



**HAL**  
open science

## À propos de la théorie des ‘mains propres’. Observations sur la sentence arbitrale Yukos de la Cour permanente d’arbitrage du 18 juillet 2014

Julien Ancelin

### ► To cite this version:

Julien Ancelin. À propos de la théorie des ‘mains propres’. Observations sur la sentence arbitrale Yukos de la Cour permanente d’arbitrage du 18 juillet 2014. *Annuaire français de droit international*, 2015, 61 (1), pp.831-856. 10.3406/afdi.2015.4964 . hal-03910050

**HAL Id: hal-03910050**

**<https://hal.science/hal-03910050v1>**

Submitted on 29 Apr 2024

**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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

**A PROPOS DE LA « THEORIE DES MAINS PROPRES »**  
**OBSERVATIONS SUR LES SENTENCES ARBITRALES YUKOS DE LA COUR**  
**PERMANENTE D'ARBITRAGE DU 18 JUILLET 2014.**

*Julien ANCELIN, Docteur en droit public de l'Université de Bordeaux*

1. En tant que manifestation du principe de bonne foi, laquelle constitue un « pivot central du droit international classique »<sup>1</sup>, un « postulat nécessaire au fonctionnement correct d'un ordre juridique »<sup>2</sup>, la théorie des mains propres semble présenter un intérêt contentieux primordial. Elle repose en effet sur l'idée que nul ne peut tirer avantage de sa propre faute. La théorie des mains propres dérive du principe d'équité consacré notamment par la *common law* ou encore de la célèbre maxime *nullus commodum capere potest de sua iniuria propria*, considérée par la CPJI comme un principe généralement accepté par la jurisprudence arbitrale internationale<sup>3</sup>. Elle désigne ainsi un moyen de défense ayant pour fonction d'établir l'irrecevabilité d'une demande, exclure l'illicéité des faits de celui qui l'invoque, ou atténuer la réparation du préjudice subi par le demandeur en raison de la conduite blâmable qu'il a pu commettre. Cette théorie dispose d'une certaine longévité en droit international puisqu'on en trouve la trace dès 1905<sup>4</sup>. Toutefois, la détermination de son contenu apparaît complexe, car elle repose sur des concepts dont la définition est malaisée. À cet égard, « le concept de conduite blâmable [...] est assez flou. Les auteurs rangent, sous cette étiquette commode, de très nombreuses situations qui vont de la négligence, la tromperie, ou l'inconduite au sens moral, aux violations les plus graves du droit interne ou du droit des gens »<sup>5</sup>. La théorie vise à démontrer que les « mains sales » du demandeur suffisent

---

<sup>1</sup> VAN BYNKERSHOEK (C.), *Quaestiones iuris publici* (1737), lib. II, cap. X. Les positivistes devaient plus tard souvent substituer *pacta sunt servanda* à la notion de bonne foi, en raison de la précision de cette seconde formule.

<sup>2</sup> COT (J.-P.), *La bonne foi en droit international public*, Cours de l'Institut de Hautes Etudes Internationales de Paris, 1968/9, p.3 et 9.

<sup>3</sup> CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'usine de Chorzów*, arrêt n°13, Allemagne c. Pologne, série A, n°17, p.27.

<sup>4</sup> Commission mixte des réclamations France – Venezuela, sentence du 31 juillet 1905, *Affaire Friedrich and Company*, RSA, vol.10, p.54.

<sup>5</sup> SALMON (J.), « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, vol.10, 1964, Paris, éd. CNRS, p.240.

à elles seules à rendre irrecevable son action – au stade préliminaire<sup>6</sup> – ou à rejeter, partiellement ou totalement, ses prétentions – au stade de l'examen au fond<sup>7</sup>.

2. « Que la doctrine des clean hands découle de l'idée générale de bonne foi, cela ne fait aucun doute. Encore faut-il déterminer si elle constitue la source d'obligations juridiques, dans quelle mesure, et si les conditions pour qu'il en soit ainsi sont remplies en fait »<sup>8</sup>. La théorie des mains propres est généralement utilisée dans le contexte de la protection diplomatique<sup>9</sup>, où elle est invoquée pour empêcher un État d'exercer sa protection au bénéfice d'un national si celui-ci a subi un préjudice en raison de son propre comportement illicite. En revanche, dans le contentieux interétatique, la théorie des mains propres « n'est pas très différente du principe général de la bonne foi dans les relations d'État à État et ne présente, de par ses conséquences, aucune autonomie par rapport aux règles générales de la responsabilité internationale, sur lesquelles elle n'a guère d'effet utile »<sup>10</sup>. L'évocation des mains propres par la Fédération de Russie dans le cadre de l'affaire *Yukos* pose la question de sa pertinence dans le contentieux transnational d'investissement.

