



HAL
open science

L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le gymkhana de la réaffirmation de l'Etat

Franck Latty

► To cite this version:

Franck Latty. L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le gymkhana de la réaffirmation de l'Etat. Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.),. La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?, Pédone, pp. 161-178., 2018. hal-01889412

HAL Id: hal-01889412

<https://hal.science/hal-01889412v1>

Submitted on 6 Oct 2018

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

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

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

L'ETAT DEMANDEUR (RECONVENTIONNEL)
DANS LES PROCEDURES ARBITRALES :
LE GYMKHANA DE LA REAFFIRMATION DE L'ETAT

Franck LATTY

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

« L'Etat demandeur (reconventionnel) » : de même que le diable se niche dans les détails, toute la pertinence du sujet réside ici entre les parenthèses. Rarissimes sont en effet les procédures arbitrales dans lesquelles l'Etat se trouve en position de demandeur originel face à un investisseur étranger¹. Quelques affaires, certes, peuvent çà et là être recensées dans lesquelles l'Etat² ou un de ses démembrements³ reproche à la partie privée un manquement à des obligations contractuelles. En revanche, dans le contentieux arbitral fondé sur des traités d'investissement (ou des lois), l'Etat se trouve *systématiquement* en position de défendeur principal à l'instance⁴.

A cela plusieurs raisons. Tout d'abord, si l'Etat a des griefs à l'égard d'un investisseur étranger établi sur son territoire (violations des normes sociales, fiscales, des droits de l'homme, atteintes à l'environnement etc.), il a mieux fait de mettre en œuvre ses procédures internes (administratives ou juridictionnelles, y compris pénales)⁵ que de s'adresser à un tribunal arbitral. Ensuite, même si par extraordinaire l'Etat souhaitait externaliser son litige, la *****162*****question déterminante du consentement à l'arbitrage viendrait rapidement court-circuiter la réclamation. Dans le contentieux fondé sur les traités (ou les lois) d'investissement, seul le consentement de l'Etat est contenu dans l'instrument juridique concerné. Celui de l'investisseur n'apparaît qu'au moment de sa requête⁶. Les notions de

¹ On laissera de côté le contentieux interétatique (exceptionnel) fondé sur des traités d'investissement. V. CPA/CNUDCI, *Equateur c. Etats-Unis d'Amérique*, n° 2012-5, sentence du 29 septembre 2012 (incompétence) ; Trib. *ad hoc*, *Italie c. Cuba*, sentence du 15 janvier 2008 (incompétence et rejet des demandes).

² V. CIRDI, *Pérou c. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energia SAC*, ARB/13/24 ; CIRDI, *Gabon c. Société Serete SA*, n° ARB/76/1.

³ CIRDI, *Gouvernement de la Province du Kalimantan oriental c. PT Kaltim Prima Coal et al.*, n° ARB/07/3.

⁴ V. M. TORAL, Th. SCHULTZ, « The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations », in M. WAIBEL et al. (Ed.), *The Blacklash Against Investment Arbitration? Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, pp. 578 et s. ; H. GHERARI, « La protection de l'investissement », in H. GHERARI, Y. KERBRAT (dir.), *L'entreprise dans la société internationale*, Paris, Pedone, 2010, pp. 128 et s.

⁵ A noter que la mise en œuvre de ces procédures est elle-même susceptible de nourrir une réclamation de l'investisseur devant un tribunal arbitral, par exemple pour violation de l'obligation de traitement juste et équitable.

⁶ V. par ex. CIRDI, *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, n° ARB/00/9, sentence du 16 septembre 2003, § 12.2.

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

« consentement dissocié »⁷, d'« *arbitration without privity* »⁸ ou d'« arbitrage unilatéral »⁹ ont expliqué avec bonheur cette figure si caractéristique du droit des investissements. En l'absence de clause compromissaire liant l'investisseur à l'Etat (ou de compromis arbitral conclu entre les deux après l'émergence du différend), l'Etat serait bien en peine de fonder la compétence « *ratione voluntatis* » du tribunal arbitral. Si dans l'ordre interne la question du consentement du sujet de droit au juge étatique ne se pose pas (compétence obligatoire), l'accord des parties demeure une condition *sine qua non* de la justice facultative qu'est l'arbitrage, quelle que soit au demeurant la qualité, souveraine ou non, des parties. La question de l'existence d'obligations à la charge des investisseurs susceptibles d'être invoquées devant le tribunal arbitral ne manquerait pas aussi de se poser, au vu de l'état actuel de la quasi totalité des traités d'investissement qui ne confèrent d'obligations qu'aux Etats parties¹⁰.

Ainsi l'arbitrage d'investissement est-il un contentieux de l'Etat défendeur qui, non sans paradoxe, peut apparaître comme étant la « partie faible »¹¹ face à l'investisseur étranger. Dans toutes les affaires fondées sur des traités, c'est la responsabilité internationale de l'Etat qui est recherchée¹². Cette position sempiternelle de la puissance souveraine participe des critiques adressées à un système déséquilibré¹³ qui met à la disposition exclusive de l'investisseur-roi le mode arbitral de règlement des litiges.

163La meilleure défense étant parfois la « riposte offensive »¹⁴, ce déséquilibre structurel est susceptible d'être quelque peu contrebalancé par la faculté de l'Etat mis en cause de formuler des demandes incidentes, qui prennent diverses formes : demande de récusation d'un arbitre¹⁵, demande de « *security for costs* » (cautionnement pour les dépens)¹⁶, demande de mise à la charge de l'investisseur des coûts de l'arbitrage¹⁷, demande

⁷ E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement de traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, pp. 858-859.

⁸ J. PAULSSON, « Arbitration Without Privity », *ICSID Rev.*, 1995, pp. 232-234.

⁹ W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris 2, 2003, *passim* ; A. PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. arb.*, 2005, pp. 63-99.

¹⁰ Cette question sera examinée *infra* dans le contexte des demandes reconventionnelles.

¹¹ V. W. BEN HAMIDA, in « Arbitrage et partie faible », *JDI*, 2017, vol. 1, pp. 11-17. V. aussi H. HELLIO, « L'Etat, un justiciable de second ordre ? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers », *RGDIP*, 2009, vol. 3, pp. 589-620.

¹² F. LATTY, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 415 et s.

¹³ V. par ex. les débats de la table ronde : « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil », in Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 185-202.

¹⁴ R. Chapus, cité par H. HELLIO, *loc. cit.*, p. 594.

¹⁵ V. par ex. CIRDI, *Abaclat et al. c. Argentine*, n° ARB/07/5, décision sur la demande de récusation de la majorité du tribunal, 4 février 2014.

¹⁶ V. par ex. CIRDI, *RSM Production Corporation c. Sainte-Lucie*, aff. n° ARB/12/10, décision sur la demande de cautionnement pour les dépens, 13 août 2014.

