HAL open science

# Applicabilité et implications d'un état de nécessite économique : les hésitations du contentieux argentin des investissements internationaux

Thomas Leclerc

▶ To cite this version:

Thomas Leclerc. Applicabilité et implications d'un état de nécessite économique : les hésitations du contentieux argentin des investissements internationaux. Prof Hüseyin Pazarcı'ya ARMAĞAN, 2016. hal-03026102

HAL Id: hal-03026102
https://hal.science/hal-03026102v1

Submitted on 26 Feb 2021

**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.

# APPLICABILITE ET IMPLICATIONS D'UN ETAT DE NECESSITE ECONOMIQUE : LES HESITATIONS DU CONTENTIEUX ARGENTIN DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX

**Thomas Leclerc**[1]

## Table des matières

I. L'applicabilité imprécise de l'état de nécessité économique ..... 6
A. La présence déterminante d'une « clause d'exception de sécurité » ..... 7
1. Un reflet conventionnel de l'état de nécessité coutumier ..... 7
2. Une application requise dans le cas du contentieux argentin ..... 11
B. La nécessité discutée de la règle coutumière ..... 15
1. Une remise en cause permise de l'article 25 du texte CDI ..... 15
2. Un maintien justifié de la règle secondaire ..... 18
II. Des implications incertaines d'un état de nécessité économique ..... 19
A. Le dilemme de l'indemnisation face à l'urgence économique ..... 20
1. Une inutilité remarquée de l'article 27 du texte CDI ..... 20
2. Une nécessaire indemnisation malgré la présence d'un état de nécessité ..... 23
B. L'incitation à la reformulation en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité* ..... 26
1. Une reformulation adaptée aux hypothèses d'urgence économique ..... 27
2. Une reformulation opportune difficilement réalisable ..... 28

## Introduction

« L'état de nécessité ressemble à première vue à une de ces ''plantes de serre, (ou) perles de culture'' ici couvées dans les couloirs juridiques, notamment onusiens, et n'ayant donc que la force persuasive de la doctrine »[2]. Cette affirmation de Sarah Heathcote apparaît lourde de sens. N'attribuer à l'état de nécessité, circonstance excluant la responsabilité d'un Etat malgré la violation constatée de l'une de ses obligations internationales, que la « force persuasive de la doctrine », efface dans une marge mesure son intérêt pratique. Elle se retrouverait ainsi isolée dans la catégorie des notions ne réclamant l'attention que des théoriciens, qui plus est soucieux de ne pas terminer un débat par le simple constat de l'absence d'utilisation effective de son résultat. Mais doit-on s'arrêter à cette première impression ? Cette première appréhension de l'état de nécessité ne mérite t-elle pas d'être approfondie, afin d'entrevoir la place que cette circonstance occupe réellement au sein de l'ensemble des règles juridiques régissant les relations entre les Etats et/ou autres sujets de la société internationale ? Si la réponse à cette question avait sans doute été nuancée il y a quelques décennies, le développement continu des relations internationales, et du droit les régissant, a ranimé le débat autour d'une circonstance souvent jugée contraire à l'essence même de ce dernier. Des travaux d'ampleur ont ainsi vu le jour[3], suite à une consécration à la fois théorique, de part l'inscription noir sur blanc de la

---

[1] Doctorant contractuel au Centre de Recherche et de Documentation Européenne et Internationale (CRDEI, Université de Bordeaux) et à l'International Institute of Air and Space Law (IIASL, Université de Leiden, Pays-Bas). L'auteur tient à exprimer l'honneur qui lui est fait d'être associé à cet ouvrage publié en l'hommage du Professeur Dr. Hüseyin Pazarcı, dont les travaux, incluant de nombreuses publications en français, ont contribué à de très nombreux domaines du droit international public.

[2] HEATHCOTE (S.), « Is State of Necessity a Principle of Customary International Law ? », *Revue belge de droit international*, vol. 1, 2007, p. 63.

[3] V. notamment le travail de thèse de S. Cassella s'efforçant de replacer la « nécessité » au cœur du système juridique international, et de démontrer notamment que « contrairement aux idées reçues, l'état de nécessité constitue un mécanisme fondamental du droit international intimement lié à ses caractéristiques propres. Il a comme fonction la limitation des obligations juridiques des Etats lors de la survenance d'un fait-condition - la situation de nécessité - afin d'éviter que

circonstance au sein du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (ci-après texte CDI)[4], mais également pratique, de part son invocation au sein de contentieux divers reflétant un domaine d'application progressivement élargi[5].

Consécration théorique donc, puisque l'état de nécessité se trouve aujourd'hui reflété, en tant que circonstance excluant l'illicéité d'un fait non conforme au droit international, par l'article 25 du texte CDI[6] :

Etat de nécessité

1. L'Etat ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :

   a) Constitue pour l'Etat le seul moyen de protéger un int.r.t essentiel contre un péril grave et imminent; et
   b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'Etat comme cause d'exclusion de l'illicéité:

   a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou
   b) Si l'Etat a contribué à la survenance de cette situation.

On entend donc actuellement, en droit de la responsabilité internationale, par la circonstance d'état de nécessité, « les cas exceptionnels où le seul moyen qu'a un Etat de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent est, momentanément, l'inexécution d'une obligation internationale dont le poids ou l'urgence est moindre »[7]. Cette inscription au sein du texte CDI ne signifiera pourtant pas sa codification conventionnelle[8], et cette circonstance continuera de soulever d'importantes questions quant à sa véritable qualification juridique, son applicabilité, son application ou encore face aux conséquences juridiques résultantes de cette application. L'absence d'adoption

---

l'application du droit ne génère un coût social excessif ». CASELLA (S.), *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011. V. également HEATHCOTE (S.), *State of necessity in International Law*, Tesis n°772, Université de Genève, Genève, 2005.

[4] Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires et relatifs, Commission du droit international, ACDI, 2001, vol. 2, n°2. Ce Projet d'articles fut adopté en 2001, en seconde lecture, par la Commission de droit international (ci-après CDI).

[5] Pour une étude de différents domaines d'application de l'état de nécessité, v. notamment DEKKER (I.F.), et al., *Necessity across international law*, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010.

[6] V. Projet d'articles, préc., Article 25. Notons ici qu'une différenciation claire et précise se doit d'être effectuée entre l'état de nécessité formulé à l'article 25 du texte CDI, et les autres circonstances excluant l'illicéité présentes au chapitre V de ce même texte CDI. V. à ce sujet AGO (R.), « 8th Report on State Responsibility », Document: A/CN.4/318/Add.7, ACDI, vol 2, 1er partie, 1980, §. 1 à 6. Pour une analyse précise de la distinction, v. également SALMON (J. A.), « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international? », in *Essays in Honour of Manfred Lachs* (J. Makarczyk ed.), Martinus Nijhoff, The Hague, 1984 p. 236 à 238.

[7] Projet d'articles, préc., p. 208. La nécessité est d'ailleurs appréhendée, en tant que notion juridique, comme le caractère de ce dont on a absolument besoin. Et si cette notion se retrouve dans de nombreuses branches juridiques l'analyse se portera ici sur l'analyse de l'état de nécessité sous l'angle exclusif du droit international. Sous cet angle d'étude, Il serait d'ailleurs opportun de préciser que la notion de « nécessité » comporte ses propres distinctions, et la « nécessité-ultime recours », se proposant ici d'être étudiée et surgissant en tant que crise et impliquant des conséquences ponctuelles, se doit d'être distinguée de la « nécessité/situation structurelle », cette dernière nécessitant une prise en compte institutionnalisée ou du moins structurelle au sein de programmes spécifiques tel que les programmes du FMI. V. à ce sujet STERN (B.), « La nécessité économique et financière », in *La nécessité en Droit International*, colloque de Grenoble de la Société Française pour le droit International, Paris, Pedone, 2007, p. 349 et s.

[8] Sur la question des effets de droit de ce texte CDI, il faut d'ailleurs rappeler qu'il se présente comme une juxtaposition entre dispositions de nature coutumière et « développement progressif ». V. à ce sujet AYISSI (J.), « NOTE : Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : quel est le sort réservé au projet d'articles de la Commission du droit international ? », Multipol- Droit international, 2007.

d'une véritable convention en la matière[9] laissera ainsi aux juridictions internationales un rôle essentiel. Leur contribution à la théorie de l'état de nécessité en droit de la responsabilité internationale se doit donc d'être soulignée.

Mais consécration également pratique, puisque le constat de la crise économique et financière qui secoua l'Argentine vers le début des années 2000[10], et de ses conséquences sur le plan juridique, aura également participé dans une large mesure à cette « résurrection ». Ayant largement eu recours, dès la fin du XXème siècle, à la voie des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (ci-après TBI)[11], en tant qu'instrument conventionnel privilégié d'incitation à l'investissement étranger, cet Etat se devra en effet d'affronter l'invocation du système d'arbitrage international consolidé par ce type d'instrument. La présence fréquente d'une clause spécifique au sein de ces TBI, désignant, en tant qu'organe de règlement des différends, les Tribunaux et Comités *ad hoc* du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après CIRDI)[12], aura ainsi permis aux investisseurs privés de porter leur demande en réparation de dommages causés à leurs investissements « argentins » devant de telles juridictions internationales. Ce CIRDI, devenu depuis quelques années un forum incontournable de règlement des conflits en matière de droit des investissements[13], aura d'ailleurs fait de l'Argentine l'un de ses « meilleurs clients »[14]. Et face à ce contentieux sans précèdent, l'introduction récente de l'article 25 au sein du texte CDI offrira à l'Argentine une ligne de défense bien particulière, puisque basée sur l'exclusion de son hypothétique responsabilité, par l'invocation des circonstances entourant l'adoption des mesures contestées, reflétant selon elle son « état de nécessité ».

---

[9] Adopté en 2001, ce projet demeure donc une simple codification doctrinale, et ceci « même si l'Assemblée générale des Nations Unies n'exclut pas de convoquer une conférence diplomatique en vue de la conclusion d'une convention sur le sujet ». DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8e ed., 2009, p. 849

[10] Pour une analyse du contexte politique et économique des requêtes, v. BACHAND (R.), « Les poursuites CIRDI contre l'Argentine: Quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers », Montréal, GRIC, 2005 ; FORJI (A.G.), « Drawing the Right Lessons from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity », *The International Journal of Arbitration*, *Mediation and Dispute Management*, vol. 76, n°1, 2010, p. 46 et s. ; KASENETZ (E.), « Desperate times call for desperate measures: the aftermath of Argentina's state of necessity and the current fight in the ICSID", *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, vol. 41, 2011 ; PEROTTI (J.), "Consideraciones del caso argentino ante la jurisdicción del CIADI", Centro Argentino de Estudios Internacionales (CAEI), Programa Organismos Internacionales, 2006.

[11] Ces traités, régis par le droit international public, ont eu et conservent pour objectif d'établir des règles claires et précises afin de promouvoir l'investissement, tout en protégeant les investisseurs potentiels de certains comportements souverains de l'Etat signataire. Sous cet angle, ces TBI ont pour rôle fondamental la mise en place d'une meilleure coopération entre les Etats, mais ce type de traité consolide également le système d'arbitrage international en matière d'investissement étranger.

[12] Le CIRDI a été constitué en 1965 par l'intermédiaire de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats ressortissants d'autres Etats, dite « Convention de Washington », adoptée le 18 mars 1965 et entrée en vigueur le 14 octobre 1966. V. Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats ressortissants d'autres Etats, Washington, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1968-1970 [v. 1, 1970]. Cette convention fut adoptée par l'Argentine par la loi 24.353. Pour une explication détaillée du système CIRDI et de sa jurisprudence, voir HORCHANI (F.), *CIRDI, 45 ans après, Bilan d'un système*, Actes du colloque de Tunis, Paris, Ed. A. Pedone, 2010 ; RAMBAUD (P.), « Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI », *AFDI*, vol. 28, 1982, p. 471-491 ; GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, vol. 2, Ed. A. Pedone, Paris, 2010.

[13] Ceci permettant d'ailleurs le constat du « *replacement of a political remedy (peaceful cooperation amongst nations) by a legal one (settlement of investment disputes). The institution of ICSID and the revision of BITs in line with its rules have opened the way for direct investors' claims and investor-state arbitration* ». V. FORJI (A.G.), « Drawing the Right Lessons from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity », préc., p. 44.

[14] Cet Etat va ainsi acquérir une expérience sans précédent de ce type de contentieux, et se trouve aujourd'hui au bord de la rupture. En effet, et cela comme tout autre traité international, la Convention de Washington de 1965 peut faire l´objet d´une dénonciation ou d´un retrait d´un Etat Partie lorsque celui-ci considère qu´il n´est plus dans son intérêt de continuer à l´être. Il s´agit d´une faculté que reconnaît le droit international public aux Etats, consacrée par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. V. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, Article 56. La Convention CIRDI prévoit d'ailleurs elle même que la dénonciation prendra effet 6 mois après la notification. V. Convention de Washington, préc., Article 71. La Bolivie a été le premier Etat à initier ce mouvement avec un retrait notifié en mai 2007 au CIRDI, effectif à compter de Novembre 2007. L'Équateur la suivra de près, par une notification déposée en Juillet 2009, effective à compter de Janvier 2010. V. à ce sujet MALIK (M.), *La dénonciation de la Convention de Washington du 18 mars 1965 par la Bolivie et l´Equateur*, Mémoire, 2010. Le Venezuela a annoncé officiellement son retrait le 24 Janvier 2012. L'Argentine pourrait donc également choisir à un moment donné cette option. Un projet de lois circulait d'ailleurs dans ce sens au sein du Congrès depuis le 21 mars 2012. Tout cela démontre le rejet progressif du système CIRDI par de nombreux Etats d'Amérique latine, critiquant l'absence de neutralité d'un système caractérisé de « pro-investisseur ».

L'analyse de cette série d'affaires révèlera son intérêt par la similarité des faits et des questions de droit posées. Et l'étude d'une telle jurisprudence, s'intéressant à l'état de nécessité en droit international sous la forme de l'article 25 du texte CDI, mais également sous sa possible manifestation conventionnelle[15], se doit d'être considérée en tant qu'apport essentiel à la théorie de la responsabilité internationale des Etats[16]. Cette affirmation ne peut d'ailleurs qu'être renforcée par le constat d'un recours de plus en plus fréquent à ce type de défense, et ceci notamment en cas de crise économique, financière, mais également environnementale[17]. A côté de l'intérêt indéniablement théorique d'une réflexion sur la place de l'état de nécessité au sein du système juridique international, faisant par la-même apparaître celle de la prévisibilité et de l'adaptabilité de ce droit[18], et par le constat parallèle d'une augmentation difficilement contestable du nombre de ces crises, parfois qualifiées d'existentielles, on comprendra donc aisément l'intérêt également pratique d'une clarification de la position des juridictions internationales sur cette question de l'état de nécessité en tant que circonstance d'exclusion de l'illicéité.

L'enjeu de cette étude ne s'articulera pourtant pas autour du constat évident de certaines consolidations et clarifications de cette jurisprudence CIRDI[19]. Cet apport est pourtant indéniable, et son constat d'une grande importance, notamment pour l'étude que nous avons choisie ici d'entreprendre. Il s'agira ainsi de mettre brièvement en avant la consolidation que cette jurisprudence entreprend quant à l'identification juridique et au champ d'application spécifique de l'état de nécessité. Les arbitres CIRDI confirmeront à ce titre l'appartenance juridique de l'état de nécessité, tel que reflété par l'article 25 du texte CDI, aux règles de droit coutumier[20], puis confirmeront l'intransigeance juridique devant accompagner son application[21]. Ils participeront également à la

---

[15] Il faut en effet noter que la notion d'état de nécessité se retrouve également, et cette fois en tant que règle primaire, au sein de diverses conventions internationales, à travers la présence de « clauses d'urgences ». C'est d'ailleurs le cas, selon certains auteurs, d'un TBI d'une importance fondamentale dans l'étude du contentieux argentin, le TBI Etats-Unis/ Argentine. V. Traité entre l'Argentine et les Etats-Unis relatif à l'encouragement et à la protection réciproques de l'investissement, Washington, 14 novembre 1991, I.L.M., vol. 31. Cette question se devra d'être tranchée par différents Tribunaux CIRDI et les réponses apportées constitueront autant d'indications jurisprudentielles sur les rapports existant entre l'article 25 du texte CDI et ce type spécifique de clause conventionnelle pouvant se retrouver au sein des TBI.

[16] Le droit de la responsabilité internationale a toujours constitué l'un des piliers du droit international public, puisque la responsabilité a toujours constitué un « mécanisme régulateur essentiel et nécessaire » aux rapports entre des Etats déterminant librement leurs décisions en vertu du principe de souveraineté. Et il faut en effet rappeler que « tout ordre juridique suppose que les sujets de droit engagent leur responsabilité lorsque leurs comportements portent atteinte aux droits et intérêts des autres sujets de droit ». DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, *Op. cit.*, p. 848. Pour une étude de la responsabilité en droit international, voir l'analyse de GUTIERREZ ESPADA (C.), *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, Diego Marin, Murcia, 2005. Le droit de la responsabilité internationale va d'ailleurs connaître un long processus de codification qui n'a toujours pas abouti, et ce sera la CDI qui, depuis 1955, reprendra l'entreprise sur la base de rapports successifs, dont le célèbre rapport de R. Ago. V. AGO (R.), « 8th Report on State Responsibility », préc.

[17] Pour l'hypothèse d'état de nécessité environnementale, v. notamment VINUALES (J.E.), « Las cuestiones medioambientales y el concepto de estado de necesidad », Universidad Bogotá (Colombia), n° 119, 2009, p. 223 et s.

[18] A ce sujet, B. Stern affirmera que « selon que l'on privilégie *la prévisibilité* dans la mise en œuvre des normes du système juridique, ou l'adaptation du droit aux besoins des sujets de l'ordre juridique, on accueillera avec plus ou moins de facilité la notion de nécessité ». V. STERN (B.), « La nécessité économique et financière », préc., p. 355.