3. Dans le contexte du développement du droit international des investissements et de la technique de l'arbitrage sans lien direct, la théorie des mains propres trouve aujourd'hui à être davantage invoquée. Eu égard à la hausse du nombre des actions introduites par des investisseurs, en dehors de la médiation de leur État de nationalité, les défendeurs étatiques manifestent un intérêt particulier à l'égard de ce moyen de défense. Ainsi, se défaisant du cadre spécifique imposé par la protection diplomatique, l'approche retenue par les juridictions internationales dans le contentieux des investissements présente une originalité certaine. Loin

---

<sup>6</sup> WITENBERG (J.-C.), « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI* 1932-III (41), pp.63 – 64. DELBEZ (L.), *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, 1962, p.195 et s.; GARCIA ARIAS (L.), « La doctrine des clean hands en droit international public », *Annuaire des anciens auditeurs de l'Académie de droit international*, 1960 (30), La Haye, p.17.

<sup>7</sup> DE VISSCHER (P.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol.136, 1972, Dordrecht, pp.176-177; SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, éd. Montchrestien, 2015, §454, p. 287.

<sup>8</sup> Cf. en ce sens l'analyse réalisée par le Professeur A. PELLET, agissant en qualité de conseil de la République islamique d'Iran, dans l'affaire des Plateformes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique). CIJ, Compte rendu de l'audience publique tenue le mercredi 19 février 2003, à 15 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Shi, président, document CR 2003/8, p.16.

<sup>9</sup> Cf. en ce sens : Sentence arbitrale, 26 décembre 1898, *Affaire Ben Tillett*, Royaume-Uni c. Belgique, RGDI publ., 1899, pp.46 – 55 ; Il a d'ailleurs été proposé d'inclure la théorie des mains propres au sein du projet d'articles sur la protection diplomatique que la Commission du droit international a adopté en 2006. Toutefois, le rapporteur spécial J. DUGARD a mentionné les raisons du rejet de cette proposition à l'occasion de la publication du sixième rapport sur la protection diplomatique, Nations Unies, Commission du droit international, Annuaire de la Commission pour l'année 2005, vol.II, part.I, pp.1 – 6.

<sup>10</sup> Nations Unies, Commission du droit international, Annuaire de la Commission pour l'année 2004, vol.1, Compte rendu de la 2793e séance du 5 mai 2004, document A/CN.4/SR.2793, Position avancée par M. A. PELLET, §5, p.12.

de consacrer la théorie des mains propres comme condition autonome, elles rappellent aux investisseurs leurs obligations en matière de loyauté, à l'étape préliminaire ou à l'étape du fond. L'affaire *Yukos* constitue un exemple topique de l'usage de cette théorie et de sa réception par les juridictions internationales. Dans cette affaire, l'opposition est née entre les actionnaires de l'ancienne compagnie pétrolière russe Yukos – au titre desquels figure l'opposant politique, M. KHODORKOVSKY – et la Fédération de Russie au sujet de l'application du Traité sur la Charte de l'énergie<sup>11</sup>. Ce traité, signé mais non ratifié par la Fédération de Russie<sup>12</sup>, prévoit, en son article 13, une disposition relative à l'interdiction de la nationalisation, de l'expropriation ou de toute mesure ayant un effet équivalent, à l'exception de certaines circonstances, des investissements opérés. Les faits ayant donné lieu à l'existence de ce différend sont complexes, car ils ont une forte coloration politique et économique. Au début des années 2000, la société Yukos constituait l'un des fleurons de l'industrie pétrolière russe. Toutefois, la croissance de son activité économique combinée à l'ambition politique nourrie par son principal actionnaire, M. KHODORKOVSKY, ont amené les autorités russes à lancer une puissante offensive destinée à contrôler les activités sociales entreprises<sup>13</sup>. À la suite d'un discours très critique prononcé par M. KHODORKOVSKY à l'occasion d'une réunion publique tenue au Kremlin le 19 février 2003 en présence du Président V. PUTIN, la société Yukos et son directeur général ont été l'objet d'attentions particulières<sup>14</sup>. À l'issue des investigations menées par les autorités russes, M. KHODORKOVSKY fut arrêté le 25 octobre 2003 en raison de suspicion de crimes économiques (actes de fraude et d'évasion fiscales et de détournement de fonds)<sup>15</sup>. Cette arrestation eut d'importantes conséquences sur la gestion quotidienne et le développement de la société Yukos<sup>16</sup>. La compagnie Yukos a, pour sa part, également été poursuivie pour avoir conçu et profité d'un montage fiscal contraire au droit applicable sur le territoire russe. Les autorités moscovites ont tout d'abord soumis la société à