¹⁷ V. par ex. CPA, *WNC Factoring Limited c. République tchèque*, n° 2014-34, sentence du 22 février 2017, §§ 410 et s. V. aussi CIRDI, *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. RDC*, aff. n° ARB/10/4, sentence du 7 février 2014, §§ 635, où cette réclamation a pris la forme d'une demande reconventionnelle, vite écartée par le tribunal qui a examiné la question des dépens de manière séparée. Soulignant que la demande d'imputation à l'investisseur des dépens de l'arbitrage n'a pas à prendre la forme d'une demande reconventionnelle, v. Ch. comm. Stockholm, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, n° 080/2005, sentence

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

d'annulation d'une sentence¹⁸ etc. C'est néanmoins par le biais de demandes reconventionnelles (« *counterclaims* » dans la langue hégémonique de l'arbitrage d'investissement) que la « réaffirmation de l'Etat » dans ce contentieux se manifeste de la manière la plus vigoureuse¹⁹. En témoigne non sans éclat l'affaire *Burlington* dans laquelle, à la suite d'une « contre-réclamation » de l'Equateur, la multinationale pétrolière a été condamnée à indemniser à hauteur de 40 millions \$ le préjudice environnemental subi par cet Etat²⁰.

La demande reconventionnelle fait aujourd'hui partie du *kit* de défense à la disposition des Etats à qui réparation est demandée devant les tribunaux d'investissement. Par ce biais, l'Etat tente d'inverser la vapeur en adressant au tribunal arbitral une réclamation incidente, greffée à la réclamation ***164***principale de l'investisseur étranger, dans laquelle il demande réparation de dommages causés à la suite de manquements de ce dernier. Il s'agit de placer les investisseurs face à leurs turpitudes, non pour atténuer la responsabilité propre de l'Etat, mais pour leur faire rendre compte de leurs propres comportements dommageables. Les fonctions de rééquilibrage ou de légitimation de l'arbitrage d'investissement²¹ remplies par le procédé des demandes reconventionnelles sont secondaires. Il sert avant tout l'économie et l'efficacité du règlement des différends²², contribuant ainsi à une « meilleure administration de la justice »²³. Comme cela a été relevé, « [e]n terme d'utilité sociale, l'emploi des ressources arbitrales pour vider l'ensemble d'un contentieux relatif à un investissement déterminé paraît

du 26 mars 2008, § 116. Dans le même sens, CIRDI, *Patrick H. Mitchell c. RDC*, n° ARB/99/7, sentence du 9 février 2004, § 97.

¹⁸ V. par ex. Comité *ad hoc* CIRDI, *Total SA c. Argentine*, n° ARB/04/01, décision sur l'annulation, 1^{er} février 2016.

¹⁹ Dans la doctrine anglophone, v. notamment D. ATANASOVA et al., « The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *Journal of International Arbitration*, 2014, vol. 31, n° 3, pp. 357-391 ; A. K. BJORKLUND, « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *Lewis & Clark Law Review*, 2013, vol. 17:2, pp. 461 et s. ; A. K. HOFFMANN, « Counterclaims in Investment Arbitration », *ICSID Review*, vol. 28/2, 2013, pp. 438-453 ; Y. KRYVOI, « Counterclaims in Investor-State Arbitration », *Minnesota Journal of International Law*, vol. 21, n° 2, 2012, pp. 216-252 ; J. A. RIVAS, « ICSID Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution », in J. E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (dir.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2015, pp. 779-827 ; H. E. VEENSTRA-KJOS, « Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity" » in Ph. KAHN, Th. W. WÄLDE, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 597-628.

²⁰ CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Equateur*, n° ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017. V. S. LEMAIRE, « Les demandes reconventionnelles de l'Etat » (comm. des affaires *Urbaser* et *Burlington*), in *Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements*, *Rev. arb.*, 2017, vol. 2, pp. 682-698.

²¹ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut-il introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, p. 263 ; J.A. RIVAS, « ICSID Treaty Counterclaims... », *loc. cit.*, p. 780.

²² V. A. BJORKLUND, *loc. cit.*, pp. 475 et s., où sont listés les avantages des demandes reconventionnelles (*procedural efficiency, legitimacy, enhance the Rule of Law*). V. aussi S. LEMAIRE, *loc. cit.*, pp. 682-683 (prévention du risque d'éclatement préjudiciable du contentieux ; évitement des décisions contradictoires et des double-indemnisations ; absence de mise en cause de l'investisseur devant le juge national dont l'absence de neutralité est redoutée). En ce sens, v. par ex., CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, § 760, où le tribunal note que la demande reconventionnelle dispense la Roumanie d'intenter une procédure contre l'investisseur devant ses juridictions internes.

²³ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu... », *loc. cit.*, pp. 270-271. V. CIRDI, *Antoine Goetz et al. c. Burundi*, aff. n° ARB/01/2, sentence du 21 juin 2012, § 280.

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

de loin préférable à celui qui invite à des contentieux dans lesquels l'essentiel de l'énergie est consacré à la détermination du juge compétent »²⁴.

La sentence *Burlington* constitue néanmoins un cas isolé de succès d'une demande reconventionnelle. C'est qu'aux conditions générales tirées du droit du contentieux international²⁵ s'ajoutent dans le contentieux d'investissement des complications liées à la nature asymétrique des instruments qui fondent la compétence des tribunaux arbitraux²⁶. Qui plus est, la puissance souveraine et l'investisseur étranger se trouvent souvent au carrefour de droits et obligations contractuels, légaux et conventionnels, dont la violation est susceptible d'entraîner des responsabilités de diverses natures. La « réaffirmation de l'Etat » par le biais des demandes reconventionnelles prend ainsi des allures de *gymkhana* : pour que ses prétentions prospèrent, l'Etat devra franchir ou contourner une série d'obstacles semés sur son parcours, dont certains s'avèrent redoutables en pratique – ce qui explique le ***165***rejet à ce jour de la quasi-totalité des demandes reconventionnelles par les tribunaux arbitraux, même si de nouvelles voies ont été tracées.

La présente contribution s'emploie à identifier les principales embûches²⁷ auxquelles l'Etat demandeur reconventionnel doit faire face et les moyens de les esquiver, à partir de quoi le propos consistera en filigrane à pointer les défaillances de l'environnement normatif conventionnel, le pouvoir d'appréciation considérable que les tribunaux arbitraux en tirent, et les correctifs que les Etats pourraient y apporter – car c'est avant toute chose par ce biais que la « réaffirmation de l'Etat » devrait se manifester.

1^{ER} OBSTACLE :

LE DROIT PROCESSUEL DE L'ETAT DEFENDEUR DE FORMULER UNE DEMANDE RECONVENTIONNELLE

Cet obstacle inaugural du *gymkhana* est dans certains cas fatal aux Etats. Certes, tous les textes régissant la procédure arbitrale des tribunaux habituellement compétents en matière de litiges transnationaux incluent la possibilité expresse pour le défendeur de formuler une demande reconventionnelle²⁸.

²⁴ E. GAILLARD, « Conclusion. L'avenir des traités d'investissement », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements...*, op. cit., p. 1041.

²⁵ V. C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^e éd., Paris, LGDJ/Lextenso, 2015, pp. 340 et s.