[19] Précisons qu'il ne s'agira pas non plus d'effectuer ici une analyse critique du système CIRIDI. Il est en effet certain que le contentieux argentin devant les Tribunaux CIRDI n'aura pas seulement entraîné la résurgence de la problématique de l'état de nécessité, ce contentieux ayant également soulevé d'importantes questions sur la viabilité du système dans son ensemble. Il pourrait à ce sujet être fait mention de la question de l'absence de *stare decisis*, de la question de la mise en place d'un véritable organe d'appel, voir de celle du choix des arbitres au sein de ce système.

[20] Les arbitres dans l'affaire *CMS* affirmeront ainsi que « *the Tribunal, like the parties themselves, considers that Article 25 of the Articles on State Responsibility adequately reflect the state of customary international law on the question of necessity* ». V. *CMS Gas Transmission Co v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (May, 12, 2005), §. 315. Cette conclusion ne sera d'ailleurs qu'une reprise du véritable *dictum* de la Cour international de justice (ci-après CIJ) dans l'affaire du *Projet Gabcíkovo-Nagymaros* : « l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale ». V. *Projet Gabcíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), C.I.J., Arrêt du 25 septembre 1997, Recueil, 1997, p. 7, § 51. Cette consolidation se manifestera d'ailleurs de part la cohérence et la similitude des réponses apportées par la jurisprudence CIRDI sur ce point, ainsi que de part l'alignement de telles conclusions sur les décisions de nombreuses autres juridictions internationales.

[21] Face à l'invocation par l'Argentine de l'article 25 du texte CDI, les arbitres CIRDI ne vont en effet pas hésiter à consolider la conception particulièrement stricte du principe d'état de nécessité en rappelant les « garde-fou » présents dans la

clarification, malgré quelques hésitations sur ce point, de l'extension pouvant être admise face à la question du champ d'application de l'état de nécessité en droit international. Ils le feront en intégrant aux situations permettant l'exclusion de l'illicéité les cas de crise économique et financière[22], ainsi qu'en précisant le champ d'application personnelle de cette circonstance[23].

Une partie de ces conclusions constitueront ainsi les fondements de base de notre réflexion. L'ensemble des développements qui nous effectueront ne pourra en effet être appréhendé que par l'admission préalable d'une forme coutumière de l'état de nécessité, ainsi que par l'hypothèse d'un état d'urgence économique[24]. Mais bien que fondamentale à souligner, cette clarification quand à l'identification et au champ d'application de l'état de nécessité ne sera donc pas l'objet de cette étude, cette dernière ne pouvant se permettre d'aborder l'ensemble des problématiques liées à l'invocation d'un état de nécessité économique. Il sera donc fait le choix d'une réflexion basée, à l'inverse, sur les doutes subsistants ou apparus au fil de ce contentieux spécifique, et notamment sur le constat qu'une telle consolidation n'efface pas quelques hésitations d'usage, origines certaine de confusions de genre à l'heure de l'application spécifique de l'état de nécessité aux cas de crise économique et financière.

Il s'agira ainsi de souligner les zones d'ombre entourant toujours cette notion si particulière et si longtemps controversée en droit de la responsabilité internationale. Il sera pour cela constaté un certain « désordre jurisprudentiel » concernant la question spécifique d'une application d'un état de nécessité à la crise argentine. Ainsi, et comme le remarquent Julien Fouret et Dany Khayat, « si les mêmes faits ne mènent pas à la même solution, alors la conjecture du professeur Stern risque de se réaliser : « vous avez le potentiel suffisant à une vingtaine d'arbitrage, un seul problème, et à vingt solutions différentes »[25]. Et c'est bien ce qui semble se produire à la lecture des nombreuses sentences CIRDI se prononçant sur les questions de l'applicabilité et des implications de la règle d'état de nécessité[26]. En soulignant que l'ensemble du contentieux argentin devant le CIRDI implique, de près

---

formulation même de l'article 25. Ils prendront également le soin de rappeler que la qualification d'une situation d'état de nécessité ne peut pas être laissée à la discrétion des Etats, imposant la nécessité d'un contrôle juridictionnel, que ce soit dans le cas de la règle coutumière, comme dans l'hypothèse de clauses conventionnelles pouvant refléter un mécanisme équivalent à cette règle coutumière.

[22] En confirmant la conception extensive de la délimitation des « intérêts essentiels » de l'Etat, pièce maîtresse de l'encadrement juridique de l'état de nécessité, les arbitres CIRDI vont ainsi confirmer l'élargissement du champ d'application matériel de l'état de nécessité. Ils le feront en refusant unanimement la mise en place de frontière étanche à son applicabilité et en participant à la confirmation de l'inclusion de l'urgence économique et financière au sein des domaines d'application de cette règle.

[23] Ils participeront ainsi, bien que de manière hésitante, à la définition de la catégorie des Etats pouvant, de part une « innocence » démontrée par le respect de certains conditions spécifiques de l'article 25 du texte CDI, légitimement invoquer la défense de nécessité, et celle des Etats qui, de part leur comportement antérieur (condition des « mains propres ») ou coexistant à leur situation d'urgence économique (condition de l'exclusivité du moyen utilisé pour répondre à cette situation), doivent se voir immédiatement refuser une telle défense. Notons que le contentieux argentin fera également apparaître une nouvelle série de questions sur les rapports qu'entretiennent le droit des investissements et la protection des droits humains, une problématique dont l'angle d'étude pourrait se concevoir par la question de l'extension du champ d'application personnel de l'état de nécessité aux individus de l'Etat invoquant ce type de défense suite à une situation de crise économique.

[24] Une hypothèse rendue possible de part l'extension jurisprudentielle constatable du champ d'application de cette circonstance aux situations de crise économique et financière

[25] Notre traduction : « you have the potential [...] for 20 arbitrations, one problem, and 20 solutions ». V. FOURET (J.), KHAYAT (D.), « LG&E contre Argentine », *Revue québécoise de droit international*, vol. 19, n°1, 2006, p. 230. De son côté, Eric David Kasenetz affirme : « *on five cases with similar facts and defenses, tribunals issued three completely contradictory rulings* ». V. KASENETZ (E.), « Desperate times call for desperate measures: the aftermath of Argentina's state of necessity and the current fight in the ICSID », préc., p. 731.

[26] Notons dès maintenant l'analyse fondamentale, pour notre étude, des conclusions des arbitres CIRDI dans l'affaire *LG&E*[26], en date du 3 octobre 2006, puisqu'ils seront, nous le verrons, à l'origine de nombreux doutes quant à la position des différents Tribunaux CIRDI sur les questions de l'application et des implications de l'état de nécessité en droit international. Cette sentence aura en effet été analysée, face à ces questions spécifiques, comme le « pied de nez » aux conclusions issues de l'affaire *CMS*, l'une des premières sentences du contentieux argentin s'étant intéressée à la question de l'état de nécessité économique. V. *CMS Gas Transmission Co v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, du 12 mai 2005. À la suite de la publication de cette sentence, Mathieu Raux affirmera d'ailleurs qu'« en attendant que de nouveaux tribunaux constitués dans le cadre du contentieux argentin ne se prononcent, la cohérence de la jurisprudence est une nouvelle fois mise à mal, sans qu'il soit certain, en l'absence de mécanisme centralisé d'appel au sein du CIRDI, que les divergences exprimées soient rapidement apaisées ». V. RAUX (M.), « Note sous CIRDI, Decision on liability, 3 octobre 2006, LG&E Energy

ou de loin, la problématique d'une application de la circonstance d'état de nécessité, cette absence flagrante de cohérence permet d'ailleurs, et selon certains, l'affirmation d'une inadaptation de cette règle aux situations d'urgence économique[27]. Il apparaît donc essentiel d'analyser les divergences issues de ce contentieux, afin d'en connaître la teneur, et d'en entrevoir les solutions.

L'émergence d'une première série de divergences s'observera alors face à la problématique spécifique de l'applicabilité de la circonstance d'état de nécessité aux situations d'urgence économique. Cette question sera souvent rendue complexe, dans la cas du contentieux argentin, par la présence fréquente d'un article spécifique du TBI s'appliquant au cas d'espèce, dite « clause d'exception de sécurité ». La problématique des rapports entre ce type de clause et l'article 25 du texte CDI entraînera ainsi de nombreuses imprécisions sur l'applicabilité de la circonstance, les arbitres CIRDI allant parfois de la fusion des deux articles à une certaine confusion des genres en présence (I). Mais les arbitres CIRDI ne s'arrêteront pas à l'émergence d'une zone de divergences à la seule question de l'applicabilité : ils ne parviendront pas non plus à s'entendre sur les conséquences juridiques à l'application proprement dite d'un état de nécessité économique, laissant donc de nombreux doutes quant à ses implications. Ces divergences iront d'ailleurs jusqu'à remettre en doute la dénomination actuelle de l'article 25 du texte CDI en tant que circonstance *excluant l'illicéité*, et ceci afin notamment d'éviter de nouvelles confusions de genre (II).

## I. L'applicabilité imprécise de l'état de nécessité économique

Notons tout d'abord ici, que sur l'ensemble de la jurisprudence analysée dans le cadre de cette étude, seuls les tribunaux des affaires *LG&E*[28] et *Continental*[29] ont jugé que les agissements illicites de l'Argentine devaient être excusés sur le fondement d'un état de nécessité. Les tribunaux des affaires *Enron, Sempra, BG Group Plc., Total, Aguas Argentinas, Impregilo*[30] se sont au contraire plus ou moins alignés sur la solution de l'affaire *CMS*[31], la toute première sentence s'étant intéressée à la question, en rejetant le moyen avancé par l'Argentine. Il apparaît alors essentiel de noter que les deux sentences reconnaissant une certaine application d'un état de nécessité économique concernent des affaires dont le TBI en jeu, et plus précisément le TBI Etats-Unis/ Argentine[32], contenait une « clause d'exception de sécurité », permettant la violation de certaines obligations du traité en cas de circonstances exceptionnelles[33].

De nombreux TBI contiennent ce type de clause. Le TBI Etats-Unis/ Argentine, ayant par ailleurs permis à de nombreux investisseurs privés de déposer leur requête contre l'Argentine devant un Tribunal CIRDI, en fait ainsi partie. L'article XI de ce TBI en est donc un modèle évident, reflétant, selon l'Argentine, la règle d'état de nécessité en droit conventionnel, et permettant ainsi d'exclure l'illicéité de ses agissements :

> This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance

---

Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. contre Argentine », *Les cahiers de l'arbitrages, Gaz. Pal*, Recueil Novembre-Décembre 2006, n°347, 2006, p. 3803.

[27] Comme l'indique Michael Waibler : « *this unhealthy split of opinion highlights that necessity is ill-suited to financial crises* ». V. WAIBEL (M.), « Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E », *Leiden Journal of International Law*, 2007, p. 637-648.

[28] *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, Award, préc.

[29] *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ISCID Case No. ARB/03/09, Award, du 5 septembre 2008.

[30] *Enron Corp. Ponderosa assets, LP v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, du 22 mai 2007 ; *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, ISCID Case No. ARB/07/17, Award, du 21 juin 2011 ; *BG Group Plc. v. Argentina*, Tribunal Arbitral CNUDCI, Sentence arbitrale du 24 Décembre 2007 ; *Total S.A v. Argentine Republic*, ISCID Case No. ARB/04/1, Award, du 27 décembre 2010. ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Award, du 30 juillet 2010.

[31] *CMS Gas Transmission Co v. Argentine Republic*, Award, préc.

[32] V. TBI Etats-Unis/ Argentine, préc.

[33] Ce type de clause se dénomme parfois « clause d'urgence », on y fera ici référence sous le terme de « clause d'exception de sécurité » . Pour une analyse détaillée de ce type de clause, v. DOLZER (R.), « Emergency Clauses in Investment Treaties: Four Versions », in *Looking to the future: essays on international law in honor of W. Michael Reisman 705* (Mahnoush H. Arsanjani et al. Eds), 2010.

> of public order, the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests[34].

À la lecture des sentences CIRDI s'intéressant aux problématiques issues de l'application de ces clauses, on comprendra d'ailleurs aisément qu'elles peuvent être perçues comme une exception perturbant la stabilité et la prévisibilité de la règle d'état de nécessité en droit de la responsabilité internationale. En effet, face à l'invocation par l'Etat argentin de cette clause spécifique du TBI, un grand nombre de tribunaux et de comités *ad hoc* CIRDI vont se trouver face à la problématique complexe de ses rapports, et de sa possible coordination, avec la règle coutumière d'état de nécessité, une règle identifiée en tant que telle par cette même jurisprudence et reflétée par l'article 25 du texte CDI. Les divergences d'interprétation, ainsi que l'absence de clarification de la hiérarchie de ces différentes sources de droit international, ne feront donc que dévoiler l'applicabilité imprécise d'un état de nécessité économique.

Certaines conclusions pourront néanmoins être formulées, dévoilant certaines pistes de réflexions sur l'applicabilité de cette circonstance en cas de crise économique. Plus précisément, si les seules sentences CIRDI, reconnaissant à l'Argentine une certaine défense de nécessité, font bien partie de celles devant se confronter à l'invocation de cette « clause d'exception de sécurité », il serait logiquement permis de douter d'une applicabilité suffisante de l'article 25 du texte CDI pour qu'un Etat puisse se voire exclure l'illicéité d'agissements qu'il sait pourtant contraire à ses obligations économiques internationales (A). Et si la présence d'une telle clause conventionnelle s'avère ainsi déterminante, voire exigée, afin de permettre l'applicabilité d'un état de nécessité économique, il apparait inévitable d'élargir le débat ouvert par les arbitres CIRDI afin de s'interroger sur l'utilité même de la règle coutumière en droit de la responsabilité internationale (B).

### *A. La présence déterminante d'une « clause d'exception de sécurité »*

La présence au sein d'un TBI, source d'obligations internationales violées par l'Etat argentin, d'une clause spécifique présentant d'importantes ressemblances avec l'article 25 du texte CDI, ne va pas manquer de soulever d'importantes problématiques juridiques. Si la première d'entre elles ne concernera que la relation normative de ces deux articles[35], une seconde s'intéressera plus précisément à l'éventuelle « codification » conventionnelle, au sein des TBI, et par l'intermédiaire de cette clause spécifique, du principe coutumier d'état de nécessité[36].

Il conviendra donc d'analyser la prise de position des différentes sentences CIRDI sur les rapports que peuvent entretenir l'article 25 du texte CDI et la « clause d'exception de sécurité » présente au sein du TBI Etats-Unis/ Argentine, et ceux afin de comprendre la coordination possible de ces deux normes. A ce sujet, de surprenantes divergences semblent apparaître à la lecture de la jurisprudence, empêchant donc toute affirmation de principe, et installant ainsi une certaine imprécision sur l'applicabilité d'un principe d'état de nécessité économique. Mais il faudra néanmoins souligner que les arbitres semblent s'accorder sur le fait que cette « clause d'exception de sécurité » doit être considérée comme présentant un certain reflet conventionnel du principe coutumier (1), dont l'application semble d'ailleurs requise pour la reconnaissance jurisprudentielle d'une défense de nécessité économique (2).

#### 1. Un reflet conventionnel de l'état de nécessité coutumier

L'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine prévoit, de façon assez classique, la possibilité pour un Etat de prendre certaines mesures d'urgence. Il stipule plus précisément que le traité n'empêche pas les parties de prendre les mesures nécessaires, au maintien de l'ordre public et de la protection des intérêts

---

[34] TBI Etats-Unis/ Argentine, préc., Article XI.

[35] Dans cette hypothèse, la circonstance de l'article 25 du texte CDI ne serait alors qu'un simple reflet coutumier de la « clause d'exception de sécurité », cette dernière ne pouvant être entièrement assimilée à la première.

[36] La réponse à ces problématiques semble en outre essentielle pour une étude exhaustive de la notion de nécessité en droit de la responsabilité internationale.

essentiels de sécurité[37]. Ce sera cette dernière hypothèse, celle de la protection des intérêts essentiels de sécurité, qui sera à de nombreuses reprises examinée par les Tribunaux CIRDI. Elle sera en effet invoquée par l'Argentine comme lui permettant de justifier ou d'excuser son comportement. Il s'agirait donc, selon l'Argentine, d'une clause conventionnelle reflétant le principe coutumier d'état de nécessité.

Il s'agira alors d'effectuer un retour aux règles fondamentales de la convention de Vienne de 1969 sur l'interprétation des dispositions d'un Traité afin d'analyser les différentes méthodologies interprétatives utilisées par les tribunaux et comités *ad hoc* du CIRDI face à cette « clause d'exception de sécurité ». Ce travail amènera à deux sortes de conclusions. Tout d'abord, il permettra de souligner l'importante divergence des méthodes interprétatives employées (a). Mais il permettra également de souligner que les résultats obtenus par chaque méthode interprétative peuvent être analysés comme contenant d'importants points de convergence, notamment celui de toujours parvenir à un certain reflet, plus ou moins prononcé, de l'état de nécessité coutumier (b).

**a.** Dans les affaires rendues sur le fondement du TBI Etats-Unis/ Argentine, et traitant donc des rapports entre l'article 25 du texte CDI et l'article XI de ce TBI, les arbitres CIRDI n'ont pas manqué d'imagination. Confrontés à la tâche de l'interprétation de cet article XI, notamment dans ses rapports avec l'état de nécessité coutumier, les arbitres ne vont en effet dévoiler pas moins de trois interprétations différentes (avec des prises de positions clairement distinctes entre tribunaux et comités *ad hoc*).