---

<sup>11</sup> Traité sur la Charte de l'énergie conclu à Lisbonne le 17 décembre 1994, entré en vigueur le 16 avril 1998, UNTC, vol.2080. Le traité est enregistré au sein de la base de données des Nations Unies sous le numéro 36116.

<sup>12</sup> Cf. en ce sens les développements accordés par le tribunal sur la question de l'application provisoire du traité et de ses conséquences à l'étape préliminaire pour le défendeur : CPA, Sentence provisoire du 30 novembre 2009 relative à la compétence et à la recevabilité (*Yukos international limited – Ile de Man c. Fédération de Russie*), §§244 – 398, pp.88–147 ; Cf. également HAFNER (G.), "The "provisional application" of the energy charter treaty", in BINDER (C.), KRIEBAUM (U.), REINISCH (A.), WITTICH (S.) (dir.), *International investment law for the 21<sup>st</sup> century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University press, 2009, pp.593 – 607.

<sup>13</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, document n°AA227, §766, p.258.

<sup>14</sup> *Ibidem*, §§768 – 769, pp.259 – 260.

<sup>15</sup> *Ibid.*, §778, p.263.

<sup>16</sup> *Ibid.*, §820, p.278.

un redressement fiscal important<sup>17</sup>, mettant en péril sa gestion courante et son développement. En avril 2004, la mise sous séquestre des actifs de la société localisés en territoire russe, le blocage partiel de ses comptes bancaires russes et la saisie des actions de ses filiales russes furent prononcés. Incapable de faire face au paiement de sa dette fiscale, la compagnie a vu ses actifs principaux – près de 80% des actions de sa filiale de production principale – vendus aux enchères le 19 décembre 2004, et acquis par la société Rosneft, entité contrôlée par l'État russe<sup>18</sup>. En forme d'aboutissement, la société Yukos fut déclarée insolvable le 4 août 2006<sup>19</sup> et mise en liquidation le 21 novembre 2007<sup>20</sup>. Anticipant cette issue prévisible, trois actionnaires principaux de la société (basés sur le territoire de l'île de Chypre et de l'île de Man) introduisirent trois requêtes distinctes (mais basées sur les mêmes faits) devant des formations arbitrales de la CPA à l'encontre de la Fédération de Russie<sup>21</sup> afin que soit établie la violation par l'État des dispositions de protection des investissements comprises dans le traité sur la Charte de l'énergie. À titre accessoire, il convient de remarquer que plusieurs actions ont également été introduites devant la Cour européenne des droits l'homme et ont donné lieu à l'adoption d'une série d'arrêtés<sup>22</sup>. De son côté, le tribunal arbitral établi dans sa sentence finale la responsabilité internationale de l'Etat russe vis-à-vis des investisseurs étrangers<sup>23</sup>. Toutefois, avant de procéder à son analyse du fond, le tribunal eut à connaître d'un ensemble d'exceptions préliminaires destinées à établir son incompétence et/ou l'irrecevabilité de la requête introduite. C'est à ce stade que la théorie des mains propres fut plaidée par la

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, §§580 – 598, pp.192 – 201.

<sup>18</sup> *Ibid.*, §§981 – 986, pp.322 – 324.

<sup>19</sup> *Ibid.*, §§1047 – 1076, pp.343 – 349.

<sup>20</sup> *Ibid.*, §§1091 – 1099, pp.352 – 355.