²⁶ Relevant le « caractère asymétrique inhérent » des traités d'investissement, qui rejaillit sur la possibilité de formuler une demande reconventionnelle, v. Trib. ad hoc (CNUDCI), *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonésie*, sentence finale, 15 décembre 2014, § 659 (traduction libre de l'anglais).

²⁷ L'analyse n'a pas vocation à être exhaustive. Sur, par exemple, la condition de compétence matérielle (existence d'un investissement), v. CIRDI, *Metal-Tech c. Ouzbékistan*, n° ARB/10/3, sentence du 4 octobre 2013, § 411 et s. Sur l'hypothèse de la caducité d'une demande reconventionnelle en raison de l'obtention d'une indemnisation à l'issue d'une demande reconventionnelle adressée avec succès à un autre tribunal, à l'égard d'un investisseur participant au même consortium, v. CIRDI, *Perenco Ecuador Limited c. Equateur*, n° ARB/08/6, décision sur la demande de Perenco de rejet des demandes reconventionnelles de l'Equateur, 18 août 2017, § 46.

²⁸ V. notamment : art. 46 de la Convention de Washington et art. 40 du Règlement CIRDI ; art. 4 et 21 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ; art. 2 du Règlement de la Cour d'arbitrage international de Londres ; art. 9 du Règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm etc.

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

Cette faculté est néanmoins susceptible d'être, en amont, encadrée par les traités d'investissement qui fondent la compétence des tribunaux arbitraux. En la matière, la majorité de ceux en vigueur n'aborde pas explicitement la question²⁹. Dans le silence du traité, il y aurait donc lieu de considérer que le droit de présenter une contre-réclamation n'est pas exclu par principe³⁰.

166L'interprétation de la clause conventionnelle de règlement des différends est néanmoins susceptible de révéler une interdiction *implicite* faite à l'Etat de présenter une demande reconventionnelle. Ainsi en va-t-il des clauses qui *ratione personae* confèrent aux seuls investisseurs la capacité de saisir un tribunal arbitral³¹, ou de celles qui *ratione materiae* donnent compétence au tribunal pour juger les différends concernant les seules obligations conventionnelles des Etats parties³², à plus forte raison lorsque le droit applicable au différend est limité au traité d'investissement pertinent et aux principes du droit international³³ : la clause exclut dans ce cas les demandes reconventionnelles parce que le tribunal est incompétent pour les différends touchant aux obligations des investisseurs, au reste inexistantes dans la mesure où les obligations contractuelles ou de droit interne des investisseurs sortent de l'orbite du traité³⁴.

A l'inverse, aucune interdiction de formuler une demande reconventionnelle ne saurait être déduite des clauses (très répandues)³⁵ conférant compétence au tribunal pour « tout différend relatif à un investissement »³⁶ dont il peut être raisonnablement déduit que les différends en question pourraient naître du comportement des investisseurs³⁷. La neutralité de ces clauses sur l'identité du demandeur (investisseur ou Etat) constitue également un fort indice de la possibilité pour l'Etat de formuler des *counterclaims*³⁸. Dans l'affaire *Al-Warraq*, l'existence

²⁹ V. A. VOHRZEK-GRIEST, « State Counterclaims in Investor–State Disputes: A History of 30 Years of Failure », *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, pp. 111 et s.

³⁰ V. l'argumentation de la Roumanie in CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, § 759 (« Because there is no explicit exclusion of counterclaims in the Treaty, Claimant has failed to establish that Respondent is precluded from asserting a counterclaim. Indeed [...] there is no ICSID precedent requiring an explicit authorization in the BIT as a precondition for asserting a counterclaim »).

³¹ V. CIRDI, *Rusoro Mining Ltd c. Venezuela*, n° ARB(AF)/12/15, sentence du 22 août 2016, §§ 627 et s. De plus, la clause limitait la compétence du tribunal aux mesures prises ou non prises par l'Etat d'accueil en violation du traité. De manière similaire, v. Trib. *Ad hoc* (CNUDCI), *Oxus c. Ouzbékistan*, sentence finale, 17 décembre 2015, § 948. A l'inverse dans l'affaire *Urbaser*, le tribunal a constaté que la clause de règlement des différends était « completely neutral as to the identity of the claimant or respondent in an investment dispute arising "between the parties." It does not indicate that a State Party could not sue an investor in relation to a dispute concerning an investment » (CIRDI, *Urbaser SA et al. c. Argentine*, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, § 1143).

³² CIRDI, *Vestey Group Limited c. Venezuela*, n° ARB/06/4, sentence, 15 avril 2016, § 333.

³³ CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, §§ 866 et s.

³⁴ *Contra*, considérant qu'une clause similaire sur le droit applicable pouvait fonder la compétence du tribunal pour connaître d'une demande reconventionnelle, CIRDI, *Urbaser SA et al. c. Argentine*, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §§ 1182-1192. Sur l'existence d'obligations internationales de l'investisseur, v. *infra*.

³⁵ V. la cartographie (« mapping ») des traités d'investissement réalisée par la CNUCED (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>).

³⁶ CIRDI, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH et al. c. Ukraine*, aff. n° ARB/08/8, sentence du 1^{er} mars 2012, § 432 ; CIRDI, *Metal-Tech c. Ouzbékistan*, n° ARB/10/3, sentence du 4 octobre 2013, § 410 ; CIRDI, *Urbaser SA et al. c. Argentine*, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §§ 1143-1148 ; Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Sergei Paushok et al. c. Mongolie*, sentence sur la compétence et la responsabilité, 28 avril 2011, § 689.

³⁷ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu... », *loc. cit.*, pp. 264-265.

³⁸ CIRDI, *Urbaser SA et al. c. Argentine*, n° ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016, § 1143.

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

d'une clause du traité conférant certaines *****167***** obligations aux investisseurs protégés³⁹ a également été mobilisée pour aboutir à la conclusion que la clause de règlement des différends autorisait les demandes reconventionnelles⁴⁰.

Ainsi, la compétence personnelle, matérielle et le droit applicable, voire les obligations substantielles du traité, qui touchent à des questions conceptuellement distinctes du droit processuel de l'Etat de faire une demande reconventionnelle, sont susceptibles de rejaillir sur ce dernier à l'issue d'une interprétation arbitrale des clauses de règlement des différends.

Un des arbitres de l'affaire *Roussalis* a néanmoins soulevé la question de la compatibilité d'une interprétation concluant à l'exclusion du droit de formuler une demande reconventionnelle avec la convention de Washington dont l'article 46 prévoit la possibilité inverse⁴¹. C'est interroger d'une nouvelle manière⁴² la complexité des rapports entre la convention de Washington et les traités d'investissement. L'article 46 constitue-t-il une disposition d'ordre public, dont la portée ne pourrait être limitée par les Etats parties à un traité d'investissement ? A l'inverse, le traité d'investissement comportant une clause d'arbitrage en faveur du CIRDI peut-il en même temps exclure ou limiter le droit des Etats parties de faire des demandes reconventionnelles ? Il est difficile de déceler une hiérarchie normative entre la convention de Washington et les traités d'investissement dont les objets (respectivement l'organisation du règlement des différends par le CIRDI et la protection des investissements étrangers) sont différents même s'ils se rencontrent. L'exclusion des demandes reconventionnelles par la clause de règlement des différends du traité d'investissement ne devrait pas être supplantée par l'article 46 dont la nature supplétive (« Sauf accord des parties... ») et elle-même consensualiste (« à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties ») est d'ailleurs difficilement discutable, même si les parties visées par la disposition sont celles au litige et non à l'instrument fondant la compétence du tribunal.