Dans la première affaire concernant l'Argentine, l'affaire *CMS*, les arbitres CIRDI vont clairement faire le choix d'une stricte égalité entre l'article 25 du texte CDI et la « clause d'exception de sécurité » du TBI Etats-Unis/ Argentine. En effet, le Tribunal estime que l'article XI n'est que de la codification de la règle de droit international et que son régime n'est donc pas différent. Il met ainsi l'article 25 et l'article XI sur un « pied d'égalité », par un examen de l'article XI, en considérant que ce dernier ne saurait être lu indépendamment de la règle d'état de nécessité inscrite à l'article 25 du texte CDI. Les tribunaux dans l'affaire *Enron*[38] et *Sempra*[39] s'aligneront sur ce type de raisonnement en excluant l'application de l'article XI pour les mêmes motifs que ceux justifiant l'absence d'application de l'état de nécessité selon le droit international général. Les arbitres dans l'affaire *Enron* affirmeront d'ailleurs qu'il est nécessaire de se baser sur les conditions de l'état de nécessité prévues par le droit international coutumier, afin de répondre à la question de l'application de la « clause d'exception de sécurité »[40]. Et dans l'affaire *Sempra*, les arbitres justifieront ce choix, en affirmant que le TBI ne contient pas les éléments légaux pour invoquer légitimement un état de nécessité, obligeant ainsi, et selon ce Tribunal, à appliquer les conditions du principe de droit coutumier. Le Tribunal ajoutera d'ailleurs expressément que l'article XI est inséparable de la règle coutumière du texte CDI[41].

Ce choix de la stricte égalité entre l'article XI du TBI et l'article 25 du texte CDI sera critiqué de manière virulente par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS*[42]. Ce Comité indiquera en effet que

---

[37] V. TBI Etats-Unis/ Argentine, préc.

[38] *Enron Corp. Ponderosa assets, LP v. Argentine Republic*, Award, préc.

[39] *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, Award, préc.

[40] Le Tribunal affirmera ceci: « *the situation is more complex in respect of security interests because there is no specific guidance to this effect under the Treaty. This is what makes necessary to rely on the requirements of state of necessity under customary international law, as outlined above in connection with their expression in Article 25 of the Articles on State Responsibility, so as to evaluate whether such requirements have been met in this case* ». V. *Enron Corp. Ponderosa assets, LP v. Argentine Republic*, Award, préc. p. 104.

[41] Notre traduction : « *este Tribunal entiende, sin embargo, que la disposición del Tratado es inseparable del estándar establecido en el derecho consuetudinario en lo que se refiere a la definición del estado de necesidad y a las condiciones requeridas para su ejercicio, habida cuenta de que es en el derecho consuetudinario donde se han definido dichos elementos* », V. *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, Award, préc., p. 123, §. 375 à 379.

[42] Julien Fouret et Dany Khayat indiqueront à ce sujet que « s'en tenant de manière très stricte à son mandat, le Comité ne pouvait annuler la sentence sur ce point mais cela ne l'a pas empêché pour autant de constater et de souligner, en *obiter dictum*, que le Tribunal n'avait pas effectué un raisonnement satisfaisant, tout comme pour les conséquences qu'il en a tirées en matière de compensation ». V. FOURET (J.), KHAYAT (D.), « CMS Gas Transmission Company contre Argentine, décision d'annulation du 25 septembre 2007 », *Revue québécoise de droit international*, vol. 20, n°1, 2007, p. 418.

l'interprétation de l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine doit être clairement distincte de celle de l'article 25[43]. De manière plus précise, le Comité affirmera que les deux articles entretiennent non seulement des logiques radicalement antagonistes, mais nécessitent encore pour leur mise en œuvre respective la réunion de conditions différentes. Le Comité précisera également qu'il ne pourrait être fait usage de la maxime *lex specialis derogat lexi generali* puisque, selon ce Comité, l'utilisation de cette maxime implique que soit assigné à l'article XI un effet identique à celui de l'article 25. Or, selon ce Comité, l'article XI et 25 n'ont pas un champ d'application identique et n'entrent pas directement en conflit l'un avec l'autre[44].

Une étude des deux articles conforte cette solution. Il est en effet essentiel de noter que l'article 25 du TBI ne peut être invoqué qu'en cas d'existence d'un acte illicite, ce qui implique dans le cas argentin la violation du TBI Etats-Unis/ Argentine. Or, ce TBI ne peut être considéré comme violé que lorsque l'une de ses dispositions matérielles a été méconnue et que les conditions d'application de l'article XI n'ont pas été remplies. Autrement dit, l'article 25 du texte CDI ne trouvera à s'appliquer qu'en cas de non application de l'article XI, ce qui confirme la distinction des champs d'application de ces deux articles et permet au Comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS* d'indiquer que la mise en œuvre de l'article 25 est nécessairement subsidiaire et postérieure à celle de l'article XI[45].

Bien que cette méthode interprétative ait été jugée « juridiquement irréprochable »[46], les différents Tribunaux CIRDI, dont les sentences seront pourtant postérieures à celle du Comité *ad hoc*[47], ne choisiront pas forcement de s'aligner sur la solution du Comité d'annulation[48]. Il faut néanmoins remarquer que la sentence dans l'affaire *Continental* choisira de se rallier presque totalement à la solution du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS*, en exposant son point de vue sur la différence de contenu entre les deux articles[49]. Enfin, dans une affaire récente, l'affaire *El paso*, bien que confirmant

---

[43] Comme nous l'indique Diane A. Disierto, « *the* ad hoc *Committee's Decision on the Application for Annulment was a significant departure from the interpretive trends in Sempra, LG&E and the Tribunal's Award in CMS […]. The ad hoc Committe's Decision attempted to out specific distinctions between Article XI and Article 25 as to substantive content, operation and effects* » V. DIESIERTO (Diane A.), « Necessity and supplementary means of interpretation for "non-precluded measures" in bilateral investment treaties », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Forthcoming, 2009, p. 861.

[44] *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, ISCID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee of the Application for Annulment, du 25 septembre 2007, p. 34, §. 130.

[45] Le Comité indique en effet ceci : « *article XI is a threshold requirement: if it applies, the substantive obligations under the Treaty do not apply. By contrast, Article 25 is an excuse which is only relevant once it has been decided that there has otherwise been a breach of those substantive obligations* ». V. *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Decision of the ad hoc Committee of the Application for Annulment, préc. §. 129.

[46] RAUX (M.), « Les circonstances excluant l'illicéité dans le cadre du contentieux investisseurs-Etats », *Les cahiers de l'arbitrages, Gaz. Pal.*, Recueil Novembre-Décembre 2008, n°349, p. 3878.

[47] Il est en effet important de remarquer ici que les sentences des affaires *Enron* et *Sempra* ont été rendues postérieurement à celle du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS.*

[48] L'on peut tout de même remarquer que le Comité d'annulation, dans l'affaire *Enron*, bien que reconnaissant que les raisons du Tribunal sont suffisamment claires et qu'il ne lui revient donc pas de déterminer si l'interprétation en est ou non correcte, prendra le temps de rappeler l'opinion du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS* pour affirmer qu'il était nécessaire que le Tribunal s'interroge sur la relation entre les deux articles. V. *Enron Corp. Ponderosa assets, LP v. Argentine Republic*, ISCID Case No. ARB/01/3, Decision of the ad hoc Committee of the Application for Annulment, du 30 juillet 2010.

[49] Notons que le Tribunal se basera sur les articles pertinents de la convention de Vienne pour affirmer la différence entre les deux articles. V. *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, Award, préc., §. 163 à 167. Et il serait également intéressant de souligner qu'il s'alignera également sur le point de vue de ce Comité en affirmant que « *the Tribunal will deal with the arguments based on Art. XI first, both because Argentina raises it as its first defense, and also because the application of Art. XI in the present case (if warranted) may be such as to render superfluous a detailed examination of the defense of necessity under general international law applied to the particular facts of the present dispute* », V. *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, Award, préc., §. 162. Le Tribunal affirmera d'ailleurs expressément qu'il rejoint sur ces points la position du Comité d'annulation dans l'affaire *CMS* en s'écartant par la même de la position du Comité d'annulation dans l'affaire *Mitchell*, puisque dans cette dernière, à propos d'une clause identique à celle de l'article XI présente au sein du TBI Etats-Unis/ Congo, le Comité *ad hoc* avait affirmé que ce type de clause « *is a provision relating to the causes for exemption of liability or, in other words, a provision that preclude the wrongfulness of the behaviour of the State in certain exceptional circumstances, and not a provision that delimits the scope of application of the treaty* ». V. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision of the ad hoc Committee of the Application for Annulment, du 1er novembre 2006.

également certains aspects de la solution du Comité *ad hoc* dans l'affaire CMS[50], les arbitres affirmeront explicitement que l'article XI est la *lex specialis*, et l'article 25 la *lex generalis*[51], ce qui apparaît donc évidemment opposé à la conclusion du Comité, qui avait expressément indiqué que l'application de cette maxime nécessitait qu'il soit assigné un effet identique aux deux articles.

On le voit, la diversité des méthodes interprétatives est surprenante et a d'ailleurs entraîné de nombreux débats sur le fonctionnement des Tribunaux CIRDI, et notamment sur l'absence de précèdent obligatoire ou d'organe d'appel permettant d'unifier la jurisprudence[52]. Mais malgré ces divergences, un constat se doit d'être effectué : celui d'une certaine convergence sur le résultat de l'interprétation, et ceux malgré les différentes méthodes utilisées. Chaque tribunal parvient ainsi à une solution amenant à considérer l'article XI du TBI comme reflétant plus ou moins intensément la norme coutumière de l'article 25.

**b.** L'affirmation d'une convergence sur le résultat de l'interprétation trouve son origine dans un constat : malgré la diversité des méthodes interprétatives utilisées par les Tribunaux CIRDI en relation avec l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine, chaque méthode se réfère, de manière plus ou moins intensive ou explicite, au principe coutumier du texte CDI, et ceux afin de dégager le sens et les effets de cet article XI. En d'autres termes, les différents Tribunaux CIRDI ont presque toujours choisi d'utiliser la norme coutumière de l'article 25 comme instrument permettant l'interprétation de l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine. Sarah Heathcote remarque cela en notant l'articulation de la règle coutumière effectuée par les Tribunaux CIRDI avec l'article XI, plaçant ainsi l'état de nécessité au sein du système international[53].

Les critiques face à ce constat ont été importantes. Diane A. Disierto consacre sur ce point un article détaillé. Elle va ainsi effectuer un retour aux règles fondamentales de la Convention de Vienne de 1969 concernant l'interprétation des clauses conventionnelles, pour affirmer que « *neither Sempra v. Argentina, LG&E v. Argentina, CMS Gas v. Argentina, nor most recently in 2008, Cont'l Cas. Ins. Co. v. Argentina, evince a demonstrably adequate interpretive methodology within the framework of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties* »[54]. Selon cet auteur, les incompatibilités conceptuelles et méthodologiques entre l'article 25 et l'article XI empêchent en effer de considérer ce dernier comme une « règle pertinente de droit international » (selon l'article 31 de la convention de Viennes) ou comme un moyen complémentaire d'interprétation (selon l'article 32 de la même convention).

Quoi qu'il en soit, comme indiquée précédemment, cette utilisation à divers degrés de l'article 25 dans l'interprétation de l'article XI conduit à une conclusion essentielle : celle d'une certaine convergence dans le résultat de l'interprétation de cet article du TBI Etats-Unis/ Argentine. Cette convergence se traduit tout d'abord par des conclusions amenant à interpréter l'article XI en tant que véritable reflet conventionnel de la norme coutumière du texte CDI, ayant d'ailleurs jusqu'à l'assimilation juridique des deux articles[55]. Ce reflet sera néanmoins également présent, même s'il s'avère nécessairement

---

[50] Les arbitres reprendront par exemple à l'identique le raisonnement des arbitres dans l'affaire *Continental* en affirmant que « *the tribunal will concentrate on the arguments based on Article XI first because « the application of Article XI in the present case (if warranted) may be such as to render superfluous a detailed examination of the defence of necessity under general international law applied to the particular facts of the present dispute* », tout en précisant que « *of course, Article XI has to be interpreted taking into account general principles of international law, some of those being embodied in Article 25* ». V. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, (Oct, 31, 2011).

[51] *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, préc., §. 552.

[52] V. REINISCH (A.), « The Role of Precedent in ICSID Arbitration », *Austrian Arbitration Yearbook*, 495-510, 2008.

[53] Elle ajoutera d'ailleurs que « les tribunaux ont, dans une mesure plus ou moins grande, eu recours à l'état de nécessité pour interpréter l'article XI du TBI ». V. HEATHCOTE (S.), 2007, « Is State of Necessity a Principle of Customary International Law? », préc., p. 75.

[54] V. DIESIERTO (Diane A.), « Necessity and supplementary means of interpretation for "non-precluded measures" in bilateral investment treaties », préc., p. 827.

[55] S. Heathcite précise en effet que le reflet « ne veut pas dire que l'on peut se permettre un quelconque amalgame ou une confusion entre la norme primaire contenue dans l'article XI et la norme secondaire d'état de nécessité ». V. HEATHCOTE (S.), 2007, « Is State of Necessity a Principle of Customary International Law? », préc., p. 76. Cette confusion aura donc

moins intense, lorsque les arbitres CIRDI choisiront de différencier les articles, maintenant l'utilité de l'article 25 comme simple support à une interprétation plus ou moins autonome de l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine.

Sur ce dernier point, une observation faite dans l'analyse de l'affaire *Continental* est particulièrement révélatrice : malgré l'évidente différentiation de l'article 25 et de l'article XI, les arbitres préciseront en effet qu'il existe certains liens entre ces articles[56]. En conservant l'article XI comme support à l'interprétation de l'article 25, les arbitres parviennent ainsi à interpréter l'article XI comme exprimant un certain reflet de la norme coutumière du texte CDI. D'une autre façon, dans l'affaire *LG&E*, bien que se focalisant premièrement sur l'interprétation autonome de l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine, suivant ainsi la méthode indiquée par le Comité d'annulation dans l'affaire *CMS*, les arbitres entreprendront tout de même l'analyse de l'article 25 dans l'unique objectif de conforter leurs conclusions vis à vis de l'article XI[57].

Ainsi, malgré l'apparent « désordre jurisprudentiel » se dégageant, une conclusion peut être tirée, celle d'un accord des arbitres CIRDI sur l'existence d'un certain reflet conventionnel du principe coutumier au sein de cette « clause d'exception de sécurité ». Et si cette clause a été considérée comme reflétant une certaine notion de nécessité économique, son application semble en outre requise par les arbitres CIRDI afin de reconnaître à l'Argentine un véritable état de nécessité économique.

### 2. Une application requise dans le cas du contentieux argentin

Lors de l'analyse des différentes sentences CIRDI, l'on ne peut s'empêcher d'observer le point suivant : lorsque le TBI en jeu dans le différend opposant l'Argentine à un investisseur privé ne contient pas de « clause d'exception de sécurité », les arbitres CIRDI rejetteront presque automatiquement la défense de nécessité. Plusieurs affaires récentes permettent ce constat. On peut à titre d'exemple citer la sentence dans l'affaire *Total* où les arbitres rejetteront rapidement l'argument de la nécessité[58]. A leur tour, les arbitres dans l'affaire *Impregilo* se concentreront sur la condition des « mains propres»[59] pour affirmer que l'Argentine a contribué de manière substantielle à la survenance de son état de nécessité et ne peut donc pas, en définitive, invoquer cette excuse pour exclure sa responsabilité[60]. Ce constat oblige à conclure au rôle essentiel conféré à la « clause d'exception de sécurité », pour que l'Etat accueil de l'investissement puisse se voir reconnaître une certaine excuse de nécessité, et donc à la présence requise de ce type de clause. Cette conclusion accentuera d'ailleurs les doutes sur l'applicabilité de l'article 25 du texte CDI et donc sur l'applicabilité générale d'un état de nécessité économique.

Mais au delà de ce simple constat, et afin de comprendre l'affirmation de la présence déterminante d'une « clause d'exception de sécurité », il s'agit tout d'abord de remarquer que dans le cas du contentieux argentin, la formulation des conditions d'application de l'article XI du TBI Etats-Unis/

---

pourtant été faite lorsque certains Tribunaux CIRDI estiment que l'article XI n'est que la simple codification de la norme coutumière, effectuant ainsi une assimilation qui a été vivement critiquée par le Comité d'annulation dans l'affaire *CMS*.

[56] Ceci permettant aux arbitres de conclure que ces connections peuvent être utiles dans l'interprétation de l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine, dans le sens particulier d'une utilité du concept de nécessité en droit international coutumier. Notre traduction. V. *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc., §. 168 Les arbitres ajouteront d'ailleurs pour justifier l'existence de ce lien que « *the practical result of applying the carve-out of ART. XI, rather than the defence of necessity, may be the same: condoning conduct that would otherwise be unlawful and thus removing the responsibility of the State* ». V. *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc., §. 168.

[57] *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, préc.

[58] « *Argentina has not shown that the freezing of the tariffs would have been "the only way for the State to safeguard" such an essential interest against a grave and imminent peril* ». V. *Total S.A v. Argentine Republic*, ISCID Case No. ARB/04/1, Award (Dec., 27, 2010), p. 102, §. 223.

[59] Connue sous la condition de « non-contribution », elle se retrouve en effet à l'article 25 du texte CDI : « l 'état de nécessité ne peut être invoqué par l'Etat comme cause d'exclusion d'illicéité (…) si l'Etat a contribué à la survenance de cette situation ». V. Projet d'articles, préc., Article 25.

[60] Il est d'ailleurs intéressant de noter que pour simplifier sa conclusion, le Tribunal ne prendra pas la peine de répondre à la question de savoir si les mesures adoptées par l'Argentine constituaient l'unique moyen de sauvegarder l'intérêt essentiel en question. V. *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ISCID Case No. ARB/07/17, Award (June, 21, 2011).

Argentine fut bien plus indulgente que celle extraite de l'article 25 du texte CDI (a). En outre, et concernant cette fois les quelques sentences semblant reconnaître l'application de la norme coutumière du texte CDI, il apparaît essentiel de remarquer que cette reconnaissance ne sera faite que de manière subsidiaire, ne permettant ainsi de remettre véritablement en cause cette présence déterminante de la « clause d'exception de sécurité » (b).

