\\_id=130&p\\_ref=16&lan=fr](https://www.oic-oci.org/page/?p_id=130&p_ref=16&lan=fr)]

*Convention des Nations unies sur le droit de la mer*, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994, *R.T.N.U.*, vol. 1834, p. 39

*Charte africaine des droits de l'homme*, signée à Nairobi le 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986, *R.T.N.U.*, vol. 1520, p. 217

---

<sup>2823</sup> Nous nous limitons aux instruments multilatéraux internationaux cités en référence ou dans le corps du texte. Pour les accords bilatéraux d'investissement comprenant des obligations pour les investisseurs ou des dispositions sur les demandes reconventionnelles nous renvoyons directement le lecteur aux notes de bas de page.

*Convention des Nations Unies contre la corruption* annexée à la résolution 58/4 de l'Assemblée générale du 31 octobre 2003, A/RES/58/4, entrée en vigueur le 14 décembre 2005, *R.T.N.U.*, vol. 2349, p. 41

## **VI. Législations nationales**

### *Algérie :*

Loi algérienne de promotion de l'investissement, loi n°2016-09 du 3 août 2016, *UNCTAD Compendium of Investment Laws*

### *Angola :*

*Private Investment Law*, loi n° 10/18 du 26 juin 2018, *UNCTAD Compendium of Investment Laws*

### *Burkina Faso :*

Loi n° 038-2018 portant Code des investissements au Burkina Faso, *UNCTAD Compendium of Investment Laws*

### *Côte d'Ivoire :*

Ordonnance n° 2018 – 646 du 1 août 2018 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire, *UNCTAD Compendium of Investment Laws*

### *Egypte :*

Loi sur l'investissement, n° 72 de 2017, *UNCTAD Compendium of Investment Laws* (traduction française non officielle)

### *Etats-Unis d'Amérique :*

*Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act*, Public Law n° 111-203, *Statute*, vol. 124, n° 1376, 2010, p. 1504

### *France :*

Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, 27 mars 2017, *JORF*, n° 0074, 28 mars 2017.

### *Gabon :*

Loi gabonaise n° 002/2019 du 16 juillet 2019 portant réglementation du secteur des hydrocarbures en République Gabonaise, *Journal officiel de la république gabonaise*, n° 27 ter, 22 juillet 2019

### *Guinée :*

Code des investissements de la Guinée n° 2015/N°008/AN, 25 mai 2015, *UNCTAD Compendium of Investment Laws*

### *Libye :*

Loi libyenne de promotion de l'investissement n° 9/2010, *UNCTAD Compendium of Investment Laws*

*Pays-Bas :*

*Child Labour Duty of Care Act*, 7 février 2017, accessible en ligne :  
[<https://www.government.nl/documents/publications/2017/02/07/child-labour-duty-of-care>]

*République démocratique du Congo :*

Loi n° 004/2002 du 21 février 2002 portant Code des investissements, *UNCTAD Compendium of Investment Laws*

*Royaume Uni :*

*Modern Slavery Act*, 2015, accessible en ligne :  
[<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>]

*Suisse :*

Loi fédérale suisse de droit international privé, 18 décembre 1987 (LDIP), accessible en ligne : [<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>]

*Tchad :*

Charte des Investissements, loi n° 006/PR/2008, *UNCTAD Compendium of Investment Laws*

*Togo :*

Loi togolaise d'investissement n°2012-001, 21 janvier 2012, *UNCTAD Compendium of Investment Laws*

*Union européenne :*

Directive 2012/18/UE du 4 juillet 2012, Seveso 3, *J.O.U.E*, 24 juillet 2012

Devoir de diligence et responsabilité des entreprises, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, doc n° P9\_TA (2021) 0073, accessible en ligne : [[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073\\_FR.html#top](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.html#top)]

## **VII. Travaux de codification et de développement du droit international**

### **A. Assemblée générale des Nations Unies**

*Déclaration universelle des droits de l'homme*, Résolution 217 A (III), adoptée le 10 décembre 1948

*Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, résolution 1803 (XVII), 14 décembre 1962

*Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, résolution 3201 (S-VI), 1er mai 1974

*Charte des droits et devoirs économiques des États*, résolution A/RES/2381 (XXIX), 12 décembre 1974

## **B. Commission du droit international**

### *Travaux sur la procédure arbitrale :*

Rapport de G. SCELLE, « Arbitral Procedure, Rapport par G. Scelle », doc n° A/CN.4.18, *A.C.D.I.*, 1950, vol. II, p. 114-154

Commentaire sur le projet de convention sur la procédure arbitrale adopté par la Commission à sa cinquième session, doc n° A/CN.4.92, avril 1955, [*accessible en ligne uniquement sur le site de la CDI : <https://legal.un.org>*]

Rapport de G. SCELLE, Projet sur la procédure arbitrale adopté par la Commission à sa cinquième session, doc n° A/CN.4/113 et Corr. 1, 6 mars 1958, *A.C.D.I.*, 1958, vol. II, p. 1

Modèle de règles sur la procédure arbitrale, *A.C.D.I.*, 1958, vol. II, p. 86

### *Travaux sur l'identification du droit international coutumier :*

Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier, Sir M. WOOD (rapporteur spécial), doc n° A/CN.4/663, 65<sup>ème</sup> session, 2013

Projets de conclusion sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *A.C.D.I.*, 2018, vol. II (2), p. 129

### *Travaux sur la responsabilité internationale :*

Premier Rapport sur la responsabilité des États de R. AGO, rapporteur spécial doc. A/CN.4/217, *A.C.D.I.*, 1969, vol. II, p. 129

Deuxième rapport sur la responsabilité internationale – L'origine de la responsabilité internationale, par R. AGO, Rapporteur spécial », doc. A/CN.4/233, *A.C.D.I.*, 1970, vol. II, p. 189

Troisième rapport sur la responsabilité des États présenté par J. Crawford, Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/507 et Add. 1 à 4, *A.C.D.I.*, 2000, vol. II (1), p. 3

Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, adopté par la C.D.I. à sa 53<sup>ème</sup> session, 2001, annexé à la Résolution A/56/83 adoptée le 12 décembre 2001 par l'Assemblée générale, rectifiée par le doc. A/56/49(vol.I)/Corr.4, *A.C.D.I.*, 2001, vol. II (2), p. 31

## **C. Comité des droits de l'homme et comité droits économiques, sociaux et culturels**

*Observation générale n° 15*, « le droit à l'eau (articles 11 et 12 du Pacte international relatifs aux droits économiques sociaux et culturels) », doc n° EC.12/2002/11, 20 janvier 2003

*Observation générale n° 31 (80)*, « La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte », doc n° CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004

*Observation générale n° 24 (2017)*, « Les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises », doc n° E/C.12/GC/24, 10 août 2017

#### **D. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international**

Groupe de travail III, *Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends: réformes du règlement des différends entre investisseurs et États*, doc n° A.CN.9/917, 3-21 juillet 2017

Rapport du Groupe de travail III, (réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), sur les travaux de la trente- quatrième session, (Vienne 27 novembre- 1 décembre 2017), doc n° A.CN.9./930./ Add.1/Rev.1, 26 février 2018

Groupe de travail III, *Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Demande présentée par des actionnaires et pertes par ricochet*, Note du Secrétariat, doc n° A/CN/WG.III/WP.170, octobre 2019

Groupe de travail III, *Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, Procédure multiples et demandes reconventionnelles*, note du Secrétariat, doc n° A/CN/W.G.III/ W.P.193, 22 janvier 2020

#### **E. Conseil des droits de l'homme**

Promotion et protection des droits de l'homme, Rapport intérimaire du représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, doc n° E/CN.4/2006/97, 22 février 2006

Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, Rapport du représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, doc n° A/HCR/8/5, 7 avril 2008

« Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence 'protéger, respecter et réparer' », annexés à la résolution 17/4 du Conseil des droits de l'homme du 6 juin 2011

*Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, résolution A/HRC/RES/17/4, 6 juillet 2011

*Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, Projet de résolution A/HCR/26/L.22/rev.1, 26<sup>ème</sup> session, 37<sup>ème</sup> séance, 25 juin 2014

*Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, Résolution A/HCR/26/9, L.22, 26<sup>ème</sup> session, 37<sup>ème</sup> séance, 25 juin 2014

*Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, Résolution A/HRC/RES/26/22, 15 juillet 2014

*Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée (OEIGWG), Legally binding instrument to regulate in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises ( 12 juillet 2019) et version actualisée du 6 août 2020.*

#### **F. Institut de droit international**

Résolution « Les entreprises multinationales », (Rapporteur GOLDMAN), *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 57 (II), session d'Oslo, 1979, Schmidt periodicals, p. 340

Résolution « Les obligations des entreprises multinationales et de ses sociétés membres », (Rapporteur LOWENFELD), *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66 (II), session de Lisbonne, 1995, Pedone, p. 373

Rapport de la 18ème Commission, « Les aspects juridiques du recours à l'arbitrage par un investisseur contre les autorités de l'Etat hôte en vertu d'un traité interétatique » (Rapporteur A. GIARDINA), *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 75, session de Tokyo, Travaux préparatoires, 2013, Pedone, pp. 253-320

Rapport de la 18ème Commission, « L'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissements » (Rapporteur C. MCLACHLAN), *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de La Haye, Travaux préparatoires, vol. 79, 2019, Pedone, pp. 419-524

Résolution de la 18ème Commission, « L'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissements » (Rapporteur C. MCLACHLAN), *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de La Haye, vol. 80, 2021, Pedone, pp. 62-69

### **VIII. Règlements de procédure d'arbitrage, rapports et autres documents officiels**

#### **A. Règlements de procédure d'arbitrage**

CCI, Règlement d'arbitrage, 2021, accessible en ligne: [<https://iccwbo.org>]

CCS, *Arbitration rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, 2017, accessible en ligne: [[www.sccinstitute.com](http://www.sccinstitute.com)]

CIRDI, Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage, 2006, accessible en ligne : [<https://icsid.worldbank.org>]

CPA, accessible en ligne : [<https://pca-cpa.org/fr/home/>]

Règlement facultatif de la CPA pour les différends dont une partie seulement est un Etat de 1993

Règlement d'arbitrage de 2012

Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement

CNUDCI, Règlement d'arbitrage de CNUDCI, 2014, disponible sur le site : [[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)]

HKIAC, *Administered Arbitration Rules*, 2013, disponible sur le site : [[www.hkiac.org](http://www.hkiac.org)]

LCIA, *Arbitration Rules*, 2014, accessible en ligne : [[www.lcia.org](http://www.lcia.org)]

SIAC, *SIAC Rules*, 2016, accessible en ligne : [[www.siac.org](http://www.siac.org)]

## **B. Modèles d'accords et accords non contraignants d'investissements<sup>2824</sup>**

Accord d'investissement entre les pays d'Afrique orientale et australe (COMESA), signé le 23 mai 2007

Modèle d'accord bilatéral d'investissement de la CDAA (SADC), juillet 2012

Modèle d'accord du Royaume de Norvège pour la promotion et la protection des investissements, 2015

Modèle d'accord de la République slovaque pour la promotion et la protection réciproques des investissements, 2019

Modèle d'accord du Royaume des Pays-Bas sur la promotion et protection réciproques des investissements, 22 mars 2019

Modèle d'accord de l'Union économique de la Belgique et du Luxembourg sur la promotion et protection réciproques des investissements, 28 mars 2019

Modèle d'accord du Royaume du Maroc pour la promotion et la protection réciproques des investissements, 1<sup>er</sup> juin 2019

Modèle d'accord du Gouvernement de la République d'Italie sur la promotion et protection des investissements, 2020

Modèle canadien d'accord d'investissement, 2021

Commission de l'Union africaine, *Projet de code panafricain d'investissements*, décembre 2016, disponible en ligne : [[https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet\\_code\\_panafricain\\_dinvestissements\\_decembre\\_2016.pdf](https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet_code_panafricain_dinvestissements_decembre_2016.pdf)]

## **C. Rapports et autres documents officiels**

*History of the ICSID Convention, Documents Concerning the origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between State and Nationals of other States*, ICSID, vol. II-1, 2009, 645 p.

*Historique de la Convention CIRDI : Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, vol. III, CIRDI, 2009, 867 p.

CIRDI, *Affaires du CIRDI– Statistiques* : 2010, n°1, 2017 n°1, 2020, n° 1 & 2

LCIA, *Casework Report*, 2017

---

<sup>2824</sup> Disponibles en ligne (sauf précision contraire) sur : [<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>]

Pacte mondial -*Global Compact*, in *Le pacte mondial des Nations Unies 10 ans après / The Global Compact of the United Nations 10 year after*, L. BOISSON DE CHAZOURNES et E. MAZUYER (dir.), Bruylant, 2010, Annexe, p. 193

OCDE, Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales adoptée le 21 juin 1976, comprenant les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, amendés le 25 mai 2011, accessibles en ligne : [<http://dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr>]

UNCTAD, *World Investment Report 2020*, accessible en ligne : [<https://unctad.org/webflyer/world-investment-report-2020>]

Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis de suivi sur le projet d'instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'Homme*, JORF, n° 0260, 24 octobre 2020, p. 64.

## IX. Jurisprudence<sup>2825</sup>

### A. Arbitrages transnationaux d'investissement

#### 1. Arbitrages introduits sur le fondement d'un contrat

*Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire*, Affaire CIRDI n° ARB/74/1, sentence, 29 août 1977

*Africard Co Ltd. c. Niger*, Affaire CCJA n°003/2013/ARB, sentence finale, 6 décembre 2014

*Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI n° ARB/81/1 :

- sentence, 20 novembre 1984
- décision sur la demande d'annulation, 16 mai 1986
- sentence sur la compétence après renvoi par le Comité d'annulation, 10 mai 1988

*Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. République démocratique du Congo*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/10/4 :

- sentence, 7 février 2014
- décision sur la demande en annulation de la RDC, 29 mars 2016

*Atlantic Triton Company Limited c. Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB/84/1, sentence, 21 avril 1986

*Balkan Energy (Ghana) Limited c. Ghana*, Affaire CPA n° 2010-07, sentence (extraits), 1<sup>er</sup> avril 2014

*Benvenuti & Bonfant S.A.R.L. c. Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/77/2, sentence, 8 août 1980

*Compagnie d'exploitation du chemin de fer Transgabonais c. Gabon*, Affaire CIRDI n° ARB 4/05, sentence (extraits), 19 décembre 2005

---

<sup>2825</sup> La jurisprudence des tribunaux internes et internationaux est présentée par ordre chronologique. La jurisprudence relative au contentieux de l'investissement étranger est présentée par ordre alphabétique. Les sentences sont accessibles en ligne sur les sites internet suivants : *Jus Mundi* (<https://jusmundi.com/en/>), et *italaw* (<https://www.italaw.com/>). La mention (extraits) indique que la sentence est partiellement publiée ou caviardée.

*Customs and Tax Consultancy LLC c. République démocratique du Congo*, Arbitrage CCI n° 19515/MCP, sentence partielle, 22 juillet 2015

*Djibouti c. DP World Djibouti et autres*, Affaire LCIA n°142732, troisième sentence partielle finale, demandes reconventionnelles du défendeur, 14 septembre 2020

*Elsamex, S.A. c. Honduras*, Affaire CIRDI n° ARB/09/4, sentence, 16 novembre 2012

*Gabon c. Société Serete S.A.*, Affaire CIRDI n° ARB/76/1, requête du 5 octobre 1976 suivie d'une ordonnance de désistement du Tribunal rendue le 27 octobre 1978

*Gujarat State Petroleum Corporation Limited, Alkor Petroo Limited, et Western Drilling Constructors Private Limited c. Yémen et le ministère yéménite du pétrole*, Affaire CCI n° 19299/MCP, sentence, 10 juillet 2015

*Grynberg et al. c. Grenade*, affaire CIRDI n° ARB/05/14, sentence, 13 mars 2009

*Hydro Srl c. Albanie (I)*, Affaire CCI n° 20654/EMT/GR, sentence finale, 7 septembre 2018

*Jordanie et the Public Transport Regulatory Commission c. International Company for Railway Systems (ICRS)*, Affaire CCI n° 16342/EC/ND, sentence, 6 février 2012

*Klöckner Industrie-Anlagen et autres c. Cameroun and Société Camerounaise des Engrais*, Affaire CIRDI n° ARB/81/2 :

- sentence, 21 octobre 1983
- décision du comité ad hoc, 3 mai 1985

*Liberian Eastern Timber Corporation c. Libéria*, Affaire CIRDI n° ARB/83/2, sentence, 31 mars 1986