*****168***** Encore faut-il que la clause de règlement des différends soit suffisamment explicite en ce sens. Or, dans une affaire *Gavazzi c. Roumanie* rendue publique récemment, les arbitres majoritaires sont allés jusqu'à considérer qu'il n'y avait pas de présomption de droit à présenter une demande reconventionnelle dans le silence du traité sur cette question. Il y aurait même, croit-on comprendre, une présomption inverse. Dès lors, en effet, que dans le domaine du droit des investissements « *it is not unusual for parties to be in asymmetrical positions when a dispute relating to a BIT arises* », la compétence du tribunal pour examiner une demande reconventionnelle devrait être expressément prévue et ne saurait être déduite de l'« esprit » du traité⁴³. L'inégalité des armes serait en somme le principe, le droit de présenter

³⁹ V. *infra*.

⁴⁰ Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonésie*, sentence finale, 15 décembre 2014, §§ 662 et s.

⁴¹ Déclaration de M. Reisman jointe à la sentence du 7 décembre 2011 CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, n° ARB/06/1, qui considère que le consentement des Etats parties à l'arbitrage CIRDI entraîne nécessairement le consentement à l'article 46 de la convention de Washington prévoyant la possibilité de faire des demandes reconventionnelles. L'article 46 dispose : « 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 ».

⁴² Sur la question devenue classique de la définition de l'investissement, v. par ex. J. MATRINGE, « La notion d'investissement », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements...*, *op. cit.*, pp. 139 et s.

⁴³ CIRDI, *Gavazzi c. Roumanie*, n° ARB/12/25, décision sur la compétence, la recevabilité et la responsabilité, 21 avril 2015, § 154. V. l'opinion dissidente de M. Rubino-Sammartano, § 42. V. aussi T. ISHIKAWA, « Marco

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

une demande reconventionnelle l'exception. Cette interprétation audacieusement défavorable à l'Etat ne convainc pas. Le silence du traité sur la question des demandes reconventionnelles aurait dû plutôt militer en faveur de l'application normale de la convention de Washington, en ce compris son article 46.

Pour éviter que les tribunaux arbitraux décident de l'existence même du droit de l'Etat d'agir reconventionnellement à partir d'une interprétation plus ou moins osée du traité applicable, les Etats parties auraient tout intérêt à régler eux-mêmes expressément cette question dans leurs traités d'investissement. En l'état actuel des choses, certains instruments d'inspiration nord-américaine reconnaissent *a contrario* le droit de l'Etat de présenter des demandes reconventionnelles en ce qu'ils excluent que l'Etat défendeur se prévale « à des fins de défense, de demande reconventionnelle, de compensation ou autres fins » de l'indemnité que l'investisseur pourrait recevoir au titre d'un contrat d'assurance ou de garantie⁴⁴. Hors ce cas, les contre-réclamations semblent donc admises⁴⁵. Des instruments récents abordent par ailleurs de front le droit de l'Etat de formuler ce type de demande⁴⁶, quitte à en limiter exagérément la portée d'un point de vue ***169***matériel⁴⁷. Une telle pratique pourrait « changer le visage de tout le système d'arbitrage Etat-investisseur »⁴⁸, à condition que les clauses soient suffisamment larges pour faire disparaître les autres embûches du parcours reconventionnel des Etats.

2^E OBSTACLE :

LE CONSENTEMENT DE L'INVESTISSEUR

Le deuxième obstacle du *gymkhana* concerne le consentement de l'investisseur-demandeur à la contre-réclamation⁴⁹. L'arbitrage reposant sur le consensualisme, il convient que l'investisseur accepte d'une manière ou d'une autre l'action reconventionnelle de l'Etat

Gavazzi and Stefano Gavazzi v Romania : A New Approach to Determining Jurisdiction over Counterclaims in ICSID Arbitration ? », *ICSID Review*, Fall 2017, pp. 721-738.

⁴⁴ Art. 1137, § 3, de l'ALENA. Dans le même sens : art. 28, § 7, du traité bilatéral Etats-Unis/Rwanda (2008), art. 8.40 de l'Accord économique et commercial global Canada/Union européenne (AECG/CETA) etc.

⁴⁵ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu... », *loc. cit.*, p. 270.

⁴⁶ Art. 28, § 9, de l'Accord d'investissement du COMESA (2007) : « *A Member State against whom a claim is brought by a COMESA investor under this Article may assert as a defense, 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* ». V. les autres instruments africains mentionnés par M. M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in SFDI, *L'entreprise et le droit international*, colloque de Saint-Denis, Paris, Pedone, 2017, p. 336.

⁴⁷ V. l'art. 9.19, § 2 de l'Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (*sic*) aux termes duquel la possibilité des Etats de soumettre des demandes reconventionnelles est limitée aux litiges relatifs à des autorisations ou à des accords d'investissement.

⁴⁸ W. BEN HAMIDA, « Les demandes reconventionnelles », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2012, vol. 4, p. 930, § 24.

⁴⁹ Dans certaines affaires, l'obstacle est effacé en raison du consentement donné expressément par l'investisseur aux demandes reconventionnelles de l'Etat. Ex. : CIRDI, *SGS Société générale de surveillance SA c. Pakistan*, n° ARB/01/13, décision sur la compétence, § 109, note 125 ; CIRDI, *SGS Société générale de surveillance SA c. Philippines*, n° ARB/02/6, décision sur la compétence, 29 janvier 2004, § 40 ; CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Equateur*, n° ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017, § 60.

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

défendeur. Le caractère dissocié des consentements⁵⁰ qui est un des traits de l'arbitrage d'investissement vient ici complexifier la question. L'investisseur n'est pas partie au traité d'investissement applicable⁵¹ ; son consentement à l'arbitrage prend forme à travers sa requête dirigée contre l'Etat⁵².

Que la requête demeure silencieuse – ce qui est généralement le cas mais ne devrait plus le rester au vu du développement des *counterclaims* – sur la possibilité de l'Etat de présenter une demande reconventionnelle, les arbitres devraient y déceler un consentement implicite dès lors que l'offre d'arbitrage de l'Etat implique une telle possibilité⁵³. Que l'acceptation de l'offre d'arbitrage, en revanche, exclue expressément les demandes reconventionnelles et la compétence *ratione voluntatis* du tribunal pourrait en être définitivement affectée⁵⁴.