**a.** Afin d'expliquer la présence nécessaire d'une « clause d'exception de sécurité », pour que l'Argentine puisse se voir reconnaître une excuse de nécessité, il faut bien comprendre que les seuls sentences CIRDI ayant accepté ce type de défense se sont basées sur l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine, rejetant ainsi l'application directe de l'article 25 du texte CDI. S'arrêter à cette observation ne suffit pourtant pas, puisqu'un certain nombre d'autres sentences, s'intéressant également à l'invocation de cette « clause d'exception de sécurité », n'auront pas accepté son application[61], refusant ainsi une quelconque excuse de nécessité à l'Argentine.

Ce refus est assez logique si l'on remarque que ces dernières se regroupent au sein de la catégorie des sentences ayant mis sur un « pied d'égalité » l'article 25 du texte CDI et l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine. Par une interprétation particulièrement stricte des conditions rigoureuses de la norme coutumière, les arbitres rejetteront ainsi et tout d'abord l'application de l'article 25[62]. Ils leur suffiront ensuite de justifier, comme dans la sentence *Sempra*[63], que les conditions d'application de l'article XI sont identiques à celles de la norme coutumière, pour exclure également à l'application de ce dernier. Une première condition à l'hypothétique application de l'article XI se trouvera donc dans la différentiation des deux articles, et notamment de leurs conditions respectives d'application[64]. Et c'est en effet par ce choix que certaines sentences CIRDI[65] pourront définir des conditions plus souples d'application de l'article XI, ce qui leur permettra d'accepter une certaine excuse de nécessité reflétée par cette « clause d'exception de sécurité ».

L'affaire *LG&E* est de nouveau particulièrement intéressante, puisque le Tribunal va délivrer de précieux enseignements sur les conditions d'application de cet article XI (conditions d'ailleurs réunies selon lui en l'espèce)[66]. Les arbitres vont en effet affirmer qu'il doit exister une atteinte à l'ordre public ou à un intérêt essentiel de sécurité de l'Argentine, et que le caractère nécessaire des mesures adoptées par l'Argentine doit être démontré. Mais la nécessité des mesures ne doit être justifiée que par le caractère légitime de ces mesures, ce qui nécessite la preuve d'une réponse immédiate, de nature provisoire, raisonnable et respectant l'article IV du TBI Etats-Unis/ Argentine. Il est ainsi particulièrement intéressant de remarquer, que face à l'argument du requérant visant à soutenir que les mesures adoptées par l'Argentine ne constituait pas le seul moyen de répondre à la crise, une exigence d'application de l'article 25 que ce requérant cherchait donc à inclure dans les conditions de l'article XI, le Tribunal répondra que les mesures prises sous la protection de l'article XI doivent être légitimes, sans pour autant être obligatoirement le seul moyen d'action à la disposition de l'Etat[67]. Le Tribunal sépare donc ici clairement les conditions d'application de la norme coutumière et de l'article XI.

---

[61] V. notamment *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, préc. ; *Enron Corp. Ponderosa assets, LP v. Argentine Republic*, préc.

[62] Cf. *infra.*

[63] *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, préc.

[64] C'est d'ailleurs ce que recommandera le Comité d'annulation dans l'affaire *CMS* en affirmant que les deux articles entretiennent non seulement des logiques radicalement antagonistes, mais nécessitent encore pour leur mise en œuvre respective la réunion de conditions différentes. V. *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, préc.

[65] V. notamment *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, préc. ; *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc.

[66] Le Tribunal reconnaitra d'ailleurs que l'article XI n'est pas restreint dans son champ d'application aux seuls cas de guerre ou d'action militaire: « *to conclude that such a severe economic crisis could not constitute an essential security interest is to diminish the havoc that the economy con wreak on the lives of an entire population and the ability of the Government to lead* ». V. *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, préc., §. 238. Les arbitres confirment ainsi la position adoptée par les arbitres dans l'affaire *CMS* : une crise économique peut, *in abstracto*, relever du champ d'application de l'article XI. V. *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, préc

[67] Le Tribunal affirmera en effet ceci : « *Article XI refers to situations in which a State has no choice but to act. A State may have several responses at its disposal to maintain public order or protect its essential security interests. In this sense, it is*

Mais notre analyse ne pourrait se baser sur cette unique sentence. En effet, bien que reconnaissant applicable l'article XI en se basant sur des conditions différentes de celles de l'article 25 du texte CDI, cette sentence va également considérer que les conditions de l'article 25 étaient toutes remplies par les circonstances de l'espèce[68] : une conclusion supplémentaire permettant quelques doutes sur les leçons à tirer de la sentence[69]. Il apparaît donc essentiel ici d'élargir le champ d'analyse, en s'intéressant aux conclusions de l'affaire *Continental*[70], une sentence constituant tout simplement la seconde reconnaissance de l'état de nécessité dans le contentieux arbitral argentin. Comme indiqué précédemment, les arbitres CIRDI vont ici se rallier à la solution du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS*. Ils analyseront en premier lieu l'application éventuelle de l'article XI, avant de se consacrer, mais seulement en cas de réponse négative à cette première question, à l'analyse de la norme coutumière de l'état de nécessité[71]. En cas d'application de l'article XI, les arbitres n'entreprendront donc pas l'examen de l'article 25, ce qui permet de clairement distinguer cette sentence de celle rendue dans l'affaire *LG&E*[72]. Ces arbitres s'appliqueront également à clairement différencier les deux articles[73]. Et ce sera à partir de cette différenciation qu'ils pourront affirmer que leurs conditions d'application ne sont pas les mêmes[74], tout en précisant que les conditions strictes de la norme coutumière s'expliquent par la possibilité d'invocation de cette norme dans n'importe quel contexte et face à n'importe quelle obligation internationale, ce qui n'est pas forcement le cas de l'article XI[75]. Ce ne sera d'ailleurs que par une formulation indulgente des conditions d'application de l'article XI que certaines des prétendues violations du TBI, alléguées par Continental dans cette affaire, pourront être justifiées[76].

On l'a donc compris : tout en reflétant la norme coutumière de l'état de nécessité, la « clause d'exception de sécurité » a été interprétée, dans deux affaires, comme possédant des conditions d'application distinctes de celle du texte CDI. Cette distinction aura permis son application, et donc la reconnaissance d'une certaine excuse de nécessité à l'Argentine[77]. L'application de cette clause apparaît donc bien requise dans le cas du contentieux arbitral argentin, ne laissant à l'article 25 que la possibilité d'une reconnaissance subsidiaire.

**b.** Peu de sentences CIRDI, au sein du contentieux arbitral argentin, ont reconnu applicable l'article 25 du texte CDI. Mais la simple existence de ces sentences pourrait remettre en cause notre

---

*recognized that Argentina's suspension of the calculation of tariffs in U.S. dollars and the PPI adjustment of tariffs was a legitimate way of protecting its social and economic system* ». V. *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, préc., §. 239.

[68] Les arbitres préciseront tout de même qu'ils n'effectueront cet examen que dans l'objectif de confirmer la première conclusion concernant l'article XI, conclusion nécessaire et suffisante pour permettre à l'Argentine la reconnaissance d'une excuse de nécessité.

[69] On peut par exemple remarquer que bien qu'ayant jugé que la condition de l'unique moyen ne s'appliquait pas à l'article XI, ce qui permet au Tribunal d'accepter l'application de cet article, il jugera par la suite satisfaite cette condition au sein de l'analyse de l'article 25. V. *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, préc., §. 250.

[70] *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc.

[71] Les arbitres affirmeront en effet que « *the Tribunal will deal with the arguments based on Art. XI first, both because Argentina raises it as its first defence, and also because the application of Art. XI in the present case (if warranted) may be such as to render superfluous a detailed examination of the defence of necessity under general international law applied to the particular facts of the present dispute* ». V. *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc.

[72] « *Finding Argentina met the requirements of Article XI, the tribunal almost fully excused the government for its emergency measures taken during the crisis.181 The tribunal concluded that there was no reason to analyze the defense of necessity, which required meeting a higher standard* », V. KASENETZ (E.), « Desperate times call for desperate measures: the aftermath of Argentina's state of necessity and the current fight in the ICSID », préc., p. 731.

[73] *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc., §. 163 et s.

[74] Notons que les arbitres utiliseront de manière surprenante l'article XX du GATT 94 comme autre support à l'interprétation de l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine. Le Tribunal indiquera en effet qu'il trouve « *more appropriate to refer to the GATT and WTO case law which has extensively dealt with the concept and requirement of necessity in the context of economic measures derogating to the obligations contained in GATT, rather than to refer to the requirement of necessity under customary international law* ». V. *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc., §. 192.

[75] Notre traduction. Le Tribunal affirme en effet que l'« *invocation of Art. XI under the BIT, as a specific provision limiting the general investment protection obligations [...], is not necessarily subject to the same conditions of application as the plea of necessity under general international law* ». V. *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc., §. 167

[76] Sur les quatre actions litigieuses [de l'Argentine], une seule ne fut pas justifiée par l'article XI du TBI.

[77] Notamment dans la sentence *Continental* où l'investisseur ne reçut que la somme de 2,8 millions de dollars US, soit environ quarante fois moins que l'indemnisation initialement réclamée.

affirmation de l'application requise d'une « clause d'exception de sécurité », afin qu'un Etat puisse se voir reconnaître une certaine excuse de nécessité face à une situation d'urgence économique. Une étude approfondie de l'application de la règle coutumière de l'état de nécessité, par certains Tribunaux CIRDI, reste donc essentielle. Et cette étude ne remettra pas en cause notre conclusion, puisque l'article 25, lorsqu'il sera reconnu applicable au cas d'espèce, ne sera l'objet que d'une application subsidiaire.

Revenons donc à l'affaire *LG&E*, cette sentence ayant été interprétée comme la toute première décision arbitrale internationale à appliquer la règle coutumière de l'état de nécessité depuis la publication officielle du texte CDI en 2001. Pourtant, nous l'avons vu, les arbitres entreprennent l'analyse de l'article 25 du texte CDI seulement après avoir accepté l'application de l'article XI au cas d'espèce et dans l'unique objectif de conforter cette conclusion. Le Tribunal affirmera en effet que « *while the tribunal considers that the protection afforded by art XI have been triggered in this case, and are sufficient to excuse Argentina's liability, the tribunal recognizes that satisfaction of the state of necessity standard as it exists in international law supports the tribunal's conclusion* »[78]. Le Tribunal laisse ainsi planer un certain doute sur la véritable applicabilité de l'article 25 aux faits de l'espèce[79], et l'application de la règle coutumière reflétée par cet article semble donc bien subsidiaire[80]. Et les arbitres CIRDI semblent en outre indiquer que cet article 25 ne pouvait suffire, à lui seul, comme argument de défense de l'Argentine. Les arbitres affirment en effet que « *while the analysis concerning Article 25 of the Draft Articles on State Responsibility alone does not establish Argentina's defense, it supports the Tribunal's analysis with regard to the meaning of Article XI's requirement* »[81].

Il faut également se pencher sur la sentence rendue dans l'affaire *Continental*, afin de confirmer la simple reconnaissance subsidiaire de l'état de nécessité coutumier, ou au contraire remettre définitivement en cause la présence déterminante de cette fameuse « clause d'exception de sécurité ». Mais une fois encore, les arbitres confirmeront la vocation subsidiaire de l'article 25 du texte CDI en présence d'une « clause d'exception de sécurité » telle que l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine. On sait en effet que ce n'est qu'après avoir considéré que certaines des mesures adoptées par l'Argentine en réponse à la crise économique ne pouvaient être justifiées par l'art XI, que les arbitres ont examiné si elles étaient excusables sur le fondement de l'état de nécessité du droit international coutumier, confirmant ainsi sa simple vocation subsidiaire.

Quoi qu'il en soit, cette simple application, même subsidiaire, du principe coutumier, laisse en suspend d'importantes questions, notamment au regard du véritable rôle de cette « clause d'exception de sécurité », ainsi que sur les conséquences que cette première conclusion doit impliquer sur l'applicabilité même du principe coutumier de l'article 25 du texte CDI. Face à ces doutes et divergences, certains n'hésiteront d'ailleurs pas à saisir l'opportunité d'un nouveau débat sur l'utilité même de la coutume dans ce domaine, achevant par la-même la conclusion d'une applicabilité imprécise de la règle d'état de nécessité économique.

---

[78] V. *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, préc., §. 245.

[79] Théodore Christakis affirme en effet que « ce Tribunal restera, peut-être, dans l'histoire comme le premier ayant accepté sur le plan international, d'exclure l'illicéité de l'acte d'un Etat sur la base de l'état de nécessité […]. Mais nous disons « peut-être » car, comme nous l'avons vu, pour aboutir à ce résultat le Tribunal s'est en réalité fondé sur une règle primaire (l'article XI du traité bilatéral Argentine/ Etats-Unis) et ne s'est référé que de manière très accessoire à la « règle secondaire » en matière d'état de nécessité ». V. CHRISTAKIS (T.), 2007 « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc., p. 63.

[80] Le Tribunal « considère que la crise argentine et les mesures adoptées par cet Etat pour y faire face remplissent les conditions de l'article 25. Cependant, puisque le Tribunal considère également que la clause de sauvegarde contenue dans le TBI est applicable, il ne se prononce donc que de façon subsidiaire sur l'état de nécessité lui-même ». HEATHCOTE (S.), « Is State of Necessity a Principle of Customary International Law? », préc., p. 62. L'auteur critiquera d'ailleurs cette application subsidiaire en indiquant que « l'application d'une règle primaire d'exception ne nécessite pas, contrairement à ce qui semble ressortir de la sentence L.G. & E., l'existence d'une règle secondaire afin de parvenir à l'exclusion de la responsabilité […] en pratique, lorsqu'une règle primaire d'exception s'avère applicable, il n'existe tout simplement aucune raison de procéder à une analyse des circonstances excluant l'illicéité ». *Idem.* p. 77.

[81] V. *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, préc., §. 258.

***B. La nécessité discutée de la règle coutumière***

A la lumière des développements précédents, il serait en effet légitime de prolonger la réflexion afin de s'interroger sur les raisons de l'existence en droit internationale d'une règle coutumière d'état de nécessité.

Réaffirmant à ce titre l'importance de la distinction entre règles primaires et secondaires en droit internationale[82], il faut ainsi savoir que l'exemple récent de la jurisprudence CIRDI aura entraîné une nouvelle remise en cause de l'utilité actuelle d'un principe de droit international coutumier, reflété par la règle secondaire de l'article 25 (1). Mais si la pertinence de ces réflexions semble à première vue évidente, un approfondissement de la question permettra néanmoins de justifier le maintien d'une telle règle secondaire, malgré l'importance dans le contentieux argentin de la clause primaire d' « exception de sécurité » (2).

1. Une remise en cause permise de l'article 25 du texte CDI

La remise en cause de l'article 25 du texte CDI, et donc de la règle secondaire et coutumière d'état de nécessité, peut paraître découler assez logiquement de l'analyse du contentieux argentin devant les juridictions CIRDI. Appliquant de manière seulement subsidiaire l'article 25, l'existence de premiers exemples jurisprudentiels d'application du principe coutumier de l'état de nécessité, notamment dans le domaine économique et financier, se confrontera ainsi aux nombreux doutes sur la valeur probante des arrêts en question. Cette remise en cause peut d'ailleurs être ajutsée entre la position sans détour de l'inutile existence d'une règle secondaire coutumière en matière de nécessité (a), et la position plus modérée d'une inadéquation des conditions d'application de cette règle à l'hypothèse de plus en plus fréquente de l'urgence économique (b).

**a.** Face à la problématique de l'utilité d'une règle secondaire et générale, certains auteurs vont jusqu'à douter de l'existence d'une telle règle secondaire, générale et horizontale en droit de la responsabilité internationale[83]. Partant de ce constat, il ne resterait que la création, par l'évolution de la pratique et dans des circonstances particulières le réclamant, d'exceptions précises, et donc de règles primaires qui se limiteraient à certains domaines clairement définis. Théodore Christakis cherchera d'ailleurs à justifier cette position. Selon lui, cela revient à affirmer que « quand la pratique dans un domaine précis va dans le sens de l'accueil de la défense de la « nécessité », il est toujours possible de soutenir que cette pratique contribue à la création d'une exception précise, et donc d'une règle primaire ne concernant que le domaine en question, et non pas à la création d'une règle « secondaire » et générale en matière de nécessité. En d'autres termes, l'état de nécessité ne pourrait être qu'une sorte « d'archétype », inspirant matériellement l'évolution des règles primaires […] ; mais il ne pourrait jamais devenir une règle générale « autonome » »[84]. L'auteur reprend par là-même, même s'il s'emploiera ensuite à la réfuter, la thèse de Sarah Heathcote, voyant dans l'état de nécessité une simple

[82] Une règle secondaire peut être définie comme la règle qui « s'attache à déterminer les conséquences d'un manquement aux obligations établies par les (règles primaires) », Selon l'expression utilisée par le rapporteur R. Ago, dans son deuxième rapport sur la responsabilité des Etats. V. AGO (R.), « L'origine de la responsabilité internationale », ACDI, vol. 2, 1970, p 191, §. 11. Appliqué au cas de l'état de nécessité, et dans le cas d'une acceptation de ce principe en tant que règle secondaire, le tribunal compétent doit, *prima facia*, déterminer si il a eu ou non violation par l'Etat de certaines dispositions du traité applicable en l'espèce. C'est seulement en cas de réponse affirmative que le tribunal examinera la possible invocation du principe d'état de nécessité, qui ne sera donc envisagé qu'après avoir déterminer la violation de règles substantielles du traité en question. A l'inverse, en cas d'existence d'une règle primaire d'état de nécessité, il s'agira alors d'une clause conventionnelle permettant de restreindre ou de déroger aux règles substantielles de ce traité. L'article 25 du texte CDI, formulant le principe coutumier de l'état de nécessité, doit ainsi être considéré comme une règle secondaire de droit international. A l'inverse, certains tribunaux et comités *ad hoc* CIRDI ont clairement affirmé la différence existant sur ce point avec la « clause d'exception de sécurité », devant quant à elle être considérée en tant que règle primaire. Cela obligera le tribunal à s'attacher en premier lieu à l'application possible de cette clause de nécessité avant d'envisager la violation des règles substantielles du traité et, mais *a posteriori* seulement, à l'application possible du principe coutumier.