*Lundin Tunisia B. C. c. Tunisie*, Affaire CIRDI n° ARB/12/30, sentence (extraits), 22 décembre 2015

*M. Meerapfel Söhne AG c. République centrafricaine*, Affaire CIRDI n°ARB/07/10, sentence (extraits), 12 mai 2011

*Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB/84/4 :

- sentence, 6 janvier 1988
- décision sur la demande d'annulation partielle, 6 janvier 1988

*Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, Affaire CIRDI n° ARB/99/7 :

- sentence (extraits), 9 février 2004
- décision sur la demande d'annulation, 1er novembre 2006

*RSM Production Corporation c. Grenade*, Affaire CIRDI n° ARB/05/14, sentence, 13 mars 2009

*RSM Production Corporation c. République centrafricaine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/2 :

- sentence sur la compétence et la responsabilité, 11 juin 2011(extraits)
- décision du comité d'annulation, 20 février 2013

*Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Sénégal*, Affaire CIRDI n° ARB/82/1, sentence, 25 février 1988

*Texaco Overseas Petroleum Company (et California Asiatic Oil Company) c. République arabe de Libye*, sentence, 19 janvier 1977

*Togo Électricité and GDF-Suez Energie Services c. Togo*, Affaire CIRDI n° ARB/06/07 :

- sentence, 10 août 2010
- décision du Comité d'annulation, 6 décembre 2011

*Zeevi Holdings c. Bulgarie et agence de privatization de Bulgarie*, Affaire CCI UNC 39/DK (CNUDCI), sentence (extraits), 25 octobre 2006

## **2. Arbitrages introduits sur le fondement d'une loi**

*BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL c. Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB/14/22, (affaire retirée)

*CEMEX Caracas II Investments B.V. c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/08/15, décision sur la compétence, 30 décembre 2010

*FEDAX N.V. c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/96/3, sentence, 9 mars 1998

*PNG Sustainable Development Program Ltd. c. État indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB/13/33, sentence, 5 mai 2015

*Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egypte*, Affaire CIRDI n° ARB/84/3, sentence, 20 mai 1992

## **3. Arbitrages introduits sur le fondement d'un traité**

*Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonésie*, sentence finale (CNUDCI), 15 décembre 2014

*Anglo American PLC c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/14/1, sentence, 18 janvier 2019

*Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB (AF) /04/5, sentence, 21 novembre 2007

*Limited Liability Company Amtu c. Ukraine*, Affaire SCC n° 080/2005, sentence finale, 26 mars 2008

*David Aven and al. c. Costa Rica*, Affaire CNUDCI n° UNCT/15/13, sentence finale, 18 septembre 2018

*Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017

*Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzanie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence, 24 juillet 2008

*Burlington Resources, Inc. c. Équateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5 :

- décision sur la compétence, 2 juin 2010

- sentence, 14 décembre 2012 et opinion dissidente de l'arbitre Orrego Vicuña, 8 novembre 2012
- sentence sur les demandes reconventionnelles, 2 février 2017

*Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistan*, Affaire CIRDI n° ARB/12/6, sentence, 4 mai 2021

*Charanne B.V. et Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne*, Affaire SCC n° 062/2012, sentence, 21 janvier 2016

*Cementownia « Nowa Huta » S.A. c. Turquie (I)*, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/06/2, sentence, 17 septembre 2009

*Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) c. Equateur*, Affaire CPA n° 34877 (CNUDCI), sentence partielle sur le fond, 30 mars 2010

*CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, (CNUDCI), sentence, 14 mars 2003

*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. (anciennement Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. et Compagnie Générale des Eaux) c. Argentine (I)*, Affaire CIRDI n° ARB/97/3 :

- sentence, 21 novembre 2000
- décision sur la demande en annulation de l'Argentine, 3 juillet 2002
- décision du tribunal arbitral n° 2 sur la compétence du 14 novembre 2005
- sentence (II), 20 août 2007
- décision sur la demande en annulation de la sentence du 20 août 2007, du 10 août 2010

*Consortium Groupement LE.S.I.-Dipenta c. République algérienne démocratique et populaire*, Affaire CIRDI n°ARB/03/08, décision sur la compétence, 10 janvier 2005

*Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. Algérie*, Affaire CPA n°2017-33, sentence finale, 3 février 2020

*Copper Mesa Mining Corporation c. Equateur*, Affaire CPA n°2012-02, sentence, 15 mars 2016

*Corn Products International, Inc. c. Mexique*, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/04/1, sentence sur la responsabilité, 15 janvier 2008

*Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited c. Kenya*, Affaire CIRDI n° ARB/15/29 :

- sentence finale, 22 octobre 2018
- décision sur la demande d'annulation, 19 mars 2021

*Crystallex International Corporation c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, sentence, 4 avril 2016

*Desert Line Projects LLC c. Yémen*, Affaire CIRDI n°ARB/05/17, sentence, 6 février 2008

*Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. Egypte*, Affaire CIRDI n° ARB/04/13, sentence, 6 novembre 2008

*Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. Équateur*, Affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence, 18 août 2008

*El Paso Energy International Company c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/15 :

- décision sur la compétence, 27 avril 2006
- sentence, 30 octobre 2010

*Europe Cement Investment and Trade S.A. c. Turquie*, Affaire CIRDI n° ARB (AF)/07/2, sentence, 13 août 2009

*Eskosol S.p.A. in Liquidazione c. Italie*, Affaire CIRDI n° ARB/15/50, décision relative à la requête du défendeur en vertu de la règle 41.5, 20 mars 2017

*Fraport AG Frankfurt Airport Service c. Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB 11/12, sentence, 10 décembre 2014

*Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/12/25 :

- décision sur la compétence, l'admissibilité et la responsabilité et opinion dissidente M. Rubino-Sammartano, 21 avril 2015
- sentence (extraits) et opinion dissidente M. Rubino-Sammartano, 18 avril 2017

*Alex Genin et autres c. Estonie*, Affaire CIRDI n° ARB/99/2, sentence, 25 juin 2001

*Antoine Goetz & Consorts and S.A. Affinage des Métaux c. Burundi (I)*, Affaire CIRDI n° ARB/95/3, sentence avec accord parties, 10 février 1999

*Antoine Goetz & Consorts and S.A. Affinage des Métaux c. Burundi (II)*, Affaire CIRDI n° ARB/01/2, sentence, 21 juin 2012

*Glamis Gold Ltd. c. États-Unis d'Amérique (CNUDCI)*, sentence, 8 juin 2009

*Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, Affaire CIRDI n° ARB/07/24, sentence, 18 juin 2010

*Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, Affaire CIRDI n° ARB/09/5 :

- sentence, 17 août 2021
- décision en annulation, 13 juin 2015

*Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, Affaire CPA n° 2017-41, sentence finale, 24 août 2020

*Inceysa Vallisoletana S.L. c. Salvador*, Affaire CIRDI n° ARB/03/26, sentence, 2 août 2006

*Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et autres c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB/08/8, sentence, 1<sup>er</sup> mars 2012

*Karkey c. République Islamique du Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/13/1, sentence, 22 août 2017

*Kontinental Conseil Ingénierie c. République gabonaise*, Affaire CPA n° 2015-25 (CNUDCI), 23 décembre 2016

*Ronald S. Lauder c. République tchèque*, sentence (CNUDCI), 3 septembre 2001

*Lemire (Joseph Charles) c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB/06/18), décision sur la compétence et le fond, 14 janvier 2010

*Joseph Charles Lemire c. Ukraine (II)*, Affaire CIRDI n° ARB/06/18, sentence, 28 mars 2011

*Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. c. Albanie*, Affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence, 30 mars 2015

*Metalclad Corporation c. Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1), sentence, 30 août 2000

*Metal-Tech Ltd. c. Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013

*Naturgy Energy Group et autres c. Colombie*, Affaire CIRDI n° UNCT/18/1 (CNUDCI), sentence, 12 mars 2021, par. 281

*Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. République d'Équateur (II)*, affaire CIRDI n° ARB/06/11 :

- décision sur la compétence, 9 septembre 2008
- sentence et opinion dissidente de N. Stern, 5 octobre 2012
- décision sur la demande d'annulation 2 novembre 2015

*Orascom TMT Investments S.à r.l. c. Algérie*, Affaire CIRDI n° ARB/12/35 :

- sentence, 31 mai 2017
- décision sur la demande d'annulation, 17 septembre 2020

*Oxus Gold plc c. République d'Ouzbékistan, le Comité d'État à la géologie et aux ressources minières et le Combinat minier et métallurgique de Navoï*, (CNUDCI) sentence, 17 décembre 2015

*Bernhard von Pezold et autres c. Zimbabwe*, Affaire CIRDI n° ARB/10/15, sentence, 28 juillet 2015

*Sergei Paushok CJSC Golden East Company CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie*, Affaire CNUDCI, sentence, 28 avril 2011

*Perenco Ecuador Limited c. République d'Équateur (Petroecuador)*, Affaire CIRDI n° ARB/08/6 :

- décision sur les questions de compétence restantes et sur la responsabilité, 12 septembre 2014
- décision sur les demandes reconventionnelles environnementales, 11 août 2015
- décision sur la demande de rejet des demandes reconventionnelles, 18 août 2017
- sentence, 27 septembre 2019
- décision sur la demande d'annulation, 28 mai 2021.