170Toutefois, on peut se demander si l'investisseur est en mesure de s'adonner à la « cueillette de cerises » (traduction française de la plus parlante expression anglaise « *cherry picking* ») en picorant dans l'offre d'arbitrage ce qui l'arrange et en laissant de côté ce qui lui déplaît. Comme cela a été souligné,

« [t]he investor cannot pick and choose from the dispute resolution provision of a BIT, just like it cannot pick and choose from other provisions of the investment agreement. A BIT is not à la carte selection of provisions among which the investor can choose [...]. The offer to arbitrate in a BIT's dispute resolution provision can only be accepted according to its own terms »⁵⁵.

L'offre d'arbitrage, en ce sens, est à prendre ou à laisser telle quelle⁵⁶. Son acceptation restrictive par l'investisseur aboutit à une absence d'accord entre les parties⁵⁷, ou constitue au mieux une contre-offre qu'il reviendrait à l'Etat d'accepter ou de refuser⁵⁸. Il n'en demeure pas moins qu'ici encore, les Etats auraient intérêt, dans la perspective de leur « réaffirmation », à ce que les traités précisent *expressis verbis* que l'acceptation par l'investisseur de l'offre d'arbitrage de l'Etat implique son consentement pour les demandes reconventionnelles⁵⁹. Ainsi serait effacée la deuxième embûche du *gymkhana*.

⁵⁰ V. *supra* introduction.

⁵¹ J. CRAWFORD, « Treaty and Contracts in Investment Arbitration », *Arbitration International*, 2008, n° 24, p. 364.

⁵² CIRDI, *Metal-Tech c. Ouzbékistan*, n° ARB/10/3, sentence du 4 octobre 2013, § 409.

⁵³ CIRDI, *Antoine Goetz et al. c. Burundi*, aff. n° ARB/01/2, sentence du 21 juin 2012, §§ 278 et s. ; CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, §§ 866 et s. (en l'occurrence, le tribunal considère que l'offre d'arbitrage, qui concernait les litiges relatifs aux obligations *de l'Etat*, n'incluait pas la possibilité de formuler des demandes reconventionnelles).

⁵⁴ « Article 46 », in Ch. SCHREUER et al., *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge, Cambridge UP, 2009, p. 756, n° 94 ; I. SHIHATA, A. PARRA, « The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes », *ICSID Review*, 1999, n° 2, p. 320.

⁵⁵ P. LALIVE, L. HALONEN, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *Czech Yearbook of International Law*, 2011/2, p. 150, § 7.30.

⁵⁶ En ce sens, CIRDI, *Urbaser SA et al. c. Argentine*, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, § 1147.

⁵⁷ *Id.*, § 1147.

⁵⁸ W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral...*, *op. cit.*, p. 177 et « L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu... », *loc. cit.*, p. 269.

⁵⁹ O. DANIC, *L'émergence d'un droit international des investissements. Contribution des traités bilatéraux et de la jurisprudence du CIRDI*, thèse, Nanterre, 2012, pp. 875-876.

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

3^E OBSTACLE : LA CONDITION DE CONNEXITE

Comme cela a été constaté au sujet de la Cour internationale de Justice, l'exigence de connexité directe « constitue la colonne vertébrale des demandes reconventionnelles »⁶⁰. La demande reconventionnelle n'est en effet qu'une demande accessoire, accolée à une demande principale. La première doit avoir une proximité suffisante avec la seconde, sans laquelle une action juridictionnelle distincte devrait être intentée. Le mécanisme de la demande reconventionnelle permet au tribunal de traiter ces griefs en même temps que la demande principale. Mais la condition, devant la CIJ comme devant les tribunaux d'investissement⁶¹ (et à vrai dire devant tout tribunal ***171***international ou non) est que les deux demandes découlent « d'un même complexe factuel et juridique »⁶².

La connexité *factuelle*, question casuistique s'il en est, pose peu de difficultés conceptuelles⁶³. Il importe de vérifier que les deux demandes procèdent de la même « matrice factuelle »⁶⁴. La connexité *juridique*⁶⁵ soulève pour sa part des problèmes plus raffinés, du moins pour le contentieux d'investissement « *without privity* ». La demande reconventionnelle est tout d'abord censée concerner les deux mêmes parties au différend⁶⁶, ce qui n'est pas le cas lorsque l'Etat dirige ses reproches contre les comportements de la société mère de l'investisseur-demandeur⁶⁷ – à l'inverse le critère du contrôle peut justifier que les griefs reconventionnels soient dirigés contre l'investisseur pour le comportement de ses filiales⁶⁸ – ou quand la demande principale concerne les comportements d'une entité distincte de l'Etat,

⁶⁰ R. KOLB, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, p. 680.

⁶¹ Constant que l'article 46 de la Convention de Washington et l'article 40 du Règlement d'arbitrage du CIRDI sont « directement inspirés de l'article 80 du Règlement de procédure de la Cour internationale de Justice », v. CIRDI, *Antoine Goetz et al. c. Burundi*, aff. n° ARB/01/2, sentence du 21 juin 2012, § 273.

⁶² R. Kolb, *op. cit.*, p. 680. Rappelant le « *'connectedness' requirement* » dans le contentieux d'investissement, v. par ex. CIRDI, *Metal-Tech c. Ouzbékistan*, n° ARB/10/3, sentence du 4 octobre 2013, § 407. Parlant de « *close connection* » et de « *reasonable nexus* », v. Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Sergei Paushok et al. c. Mongolie*, sentence sur la compétence et la responsabilité, 28 avril 2011, §§ 693-694.

⁶³ Cf. CIJ, *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, ordonnance du 15 novembre 2017, demandes reconventionnelles, § 24, où la Cour, au sujet de la connexité factuelle, relève que dans sa jurisprudence elle s'est posé « la question de savoir si les faits invoqués par chaque partie se rapportaient à un même ensemble factuel, y compris à la même zone géographique ou à la même période » et « a également recherché si ces faits étaient de même nature, c'est-à-dire si les parties tiraient grief de comportements similaires ». Dans le contentieux transnational, v. par ex. CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, § 773-774 (et la jurisprudence citée), affaire dans laquelle la demande principale comme celle reconventionnelle concernaient la prise de participation du requérant dans un entrepôt de stockage de nourriture surgelée.

⁶⁴ Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Oxus c. Ouzbékistan*, sentence finale, 17 décembre 2015, § 956 ; CIRDI, *Antoine Goetz et al. c. Burundi*, aff. n° ARB/01/2, sentence du 21 juin 2012, § 285.

⁶⁵ Cf. CIJ, *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, ordonnance du 15 novembre 2017, demandes reconventionnelles, § 25, où la Cour, au sujet de la connexité juridique, relève que dans sa jurisprudence elle « a recherché si la demande reconventionnelle était en connexité directe avec les demandes principales au regard des principes ou instruments juridiques invoqués, ou si le demandeur et le défendeur pouvaient être réputés poursuivre le même but juridique à travers leurs demandes respectives ».