[83] Une importante réflexion à ce sujet se trouve dans la thèse de Sarah Heathcote. V. HEATHCOTE (S.), *State of necessity in International Law*, *Op. cit.*, p. 258.

[84] CHRISTAKIS (T.), « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc. p. 31.

« source matérielle du droit par excellence qui peut engendrer de nouvelles règles d'exception particulières, telle que la nécessité financière »[85] .

Face à cette thèse, la tentation est grande de trouver dans les affaires CIRDI un exemple de création d'une exception particulière de nécessité financière, niant par la même implicitement l'utilité de la règle secondaire et générale de l'article 25. Rappelons-le, l'une des seules sentences CIRDI estimant que les mesures adoptées par l'Argentine remplissaient les conditions de l'article 25 ne va déclarer cet article applicable qu'*obiter ditcum*[86]. Et l'application au cas d'espèce, dans cette affaire, de l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine, rendait de toute manière inutile la référence ou le recours à l'article 25 du texte CDI. Quant à la sentence rendue dans l'affaire *Continental*, il faut remarquer que les violations conventionnelles non justifiées, en première analyse, par l'article XI de ce même TBI, ne le seront pas non plus par l'article 25 du texte CDI[87]. Et l'on ne peut d'ailleurs s'empêcher de remarquer que ça ne pourrait que difficilement être le cas, lorsque l'on sait que les conditions d'application de l'article XI ont été jugées plus souples que celles de l'article 25.

De part une application subsidiaire en cas de présence d'une « clause d'exception de sécurité », et de part la présence de conditions d'application plus strictes que cette dite clause, l'utilité de l'article 25 dans ces deux sentences, reconnaissant pourtant son applicabilité, est donc sérieusement mise à mal. Poursuivant cette logique, l'article XI reflèterait ainsi l'émergence d'une exception particulière de nécessité financière. La multitude de TBI contenant une clause similaire à celle du TBI Etats-Unis/ Argentine participerait d'ailleurs à l'émergence de cette exception particulière. Et l'utilité de l'insertion d'une telle clause dans les TBI serait en d'autres termes la preuve de l'inutilité, voir de l'inexistence de la règle reflétée par l'article 25[88].

Bien avant les affaires CIRDI, il pourrait être fait mention de l'affaire de la *Société commerciale de Belgique,* comme démontrant la volonté, en l'occurrence de la Belgique et de la Grèce, de création d'une exception particulière dans le domaine précis de la nécessité économique ou financière[89]. Et l'on peut également remarquer que certains Etats ont démontré la volonté de créer certaines exceptions spécifiques dans d'autres domaines que celui de la nécessité économique, en se dégageant donc de l'invocation de la règle générale de l'article 25. L'exemple des conséquences juridiques de l'accident du *Torrey Canyon* est ici probant, puisqu'il entraînera la conclusion d'une convention pouvant être interprétée comme la codification d'une exception particulière de nécessité en cas de risque imminent de pollution du fait d'un accident s'étant produit au delà de la mer territoriale[90].

A la suite de ces réflexions, il serait aisé de se tourner définitivement vers la thèse de l'inutilité de la règle coutumière reflétée par l'article 25 du texte CDI. Mais cette position reste extrême et possède d'importantes limites[91]. Conscient de cela, certains ont donc préféré une solution modérée face à celle de la suppression pure et simple de l'article 25. Cette solution implique une reformulation de l'article 25, en partant de l'affirmation de l'inadaptation de la rédaction actuelle du principe aux situations fréquentes de son invocation, incluant l'hypothèse de plus en plus fréquente de l'urgence économique.

**b.** Si ne l'on va pas jusqu'à remettre en cause les raisons de l'existence même de l'article 25, on peut donc s'interroger sur la pertinence de la rédaction actuelle du principe. Si certaines sentences ont cherché à affirmer son hypothétique invocation, tout en se gardant de l'appliquer au cas d'espèce, la majorité des sentences arbitrales issues du cas argentin ont d'ailleurs refusé l'invocation de l'article 25,

---

[85] HEATHCOTE (S.), « Is State of Necessity a Principle of Customary International Law? », préc., p. 53.
[86] V. *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, préc.
[87] V. à titre d'exemple *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc., §. 222.
[88] Les arbitres, en se basant sur ce type de clause pour déterminer l'existence d'un état de nécessité particulier, et ne laissant à la règle coutumière qu'une application subsidiaire, feraient ainsi le choix d'une définition particulière de la nécessité dans les cas de crise économique, prouvant ainsi l'inadéquation d'une règle générale pour faire face aux situations particulières de nécessité économique et financière
[89] HEATHCOTE (S.), *State of necessity in International Law, Op. cit.*, p. 258.
[90] V. Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures, conclue à Bruxelles le 29 novembre 1969 et entrée en vigueur le 6 mai 1975.
[91] Cf. *infra.*

en choisissant des interprétations à tel point restrictives de l'article qu'elles rendent en pratique pratiquement impossible son invocation dans un cas de crise économique ou financière. Ces divergences, ces hésitations, ce subjectivisme... peuvent amener à affirmer une simple inadéquation de la rédaction actuelle de cette excuse dans le texte CDI. Et sans reprendre l'ensemble des conditions d'application de l'article 25 du texte CDI, il suffit en effet de rappeler que la condition de « non-contribution » ne semble pas pouvoir être remplie dans les situations de crise économique et financière. Comme le rappelle Brigitte Stern, « si l'on considère l'interpénétration des facteurs expliquant la situation économique d'un Etat, on ne voit pas dans quel cas l'Etat pourra être considéré comme n'ayant pas participé à la création de sa situation économique »[92]. Ce même type de réflexion pourrait être faite à propos de la condition de l'« unique moyen », afin de conclure à l'inadaptation des conditions de la règle coutumière d'état de nécessité, formulée à l'article 25 du texte CDI, aux hypothèses d'urgence économique.

Face à cela, il serait également possible de se limiter à une simple critique de l'interprétation de ces conditions, une interprétation stricte, issue du caractère exceptionnel de la règle d'état de nécessité en droit de la responsabilité internationale[93]. Certains auteurs parleront d'ailleurs d'une interprétation « vicuñesque » de la crise argentine au regard des conditions de l'état nécessité[94], puisque les trois premières sentences furent rendues sous l'autorité du même président, le professeur Orrego Vicuña[95]. Ils ajouteront d'ailleurs que « seul l'avenir nous dira si ses prises de position très libérales et très pro-investisseurs dans ces trois sentences seront reprises par d'autres tribunaux »[96], et il sera donc intéressant de noter que de nouvelles sentences CIRDI se sont depuis alignées sur cette interprétation « vicuñesque » de la crise argentine au regard des conditions de l'état de nécessité[97].

Concernant cette interprétation stricte des conditions d'application de l'article 25, et en soulignant l'apparition historique de ce principe, utilisé en premier lieu dans un contexte d'utilisation de la force armée entre les Etats, une remarque pourrait être faite. S'il était en effet parfaitement compréhensible qu'une telle intransigeance juridique entoure cette règle d'état de nécessité lorsqu'un risque pour les valeurs fondamentales de la société internationale était en jeu, il est néanmoins surprenant qu'une telle intransigeance ait été conservée, et cela par le maintien de conditions extrêmement strictes et d'une interprétation restrictive de ces dernières, lorsque l'acceptation d'une application de cette règle est effectuée pour des situations ne mettant pas en péril de telles valeurs. L'acceptation de l'urgence économique comme situation permettant l'invocation de l'article 25[98] représente ainsi un exemple frappant de l'inadaptation possible d'un tel maintien d'une conception à ce point restrictive de la notion d'état de nécessité en droit international.

Quoi qu'il en soit, que ce soit par la remise en cause de la rédaction actuelle du principe coutumier, de son interprétation, ou par le désir plus extrême de sa disparition du monde juridique, la nécessité de l'existence d'un article au sein du texte CDI, introduisant l'état de nécessité au sein des circonstances

---

[92] STERN (B.), 2007, "La nécessité économique et financière", In *La nécessité en Droit International*, colloque de Grenoble de la Société Française pour le droit International, Paris, Pedone, p. 354. Arbitre dans l'affaire *El Paso*, Brigitte Stern n'hésitera d'ailleurs pas à exprimer son opposition à la décision de la majorité et la sentence elle-même indiquera cette opposition : « *arbitrator Stern disagrees with the far-reaching conclusion by the majority, which is not based, in her view, on an in-depth understanding of the intricacies of economic development* ». V. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, préc., §. 667.

[93] Cf. *infra*.

[94] V. notamment FOURET (J.), KHAYAT (D.), « Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. contre Argentine », préc., p. 356.

[95] En effet, à la suite de la publication de la sentence *Enron*, un lien entre l'interprétation donnée aux différentes conditions de l'article 25 et la présidence des Tribunaux CIRDI sera rapidement effectué. Certains parleront ainsi de la « "présidence Vicuña" ou la gemelitte de l'analyse de l'état de nécessité à l'Argentine », FOURET (J.), KHAYAT (D.), « Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. contre Argentine », préc., p. 356.

[96] *Idem.*

[97] On peut citer à ce titre les sentences dans les affaires *Total*, *Aguas argentinas* ou *Impregilo.* V. *Total S.A v. Argentine Republic*, préc. ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic*, préc. ; *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, préc.

[98] Cf. *supra*.

excluant l'illicéité en droit de la responsabilité internationale, semble bien aujourd'hui à nouveau contesté. Cette dernière affirmation nécessite néanmoins une réflexion plus élargie, une réflexion justifiant selon nous, et en dernière analyse, le maintien de la règle secondaire de l'article 25 du texte CDI

### 2. Un maintien justifié de la règle secondaire

Après avoir observé d'importants points de remise en cause de l'article 25, et sachant que ces remises en cause peuvent trouver une illustration dans la jurisprudence récente du CIRDI, il faut néanmoins approfondir ici la réflexion, et se demander si le maintien de la règle secondaire ne peut pas se justifier par un certain nombre de constats et de réflexions juridiques, inspirés d'ailleurs et en grande partie par cette même jurisprudence CIRDI. La première justification à apporter au maintien de la règle secondaire de l'article 25 du texte CDI se trouve être en effet une véritable constatation, celle d'une pratique étatique largement centrée sur l'invocation de la règle secondaire (A). La seconde justification provient quant à elle d'une réflexion purement logique, celle de la nécessité de la règle secondaire dans les hypothèses où une règle primaire n'a pas encore été prévue (B). Et si le premier argument n'est pas tout à fait suffisant, car accompagné d'un certain nombre de contre-exemples ou de mises en doute, associé au second, cette seconde justification permettra selon nous un maintien clairement justifié de la règle secondaire de l'article 25 du texte CDI.

**a.** Il est tout particulièrement significatif de noter que la pratique des Etats ne reflète que très rarement la thèse de l'inexistence de la règle secondaire reflétée par l'article 25, voir de la simple inadéquation de sa formulation. En effet, dans une grande partie des situations le permettant, les Etats ont souvent fait appel à la règle secondaire de l'article 25, plutôt que démontré la volonté de création d'une exception particulière. Ils ont d'ailleurs, et par là-même, souvent tenté d'inclure dans la règle générale et secondaire de l'article 25 des situations de nécessité particulière. A ce titre, on peut rappeler que, dans l'affaire du *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, l'Etat invoquant une situation de nécessité avait tenté d'inclure la nécessité écologique dans la règle secondaire reflétée à l'époque par l'article 33 du texte CDI[99].

D'autres affaires plus ou moins anciennes participent également au développement de cette pratique étatique[100], et l'ensemble des affaires CIRDI concernant le cas Argentin confirme d'ailleurs cette tendance. L'Argentine s'est en effet employée à démontrer que la crise économique et financière qu'elle avait connue devait lui permettre d'invoquer la règle secondaire en matière d'état de nécessité[101], s'inscrivant ainsi dans la logique de l'existence de cette règle secondaire[102].

L'Argentine n'avait néanmoins, il est vrai, pas grand chose à perdre dans l'extension de sa défense au delà de l'excuse conventionnelle de l'article XI. Et il est également certain qu'elle se basait également, et dès qu'elle le pouvait, sur l'article XI, certainement consciente de l'incertitude accompagnant l'invocation de l'article 25 du texte CDI. Même si la pratique étatique semble donc s'être centrée sur l'invocation de la règle secondaire, démontrant ainsi la place et l'utilité attribuées à cette règle par les destinataires du droit international, certains doutes subsistent donc. Ces doutes proviennent non seulement des exemples, rares mais néanmoins présents, où les Etats semblent préférer participer à la

---

[99] Théodore Christakis rappelle d'ailleurs à ce titre que « tout l'effort de la Hongrie […] consistait, précisément, à démontrer que la « nécessité écologique » fait partie de la famille de « l'état de nécessité ». V. CHRISTAKIS (T.), « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc., p. 34.

[100] L'on pourrait citer à titre d'exemples *The MV Saiga (n°2) case (St Vincent v. Guinea)*, TIDM, Jugement du 1er Juillet 1999, I.L.M., 1999, vol. 38, p. 1323 ; *Conséquences juridiques de la construction d'un mur en Palestine*, CIJ, Avis consultatif du 9 juillet 2004, Recueil 2004, p. 194.

[101] Dans l'affaire *CMS*, l'Argentine cherche en effet à démontrer « that economic interest qualifies as essential interest of the State when threatened by grave and imminent peril ». V. *CMS Gas Transmission Co v. Argentine Republic*, préc., §. 306.

[102] On pourrait d'ailleurs souligner ici l'importance que pourrait avoir la jurisprudence dans l'affaire *Continental*. Comme le précise Diane A. Disierto, « *under a persistent climate of high risk, market uncertainty, and capital volatility, it is not unlikely that more governments will find inspiration from Argentina's triumphant use of the defence of necessity or economic emergency in the Continental Award to defeat investor claims* »V. DIESIERTO (Diane A.), « Necessity and supplementary means of interpretation for "non-precluded measures" in bilateral investment treaties », préc., p. 930.

création d'exceptions particulière par la création de règles primaires dans certains domaines spécifiques[103], mais donc également de la position douteuse de l'Argentine et des arbitres dans certaines affaires s'intéressant à la crise ayant secoué ce pays au début des années 2000. Force est donc de reconnaître que ces doutes ne permettent pas de justifier complètement le maintien de la règle secondaire.

**b.** Suite à ce premier argument, pas totalement convaincant, il convient donc maintenant de souligner l'existence de nombreuses affaires ou l'invocation d'une « clause d'exception de sécurité » conventionnelle ne fut tout simplement pas possible, puisque le TBI invoqué par l'investisseur ne contenait tout simplement pas une telle clause[104]. Devant son absence, l'Argentine concentrera d'ailleurs sa défense sur l'excuse de nécessité issue de la règle secondaire de l'article 25. On voit donc bien l'incohérence, dans ce type de situation, de l'affirmation de l'inutilité d'une règle secondaire. Certes, dans certains cas précis où l'évolution du droit a permis la création, dans un domaine précis, d'une règle primaire de nécessité, l'utilité de la règle secondaire sera amoindrie, surtout lorsque l'exception particulière apparaît, dans ses conditions d'application, moins restrictive que la règle secondaire et générale de l'article 25. Mais lorsque cette exception n'a pas atteint le stade de la coutume, ou n'a pas été généralisée conventionnellement à l'ensemble du domaine en question, l'intérêt et l'utilité de la règle secondaire dans son rôle de « soupape de sécurité » réapparaissent assez logiquement. D'autre part, suivant la même logique, mais face ici à l'émergence d'un nouveau domaine d'application, « un Etat qui invoque pour la toute première fois la nécessité dans un domaine précis pour justifier un comportement contraire au droit n'a guère intérêt à s'inscrire dans une perspective de « règle primaire » car son argument risque d'être repoussé : le juge pourrait constater que la règle en question n'existe pas car , précisément, c'est la première fois qu'on l'invoque et « une fois n'est pas coutume » »[105]. Que ce soit donc en présence d'un nouveau domaine d'application (où la nécessité n'avait auparavant jamais été invoqué), ou dans l'hypothèse d'un domaine traditionnel d'application de la règle d'état de nécessité (où le droit n'a pas jugé nécessaire de créer une exception spécifique), la nécessité d'une règle secondaire telle que présentée à l'article 25 du texte CDI reste donc évidente.

Une prise en considération de l'ensemble de ces remarques permettra ainsi de consolider la justification au maintien de l'article 25 du texte CDI, règle secondaire et générale d'un principe coutumier ne cessant d'agiter les débats au sein de la pratique juridique internationale. La nécessité de ce maintien renforce néanmoins les nombreuses inquiétudes sur l'imprécise applicabilité de la règle d'état de nécessité, dans sa manifestation aussi bien coutumière que conventionnelle, et notamment dans les situations de crise économique et financière précisément illustrées par le contentieux argentin récent devant le CIRDI.

Les divergences des arbitres CIRDI, s'étant intéressés au contentieux argentin, et concernant notamment les rapports entre l'article 25 du texte CDI et l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine, ont ainsi conduit à la résurgence de nombreuses problématiques sur la question de l'applicabilité de l'état de nécessité dans les situations de crises économiques et financière. Les implications juridiques d'une telle règle connaîtront une histoire similaire devant les tribunaux et comités *ad hoc* du CIRDI.