*Phoenix c. République tchèque*, Affaire CIRDI n° ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009

*Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, Affaire CIRDI n° ARB/03/24, sentence, 27 août 2008

*Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/10/17, sentence, 26 février 2014

*Rumeli c. Kazakhstan*, Affaire CIRDI n° ARB 05/16, sentence, 29 juillet 2008

*Rusoro Mining Ltd. c. Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/5, sentence, 22 août 2016

*Salini Construttori. c. Maroc*, Affaire CIRDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence, 23 juillet 2001

*Saluka Investments BV c. République Tchèque*, Affaire CPA n° 2001-04 (CNUDCI), décision sur la compétence et la demande reconventionnelle, 7 mai 2004

*SAUR International c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité, 6 juin 2012

*Mr. Franz Sedelmayer c. Fédération de Russie*, CCS, sentence, 10 octobre 1995

*Sempra Energy International c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007

*Spyridon Roussalis c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/06/1, sentence, opinion dissidente de M. Reisman, 7 décembre 2011

*Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan*, décision sur la compétence et la responsabilité, Affaire CIRDI n° ARB/12/1, 10 novembre 2017

*Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c. Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26 :

- décision sur la compétence, 19 décembre 2012
- sentence, 8 décembre 2016

*Vestey Group. Limited c. Vénézuëla*, Affaire CIRDI n° ARB/06/4, sentence, 15 avril 2016

*World Duty Free Limited c. Kenya*, Affaire CIRDI n° ARB/00/7, sentence, 4 octobre 2006

## **B. Tribunal irano-américain des réclamations**

*T.C.S.B., Inc. c. Iran, Ministry of Housing and Urban Development and others*, Affaire TIAR n° 140, sentence, n° 114-140-2, 16 mars 1984

*International Technical Products Corp. and Islamic Republic of Iran*, Affaire TIAR n° 196-302-3, 24 octobre 1985

*Computer Sciences Corporation c. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Affaire TIAR n° 65, sentence n° 221-65-1, 16 avril 1986

*Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran*, Affaire TIAR n° 128 et 129, sentence n° 309-129-3, 7 juillet 1987

*Houston Contracting Company c. National Iranian Oil Company, National Iranian Gas Company and The Islamic Republic of Iran*, Affaire TIAR n° 173, sentence n° 378-173-3, 22 juillet 1988

*General Dynamics Telephone Systems Center, Inc. c. Iran, Telecommunications Company of Iran and Bank Melli Iran*, Affaire TIAR n° 192-285-2, 12 septembre 1995, Opinion dissidente d' Hamid Bahrami, par. IV

**C. Arbitrages ad hoc, Commissions mixtes et Tribunaux arbitraux mixtes**

*Sentence entre les États-Unis et le Royaume-Uni relative aux droits de juridiction des États-Unis dans les eaux de la mer de Behring et à la préservation des phoques à fourrure*, 15 août 1893, R.S.A, vol. XXVIII, pp. 263-276

*Paquet, Opinion de Filtz*, (concession), 1 juin 1903, R.S.A, vol. IX, p. 323

*Del Rio Case*, Opinion of Gaytân de Ayala, umpire, 1 juin 1903, Commission mixte des réclamations (Mexique/Venezuela), R.S.A, vol. X, p. 697

*Montrisher Guiramand c. Wasser Abwasserreinigung*, 14 novembre 1922, Tribunal mixte franco-allemand, *Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes institués par les traités de Paix*, t. II, 1923, pp. 575-576

*Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne – Royaume Uni)*, sentence, 1<sup>er</sup> mai 1925, Compromis du 25 mai 1923, R.S.A., vol. II, pp. 615-742

*Affaire du Lusitania*, 1er novembre 1923, (Commission mixte des réclamations Etats-Unis/Allemagne), R.S.A, vol. VII, pp.32-44

*Lena Goldfields*, sentence, 2 septembre 1930, in A. NUSSBAUM, « Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government », *Cornell Law Quarterly*, 1950-1951, vol. 36, n° 1, pp. 42-53

*Delogo Bay Railway Arbitration Lillie S. Kling (USA) c. Mexique*, sentence, 8 octobre 1930, Commission des réclamations, R.S.A, vol. IV, pp. 575-586

*Affaire Campbell (Royaume-Uni c. Portugal)*, sentence arbitrale, 10 juin 1931, R.S.A, vol. II, pp. 1145-1158

*Affaire de la fonderie de Trail, (États-Unis c. Canada)*, sentence arbitrale du 11 mars 1941, R.S.A, vol. III, pp. 1905-1982

*Equateur c. Etats-Unis*, Affaire PCA n°2012-05, sentence, 29 septembre 2012

*Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, R.G.D.I.P., 1990, pp. 838-878

*Italie c. Cuba*, sentence préliminaire, 15 mars 2005

*Affaire relative à la Délimitation de la frontière maritime entre le Guyana et le Suriname*, sentence, 17 septembre 2007, R.S.A., vol. XXX, p. 1-144

**D. Cour permanente de Justice internationale et Cour internationale de Justice**

*Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, arrêt, 30 août 1924, *Série A*, n° 2, p. 12

*Usine de Chorzów n°13 (demande en indemnité)*, arrêt (fond), 13 septembre 1928, *Série A*, n° 17, p. 3

*Compétence des tribunaux de Dantzig*, 3 mars 1928, *Série B*, n° 15, p. 3

*Paiement de divers emprunts serbes émis en France/Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, arrêt, 12 juillet 1929, *Série A*, n° 20/21, 1929, p. 41

*Chemin de Fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, fond, 28 février 1939, *Série A/B*, n° 76, p. 4

*Détroit de Corfou (Grande-Bretagne c. Albanie)*, arrêt, exceptions préliminaires, 25 mars 1948, *C.I.J Recueil 1948*, p. 15

*Détroit de Corfou (Grande-Bretagne c. Albanie)*, arrêt, fond, 9 avril 1949, *C.I.J Recueil 1949*, p. 4

*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, 11 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174

*Affaire du Droit d'asile, (Colombie c. Pérou)*, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 270

*Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt, 5 avril 1955, deuxième phase, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4

*L'Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 21 mars 1959, *C.I.J Recueil 1959*, p. 6

*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (nouvelle requête : 1962)*, arrêt, 5 février 1970 (deuxième phase), *C.I.J Recueil 1970*, p. 3

*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, 20 décembre 1974, *C.I.J Recueil 1974*, p. 253

*Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, 24 mai 1980, *C.I.J Recueil 1980*, p. 3

*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, (Nicaragua c. États-Unis)*, arrêt, fond, 27 juin 1986, *C.I.J Recueil 1986*, p. 14

*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt, fond, 20 juillet 1989, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15

*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, arrêt, exceptions préliminaires, 26 juin 1992, *C.I.J Recueil 1992*, p. 240

*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J Recueil 1996*, p. 226

*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, 25 septembre 1997, *C.I.J Recueil 1997*, p. 7

*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro) :*

- demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 243
- déclaration de M. Kreća, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 262
- opinion individuelle de M. Koroma *C.I.J. Recueil 1997*, p. 272
- opinion individuelle de M. Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 278
- opinion dissidente de M. Weeramantry, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 287
- arrêt du 26 février 2007, *CIJ Recueil 2007*, p. 43

*Affaires des Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique) :*

- demande reconventionnelle, ordonnance, 10 mars 1998, *C.I.J Recueil 1998*, p. 190
- opinion individuelle de M. Higgins, *C.I.J Recueil 1998*, p. 217
- arrêt, 6 novembre 2003, *C.I.J Recueil 1998*, p. 161

*Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda) :*

- demandes reconventionnelles, ordonnance, 29 novembre 2001, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 660
- arrêt, 19 décembre 2005, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 168

*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt du 4 juin 2008, *C.I.J Recueil 2008*, p. 177

*Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *C.I.J Recueil 2010*, p. 14

*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt, indemnisation, 19 juin 2012, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 324

*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*, demande reconventionnelle, ordonnance, 6 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 310 :

- Opinion dissidente du Juge C. Trindade, *C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 329 .

*Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)*, arrêt du 16 avril 2013, *C.I.J Recueil 2013*, p. 44

*Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)/Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica) :*

- demandes reconventionnelles, ordonnance, 18 avril 2013, *C.I.J. Recueil 2013*, p. 200
- déclaration de M. le juge ad hoc Guillaume, *C.I.J. Recueil 2013*, p. 217

*Violations alléguées des droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes, (Nicaragua c. Colombie) :*

- demandes reconventionnelles, ordonnance, 17 novembre 2017, C.I.J Recueil 2017, p. 289.
- déclaration de M. le juge Yusuf, Vice-président, C.I.J Recueil 2017, p. 316
- opinion commune de MM. Les juges Tomka et Gaja, Mme la juge Sebutinde, M. le juge Gevorgian et M. le juge ad hoc Daudter, C.I.J Recueil 2017, p. 320
- déclaration de M. le juge Cançado Trindade, C.I.J Recueil 2017, p. 330
- opinion individuelle de M. le juge Greenwood, C.I.J Recueil 2017, p. 337
- opinion individuelle de Mme la juge Donoghue, C.I.J Recueil 2017, p. 342
- opinion dissidente de M. le juge ad hoc Caron, C.I.J Recueil 2017, p. 350

*Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, Exceptions préliminaires, arrêt, 6 juin 2018, C.I.J. Recueil 2018, p. 292

#### **E. Tribunal international du droit de la mer**

*The M/V "Norstar" (Panama c. Italie)*, Affaire TIDM n° 25, jugement, 10 avril 2019, *TIDM Recueil 2019*, p. 813

*The M/V Virginia G (Panama/Guinée-Bissau)*, Affaire TIDM n°19, ordonnance, 2 novembre 2012, *TIDM Recueil 2012*, p. 309

*Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1er février 2011, TIDM Recueil 2011, p. 10*

#### **F. Jurisprudence des juridictions internes**

*Canada :*

Cour suprême du Canada, *Nevsun Resources Ltd. c. Araya* 28 février 2020, 2020 SCC 5 (Canadian Legal Information Institute- CanLII) accessible en ligne : [<https://canlii.ca/t/j5k5j>]

*France :*

Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, *Galakis*, 2 mai 1966, *J.D.I. (Clunet)*, 1966, p. 648

Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, *Etat d'Israël /Nioc*, 1er février 2005, *Bull. civ.*, 2005, 53, n° 1, p. 45

Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Ch.1, *République tchèque c. M.Pren Nreka*, 25 septembre 2008

Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 6 octobre 2010, *Bull. civ.*, 2010, n° 8, p. 175

TC, 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c. Fondation Letten F. Saugstad*, n° 3754, *Recueil Lebon*, 2011, n° 5

Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Ch.1, *Gouvernement de la région Kaliningrad c. Lituanie*, 18 novembre 2010, *Revue de l'arbitrage*, 2011, n° 3, p. 695

Cour d'appel de Paris, Pôle 1, chambre 1, *Société Licensing Projects (LP) et autres c. Société Pirelli & C. SPA et autres*, 17 novembre 2011, *ASA*, 2012, n° 2, pp. 459-466

Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 28 mars 2013, 11-27.770, *Bull. civ.*, 2013, n° 3, p. 55

Cour d'appel de Versailles, 22 mars 2013 *Association France-Palestine Solidarité et Organisation de Libération de la Palestine c. Société Alstom Transport SA, Société Alstom*

*SA et SA Veolia Transport, n° 11/05331, R.G.D.I.P.*, vol. 118, n°3, 2014, p. 191, note B. Tranchant

Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, *Société Marriott International Hotel Inc. c. M. Z Fakhri*, 18 mars 2015, *Bull. civ.*, 2015, n° 3, p. 55

CE, Assemblée, n°388806, *Société Fosmax*, 9 novembre 2016, *Recueil Lebon - Recueil des décisions du conseil d'Etat*, 2016 n°5, par. 5

Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 17 octobre 2018, 17-21.411, inédit, accessible sur légifrance : [<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037536288/>]

*Nigéria :*

*Shell Nigeria Exploration and Production Ltd c. Federal Inland Revenue Service*, Cour Suprême du Nigéria CA/A/208/2012, 31 août 2016

*Royaume-Uni:*

*Vedanta Resources PLC and Another v. Lungowe and Others* [2019] UKSC 20 (UK)

*Suisse:*

Tribunal fédéral, arrêt 4A\_34 2015, 6 octobre 2015

## *Index*

---

### **A.**

Arbitrage transnational unilatéral : 230  
Acte unilatéral :  
- De l'investisseur : 1060, 1064-1066  
Actionnaire : 450-451  
- Action par ricochet : 456-457  
Annulation des sentences:  
- CIRDI : 207-208  
- Non CIRDI : 186, 193-203  
Applicabilité : 862  
- Droit interne : 863  
- Droit international : 1020  
Attentes légitimes de l'Etat : 1067-1068  
1172-1177  
Attribution  
- D'un engagement : 549, 551, 556,  
563, 566-572  
- D'un fait internationalement illicite :  
1287, 1293-1297  
Asymétrie : 231-234

### **B.**

Bonne administration de la justice  
(*principe de*) : 806-809  
Bonne foi (de l'investisseur) : 528,  
1067, 1495

### **C.**

Clause de conformité au droit interne: 879-  
882, 910-911, 1283  
Clause parapluie : 420- 424, 1284  
Compétence : 110, 229  
Connexité : 439-443  
Factuelle : 444-445  
Juridique : 646-648  
Consentement :  
Consentement implicite : 118, 171, 256  
Contrat :  
- D'investissement : 114, 120  
- Chaîne de contrats : 135-138  
Contribution au préjudice :  
1366, 1369, 1372-1375,  
Corruption : 385-390, 907, 982-984

### **D.**

Demande additionnelle : 580  
Demande reconventionnelle :  
- Notion : 8-9, 13-15

- Fonction : 16, 786

Devoir de diligence (diligence due) : 1056,  
1160, 1166, 1167, 1202, 1209  
Dommage (de l'Etat): 1386  
Matériel : 1397-1399  
Immatériel : 1404-1405

### **E.**

Egalité des parties/égalité des armes  
(*principe de*) : 194-199 **Erreur ! Source  
du renvoi introuvable.**, 222-  
224, 829, 844, 845  
*Electa una via* : 154, 1443-1445

### **F.**

Faute de l'investisseur : 1357, 1361-1365,  
Fait internationalement illicite de  
l'investisseur : 1275-1285

### **I.**

Illégalité(s) de l'investissement : 616-618  
Internationalisation : 1314  
- Contrats : 1316-1318  
- Lois : 1321

### **L.**

Loi de protection des investissements :  
904, 1033, 1321

### **O.**

Obligations des investisseurs : 1028-1033,  
1096-1097, 1139-1141, 1211, 1278-1279,  
1363, 1365

Ordre public

- Administratif : 187-191, 200
- International : 193, 201, 568
- Transnational : 1154-1155

### **P.**

Préjudice (voir dommage) :  
Protection diplomatique : 365, 367

### **R.**

Renonciation : 154, 335, 339, 341, 354,  
735  
Réparation : 1431, 1457  
- Satisfaction : 1418-1419  
Responsabilité :

- Contractuelle : 131,1469-1470, 1472-1473
- Extra- contractuelle : 1469-1471
- Responsabilité internationale de l'investisseur : 1266-1272
- Responsabilité sociale des entreprises :1030- 1031 1097, 1243-1244

## **S.**

*Soft law* :

- Principes directeurs des Nations Unies : 1052-1053
- Principes directeurs de l'OCDE : 1049