⁶⁶ Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Saluka Investments BV c. République tchèque*, décision sur la compétence relative à la demande reconventionnelle, 7 mai 2004, § 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* ». Rejetant la demande reconventionnelle au motif d'absence d'identité des parties, v. Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonésie*, sentence finale, 15 décembre 2014, § 669.

⁶⁷ Décision *Saluka*, § 50.

⁶⁸ CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, § 764 et s.

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

qu'il la contrôle⁶⁹ ou non⁷⁰. ***172***L'attribution d'un comportement à l'Etat selon le droit de la responsabilité internationale n'emporte pas en ce sens connexité juridique.

La connexité juridique concerne aussi l'instrument dont la violation est invoquée. Dans la mesure où l'investisseur-demandeur principal reproche à l'Etat la violation du traité d'investissement à l'origine de la réclamation, la demande reconventionnelle devrait à son tour porter sur la violation de ce traité par l'investisseur. Or l'exigence d'« agrafe commune »⁷¹ est de nature à sonner la fin prématurée du *gymkhana* dès lors que les traités d'investissement ne comportent pas – pour l'immense majorité d'entre eux – d'obligations à la charge des investisseurs⁷². L'allégation de la violation par l'investisseur du droit interne (législation fiscale, sociale, environnementale etc.)⁷³ ou d'un contrat d'investissement⁷⁴ (hors peut-être le cas spécifique d'une demande principale fondée sur la violation d'une clause parapluie)⁷⁵ ne suffit généralement pas à établir une attache suffisante avec le litige principal⁷⁶.

Des développements récents permettent toutefois d'envisager que l'objet d'une demande reconventionnelle de l'Etat porte sur la violation par l'investisseur d'obligations *internationales*, ce qui faciliterait le franchissement de la haie de la connexité juridique.

Tel est assurément le cas lorsque le traité d'investissement dont la violation est alléguée dans le cadre de la demande principale comporte également des obligations à la charge des investisseurs. Cela est encore exceptionnel même si les plus optimistes décèleront une tendance palpable en ce sens, notamment dans le contexte africain⁷⁷. A cet égard, l'affaire *Al-Warraq* doit ***173***être mentionnée dans laquelle l'Indonésie avait formulé une demande reconventionnelle dirigée contre l'investisseur éponyme⁷⁸. Le traité sur la protection et la garantie des investissements entre les Etats membres de l'Organisation de la Conférence islamique comporte en effet une clause obligeant en substance les investisseurs à respecter le

⁶⁹ Décision *Saluka*, § 51.

⁷⁰ V. CIRDI, *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 356. V. aussi CIRDI, *Alex Genin et al. c. Estonie*, n° ARB/99/2, sentence du 25 juin 2001, § 378, note 101.

⁷¹ R. KOLB, *op. cit.*, p. 692.

⁷² V. par ex. CIRDI, *Teinver SA et al. c. Argentine*, n° ARB/09/1, sentence du 21 juillet 2017, § 1064. Dans cette affaire, le tribunal a considéré qu'il était incompétent pour examiner la demande reconventionnelle au motif qu'elle ne portait pas sur l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation.

⁷³ Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Oxus c. Ouzbékistan*, sentence finale, 17 décembre 2015, §§ 955 et s. ; Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Saluka Investments BV c. République tchèque*, décision sur la compétence relative à la demande reconventionnelle, 7 mai 2004, §§ 79 et s. ; CIRDI, *Gavazzi c. Roumanie*, n° ARB/12/25, décision sur la compétence, la recevabilité et la responsabilité, 21 avril 2015, § 154.

⁷⁴ Sentence *Oxus*, § 958. Le tribunal relève de plus que la clause compromissoire du contrat prévoit la compétence des tribunaux nationaux pour résoudre les litiges.

⁷⁵ V. A. BJORKLUND, *loc. cit.*, p. 470. *Contra* v. cependant la sentence *Oxus*, § 958, où la clause parapluie de l'espèce ne portant que sur le respect des engagements *de l'Etat*, le non respect du contrat par l'investisseur ne saurait aboutir à une violation de ladite clause.

⁷⁶ *Contra*, retenant implicitement une conception très souple de la condition de connexité juridique qui revient à l'intégrer dans la connexité factuelle, v. CIRDI, *Antoine Goetz et al. c. Burundi*, aff. n° ARB/01/2, sentence du 21 juin 2012, § 285.

⁷⁷ M. M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in SFDI, *L'entreprise et le droit international*, colloque de Saint-Denis, Paris, Pedone, 2017, pp. 303 et s. et pp. 322 et s. ; K. NOWROT, « Obligations of Investors », in M. BUGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden Baden, Beck/Hart/Nomos, 2015, pp. 1154 et s.

⁷⁸ Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonésie*, sentence finale, 15 décembre 2014. V. P. JACOB, F. LATTY, A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général (2014) », *AFDI*, 2014, pp. 611-612.

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

droit local, l'ordre public et la morale⁷⁹. Dressant une comparaison avec les clauses parapluie (qui peuvent avoir pour effet d'élever une violation contractuelle au rang de violation conventionnelle)⁸⁰, le tribunal a non sans originalité estimé que l'atteinte par l'investisseur à ces obligations internes constituait finalement une violation du traité⁸¹. A travers cette clause parapluie inversée, l'investisseur est érigé en sujet de droit international débiteur d'obligations conventionnelles, dont la sanction peut être recherchée à travers une demande reconventionnelle de l'Etat.

Dans une veine similaire riche d'apports potentiels à la théorie de la personnalité juridique internationale⁸², la sentence *Urbaser* a jugé que les investisseurs titulaires de droits conférés par les traités d'investissement pouvaient aussi être débiteurs d'obligations de droit international, tout particulièrement dans le domaine des droits de l'homme⁸³. S'appuyant sur les divers instruments conventionnels de protection des droits de l'homme et sur la *soft law* visant les entreprises en ce domaine, le tribunal a conclu qu'à certains droits humains (droit à la dignité, aux conditions de logement et de vie convenables) correspondaient des obligations « *on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights* »⁸⁴. En dépit d'une certaine confusion qui entoure le raisonnement des arbitres⁸⁵, une telle interprétation fondée sur la clause sur le droit applicable permettant ***174*** la mise en œuvre de « principes généraux du droit international » est susceptible de faire des émules au sein du corps arbitral. Dans le cadre de traités d'investissement dotés de clauses de règlement des différends et de droit applicable suffisamment ouvertes, la voie serait ainsi dégagée pour permettre la formulation de demandes reconventionnelles fondées sur les obligations internationales des investisseurs de respecter certains droits humains coutumiers dotés d'un effet direct horizontal⁸⁶.

4^E OBSTACLE :

LE REGIME DE RESPONSABILITE DE L'INVESTISSEUR

⁷⁹ « *The investor shall be bound by the laws and regulations in force in the host state and shall refrain from all the acts that may disturb public order or morals or that may be prejudicial to the public interest. He is also to refrain from exercising restrictive practices and from trying to achieve gains through unlawful means* ».

⁸⁰ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 2^e éd., Paris, Pedone, 2017, pp. 151 et s.