## II. Des implications incertaines d'un état de nécessité économique

Le texte CDI ne permet pas le moindre doute, l'état de nécessité doit être considéré comme l'une des circonstances *excluant l'illicéité*. Le choix des membres de la CDI aura ainsi été d'une seule et même catégorie pour l'ensemble des circonstances pouvant intervenir à la suite d'une violation par un Etat de ses obligations internationales. Ce choix ne s'imposera pourtant pas comme exempt de toute critique[106]. Et l'apparition de la jurisprudence CIRDI, concernant le cas Argentin, ouvrira une nouvelle

[103] Cf. *infra.*
[104] On peut citer ici les affaires *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic*, préc. ; *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, préc. ; *Total S.A v. Argentine Republic*, préc.
[105] CHRISTAKIS (T.), « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc., p. 34.
[106] Cf. *infra.*

fois le débat sur l'exactitude juridique de cette qualification, lourde de conséquences face à la reconnaissance d'un état de nécessité économique, et notamment face à la question de l'indemnisation de la partie lésée.

C'est en effet un véritable « dilemme de l'indemnisation » qui va être soumis aux arbitres de cette juridiction internationale, dilemme ayant une fois de plus amené à des prises de position surprenantes de part leurs divergences (A). Après l'analyse spécifique de ce dilemme, il faudra donc naturellement s'interroger sur la reformulation de cette circonstance *excluant l'illicéité*, afin d'envisager une solution satisfaisante à cette nouvelle « zone de turbulences ». Cette reformulation aura d'ailleurs été proposée, par certains auteurs[107], sous la forme d'un déclassement de l'état de nécessité en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité* (B).

### *A. Le dilemme de l'indemnisation face à l'urgence économique*

L'indemnisation, il faut le rappeler, est une modalité classique de la réparation en droit de la responsabilité internationale[108]. Mais n'oublions pas qu'il s'agit d'évoquer ici les conséquences de l'invocation d'une *circonstance excluant l'illicéité*, ce qui empêche, par principe même, l'application de la seconde partie du texte CDI concernant les conséquences du fait internationalement illicite[109]. Constat évident donc, mais s'arrêter ici serait ignorer le fait que les conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité impliquent également la question de l'indemnisation. Au sein du chapitre V du texte CDI, l'article 27, concernant les conséquences de l'invocation d'une des circonstances énumérées par ce même chapitre, évoque en effet, dans son alinéa *b*, la question de l'indemnisation :

> L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice (…) de la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question[110].

Et ce sera justement par cette évocation de l'indemnisation que surgira devant la juridiction CIRDI un dilemme en cas d'invocation par la partie défenderesse du principe de l'état de nécessité. Un dilemme dont la solution semble essentielle, puisque dans les hypothèses d'urgence économique, les arbitres vont vite se rendre compte qu'une indemnisation s'avère presque toujours indispensable, et ceci malgré la reconnaissance juridictionnelle de l'état de nécessité économique (2). Il s'agira d'ailleurs d'un dilemme d'autant plus redoutable que l'alinéa *b* de l'article 27 va se révéler d'une inutilité remarquable et remarquée (1).

#### 1. Une inutilité remarquée de l'article 27 du texte CDI

Comme indiqué précédemment, l'article 27 du texte CDI s'intéresse aux conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité, et par conséquent aux conséquences de l'application de l'article 25. Et si l'une de ces conséquences prévues au premier alinéa de l'article 27, n'aura posé, dans le cas argentin, aucun problème particulier aux arbitres CIRDI[111], l'alinéa *b* aura quant à lui entraîné

---

[107] V. notamment CHRISTAKIS (T.), 2007 « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc.

[108] Le texte CDI l'indique clairement, en affirmant dans son article 34 que « la réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement ». Souligné par nous. V. Projet d'articles, *Préc.,* p. 253. Cette indemnisation est une réparation par équivalence et la CPJI aura même eu l'occasion d'affirmer, dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow*, que « c'est un principe de droit international que la réparation d'un dommage peut constituer une indemnité ». V. *Usine de Chorzow* (Allemagne c. Pologne), C.P.J.I., Arrêt du 13 septembre 1928, Série A, No 17.

[109] Dans l'affaire relative au Projet Gabcikovo-Nagymaros, la cour rappelle sur ce point : « il est une règle bien établie du droit international qu'un Etat lésé est en droit d'être indemnisé par l'Etat auteur d'un *fait internationalement illicite* ». Souligné par nous. V. *Projet Gabcíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), préc., p. 81, §. 152.

[110] V. Projet d'articles, préc., Article 27.

[111] Il s'agit du paragraphe a) de l'article 27 affirmant que l'invocation d'une des circonstances excluant l'illicéité est sans préjudice « du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus ». V. Projet d'articles, préc., p.224.

d'importants débats devant les différents Tribunaux CIRDI, aboutissant à des solutions clairement divergentes de la part de ses arbitres.

Cet alinéa, dénommée communément « clause de sauvegarde », offrira ainsi aux arbitres CIRDI plus de questions que de réponses. Et c'est justement, à partir de cette observation, que l'on se permettra de qualifier cette clause de « décorative » (a). Cette qualification n'aura d'ailleurs pas seulement des conséquences théoriques. La pratique, révélée par les sentences récentes des juridictions CIRDI face au cas argentin, permettra également d'illustrer l'inutilité de cette « clause de sauvegarde » (b).

**a.** Selon les propres mots du commentaire associé à l'article 25, l'alinéa *b* de l'article 27 « fait mention de la possibilité d'une indemnisation dans certains cas ». En outre, dans ce commentaire, tout comme dans la formulation de l'article 27 lui même, cette clause est présentée sous forme de clause «sans préjudice», l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité se trouvant donc « sans préjudice » de la question de l'indemnisation. Le commentaire s'emploie ensuite à clairement différencier ce terme d'indemnisation d'une indemnisation comme conséquence de la réparation d'un fait jugé internationalement illicite. Il souligne en effet la différence entre les termes de « perte effective » et de « dommage » : l'indemnisation, en tant que conséquence de l'application d'une circonstance excluant l'illicéité, s'intéressant au premier, plus restrictif que le second[112]. Il faut donc comprendre que l'hypothétique indemnisation, en reprenant les indications des membres de la CDI, doit être limitée aux « pertes effectives » et ne doit pas être assimilée à la réparation des dommages produits[113].

Les membres de la CDI ont donc conscience d'un problème évident : ils l'indiquent en affirmant qu'en l'absence d'une possibilité d'indemnisation, « l'Etat dont le comportement serait normalement illicite pourrait faire supporter à un Etat tiers innocent le coût de la défense de ses propres intérêts ou préoccupations »[114]. Certainement « choqués » par une telle éventualité, les membres de la CDI choisissent de soulager leur conscience en maintenant une possibilité d'indemnisation[115]. Le problème est que tout s'arrête à cette simple « possibilité ». La porte de l'indemnisation est ouverte, mais rien n'est dit sur les raisons devant pousser les juges ou arbitres internationaux à la franchir. Une fois de plus, et l'on soulignera le mérite de leur franchise, les membres de la CDI ont d'ailleurs conscience de cela puisqu'ils indiquent clairement à la fin du commentaire que « l'alinéa *b* ne vise pas à préciser dans quelles circonstances une indemnisation doit être versée. […] Il appartiendra à l'Etat qui invoque une circonstance excluant l'illicéité de s'entendre avec les Etats atteints sur le versement éventuel d'indemnités et le montant de celles-ci en l'espèce »[116].

En résumé, la clause de sauvegarde incluse au sein de l'article 27 n'affirme pas l'obligation d'indemnisation des pertes subies par un autre Etat, ni d'ailleurs le contraire. Et cette absence apparemment volontaire de précision entraîne une remise en cause de l'intérêt même de la « clause de sauvegarde », d'où sa possible qualification de « décorative ».

Cette clause ne va d'ailleurs pas tarder à entraîner dans la pratique de nombreuses interrogations. Les arbitres CIRDI, devant le cas argentin, vont se trouver devant le devoir d'y répondre, du moins en partie. Et la divergence des conclusions, permise par l'absence de précision de l'alinéa, soulignera d'autant plus son inutilité.

---

[112] Parmi les conséquences d'un fait internationalement illicite, l'indemnisation doit en effet couvrir l'intégralité du préjudice subi mais celui-ci seulement.

[113] Ainsi, face au cas argentin, « si cela ne signifie pas que l'investisseur pourra récupérer des intérêts, simples ou composés, être indemnisé pour la perte d'une chance ou d'autres bénéfices prospectifs, ce dernier devrait, selon cette formulation, être au moins indemnisé pour son investissement en lui-même. Si cet investissement a perdu une partie de sa valeur originelle en raison de l'état de nécessité, l'Argentine devrait, en vertu de l'article 27, indemniser ce préjudice, cette perte effective. Il n'est pas question de faire porter toutes les conséquences d'une telle situation sur l'investisseur. Cependant, il est tout de même nécessaire de prendre en compte le risque que ce dernier a pris en investissant. En raison de l'excuse présentée par l'Argentine, il ne pourra pas récupérer certains des potentiels fruits de son investissement mais uniquement cette « perte effective » ». V. FOURET (J.), KHAYAT (D.), « LG&E contre Argentine », préc.

[114] Projet d'articles, préc., p. 226.

[115] CHRISTAKIS (T.), « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc., p. 51.

[116] Projet d'articles, préc., 226.

**b.** Il faut donc maintenant s'intéresser aux différentes solutions proposées par les arbitres CIRDI face à la question de l'interprétation de l'alinéa *b* de l'article 27. Et là encore, les arbitres CIRDI, face à la complexité d'une nouvelle problématique issue de l'application du principe de l'état de nécessité à un cas de crise économique, ne vont pas choisir le chemin de la simplicité et de la convergence des solutions. Bien au contraire, une importante divergence va ici encore apparaître. Cette divergence de la jurisprudence, encore plus remarquée qu'il s'agit ici de sentences issues d'une même juridiction internationale, était dans un sens prévisible. Ce sera cette « prévisibilité » qui permettra d'illustrer l'inutilité de la « clause de sauvegarde ». Cette illustration se fera d'ailleurs également par certaines solutions exprimant implicitement le caractère « décoratif » de l'alinéa *b* de l'article 27 du texte CDI[117].

Revenons aux solutions dégagées par la jurisprudence CIRDI. L'une d'entre elles sera d'affirmer que même en cas d'application de l'article 25, et donc en cas d'exclusion de l'illicéité des faits de l'Argentine, l'indemnisation de l'investisseur privé, lésé par ces faits, doit tout de même être indemnisé par l'Etat à l'origine de ces faits. Cette solution revient à voir dans l'article 27 un véritable *devoir d'indemnisation*, même restreint, à la partie « innocente » et lésée, même si les faits à l'origine de la violation de la violation du droit international peuvent être justifiés par l'application d'une des circonstances excluant l'illicéité. On trouve ce type de raisonnement dans l'affaire *CMS* lorsque les arbitres affirment qu'en tout hypothèse, la constatation d'un état de nécessité prévu à l'article XI, comme la constatation d'un état de nécessité en droit international général, n'empêcherait pas que l'investisseur lésé doive être indemnisé en application de l'article 27 du texte CDI[118]. On s'aperçoit d'ailleurs que les arbitres, dans cet affaire, semblent interpréter l'article 27 du texte CDI comme exprimant les conséquences à l'application de la clause conventionnelle d'urgence. On sait pourtant que l'article 27 ne doit concerner que les règles secondaires du chapitre V du texte CDI et n'a aucune vocation à s'appliquer à certaines règles primaires issues de conventions internationales, même si ces dernières semblent refléter l'une des circonstances présentes dans ce chapitre V.

Prenant le contre-pied direct de cette solution, les arbitres dans l'affaire *LG&E* vont affirmer qu'il ne saurait découler de l'article 27 l'obligation pour les Etats invoquant un état de nécessité d'indemniser les pertes subies par les investisseurs durant la période de crise. Le Tribunal fera alors référence au commentaire de la CDI d'après lequel « l'alinéa b ne vise pas à préciser dans quelles circonstances une indemnisation doit être versée »[119]. Rejetant ainsi tout devoir d'indemnisation, le Tribunal soulignera que la « clause de sauvegarde » n'est qu'une « porte ouverte », sans pour autant affirmer que l'application de l'article 25 interdit purement et simplement la possibilité de la franchir. Le Tribunal, se retrouve ainsi face à un certain « vide juridique », confirmant d'ailleurs implicitement l'inutilité de la « clause de sauvegarde » inscrite à l'alinéa *b* de l'article 27 du texte CDI. Afin de surmonter cet obstacle, les arbitres utiliseront donc la clause conventionnelle d'urgence présente à l'article XI du TBI Etats-Unis/ Argentine[120].

Ce type d'interprétation a pourtant rarement été utilisé par les arbitres CIRDI. Nous l'avons vu, les arbitres dans l'affaire *CMS* ont préféré parler d'un *devoir d'indemnisation* de l'investisseur en cas d'application de l'article 25. Dans cette même affaire, les arbitres rappellent d'ailleurs l'indication des juges de la CIJ, dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, selon laquelle la Hongrie avait reconnu expressément que l'application d'un état de nécessité ne l'exemptait pas du devoir

---

[117] Il est d'ailleurs à ce stade intéressant de souligner que même lorsqu'un tribunal CIRDI rejette l'application d'un état de nécessité au cas d'espèce, il se prononce tout de même sur la question des conséquences à l'application de l'article 25 du texte CDI.

[118] *CMS Gas Transmission Co v. Argentine Republic*, préc., p. 120, §. 383.

[119] Projet d'articles, préc., p. 225.

[120] Ces arbitres déclareront en effet : « *tribunal's interpretation of article XI of the treaty provides the answer* ». V. *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, *Préc.,* p. 267, §. 264. Et malgré une nouvelle critique possible face à l'utilisation d'une règle primaire et conventionnelle face à une problématique découlant de l'application de la règle secondaire de l'article 25, il faut tout de même noter que le Tribunal conclura que « *the damages suffered during the state of necessity should be borne by the investor* ». V. *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, *Préc.,* p. 267, §. 264.

d'indemniser l'Etat lésé[121]. Et l'on peut remarquer que d'autres Tribunaux ont suivi une interprétation équivalente, en consacrant ce *devoir d'indemnisation*. C'est le cas dans l'affaire *Enron* où les arbitres affirmeront d'ailleurs qu'en absence d'un accord négocié par les parties au litige, la détermination de cette indemnisation devra être faite par le Tribunal devant lequel le différend a été soumis[122].

La conclusion est donc sans appel, la « clause de sauvegarde » présente au sein de l'article 27 du texte CDI, tout en évoquant l'indemnisation de la partie lésé, s'avère d'une inutilité flagrante face à l'objet de notre étude. Quelques précisions supplémentaires au sein du Projet d'articles auraient d'ailleurs permises de guider les décisions des arbitres CIRDI face au cas argentin, ces derniers s'étant d'ailleurs aperçu, dans l'hypothèse d'une reconnaissance de l'état de nécessité, de l'indispensable indemnisation de la partie lésé « innocente ».

### 2. Une nécessaire indemnisation malgré la présence d'un état de nécessité

En évoquant une possibilité d'indemnisation de la partie lésée en cas d'application de l'article 25, le texte CDI ne fait donc qu'apporter une nouvelle problématique devant être résolue par les arbitres internationaux. Le cas de l'urgence économique est particulièrement illustratif en la matière, puisqu'une certaine indemnisation de la partie lésée semble justifiée, malgré la présence souvent incontestable d'un état de nécessité économique.

Rappelons tout de même, comme l'indique le TAOIT par une formule imagée, que les recettes issues d'une indemnisation ne permettent que « de réparer une perte effectivement subie et ils ne sauraient être considérés comme une manne tombée du ciel ni comme la marmite de pièces d'or que l'on est censé trouver au pied de l'arc-en-ciel »[123]. Cette « piqûre de rappel » du TAOIT, bien que concernant l'indemnisation dans le cadre des conséquences d'un fait internationalement illicite, pourrait être particulièrement utile dans le cadre du contentieux CIRDI. Une « nécessaire » indemnisation ne devrait en effet pas être perçue par les investisseurs privés comme une quelconque possibilité de profit.

Ceci souligné, en cas de crise économique ou financière, et face à la nécessité d'une indemnisation malgré la présence d'un état de nécessité, les arbitres CIRDI vont se trouver bloqués par deux types de considération. Le premier, théorique, repose sur la difficile justification de l'octroi d'une indemnisation en cas d'application de l'article 25. En effet, s'il est assez aisé de comprendre que l'exclusion de l'illicéité d'un acte ne devrait pas entraîner la réparation de celui-ci, il est en revanche bien plus compliqué de justifier l'affirmation d'une obligation d'indemnisation dans ce même cas (a). La seconde considération découlera de la première. En constatant la complexité d'une justification d'un devoir d'indemnisation en l'absence d'acte illicite, les arbitres se retrouvent devant deux possibles choix, celui de l'application de l'article 25 sans indemnisation de la partie lésée, ou celui du maintien de l'illicéité impliquant la réparation complète de l'acte litigieux. Cette logique du « tout ou rien » semble difficilement satisfaisante (b).

**a.** Comme l'indique Théodore Christakis, un problème apparaît « presque insoluble : si aucun acte illicite n'a été commis (car l'état de nécessité exclut l'illicéité selon la CDI), comment l'obligation de réparer peut-elle exister ? »[124]. En classant l'état de nécessité en tant que circonstance *excluant l'illicéité*, comme d'ailleurs l'ensemble des autres circonstances du chapitre V du texte CDI, les membres de la CDI ont clairement fait le choix d'une suppression de l'illicéité de l'acte lors de l'application d'une de ces circonstances. Il serait alors surprenant d'affirmer, d'après la logique juridique, l'existence dans ce genre d'hypothèse d'une obligation de réparation. La question est de taille et permet sans doute de passionnantes réflexions théoriques autour de ce « mystère de

[121] Cette référence à un arrêt de la CIJ permettrait en outre d'affirmer l'acceptation par les Etats destinataires de la règle de droit, en l'occurrence ici la Hongrie, d'un certain devoir d'indemnisation en cas d'application de ce si particulier état de nécessité. Mais l'exemple reste isolé.
[122] *Enron Corp. Ponderosa assets, LP v. Argentine Republic*, préc., p. 109, §. 345.
[123] *Bustani (recours en révision de l'OIAC),* TAOIT, 14 juillet 2004, jugement n°2338, §7.
[124] CHRISTAKIS (T.), « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc., p. 52.

l'obligation d'indemnisation »[125]. Les auteurs débattent sur ce sujet[126]. On se contentera ici de souligner l'une de ces solutions pouvant être apportée, tout en remarquant l'importante complexité de cette dernière.