*Social licence to operate* :622

Souveraineté permanente sur les ressources naturelles : 566

Subrogation :541- 543

## **T.**

Tribunal irano-américain des réclamations : 68, 774-779, 921, 956-957

## TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	I
RÉSUMÉ.....	II
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS .....	III
SOMMAIRE .....	V
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
I. La réception de la pratique des demandes reconventionnelles dans le contentieux international .....	4
A. <i>L'identification de droit de présenter des demandes reconventionnelles par analogie avec le droit interne</i> .....	4
B. <i>La transposition progressive du droit de formuler des demandes reconventionnelles dans le contentieux international.....</i>	8
II. L'abandon de la conception restrictive du droit de formuler des demandes reconventionnelles .....	18
A. <i>Le Règlement d'arbitrage et de conciliation pour les conflits internationaux entre deux parties dont l'une seulement est un Etat de 1962</i> .....	18
B. <i>La consécration conventionnelle du droit de formuler des demandes reconventionnelles par la Convention CIRDI.....</i>	21
III .La consolidation de l'assouplissement du droit de formuler des demandes reconventionnelles dans le contentieux international .....	23
A. <i>Les modifications du Règlement de Cour internationale de Justice en 1978 et 2001</i> .....	23
B. <i>La diversification des règlements d'arbitrage applicables aux relations entre Etats et personnes privées.....</i>	26
1. <i>L'influence de la CNUDCI.....</i>	26
2. <i>La diversité des Règlements de la C.P.A.....</i>	28
IV. La remise en cause du droit de formuler les demandes reconventionnelles dans le contentieux de l'investissement .....	32
A. <i>Constat empirique sur la pratique reconventionnelle dans le contentieux de l'investissement.....</i>	33
B. <i>La dimension procédurale de la demande reconventionnelle dans le contentieux de l'investissement .....</i>	37
C. <i>La dimension substantielle des demandes reconventionnelles.....</i>	39
D. <i>Objet de la démonstration .....</i>	41
<b>PREMIÈRE PARTIE : L'ADMISSION DE LA PRÉTENTION RECONVENTIONNELLE DANS L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL.....</b>	<b>44</b>
<b>TITRE 1 L'IDENTIFICATION DU CONSENTEMENT DES PARTIES À LA COMPÉTENCE RECONVENTIONNELLE DU TRIBUNAL .....</b>	<b>46</b>
<b>Chapitre 1 La compétence reconventionnelle dans les arbitrages transnationaux contractuels comme prolongement du caractère synallagmatique du contrat .....</b>	<b>48</b>
Section 1 Le consentement des parties à l'arbitrage comme présomption de compétence sur l'ensemble des prétentions contractuelles .....	49
I. La présomption de compétence inhérente au caractère synallagmatique des obligations du contrat .....	51
A. <i>Une présomption de compétence reconventionnelle inhérente à la réciprocité des obligations du contrat.....</i>	52
B. <i>Une présomption de compétence inhérente au rapport de dépendance économique entre différents contrats.....</i>	57

II. Une présomption de compétence reconventionnelle renforcée par la désignation d'un tribunal arbitral .....	65
A. <i>La présomption de compétence reconventionnelle en raison de la renonciation à la compétence d'autres tribunaux dans le cadre des différends CIRDI</i> .....	65
B. <i>La fonction supplétive des règles de procédure désignées par les parties</i> .....	69
Section 2 Les enjeux de la compétence reconventionnelle en matière contractuelle .....	74
I. Les enjeux de la compétence reconventionnelle devant les juridictions internes .....	74
A. <i>L'objet du contrôle des sentences internationales par le juge étatique</i> .....	74
B. <i>Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales saisies de demandes reconventionnelles</i> .....	77
1. <i>Le contrôle de l'exercice de la compétence reconventionnelle au regard de l'ordre public administratif</i> .....	78
2. <i>Le principe du contradictoire en tant que motif de l'annulation de l'incompétence reconventionnelle</i> .....	80
II. Les enjeux de la compétence reconventionnelle devant les comités d'annulation du CIRDI .....	85
A. <i>Le contrôle de la compétence reconventionnelle par le prisme de l'excès de pouvoir manifeste du tribunal CIRDI</i> .....	87
B. <i>Le contrôle de la compétence reconventionnelle par le prisme de l'inobservation d'une règle fondamentale de procédure</i> .....	90
Conclusion du chapitre 1 .....	94
<b>Chapitre 2 La compétence reconventionnelle au défi de l'asymétrie des traités de protection des investissements</b> .....	<b>95</b>
Section 1 La compétence reconventionnelle est essentiellement un problème d'interprétation .....	98
I. La reconnaissance marginale de la compétence reconventionnelle par les accords d'investissement .....	99
A. <i>Reconnaissance explicite du droit de formuler des demandes reconventionnelles par les TBI</i> .....	100
B. <i>Reconnaissance non-contraignante du droit de formuler des demandes reconventionnelles</i> .....	102
II. La théorie du consentement implicite de l'investisseur aux prétentions reconventionnelles de l'Etat .....	106
A. <i>Présomption de compétence reconventionnelle au regard de la réciprocité et de l'étendue de la clause d'arbitrage</i> .....	107
B. <i>Compétence reconventionnelle « de principe » en vertu des clauses d'arbitrage plaçant l'Etat dans une position de perpétuel défendeur</i> .....	112
1. <i>Clauses d'arbitrage non-réciproques et compétence matérielle étendue</i> .....	112
2. <i>Compétence matérielle plus restreinte</i> .....	116
III. L'asymétrie des instruments de protection des investisseurs comme indice de renonciation de l'Etat aux prétentions reconventionnelles .....	122
A. <i>La présomption d'incompétence reconventionnelle par le prisme de l'unilatéralité procédurale et de l'asymétrie substantielle des TBI</i> .....	122
B. <i>L'unilatéralité procédurale comme obstacle au droit de présenter des demandes reconventionnelles</i> .....	129
1. <i>L'asymétrie des TBI comme indice d'une renonciation implicite de l'Etat du droit d'action reconventionnelle ?</i> .....	130

2.	<i>La renonciation aux demandes reconventionnelles comme fondement juridique inopérant.....</i>	<i>134</i>
Section 2	Le consentement implicite de l'investisseur à la compétence reconventionnelle par le prisme de l'offre interétatique.....	141
I.	L'arrière-plan interétatique du contentieux transnational .....	142
A.	<i>Le recours à l'arbitrage, un droit encadré au niveau interétatique .....</i>	<i>142</i>
B.	<i>Une compétence reconventionnelle implicitement consentie au niveau interétatique .....</i>	<i>148</i>
II.	La compétence reconventionnelle au regard de l'objet du différend .....	156
A.	<i>La compétence reconventionnelle tributaire d'un investissement protégé ....</i>	<i>157</i>
B.	<i>L'impossible prédétermination de l'étendue de la compétence arbitrale.....</i>	<i>161</i>
1.	<i>La détermination du contenu objectif de l'instance .....</i>	<i>162</i>
2.	<i>Facteurs d'élargissement de compétence arbitrale et leurs incidences sur les demandes reconventionnelles .....</i>	<i>166</i>
a.	<i>Pouvoir d'extension matérielle de l'objet du différend par l'offre d'arbitrage .....</i>	<i>166</i>
b.	<i>Effet de l'appropriation du contrat par le traité sur la compétence reconventionnelle .....</i>	<i>172</i>
	<b>Conclusion du chapitre 2 .....</b>	<b>178</b>
	CONCLUSION DU TITRE 1.....	179
	TITRE 2 LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION RECONVENTIONNELLE DANS LE PROCÈS TRANSNATIONAL PAR LE PRISME DE LA CONNEXITÉ .....	180
	<b>Chapitre 3 La connexité factuelle, une dimension à la fois nécessaire et insuffisante.....</b>	<b>183</b>
Section 1	<i>Dramatis personae</i> et le phénomène du démembrement des parties .....	184
I.	L'autonomie des personnalités juridiques impliquées dans l'opération d'investissement .....	185
A.	<i>Le cumul des recours des actionnaires et des personnes morales contre l'Etat.....</i>	<i>185</i>
1.	<i>La distinction entre l'actionnaire et la personne morale en droit international général.....</i>	<i>185</i>
2.	<i>Une distinction confirmée en droit international des investissements... ..</i>	<i>186</i>
B.	<i>Le cumul des recours des personnes morales d'une même chaîne privée ou publique.....</i>	<i>191</i>
1.	<i>L'autonomie des investisseurs d'un même groupe.....</i>	<i>191</i>
2.	<i>L'autonomie de certaines entités paraétatiques par rapport à l'Etat....</i>	<i>196</i>
II.	Les tentatives d'instrumentalisation de la notion de contrôle à des fins reconventionnelles .....	203
A.	<i>La jonction des intérêts de la personne morale de droit local et de l'investisseur protégé par la preuve du contrôle étranger.....</i>	<i>203</i>
1.	<i>L'instrumentalisation du contrôle spécial de l'investisseur dans les accords de joint-venture.....</i>	<i>204</i>
2.	<i>L'instrumentalisation du contrôle général sur l'entité locale à des fins reconventionnelles.....</i>	<i>206</i>
a.	<i>Reconnaissance conventionnelle du contrôle sur une entité locale par des intérêts étrangers par la Convention CIRDI.....</i>	<i>207</i>
b.	<i>Jonction des intérêts entités locales et étrangères .....</i>	<i>210</i>