⁸¹ Sentence *Al-Warraq*, § 663.

⁸² V. F. LATTY, « Sujets : en sont toujours un », in H. ASCENSIO et al. (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2018, pp. 559 et s.

⁸³ CIRDI, *Urbaser SA et al. c. Argentine*, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §§ 1194 et s.

⁸⁴ *Id.*, § 1199. Le tribunal considère néanmoins que le droit à l'eau crée des obligations pour l'Etat et non pour les personnes privées (§§ 1208-1210).

⁸⁵ En particulier, la question de l'existence d'obligations internationales de l'investisseur est examinée au stade du fond et non pas directement à titre préliminaire au regard de la condition de connexité juridique. Cette condition est lapidairement considérée comme étant satisfaite, pour des motifs (violation du droit à l'eau, lequel relèverait de la protection du traité) dont la substance sera développée au moment d'examiner le fond de la demande reconventionnelle... (§ 1151). Estimant que la jurisprudence récente (affaires *Goetz, Urbaser, Burlington*) tend à faire disparaître (ou du moins à diluer) le condition de connexité juridique, v. S. LEMAIRE, *loc. cit.*, pp. 691-692.

⁸⁶ V. dans un autre contexte Y. KERBRAT, « La responsabilité des entreprises peut-elle être engagée pour des violations du droit international ? », in H. GHERARI, Y. KERBRAT (dir.), *L'entreprise...*, *op. cit.*, pp. 99 et s.

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

A supposer que tous les obstacles préliminaires du *gymkhana* aient été franchis sans encombre et que le tribunal arbitral soit conduit à se prononcer sur la responsabilité de l'investisseur, une question cruciale devrait se poser, qui n'a jusqu'à présent guère ébranlé les tribunaux arbitraux : quel droit de la responsabilité appliquer ?

La question est directement liée au fondement de la demande reconventionnelle, autant qu'aux clauses de droit applicable. Dans la seule affaire ayant abouti à la condamnation de l'investisseur, la question posée était celle du respect du droit équatorien par l'investisseur étranger. C'est logiquement le droit équatorien de la responsabilité qui a été mis en œuvre par le tribunal arbitral⁸⁷.

Mais *quid*, au vu des affaires *Al-Warraq* ou *Urbaser*, des cas dans lesquels la responsabilité de l'investisseur serait recherchée pour la violation d'obligations de droit international ? Si la clause sur le droit applicable du traité permet l'application du droit national et que celui-ci, d'inspiration « moniste », est apte à réceptionner des obligations à la charge des investisseurs, il n'est pas complètement inconcevable que le tribunal compétent fasse application du droit de la responsabilité en vigueur dans l'ordre juridique de l'Etat d'accueil de l'investissement. L'article 42, § 1^{er}, de la convention de Washington⁸⁸ permet également d'envisager l'application cumulée du droit interne (de la responsabilité) et du droit international (obligations des investisseurs)⁸⁹ en faisant même fi des rapports classiques de ***175***systèmes⁹⁰. Toutefois, l'affirmation de la personnalité juridique internationale de l'investisseur devrait aller de pair avec une *responsabilité internationale* de celui-ci. C'est donc un droit international de la responsabilité des personnes privées qui devrait déterminer à quelles conditions l'investisseur engage sa responsabilité pour violation d'obligations internationales, quelles en sont les conséquences ou les causes d'exonération etc.

Force est de constater que le droit international contemporain ne comporte pas encore de telles règles... Les seules règles de responsabilité internationale de la personne privée (l'individu, en l'occurrence) se situent dans le champ criminel. Or, les règles de la responsabilité individuelle devant les juridictions pénales internationales ne sont pas applicables au contentieux d'investissement, qui concerne au reste majoritairement des investisseurs personnes morales. Dans les affaires où l'Etat demande reconventionnellement la réparation de préjudices (environnementaux⁹¹ ou autres) à la suite de la violation d'obligations internationales de l'investisseur, c'est davantage une responsabilité de type civil qui devrait être recherchée.

⁸⁷ CIRDI, *Burlington Resources Inc. c Equateur*, n° ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017, § 74.

⁸⁸ « 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 » (it. aj.).

⁸⁹ V. à cet égard, décision *Burlington*, § 74.

⁹⁰ V. 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*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 95 et s.

⁹¹ Reconnaisant le droit à réparation par indemnisation des dommages environnementaux résultant d'un fait internationalement illicite, v. CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt du 2 février 2018, Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica, § 41.

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

Afin d'éviter le *non liquet* reconventionnel, au demeurant prohibé par le convention de Washington⁹², il reviendrait, partant, aux tribunaux d'investissement de combler cette lacune du droit international en dégagant des règles secondaires de responsabilité internationale « civile » des personnes privées. Plusieurs options émergent, qui sont susceptibles de nourrir *de lege ferenda* le droit de la responsabilité internationale de l'investisseur⁹³ :

Une première manière pour les arbitres de dégager des règles de responsabilité internationale de l'investisseur pourrait consister à transposer à la responsabilité des personnes privées les *Articles* de la Commission du droit international des Nations Unies sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001)⁹⁴. Lorsqu'elle a entrepris de codifier la responsabilité des organisations internationales, la CDI a elle-même procédé par analogie, la rareté de la pratique étant compensée par l'affirmation d'un ***176***droit commun de la responsabilité⁹⁵. La responsabilité internationale de l'investisseur résulterait ainsi d'un « fait internationalement illicite » défini comme un comportement, consistant en une action ou une omission, qui lui serait attribuable et constitutif de la violation d'une obligation internationale⁹⁶. La philosophie qui préside à la responsabilité pour fait internationalement illicite (« ni civile, ni pénale mais internationale »)⁹⁷ et l'absence, qui en découle, du dommage parmi les conditions abstraites d'engagement de la responsabilité internationale⁹⁸ pourraient constituer un obstacle à sa transposition au cas de la responsabilité de l'investisseur, dont la fonction réparatrice est prédominante. L'on sait toutefois que si la règle primaire violée interdit la commission d'un dommage, le fait illicite ne sera pas constitué en l'absence de celui-ci⁹⁹. Or les obligations internationales de l'investisseur¹⁰⁰, à les supposer établies, sont justement de celles dont la violation est par nature dommageable. L'inadaptation des *Articles* de 2001 au cas de la responsabilité de l'investisseur résulterait davantage de l'« intransposabilité » à la personne privée d'un certain nombre de règles semblant spécifiquement conçues pour les Etats, voire les organisations internationales (règles d'attribution, circonstances excluant l'illicéité, règles d'invocation etc.). En somme, s'il est envisageable de dégager quelques principes généraux des textes de la CDI susceptibles de constituer *mutatis mutandis* une ébauche de droit de la responsabilité internationale de l'investisseur¹⁰¹, l'exercice de transposition devrait vite rencontrer ses limites.

⁹² L'article 42, § 2, précise que le « Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit ».

⁹³ Sur les moyens de combler les lacunes du droit international, cf. G. FITZMAURICE, « The problem of non-liquidet : Prolegomena to a restatement », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La Communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, pp. 99-100.