<sup>21</sup> Cf. en ce sens les actions introduites par : Hulley Enterprises Limited (Chypre), Yukos Universal Limited (Ile de Man) et Veteran Petroleum Limited (Chypre). Les décisions rendues dans ces trois affaires divergent peu car la procédure a été menée parallèlement (CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, préc., §2, p.1). Le tribunal a donc rendu trois sentences distinctes devant être lues comme un seul ensemble de procédures, à l'exception de certaines particularités ayant des implications juridiques mineures. Dans le cadre de cette étude, la sentence rendue entre l'investisseur Yukos Universal Limited (Ile de Man) et la Fédération de Russie constitue la base de référence : les développements relatifs à la théorie des mains propres contenus dans les deux autres sentences sont strictement identiques à la troisième car ils ne s'appuient pas sur des particularités permettant de distinguer les différents demandeurs.

<sup>22</sup> Cf. notamment, CEDH, Arrêts du 25 juillet 2013 et du 22 décembre 2014, *Affaire Khodorkovsky and Lebedev c. Fédération de Russie*, req. 11082/06 et req.13772/05 et CEDH, Arrêt du 31 juillet 2014, *Affaire OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Fédération de Russie*, req. 14902/04 ; Cf. également l'étude menée par DE BRABANDERE (E.), "Yukos universal limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Complementarity or conflict? Contrasting the Yukos case before the European Court of Human Rights and Investments Tribunals", *ICSID Review*, vol.30, n°2, Oxford University press, pp.354–355.

<sup>23</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, préc., §1180, p.376. Selon le tribunal: "It is evident to the Tribunal that the totality of the bankruptcy proceedings reviewed in this chapter were not part of a process for the collection of taxes but rather, as submitted by Claimants, indeed the "final act of the destruction of the Company by the Russian Federation and the expropriation of its assets for the sole benefit of the Russian State and State-owned companies Rosneft and Gazprom".

Fédération de Russie à l'encontre du demandeur. Cependant, le tribunal n'a pas effectué cette analyse à cette étape, considérant, dans sa sentence intermédiaire, que la réponse à cette exception soulevait une analyse approfondie des faits ayant des implications au stade de l'établissement de la responsabilité qui ne pouvait être effectuée à titre préalable<sup>24</sup>. La détermination des « mains sales » de la société Yukos, qualifiée par la Fédération de Russie d' « entreprise criminelle »<sup>25</sup> a donc été discutée au sein de la sentence du 18 juillet 2014.

4. L'étude de la position retenue par la juridiction arbitrale présente, à ce titre, un intérêt certain. La théorie des mains propres connaît un traitement contentieux différent en fonction des actions introduites. L'analyse du regard que lui porte l'arbitrage transnational d'investissement – par l'intermédiaire d'une juridiction arbitrale de la CPA – apparaît ici nécessaire. Régulièrement saisie par la doctrine<sup>26</sup>, cette théorie est au centre de controverses qui peinent à en délimiter l'étendue et à en définir le rôle. Considérée par la jurisprudence du CIRDI comme « peu définie »<sup>27</sup>, la théorie des mains propres est pourtant au cœur du raisonnement adopté par le tribunal arbitral en juillet 2014. Dans sa sentence, la juridiction s'essaye à l'esquisse de certains de ses contours, sans toujours parvenir à dissiper les doutes. La principale interrogation que suscite ce moyen de défense réside dans son autonomie. La théorie des mains propres est-elle susceptible de produire des effets en dehors de l'application de certains principes généraux (à l'étape préliminaire ou au fond) ? La réponse à cette question nécessite d'étudier la position que retient le tribunal arbitral à chaque phase de son raisonnement. En effet, l'étude du comportement blâmable de la société Yukos se retrouve

---

<sup>24</sup> CPA, Sentence intermédiaire sur la compétence et la recevabilité du 30 novembre 2009, *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie, préc.*, §436, p.160. Selon le Tribunal : “The Tribunal is well aware of Respondent’s argument that Claimant in this arbitration has “unclean hands” and that Claimant’s corporate personality should be disregarded because it is an instrumentality of a “criminal enterprise.” The Tribunal recalls that it addressed these issues in its Procedural Orders Nos. 2 and 3 on 8 September and 31 October 2006. Specifically, the Tribunal then decided to defer consideration of Respondent’s arguments concerning the “unclean hands” of Claimant or Claimant being an instrumentality of a “criminal enterprise” to any merits phase of this arbitration”.