B.	<i>La subrogation reconventionnelle de l'entité par l'Etat</i> .....	221
1.	<i>La subrogation reconventionnelle des engagements de l'émanation en vertu d'une habilitation expresse</i> .....	223
2.	<i>La subrogation reconventionnelle des engagements de l'émanation par la preuve d'une volonté tacite</i> .....	225
3.	<i>Le cas d'exploitation des ressources naturelles</i> .....	232
Section 2	L'instrumentalisation de la notion d'investissement à des fins offensives.....	235
I.	L'investissement objet de délimitation du différend .....	236
A.	<i>L'investissement au cœur de la connexité des demandes additionnelles</i> .....	237
B.	<i>La consolidation des demandes liées à une même opération d'investissement</i> .....	244
II.	Le germe reconventionnel dans l'argument d'illégalité de l'investissement .....	250
A.	<i>Le transfert de l'argument de la conformité aux débats sur le fond : du bouclier à l'épée</i> .....	251
1.	<i>Une interprétation téléologique de la notion d'investissement</i> .....	251
2.	<i>La classification et la diversification des formes d'illégalité</i> .....	256
B.	<i>Conséquences du traitement substantiel de la légalité dans le contentieux transnational</i> .....	260
1.	<i>Une atténuation de la responsabilité pécuniaire de l'Etat</i> .....	260
2.	<i>Les insuffisances de la connexité factuelle et son interdépendance avec la connexité juridique</i> .....	264
	<b>Conclusion du chapitre 3</b> .....	<b>267</b>
	<b>Chapitre 4 La dimension juridique de la connexité dans le procès transnational : « une pratique en voie de formation »</b> .....	<b>268</b>
Section 1	Opportunité et limites du mimétisme jurisprudentiel comme méthode d'appréciation de la connexité juridique.....	269
I.	La recherche d'une identité des titres juridiques en tant qu'exigence relative en droit international général .....	270
A.	<i>La notion de connexité juridique dans le contentieux international porté devant les juridictions permanentes</i> .....	271
1.	<i>Connexité directe et indirecte</i> .....	271
2.	<i>L'appréciation de la connexité directe par la C.I.J et le TIDM</i> .....	274
B.	<i>Remarques cursives sur la connexité juridique des contre-mesures</i> .....	289
1.	<i>Le droit coutumier des contre-mesures</i> .....	290
2.	<i>Régime conventionnel des contre-mesures en droit de l'OMC</i> .....	295
II.	L'interprétation de la connexité juridique au défi des situations de cumul des instruments applicables à l'opération d'investissement.....	297
A.	<i>La quête d'une identité des titres juridiques par l'arbitre transnational</i> .....	299
1.	<i>Recevabilité limitée des prétentions non-conventionnelles lorsque l'action principale est engagée par la voie du traité</i> .....	299
2.	<i>L'irrecevabilité des demandes reconventionnelles fondées sur le droit national comme héritage du Tribunal irano-américains des réclamations</i> .....	312
a.	<i>Lorsque la demande principale est introduite sur le fondement d'un contrat</i> .....	312
b.	<i>Lorsque la demande principale est introduite sur le fondement d'un traité</i> .....	317

B.	<i>Les limites du mimétisme jurisprudentiel dans l'appréciation du lien de connexité</i> .....	320
Section 2	L'appréciation de la connexité juridique fonction des buts poursuivis..	328
I.	L'ancrage de la connexité juridique aux principes de bonne administration de la justice et d'économie procédurale .....	329
A.	<i>L'assouplissement jurisprudentiel du test de la connexité au regard des finalités de l'action reconventionnelle</i> .....	329
B.	<i>La pertinence des principes de bonne administration de la justice et d'économie procédurale sur le test de la connexité</i> .....	335
1.	<i>Le principe de bonne administration de la justice</i> .....	335
2.	<i>L'effet du principe d'économie procédurale sur l'appréciation de la connexité : la concentration des moyens</i> .....	339
II.	La connexité juridique de l'action reconventionnelle comme véhicule de promotion de l'égalité des parties .....	343
A.	<i>La conceptualisation du lien entre le principe d'égalité des parties et des demandes reconventionnelles</i> .....	343
1.	<i>La timide reconnaissance du principe d'égalité des parties dans l'arbitrage transnational</i> .....	343
2.	<i>L'abandon d'une présomption de faiblesse procédurale de l'investisseur</i> .....	346
B.	<i>La contribution de l'Institut de Droit international : l'évaluation de la connexité des demandes reconventionnelles au regard du principe de l' d'égalité des parties.</i>	349
	<b>Conclusion du Chapitre 4</b> .....	<b>353</b>
	CONCLUSION DU TITRE 2.....	354
	CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	355
	SECONDE PARTIE : LA REALISATION DE LA PRETENTION RECONVENTIONNELLE .....	356
	TITRE 3 LES FONDEMENTS JURIDIQUES DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES .....	357
	<b>Chapitre 5 L'applicabilité du droit interne à l'investisseur</b> .....	<b>358</b>
Section 1	Les fondements de l'applicabilité du droit interne à l'investisseur .....	359
I.	L'applicabilité expresse du droit interne au différend d'investissement .....	359
A.	<i>La détermination du droit applicable suivant la volonté des parties à l'accord d'investissement</i> .....	360
1.	<i>La désignation non-exclusive du droit interne dans les traités d'investissement</i> .....	360
2.	<i>La désignation du droit interne dans les contrats d'investissement</i> .....	363
B.	<i>La clause de conformité au droit interne dans les traités</i> .....	366
II.	L'applicabilité tacite du droit interne par la caractérisation objective du différend .....	370
A.	<i>Pertinence relative de la nature de l'instrument juridictionnel dans la détermination du droit applicable au différend</i> .....	371
1.	<i>L'applicabilité du droit interne dans les arbitrages conventionnels</i> .....	371
2.	<i>L'applicabilité tacite du droit interne dans les arbitrages contractuels</i>	376
3.	<i>L'applicabilité tacite du droit interne dans les différends relatifs aux lois de promotion de l'investissement</i> .....	378
B.	<i>L'exigence implicite de conformité au droit interne</i> .....	382
Section 2	L'application contrariée du droit interne à l'investisseur.....	386