⁹⁴ *Articles* annexés à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001.

⁹⁵ V. B. TAXIL, « Notions, sources et régimes de responsabilité », in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2013, pp. 1007 et s.

⁹⁶ Cf. Art. 1^{er} et 2 des *Articles* de la CDI de 2001.

⁹⁷ Rapport de la CDI sur les travaux de sa 50^e session, *Ann. CDI*, 1998, vol. II, A/53/10, p. 74, § 292.

⁹⁸ A. PELLET, « The ILC's *Articles* on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLESON (Ed.), *The Law of International Responsibility*, New York, Oxford UP, 2010, pp. 77-78.

⁹⁹ Commentaire de l'article 2 des *Articles* de 2001, § 9 (*Ann. CDI*, 2001, vol. II). V. à ce sujet C. BRETON, *Le dommage dans l'arbitrage d'investissement*, thèse, Nanterre, 2017, pp. 292 et s.

¹⁰⁰ Cf. les « principes Ruggie » (Conseil des droits de l'homme, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, 2011, A/HRC/17/31) qui rappellent aux entreprises l'obligation de respecter les droits de l'homme internationalement reconnus.

¹⁰¹ V. CIRDI, *Lundin Tunisia BV c. Tunisie*, n° ARB/12/30, sentence, 22 décembre 2015, § 374, où le tribunal arbitral se réfère, dans le cadre d'une demande reconventionnelle de la Tunisie contre l'investisseur, à l'article

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

177La technique des principes généraux de droit, au sens de l'article 38, § 1^{er}, c, du Statut de la CIJ, pourrait, alternativement ou complémentaiement, pallier le déficit normatif du droit international relatif à la responsabilité des personnes privées. C'est par induction de règles internes partagées que les « premiers internationalistes ont, en quelque sorte, 'inventé' le droit international »¹⁰². Le droit de la responsabilité internationale de l'Etat a initialement pris forme de manière similaire, à travers les « principes élémentaires »¹⁰³ de réparation dégagés par les commissions mixtes et les premiers tribunaux arbitraux, implicitement à partir de solutions tirées des droits nationaux. Aujourd'hui encore, les tribunaux d'investissement n'hésitent pas à employer ce procédé pour identifier des normes internationales applicables, y compris dans le domaine de la responsabilité¹⁰⁴. De la comparaison des mécanismes de responsabilité civile délictuelle dans les principaux systèmes de droit (et notamment les systèmes romano-germanique et de *Common Law*), les tribunaux arbitraux pourraient extraire des principes généraux transposables en droit international, permettant de fixer un certain nombre de règles secondaires, même rudimentaires, applicables à la responsabilité internationale de l'investisseur (existence d'un délit ; condition de dommage et de lien de causalité ; obligation de réparation par compensation ou sous une autre forme ; cas d'exonération, par exemple pour force majeure, etc.)¹⁰⁵. Les principes généraux de droit rempliraient en ce cas leur fonction classique de « bouée de sauvetage pour juge en difficulté »¹⁰⁶.

Il serait enfin envisageable pour les tribunaux d'investissement de s'inspirer des développements récents du droit international de la réparation en vertu de l'article 75 du Statut de la Cour pénale internationale (CPI) et des articles 94 et suivants du Règlement de procédure et de preuve (« Réparation en faveur des victimes »). Sur ces fondements, la CPI a dégagé un certain nombre de principes en application desquels à la responsabilité pénale de la personne condamnée peut se greffer une autre forme de responsabilité qu'il est tentant de qualifier de civile en ce qu'elle permet la réparation des préjudices subis par les victimes des crimes (dont l'Etat peut faire partie)¹⁰⁷. Dans l'affaire ***178****Al Mahdi*, la CPI a ainsi considéré que le crime de guerre commis par le condamné à la suite des attaques

31, § 2, des Articles de 2001, pour constater qu'« [i]l ne fait pas de doute que des dommages-intérêts pour dommage moral peuvent être attribués par des tribunaux arbitraux internationaux ». Dans l'affaire *Amto*, le tribunal avait rejeté la demande reconventionnelle de réparation des préjudices moraux en constatant que l'Ukraine « *has not presented any basis in this applicable law for a claim of non-material injury to reputation based on the allegations made before an Arbitral Tribunal* » (Ch. comm. Stockholm, *Limited Liability Company Amto c. Ukraine*, n° 080/2005, sentence du 26 mars 2008, §118).

¹⁰² A. PELLET, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, thèse, Paris, 1974, p. 47.

¹⁰³ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, op. cit., p. 24.

¹⁰⁴ V. par ex. CIRDI, *Hrvatska Elektroprivreda DD c. Slovénie*, n° ARB/05/24, sentence du 17 décembre 2015, §§ 192 et s., § 215 (obligation de limiter le dommage).

¹⁰⁵ V. P. JACOB, F. LATTY, A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2016, p. 605.

¹⁰⁶ M. VIRALLY, « Vers un tiers droit ? Réflexions théoriques », in *Le droit des relations économiques internationales (Etudes offertes à B. Goldman)*, Paris, Litec, 1982, p. 382

¹⁰⁷ V. notamment CPI, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, jugement sur l'appel contre la décision établissant les principes et procédures à appliquer aux réparations, 3 mars 2015, spéc. § 32 ; CPI, Chambre de première instance VIII, *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ordonnance de réparation, 17 août 2017, §§ 23 et s., où la CPI relève notamment qu'elle fonde la question de la réparation des victimes sur les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 40/34 (Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir) et 60/147 (Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire).

Franck LATTY, « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'Etat », in Tarek EL GHADBAN, Charles-Maurice MAZUY, Alexandre SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

intentionnellement dirigées contre des bâtiments à caractère religieux et historique avaient causé un préjudice moral à l'Etat malien et à l'UNESCO, indemnisé par le versement d'un euro symbolique¹⁰⁸. Dans cette veine, la forme inédite de responsabilité internationale civile à l'œuvre devant la CPI (dont les ressorts demeurent certes encore sommaires) pourrait utilement alimenter le droit de la responsabilité de l'investisseur – et accessoirement œuvrer à l'unité du droit international.

Ce dernier obstacle (l'identification d'un régime de responsabilité internationale de l'investisseur) hérissé dans le *gymkhana* de la demande reconventionnelle n'est en tout cas pas le moindre. S'agissant de celui-ci autant que des autres, la légitimité des arbitres pour compenser les déficits normatifs n'est au demeurant pas acquise. La question des demandes reconventionnelles dans le contentieux d'investissement montre que la soif de droit international est grande... et que si les Etats ne l'étanchent pas par leur action normative, les arbitres s'en chargeront – avec la part d'aléas indissociable de l'activité prétorienne.

¹⁰⁸ *Id.*, §§ 106-107. Dans cette dernière affaire, la CPI a par ailleurs fixé à 2,7 millions € la responsabilité du condamné au titre des réparations individuelles et collectives à verser à la communauté de la ville de Tombouctou.