Deux solutions peuvent en effet être analysées. La première résiderait dans la qualification d'une telle indemnisation de réparation « pour simple dommage », faisant ainsi place à l'idée d'une réparation de certains préjudices en l'absence de tout fait illicite, dans le cadre d'une responsabilité pour activités non interdites par le droit international. Cela semble correspondre parfaitement à notre situation, l'application de l'excuse de nécessité excluant l'illicéité du fait entrepris par l'Etat. Mais s'arrêter ici serait méconnaître les importantes limites d'une telle qualification. En effet, d'un point de vue purement logique, cette obligation de réparation « pour simple dommage » ne peut être qu'une obligation primaire. Elle ne peut donc pas concerner les conséquences des circonstances excluant l'illicéité du chapitre V du texte CDI, puisque ces circonstances sont de véritables règles secondaires, règles s'intéressant d'ailleurs à la responsabilité de l'Etat pour fait illicite. On pourra également noter que cette responsabilité sans fait illicite n'est admise en droit international qu'à titre exceptionnel, qu'elle divise toujours profondément la doctrine, et qu'elle ne peut être reconnue que sur la base de texte précis[127]. Cette solution est donc clairement insatisfaisante[128], et sa complexité démontre aisément la difficulté d'une justification d'un devoir d'indemnisation en l'absence d'acte illicite. Et c'est bien la conclusion qu'il fallait atteindre.

Et s'intéressant aux différentes sentences CIRDI, les arbitres ont d'ailleurs clairement été confronté à cette problématique[129], ce qui les incitera sans doute à l'adoption de décisions particulières, comme celles rejetant l'application de l'article 25, tout en reconnaissant les circonstances particulières ayant entourées l'adoption par l'Argentine des mesures litigieuses, afin de diminuer le montant de l'indemnisation du à l'investisseur privé[130].

**b.** Concernant la question de l'invocation d'un état de nécessité, certains auteurs[131] ont souligné que les juges et arbitres internationaux se trouvaient devant un dilemme loin d'être satisfaisant concernant les conséquences de leurs décisions. Ce dilemme se retrouve dans les jurisprudences CIRDI s'intéressant au cas argentin et a été intitulé par la doctrine comme la logique du « tout ou rien ». Ce dilemme part du constat, analysé précédemment, d'une indemnisation difficilement justifiable en cas de reconnaissance d'un état de nécessité. Acceptant ce constat, et ne pouvant donc que difficilement justifier une quelconque indemnisation en cas d'application de la règle d'état de nécessité, deux hypothèses s'offrent logiquement aux arbitres internationaux. Ils peuvent tout d'abord choisir d'admettre l'application au cas d'espèce d'un état de nécessité, et donc d'une circonstance excluant l'illicéité, et refuser ainsi tout indemnisation à la partie victime et innocente des circonstances particulières de l'Etat récepteur de ses investissements. Cette décision, comme le démontre le cas

---

[125] *Idem.*

[126] V. par exemple FORTEAU (M.), « L'éventualité d'une réparation en cas de circonstances excluant l'illicéité », in *Le droit international de la responsabilité* (Edité par J. Crawford, A. Pellet, S. Szurek et al.), Pedone, Cedin Paris X, 2006.

[127] On peut également noter ici les nombreuses difficultés rencontrées par la C.D.I. lorsqu'elle s'est attaquée à la codification des règles concernant la « responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ».

[128] Théodore Christakis exposera également brièvement d'autres solutions possibles comme celle d'une "obligation de substitution", de responsabilité *sui generis*, tout en soulignant « le caractère complexe et quelque peu acrobatique de ces solutions ». V. CHRISTAKIS (T.), « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc., p. 53.

[129] Concernant à titre d'exemple la sentence dans l'affaire *CMS,* le Tribunal va rejeter l'argument de l'Argentine selon lequel aucune indemnisation n'est due si les mesures prises le sont en état de nécessité. Et pour expliquer ce maintien de l'obligation d'indemnisation, le Tribunal se justifiera difficilement en affirmant que « *the Respondent's argument is tantamount to the assertion that a Party to this kind of treaty or its subject, are supposed to bear entirely the cost of the plea of the essential interests of the other. This is, however, not the meaning of international law or the principles governing most domestic legal systems* ». V. *CMS Gas Transmission Co v. Argentine Republic*, préc., p. 120, §. 389.

[130] Cette conclusion illustre bien que dans certains cas d'espèce, comme celui de l'urgence économique, une indemnisation de la partie lésée semble nécessaire, tout en reconnaissant les circonstances particulières ayant obligé l'Etat auteur de la violation du droit international à agir.

[131] V. notamment LEBEN (C.), « L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement », préc. ; CHRISTAKIS (T.), « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc.

argentin, peut être clairement inéquitable pour cette partie lésée. A l'inverse, les arbitres peuvent conclure à une responsabilité pleine et entière de l'Etat, responsabilité pouvant se révéler « injuste » au vu de sa situation[132]. On voit donc bien que dans certains cas, des nuances peuvent exister entre ces deux extrêmes, le juge étant parfois confronté à des situations où le « tout » (exclusion de l'illicéité) ne peut pas être retenu, car le résultat serait inéquitable pour l'Etat lésé (ou l'investisseur privé dans le cas argentin), mais où le « rien » (responsabilité pleine et entière de l'Etat) ne serait être jugé satisfaisant, compte tenu de la situation spécifique à l'origine du comportement litigieux[133].

Cette inadaptation de la logique du « tout ou rien » est d'ailleurs soulignée par le « bricolage juridique » entrepris par certains arbitres CIRDI face au cas argentin. En effet, comme l'explique Charles Leben, dans l'affaire *CMS*, la réponse du tribunal face à la possible invocation d'un état de nécessité, « digne du roi Salomon, va tout à la fois refuser l'excuse de l'état de nécessité invoquée par l'Argentine mais considérer que l'indemnisation due à la société CMS doit prendre en compte les conditions économiques exceptionnelles dans lesquelles ce pays s'est trouvé dans les années 2000/2002 »[134]. Preuve de leur capacité d'imagination, les arbitres auront donc innové par la création d'une voix médiane, entre la reconnaissance et la non-reconnaissance de l'état de nécessité. Cette nouvelle voie revenait, pour les arbitres, à attribuer différentes significations à la notion de « nécessité »[135] puisque, tout en n'osant pas la reconnaissance d'un état de nécessité, ils jugeront « nécessaire » la prise en compte des problèmes économiques des argentins lors du calcul de l'indemnisation[136]. On pourrait également citer les affaires *Enron* et *Sempra* où, tout comme dans l'affaire *CMS*, les arbitres considèrent que l'état de nécessité n'est pas applicable en l'espèce mais prennent tout de même en compte la situation de crise financière lors de l'évaluation du montant des réparations[137].

Pourtant, et à l'inverse, dans l'affaire *LG&E*[138], les arbitres vont choisir d'appliquer cette logique du « tout ou rien » en se plaçant du côté du « tout ». En effet, admettant l'application au cas d'espèce d'un état de nécessité, ils en tirent les pleines conséquences juridiques en affirmant que l'état de nécessité exclut l'illicéité des actes de l'Etat, l'exonère entièrement de sa responsabilité, et exclut donc une quelconque indemnisation de l'investisseur privé lésé. Les arbitres justifient d'ailleurs cette conclusion d'une lecture combinée de l'article XI du TBI et de l'article 27 du texte CDI sur la responsabilité ne spécifiant pas, selon eux, les conséquences pécuniaires dues à l'investisseur ayant subi un préjudice durant la période donnée. Les arbitres affirment ainsi qu'il ne saurait découler de l'article 27 du texte CDI l'obligation pour les Etats invoquant un état de nécessité d'indemniser les pertes subies par les investisseurs durant la période de crise[139].

---

[132] Ce que démontre également le cas argentin par la situation dramatique ayant poussé l'Etat argentin à agir.

[133] CHRISTAKIS (T.), « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc., p. 50.

[134] LEBEN (C.), « L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement », préc. L'auteur livre d'ailleurs son analyse de cette solution en indiquant que « pour le tribunal, on ne se trouve pas dans une situation de tout ou rien, soit une exclusion de toute illicéité pour cause d'état de nécessité, soit une responsabilité totale de l'Argentine mettant à sa charge l'intégralité des dommages économiques subis par les sociétés ».

[135] Les arbitres affirmeront en effet ceci : « [a] severe crisis cannot necessarily be equated with a situation of total collapse. And in the absence of such profoundly serious conditions it is plainly clear that the Treaty will prevail over any plea of necessity. However, if such difficulties, without being catastrophic in and of themselves, nevertheless invite catastrophic conditions in terms of disruption and disintegration of society, or are likely to lead to a total breakdown of the economy, emergency and necessity might acquire a different meaning ». V. *CMS Gas Transmission Co v. Argentine Republic*, préc.

[136] L'affirmation de ces arbitres CIRDI concernant les circonstances entourant les violations de l'Etat Argentin est d'ailleurs claire : « *while not excusing liability or precluding wrongfulness from the legal point of view they ought nevertheless to be considered by the Tribunal hen determining compensation* ». V. *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc., §. 356.

[137] Dans l'affaire *Sempra*, les arbitres affirment par exemple que le Tribunal n'est pas plus convaincu que ne l'étaient les Tribunaux dans les affaires *CMS* et *Enron* du fait que la crise justifie l'application de l'urgence et de la nécessité, mais il admet par contre et sans le moindre doute que le changement des conditions économiques doit avoir une influence concernant l'évaluation de l'indemnisation. V. *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, préc., p. 115, §. 348.

[138] *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic,* préc.

[139] Notons tout de même, que bien que choisissant une certaine application du « tout », les arbitres dans cette affaire vont tout de même, par application de l'alinéa *a* de l'article 27 du texte CDI, conclure à une certaine indemnisation de la partie lésée. En effet, en définissant arbitrairement la période qu'elle estime correspondre à l'état de nécessité de l'Argentine, et par l'affirmation du maintien de l'illicéité des agissements de cet Etat postérieurement à cette date, les arbitres parviennent à

A ce stade de l'analyse, les observations et conclusions concernant la question de l'indemnisation en cas d'application de l'article 25 semblent donc assez évidentes. Elles reviennent à affirmer l'inadaptation d'une logique du « tout ou rien » puisque, dans certaines hypothèses, le cas d'espèce impose un certain devoir d'indemnisation malgré la reconnaissance d'un état de nécessité. Mais rappelons que ce devoir d'indemnisation est pourtant difficilement justifiable, et ceci de part l'exclusion même de l'illicéité de l'acte. Tout cela étant d'ailleurs déclenché par l'inutilité presque évidente de l'article 27 du texte CDI. L'ensemble de ces observations ont d'ailleurs amené certains auteurs[140] à réfléchir sur la dénomination actuelle de l'état de nécessité au sein de l'article 25, une réflexion dont l'objectif affiché sera d'apporter des solutions juridiques satisfaisantes aux conséquences juridiques de l'application d'un état de nécessité au cas d'urgence économique.

### *B. L'incitation à la reformulation en tant que circonstance atténuant ou excluant la responsabilité*

Avant d'initier une réflexion sur la reformulation de l'état de nécessité en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité*, il importe de bien comprendre la distinction existant entre une telle formulation et celle existant dans le texte CDI. En s'intéressant aux circonstances *excluant l'illicéité*, le texte CDI se concentre sur l'existence de « faits justificatifs », c'est-à-dire sur des circonstances qui, si elles se présentent, abolissent le caractère illicite d'un acte normalement contraire à une règle internationale. S'intéresser à des circonstances *atténuant ou excluant la responsabilité* relève d'une autre logique, celle des « excuses », et donc aux circonstances permettant d'atténuer, voir de supprimer, dans certains cas, les conséquences d'un acte, tout en maintenant son caractère illicite[141]. On le voit, parler d'atténuation de la responsabilité oblige à conserver l'illicéité de l'acte en question et à ne jouer que sur le terrain des conséquences de cette illicéité.

Cela étant posé, il est possible de s'interroger sur la dénomination actuelle de l'état de nécessité au sein du texte CDI : celle d'une circonstance *excluant l'illicéité*. Par l'analyse de la jurisprudence récente du CIRDI, il est apparu qu'une telle dénomination présentait de nombreux inconvénients et entraînait certains problèmes pratiques parfois qualifiés d'insurmontables. Il apparaîtrait alors logique de s'interroger sur l'hypothèse d'une reformulation de la circonstance, et notamment en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité*. Cette reformulation revient au déclassement du principe puisqu'il ne permettrait donc plus d'abolir l'illicéité de l'acte, et lui ferait ainsi perdre l'une de ses conséquences majeures, ne jouant plus que dans le domaine des conséquences de l'acte illicite.

Les avantages d'une telle reformulation sont en effet de taille, l'un d'eux permettant notamment de résoudre de nombreuses difficultés se présentant lors de l'invocation d'un état de nécessité dans un contexte de crise économique et financière, apportant par la-même certaines réponses nécessaires à la divergence actuelle de la jurisprudence CIRDI (2). Néanmoins, rares sont les solutions parfaites, et

---

dégager un certain devoir d'indemnisation de la part de l'Argentine. Par le choix arbitraire de la période de nécessité, il est ainsi facile de comprendre que les arbitres pourront dans tous les cas réserver une certaine possibilité d'indemnisation de l'investisseur privé, tout en reconnaissant applicable l'article 25 du texte CDI afin de ne pas lui faire supporter seul la protection des intérêts essentiels de l'Etat ayant accueilli son investissement. V. *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic,* préc. Il serait d'ailleurs intéressant de savoir si les conséquences, sur un plan strictement pratique et pécuniaire, auraient été radicalement différentes si les arbitres avaient suivi la logique de la sentence *CMS*, en rejetant l'application de la règle d'état de nécessité, tout en prenant en compte les sérieux problèmes économiques argentins lors du calcul de l'indemnisation. A l'inverse, la décision des arbitres dans l'affaire *Continental*, admettant également l'application au cas d'espèce d'un certain état de nécessité, impliquera une absence quasi totale d'indemnisation. Les arbitres, dans cette sentence, ne se soucieront pas de provoquer une situation pouvant être qualifiée d'inéquitable à l'égard de la partie lésée « innocente », en l'occurrence l'investisseur privé. V. *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc.

[140] V. notamment CHRISTAKIS (T.), 2007 « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc.

[141] « *Under a "justification" interpretation, a state's actions that are "necessary" are not wrong. Under an "excuse" interpretation, a state's actions that are "necessary" are considered wrong, but the actions are not the fault of the state* ». V. KASENETZ (E.), « Desperate times call for desperate measures: the aftermath of Argentina's state of necessity and the current fight in the ICSID », préc., p. 732.

celle-ci, malgré ses avantages certains, entraînera également quelques difficultés, et notamment dans sa propre réalisation (2).

### 1. Une reformulation adaptée aux hypothèses d'urgence économique

Le déclassement de l'état de nécessité en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité* apparaît, à plusieurs égards, justifié dans les cas de crise économique et financière. En effet, après avoir exposé précédemment la difficulté d'envergure du fondement juridique d'une obligation éventuelle d'indemnisation des dommages causés par l'Etat invoquant l'état de nécessité[142], il faut noter que celle-ci disparaîtrait assez logiquement dans l'hypothèse d'un déclassement de cet état de nécessité en tant que simple circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité* (a). Ce déclassement de l'état de nécessité en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité* permettrait en outre d'ouvrir la voie à une solution juridictionnelle satisfaisante sur laquelle pourraient s'aligner les arbitres dans l'hypothèse d'affaires similaires à celles impliquant actuellement l'Argentine (b).

**a.** Face aux solutions, d'une certaine complexité, au fondement d'une obligation d'indemnisation dans l'hypothèse d'un état de nécessité en tant que circonstance *excluant l'illicéité*, attribuer à cette même circonstance une simple atténuation de la responsabilité apparaît comme une solution non seulement logique, mais également d'une incroyable simplicité.

Cela constitue tout d'abord une solution logique puisque que le problème, avec l'état de nécessité en tant que « fait justificatif », résidait dans la recherche d'un fondement juridique à une obligation d'indemnisation par un Etat, pour des faits n'étant plus considérés comme illicites vis à vis du droit international. Considérer l'état de nécessité comme simple « excuse » maintient les faits de l'Etat dans la catégorie des comportements illicites. Si le fait est toujours considéré comme illicite, une obligation d'indemnisation devient une conséquence juridiquement possible par application de la théorie classique de la responsabilité. Le problème a donc disparu. En outre, la simplicité de cette solution est remarquable. Usant d'une métaphore mathématique, Théodore Christakis montre ainsi que « le plus court chemin est sans doute de considérer que l'illicéité n'est pas exclue et que l'obligation éventuelle de réparation est fondée sur la responsabilité classique pour fait illicite ! »[143]. Évoquant le fondement juridique à l'obligation d'indemnisation, dans le cas d'une application de la circonstance d'état de nécessité, comme une problème théorique « de taille », le voici donc résolu par la simple proposition d'une reformulation de cette circonstance.

Mais il s'agit également de comprendre que cela n'a pas l'avantage d'une simple solution théorique, puisqu'elle permet également d'ouvrir une voie juridiquement acceptable face à la question de l'application d'un état de nécessité aux hypothèses d'urgence économique. Cette voie consiste en la prise en compte aussi bien des circonstances ayant amené l'Etat aux faits jugés contraire au droit international, que de l'innocence de l'Etat lésé par ces faits. Cette voie permettrait d'ailleurs, et l'enjeu aura, au cours de cette étude, mainte fois été souligné, de revenir à une certaine cohérence des solutions jurisprudentielles entre sentences et arrêts internationaux, notamment dans le cas de la jurisprudence du CIRDI.