I. Le phénomène du morcellement du droit interne.....	386
A. <i>L'isolement de certaines obligations issues du droit national</i> .....	387
1. <i>La fragilité de la distinction entre « obligations de droit commun » et « obligations relatives à l'investissement »</i> .....	387
2. <i>La fragile distinction entre « obligations de droit commun » et « obligations relatives à l'investissement » étendue à la matière fiscale</i> .....	391
B. <i>L'écueil : la prédétermination du droit interne par la spécialisation contentieuse</i> .....	393
1. <i>Absence d'un droit interne de l'investissement</i> .....	393
2. <i>Fondement de l'exclusion de la matière fiscale : le principe d'inapplication extraterritoriale du droit public</i> .....	396
a) <i>L'abandon progressif du principe d'inarbitrabilité des questions fiscales en droit interne</i> .....	396
b) <i>L'internationalisation de la compétence juridictionnelle en matière fiscale</i> .....	398
i) <i>Absence d'extraterritorialité devant les tribunaux arbitraux d'investissement</i> .....	401
ii) <i>Absence d'extraterritorialité devant les juridictions de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères</i> .....	407
II. Acclimatation des obligations nationales en droit international.....	410
A. <i>L'application du droit pénal et l'argument de la corruption dans le contentieux de l'investissement</i> .....	410
B. <i>L'application du droit interne de l'environnement</i> .....	417
<b>Conclusion du Chapitre 5</b> .....	<b>425</b>
<b>Chapitre 6 L'opposabilité du droit international à l'investisseur</b> .....	<b>426</b>
Section 1 L'autonomisation du rôle de l'acteur privé en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement.....	428
I. Diversité des modes de reconnaissance d'obligations internationales à la charge de l'acteur privé.....	429
A. <i>La reconnaissance d'obligations à la charge de l'acteur privé par la voie contraignante</i> .....	430
1. <i>La reconnaissance d'obligations internationales de l'investisseur par les instruments applicables aux investissements</i> .....	430
2. <i>Le Projet d'instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises</i> .....	434
B. <i>La reconnaissance d'un effet horizontal des standards internationaux par le « droit assourdi »</i> .....	437
1. <i>Le développement des devoirs internationaux de l'entreprise par le droit assourdi</i> .....	438
2. <i>L'effet international de l'adhésion de l'entreprise aux standards développés par le droit assourdi</i> .....	444
II. La contribution prétorienne au processus d'individualisation des obligations internationales.....	453
A. <i>Les conséquences dynamiques de la subjectivité internationale de l'Entreprise patronnée par l'Etat d'après le TIDM</i> .....	454
B. <i>La subjectivité statique de l'investisseur dans l'affaire Urbaser c. Argentine</i> .....	459

1.	<i>Les faits</i> .....	459
2.	<i>L'analyse des demandes reconventionnelles sur le fond</i> .....	463
Section 2	L'action reconventionnelle comme agent révélateur des attentes légitimes de l'Etat	471
I.	La demande reconventionnelle : catalyseur d'identification de la norme internationale non écrite.....	472
A.	<i>Analyse contextuelle : la pratique des demandes reconventionnelles contourne les obstacles inhérents au droit conventionnel</i> .....	472
1.	<i>Les limites du Projet d'instrument international juridiquement contraignant dans sa dernière version</i> .....	472
2.	<i>Les critiques des Etats participants quant à l'absence d'obligations à la charge de l'entreprise</i> .....	476
B.	<i>Analyse formelle : La demande reconventionnelle, une « pratique » incitant l'arbitre à évaluer la licéité du comportement de l'investisseur internationalement protégé</i> .....	478
1.	<i>Le respect des droits fondamentaux comme argument offensif plutôt que défensif</i> .....	479
2.	<i>L'affaire Aven c. Costa Rica, confirmation d'une pratique incitant l'arbitre à se prononcer sur la licéité du comportement de l'investisseur</i> .....	482
C.	<i>Analyse matérielle : Les demandes reconventionnelles comme agent révélateur de la légitimité des attentes de l'Etat</i> .....	487
1.	<i>Première conviction : L'exigence de conformité étendue au respect des normes internationales en matière de protection de l'environnement et des droits humains</i> .....	488
2.	<i>Deuxième conviction : L'investisseur est tenu par une obligation d'agir de manière diligente qui se situe dans l'ordre juridique international</i> .....	493
3.	<i>Troisième conviction : l'Etat a des attentes internationalement protégées à l'égard de l'investisseur étranger et peut être internationalement lésé par ses activités</i> .....	499
II.	La légitimation formelle du devoir de diligence due de l'investisseur .....	506
A.	<i>L'émergence d'un principe général de diligence due de l'investisseur</i> .....	506
1.	<i>Difficultés inhérentes au droit international coutumier</i> .....	507
2.	<i>Un principe commun à certains ordres juridiques nationaux</i> .....	511
B.	<i>Le principe général du droit international comme facteur d'accélération du processus coutumier</i> .....	518
	<b>Conclusion du Chapitre 6</b> .....	<b>524</b>
	CONCLUSION DU TITRE 3.....	525
	TITRE 4 LES CONSÉQUENCES DE LA SUBJECTIVITÉ INTERNATIONALE DE L'INVESTISSEUR .....	526
	<b>Chapitre 7 Nature de la responsabilité de l'investisseur du fait des atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement</b> .....	<b>527</b>
Section 1	La responsabilité internationale de l'investisseur .....	529
I.	Forme placebo de responsabilité : la responsabilisation internationale de l'investisseur .....	530
A.	<i>La RSE comme instrument de responsabilisation internationale</i> .....	531
B.	<i>Les limites de la RSE comme modèle d'engagement de la responsabilité de l'investisseur dans le contentieux transnational</i> .....	534

II. Application du régime général de la responsabilité internationale à l'investisseur .....	536
A. <i>Le dommage, une condition nécessaire mais insuffisante pour générer une responsabilité internationale de l'investisseur</i> .....	537
B. <i>L'illicéité, condition nécessaire de la responsabilité internationale de l'investisseur</i> .....	540
1. <i>Justifications de l'application d'un régime de responsabilité internationale aux illicéités commises par l'investisseur</i> .....	541
2. <i>Le fait internationalement illicite de l'investisseur</i> .....	545
3. <i>L'imputation du fait internationalement illicite à l'investisseur</i> .....	550
4. <i>Les circonstances excluant l'illicéité du comportement de l'investisseur</i> .....	556
Section 2 L'internationalisation de la responsabilité contractuelle de l'investisseur .....	562
I. L'internationalisation de la relation entre Etat et investisseur étranger .....	564
A. <i>Les procédés d'internationalisation du contrat</i> .....	564
B. <i>Les conséquences de l'internationalisation du contrat sur la responsabilité de l'investisseur</i> .....	568
II. La responsabilité contractuelle internationale de l'investisseur .....	572
A. <i>Portée des obligations de l'investisseur relatives aux droits de l'homme dans les contrats</i> .....	573
B. <i>Pertinence des principes de la responsabilité internationale en matière contractuelle</i> .....	577
<b>Conclusion du chapitre 7</b> .....	582
<b>Chapitre 8 L'obligation de réparer le dommage causé à l'Etat</b> .....	<b>584</b>
Section 1 La faute de l'investisseur et l'ouverture du droit à réparation du dommage de l'Etat .....	585
I. Le dédoublement fonctionnel de la faute de l'investisseur à des fins défensives .....	585
A. <i>La faute de l'investisseur comme prisme d'interprétation des protections offertes par le traité</i> .....	586
B. <i>La contribution fautive de l'investisseur à son préjudice</i> .....	590
II. Le dommage comme condition nécessaire du droit à réparation de l'Etat demandeur reconventionnel .....	599
A. <i>La caractérisation du dommage de l'Etat demandeur reconventionnel</i> .....	599
B. <i>Le préjudice matériel de l'Etat</i> .....	604
C. <i>Les préjudices extrapatrimoniaux de l'Etat</i> .....	607
1. <i>Distinction entre le préjudice moral de la personne privée et de l'Etat</i> .....	608
2. <i>L'atteinte à la réputation née de l'engagement d'une procédure arbitrale</i> .....	616
Section 2 Principes encadrant la réparation du préjudice de l'Etat demandeur reconventionnel .....	620
I. L'unité entre les formes de réparation, le droit applicable au fond et la responsabilité .....	620
A. <i>Les conséquences du fait internationalement illicite de l'investisseur sont encadrées par le droit de la responsabilité internationale</i> .....	620

1. <i>Déni du droit à réparation du préjudice causé à l'Etat par le fait internationalement illicite de l'investisseur dans l'affaire Iberdrola c. Guatemala</i> .....	622
2. <i>Examen critique de l'affaire Iberdrola c. Guatemala</i> .....	626
B. <i>Les conséquences de la violation d'obligations non-internationales et non-conventionnelles suivent le droit applicable au fond</i> .....	630
II. Les limites systémiques de la réparation dans le contentieux international .....	634
A. <i>Rejet de la fonction punitive de l'indemnisation dans le contentieux de l'investissement</i> .....	635
B. <i>Encadrement des conséquences de la responsabilité extraconventionnelle et extracontractuelle de l'investisseur</i> .....	638
<b>Conclusion du Chapitre 8</b> .....	<b>643</b>
CONCLUSION DU TITRE 4.....	644
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	645
CONCLUSION GÉNÉRALE .....	646
<b>BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE</b> .....	<b>653</b>
INDEX.....	701