**b.** En refusant, de manière souvent implicite, l'application d'une logique du « tout ou rien », inadaptée à la situation de l'Argentine, certains arbitres CIRDI auront en réalité fait le choix d'une application de la règle d'état de nécessité en tant que circonstance *atténuant la responsabilité.* Ces arbitres, cherchant une solution intermédiaire, la trouveront par l'application de l'état de nécessité, *de facto*, en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité*. Et l'on sait également que dans

---

[142] Une difficulté conservant tout son sens lorsque l'application de la règle de l'état de nécessité revient à *exclure l'illicéité* de l'acte en question.

[143] Il résumera d'ailleurs la logique de ce déclassement en affirmant que « le mystère insoluble de l'obligation de réparation dans ce domaine n'en est plus un si l'on considère que l'effet de l'état de nécessité n'est pas une « exclusion de l'illicéité » mais plutôt une atténuation de la responsabilité ». V. CHRISTAKIS (T.), « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc., p. 54.

d'autres sentences[144], les arbitres CIRDI, ayant pourtant choisi d'exclure l'illicéité des actions de l'Argentine pendant la période qu'ils avait considérée comme le reflet de la crise économique, auront par tous les moyens recherché l'indemnisation *a minima* d'un investisseur privé ne pouvant supporter à lui seul les conséquences de la crise économique[145].

Face à tout cela, la solution d'une reformulation de l'état de nécessité en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité* prend une nouvelle fois tout son sens. En effet, par cette solution, les arbitres auraient le choix d'une reconnaissance de l'application d'un état de nécessité, puisqu'ils pourront tout de même attribuer une indemnisation à l'Etat (ou l'investisseur privé) lésé par la situation. Ils pourront le faire d'autant plus aisément que le fondement juridique à cette indemnisation sera clairement défini.

Une telle solution semble d'ailleurs clairement renforcer l'effectivité de l'état de nécessité en droit international. Si certains ont sans doute affirmé le contraire, puisque les Etats ne verront alors, dans cette circonstancen que la possibilité d'atténuer les conséquences de leur comportement, et non plus de justifier ce dernier, c'est bien l'inverse qui semble être prédit. L'article 25, par son « déclassement », se trouvera en effet raisonnablement applicable dans des situations de crise économique et financière. Et sachant qu'il serait ainsi plus fréquemment accepté par différentes juridictions internationales, les Etats seront peut-être incités à faire appel à une telle défense de manière plus fréquente. L'incitation à la reformulation de l'article 25 en tant que circonstance atténuant la responsabilité semble donc évidente. Et bien que l'on remarquera qu'une telle reformulation présente certains avantages supplémentaires, ce déclassement se trouvera tout de même confronté à des obstacles non-négligeables, ne pouvant donc être ignorés.

### 2. Une reformulation opportune difficilement réalisable

Analysant le principe de l'état de nécessité à travers le contentieux argentin devant les Tribunaux CIRDI, l'opportunité de la reformulation de ce principe, pour les cas de crise économique et financière, en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité,* semble donc évidente. Mais s'arrêter aux seules situations d'urgence économique serait omettre d'autres raisons essentielles à la reformulation de cette circonstance, et perdre ainsi l'opportunité d'entreprendre une analyse plus complète de l'intérêt d'une modification du texte CDI. Nous n'aurons ni la prétention, ni le temps nécessaire pour effectuer une analyse exhaustive de la question, mais il apparaît cependant nécessaire d'élargir la problématique de la reformulation, problématique ayant retrouvé une certaine actualité juridique par l'importance de la jurisprudence CIRDI issue du contentieux argentin.

Cet élargissement amène donc à exposer ces additionnelles justifications, aussi bien théoriques que pratiques, à la reformulation du principe (a). Mais cette réflexion permettra également la prise en considération de certains obstacles expliquant sans doute le choix des membres de la CDI, et le maintien toujours actuel de l'état de nécessité au sein des circonstances *excluant l'illicéité* (b).

**a.** Le déclassement de l'état de nécessité permettrait donc, selon notre analyse, de renforcer l'effectivité de cette règle coutumière dans le cas de crise économique et financière. Et cela s'expliquerait par la mise en avant d'un intérêt bien plus évident pour les Etats à invoquer cette circonstance, sachant que celle-ci aurait une chance d'être appliquée concrètement à la situation d'urgence économique s'étant présentée. Limité aux situations d'urgence économique, cet argument peut maintenant être étendu et généralisé à l'ensemble des situations justifiant l'invocation d'un état de nécessité coutumier. En effet, un large éventail de situations pourrait ainsi prétendre au respect des rigoureuses conditions de l'article 25. Et face à des demandes d'Etat ayant connu de telles situations, les juges et arbitres internationaux seraient sans doute plus enclins à reconnaître l'application de cet

---

[144] *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, préc.

[145] Seule la sentence, dans l'affaire *Continental*, semble se démarquer, puisque le montant de l'indemnisation décidé dans cet affaire est relativement faible par rapport à celui attribué dans l'affaire *LG&E.* V. *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, préc.

article. Ils seraient en effet en mesure d'accompagner cette décision d'une indemnisation juridiquement fondée d'une partie « innocente » ayant subi une partie des conséquences des faits entrepris par l'Etat en état de nécessité.

Certains ont en outre souligné qu'une telle reformulation permettrait non seulement de renforcer l'effectivité de la règle elle-même, mais également du droit international de manière générale. Il s'agirait en effet, selon les propres mots de Théodore Christakis, d'une solution plus cohérente avec la logique et la structure du droit international. Cette position prend en compte le problème de la subjectivité de la notion d'état de nécessité, et affirme, par sa reformulation, la possibilité d'un « retour à une approche Kantienne de la nécessité : celle-ci ne se réfère pas à ce qui est "autorisé" par le droit ; elle constitue plutôt un appel à la "modération" et à l'assouplissement de la rigueur du droit »[146]. Par un retour aux risques soulignés d'abus de cette notion, des risques associés aux dérives attribuables au subjectivisme présent dans son utilisation, cette reformulation interdirait ainsi une interprétation de la circonstance en tant qu' « autorisation de violer », une interprétation paraissant possible si l'on voit l'état de nécessité comme une « justification », et donc comme circonstance *excluant l'illicéité*.

L'on peut tout de même noter que les craintes associées, au fait de voir dans l'état de nécessité une circonstance *excluant l'illicéité,* ont depuis le début obligé les défenseurs de la notion, dont R. Ago, à mettre en place une série de garanties par l'importance des conditions cumulatives nécessaires à son invocation. Sarah Heathcote, défendant non pas la reformulation, mais la pure et simple inexistence de la notion en droit international coutumier, conclura d'ailleurs un de ses articles en affirmant que « la CDI a heureusement assorti l'article 25 de conditions si strictes que l'état de nécessité ne saurait connaître qu'une application tout à fait exceptionnelle »[147]. Ce renforcement de l'effectivité du droit international, par le « déclassement » de l'état de nécessité, ne serait alors qu'une « chirurgie esthétique » de la circonstance. Refuser de voir dans cette notion une autorisation à la violation du droit semblerait pourtant bien s'inscrire dans la logique et la cohérence du droit international. Et conserver un ensemble de règles cohérentes dans leur logique et structure doit rester un objectif dans l'évolution de ce droit.

Sur un tout autre point, le maintien du fait entrepris par l'Etat en état de nécessité, dans la catégorie des actes contraires au droit international, permettrait à l'Etat « innocent » et victime du fait en question, d'avoir recours à l'ensemble des conséquences éventuelles d'un acte illicite. En effet, après avoir longuement parlé de l'indemnisation de cet Etat « innocent », il faut savoir que ceci n'est que l'une des conséquences possibles face à la mise en avant d'un acte illicite[148]. Envisager l'état de nécessité comme simple circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité* pourrait ainsi permettre à l'Etat ou à la personne privée, lésée, d'invoquer un droit à la restitution, à la satisfaction, ou encore un droit de réaction par l'adoption de contre-mesures. Tout cela est impossible si l'illicéité de l'acte est « effacée », puisque la deuxième partie du texte CDI, on l'a compris, ne peut ici être appliquée.

Enfin, et sortant ainsi d'une réflexion essentiellement théorique, il faut noter que cette reformulation est une solution déjà partiellement adoptée par certaines juridictions internationales, par l'intermédiaire de conclusions précédant la position des arbitres CIRDI face au cas argentin. Il ne s'agira pas ici d'analyser l'ensemble de la jurisprudence en question, mais seulement de s'attarder quelques instants sur l'arrêt de la CIJ rendu dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*. Conscient de l'importance de cette jurisprudence dans l'évolution de la notion d'état de nécessité en droit international, et bien que qualifiant expressément cette notion de « circonstance excluant l'illicéité » en s'appuyant sur la dénomination du texte CDI, les juges vont en effet affirmer que « l'état de nécessité allégué par la Hongrie- à le supposer établi- ne pourrait […] permettre de conclure qu'en 1989 elle aurait agit conformément à ses obligations en vertu du traité de 1977 […]. Il permettrait seulement d'affirmer que, compte tenu des circonstances, la Hongrie n'aurait pas engagé sa responsabilité internationale en agissant comme elle l'a fait ». Les juges ajouteront d'ailleurs,

[146] CHRISTAKIS (T.), « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc., p. 5.
[147] HEATHCOTE (S.), « Is State of Necessity a Principle of Customary International Law? », préc., p. 7.
[148] La seconde partie du texte CDI s'intéresse précisément à l'ensemble de ces conséquences. V. Projet d'articles, préc.

concernant la question de l'indemnisation, et conformément au point de vue de la Hongrie, qu'« un tel état de nécessité ne la dispenserait pas de devoir dédommager son partenaire »[149]. D'autres arrêts et sentences pourraient être signalés, comme celui rendu dans l'*Affaire de la Société commerciale de Belgique*[150], ou celui rendu dans l'*Affaire du Détroit de Corfou*[151]. Ils illustrent en effet le fait que de nombreux juges et arbitres internationaux ont conscience des difficultés issues de l'application de l'état de nécessité en tant que *circonstance excluant l'illicéité*.

En additionnant l'ensemble de ces justifications, aussi bien pratiques que théoriques, à la formulation de l'état de nécessité en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité*, on en vient à se demander ce qui a mené les différents juristes, à l'origine de la formulation actuelle de cette notion, et notamment R. Ago et J. Crawford, à la classer dans la catégorie des circonstances *excluant l'illicéité*. Des raisons existent pourtant, et terminer par leur explication permettra de conclure cette réflexion sur l'application de l'état de nécessité économique en droit international.

**b.** Après avoir passé un long moment sur l'explication des raisons poussant certains à réclamer le « déclassement » de l'état de nécessité en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité*, et notamment les avantages qu'une telle reformulation présenterait face au cas argentin, il convient maintenant d'équilibrer notre réflexion par la mise en avant de certaines difficultés qu'entraînerait la mise en œuvre de cette proposition. Il apparaît en effet assez logique de se demander pourquoi une personne comme Roberto Ago aura préféré cette qualification, une qualification qui aura d'ailleurs été conservée par la suite lors de la seconde lecture du texte CDI,[152] puis explicitement réaffirmée par différentes juridictions internationales dont la CIJ et les Tribunaux CIRDI.

Tout cela amène à un premier obstacle d'importance dans l'hypothèse d'une reformulation de l'article 25, celle d'une nécessaire révision de l'ensemble du texte CDI, et cela pour deux raisons. La première, et la plus évidente, se trouve dans la solution adoptée par la CDI pour inclure les circonstances permettant de justifier ou d'excuser la commission par un Etat d'un fait illicite. Cette solution est monolithique. Le chapitre V regroupe l'ensemble des circonstances sous la dénomination de circonstances *excluant l'illicéité* et les range ainsi dans la catégorie des « justifications ». Sachant cela, la proposition d'une reformulation de l'état de nécessité, et donc le désir de sa sortie de la catégorie des circonstances *excluant l'illicéité*, entraînerait inévitablement une réouverture de l'ensemble du débat sur cette solution monolithique de CDI[153]. D'autant plus que d'autres circonstances, tel que la légitime défense ou le consentement, ont également fait l'objet de critiques concernant leur dénomination en tant que circonstances *excluant l'illicéité*[154].

Mais à côté de ce débat limité au chapitre V du texte CDI, il faut également savoir que la mise en place d'une catégorie de circonstances *atténuant ou excluant la responsabilité* au sein du texte CDI

---

[149] *Projet Gabcíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), préc., p. 39, §.48.

[150] *Société Commerciale de Belgique* (Belgique c. Grèce), CPJI, Arrêt du 15 juin 1939.

[151] *Détroit de Corfou* (Royaume Unis c. Albanie), CIJ, Arrêt du 9 avril 1949.Une analyse détaillée de plusieurs sentences et arrêts a été réalisée par Théodore Christakis dans un de ses articles. V. CHRISTAKIS (T.), « "Nécessité n'a pas de Loi" ? Rapport général sur la nécessité en droit international », préc., pp. 56-63.

[152] On peut tout de même noter ici que le rapporteur James Crawford avait émis quelques doutes dans un rapport datant de 1999, où il affirmait que les circonstances du chapitre V pouvaient probablement entrer « dans plusieurs catégories, et qu'au moins en ce qui concerne certaines d'entre elles, il serait sans doute plus juste de parler de circonstances excluant la responsabilité que des circonstances excluant l'illicéité ». V. CRAWFORD (J.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », Document : A/CN.4/498/add.2, In: *Annuaire de la Commission du droit international,* 1999, p. 60, §. 353.

[153] Théodore Christakis se demande par exemple « si le droit international pourrait […] se prêter à un classement plus subtil. Le bloc monolithique proposé par la CDI dans le chapitre V peut-il être affiné ? ». Il expliquera en effet que « pour certaines circonstances, la notion d' « exclusion de l'illicéité » pourrait être maintenue, pour d'autres circonstances il serait sans doute préférable d'utiliser la notion d' « exclusion ou atténuation de la responsabilité »[153], tandis que pour d'autres encore on peut se demander sérieusement s'il ne faut pas abandonner totalement la qualification de « règles secondaires » et considérer en réalité qu'aucune illicéité n'a jamais été commis ». V. CHRISTAKIS (T.), « Les "circonstances excluant l'illicéité" : une illusion optique ? », préc., p. 244

[154] V. notamment LAUTERPACHT (Sir. H.), « Oppenheim's International Law. A treatise », vol. 1, Peace, 8èm ed., Londres, 1955, pp. 1987-298, §. 129 ; LOWE (V.), « Precluding wrongfulness or responsibility : A plea for excuses », EJIL, vol. 10, 1999, p. 406 ; CHRISTAKIS (T.), « Les "circonstances excluant l'illicéité" : une illusion optique ? », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 223-270.

obligerait ni plus ni moins à réviser la phrase d'ouverture, contenu à l'article 1er de ce texte : « tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale »[155]. En effet, l'on voit mal comment une telle affirmation pourrait être maintenue s'il était décidé d'introduire ensuite des articles faisant référence à des circonstances *excluant la responsabilité* d'acte restant considéré comme illicite. Et comme l'indique le commentaire de l'article 1er du texte CDI, ce article constitue « le principe qui est à la base de l'ensemble des articles, à savoir que la violation du droit international par un Etat engage sa responsabilité internationale »[156]. On pourra cependant remarquer qu'il suffit de limiter la nouvelle dénomination de l'état de nécessité à celle de circonstance *atténuant la responsabilité*, sans prévoir le cas d'une exclusion complète de la responsabilité, pour que ce principe d'ouverture puisse être maintenu. Mais il faudrait s'assurer dans ce cas que l'Etat lésé par les faits normalement illicites soit, dans tout les cas, « innocent ». Ce n'est que dans ce cas qu'il convient de conserver la mise en jeu de la responsabilité, possiblement atténuée, de l'Etat se prévalant d'un état de nécessité. En effet, si la partie lésée, cherchant à éviter l'application de l'article 25, avait contribué à la situation de l'Etat invoquant cet article, une exclusion totale de la responsabilité de ce dernier semble théoriquement plus juste, si le reste des conditions de l'article est par ailleurs respecté. Un maintien de la responsabilité permettant l'indemnisation de la partie lésée ne se justifie qu'en cas de sa parfaite « innocence ». Quid dans ce cas d'une nouvelle condition au sein de l'article 25 ?

A côté de ces critiques d'ordre théorique ou architectural, on pourrait ajouter, comme le fera Sarah Heathcote, qu'une reformulation de l'état de nécessité en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité*, et donc de sa qualification en tant qu'excuse, implique que cet état de nécessité ne porte plus « sur le fait lui-même mais sur l'auteur de ce fait ». Il s'agit en effet de justifier un acte ou d'en excuser l'auteur, or « la notion d'excuse ne sied pas à un régime de responsabilité objective », régime dans lequel se classe le texte CDI[157]. Cet auteur ne s'arrêtera d'ailleurs pas là et affirmera que la pratique et la jurisprudence internationale « ne témoignent pas du processus d'état de nécessité en tant qu'excuse. La pratique est marqué par trop de dissonances »[158].

Résumant tout cela, l'on pourrait noter que cette reformulation de l'état de nécessité en tant que circonstance *atténuant ou excluant la responsabilité* impliquerait donc non seulement une nécessaire révision de l'ensemble du texte CDI, mais qu'elle ne serait pas en outre exempte de critiques doctrinales, ni justifiée totalement par la pratique…

---

[155] V. Projet d'articles, préc., p. 65.
[156] *Idem.*
[157] HEATHCOTE (S.), « Is State of Necessity a Principle of Customary International Law? », préc., p.87.
[158] *Idem*, p. 88.