<sup>25</sup> *Ibidem*, §19, p.6.

<sup>26</sup> Cf. en ce sens : LAMM (C.) PHAM (H.), MOLOO (R.), “Fraud and Corruption in international Arbitration” in FERNANDEZ – BALLESTERO (M. A.), ARIAS (D.) (dir.), *Liber amicorum: Bernardo Cremades*, Kluwer, 2010, pp.699 – 731; KHACHATURIAN (A.), MOLOO (R.), “The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law”, *Fordham International Law Journal*, vol.34, 2011, pp.1473 et s.; DUMBERRY (P.), DAUMAS-AUBIN (G.), “The doctrine of “clean hands” and the Inadmissibility of Claims by Investors breaching international human rights law”, *Transnational Dispute Management*, 2013, Human Rights consultable en ligne: < <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1933> >

<sup>27</sup> CIRDI, Sentence du 19 août 2013 relative à la compétence et la recevabilité de la requête, *Affaire Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. People’s Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum exploration & production Company Limited (“BAPEX”), Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“PETROBANGLA”)*, Affaire n°ARB/10/11 et n°ARB/10/18, §477, p.129. Selon le Tribunal : “The principle of clean hands is known as part of equity in common law countries. The question whether the principle forms part of international law remains controversial and its precise content is ill defined”.

aux différentes étapes de la décision adoptée. Qu'il s'agisse d'une question de recevabilité ou d'une question de réparation, la théorie des mains propres est toujours employée à titre accessoire. Elle ne parvient jamais à s'imposer comme condition autonome et s'appuie sur des principes qui en restreignent nécessairement l'étude. Au stade préliminaire, la théorie des mains propres est exclue du débat sur la recevabilité, le juge procédant toutefois à l'étude du comportement blâmable du demandeur par le truchement du principe de bonne foi (§1.). Au stade du fond, la question ressurgit et se trouve incluse implicitement dans la position retenue, non comme une cause d'exonération de l'illicéité, mais comme un moyen d'atténuation de la réparation (§2.).

### **§ 1. L'exclusion explicite de la théorie des mains propres au stade de la recevabilité**

5. La théorie des mains propres a déjà été considérée comme une condition générale de recevabilité applicable dans le cadre des actions en protection diplomatique<sup>28</sup>. Toutefois, cette exigence ne semble pas trouver, au titre autonome, de terrain propice en contentieux international des investissements. La sentence *Yukos* présente ainsi un intérêt certain car elle illustre la position retenue dans le cadre des procédures internationales engagées par un investisseur étranger à l'encontre de l'État hôte de son investissement. Dans sa réponse aux arguments soulevés par la Fédération de Russie, le tribunal arbitral de la CPA prend le soin d'éviter d'alourdir des conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent engager une action internationale à l'encontre de l'État qui a potentiellement porté atteinte à leur investissement. Si la théorie des mains propres ne peut être qualifiée de principe général de droit au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ et s'appliquer en dehors de toute disposition conventionnelle (A.), l'attitude du demandeur reste tout de même radiographiée et sujette à certaines contraintes. Derrière la théorie des mains propres se trouvent d'autres principes ayant un effet analogue : celui d'imposer au demandeur à l'instance une certaine loyauté susceptible d'être sanctionnée à l'étape de la recevabilité. La violation du principe de bonne foi peut alors être soulevée afin de contester à l'investisseur son droit d'introduire une action. Toutefois, les obligations dérivant de ce principe sont précisément établies et le tribunal arbitral en donne une lecture stricte (B.).

---

<sup>28</sup> WITENBERG (J.C.), « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *RCADI*, 1932, vol.III(41), pp.63 et s.; SALMON (J.), « Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *op. cit.*, pp.225 et s.

## **A. Le rejet de l'existence d'un principe général de droit**

6. En soulevant la théorie des mains propres, la Fédération de Russie vise à opposer aux actionnaires de la société Yukos l'irrecevabilité de leur demande. Si aucune référence à cette théorie n'apparaît au sein de l'engagement juridictionnel des parties, le Traité sur la Charte de l'énergie, la Fédération de Russie considère néanmoins que ce moyen doit être reçu. La théorie des mains propres constitue, selon les autorités russes, un principe non écrit appliqué par la jurisprudence et régulièrement reconnu au sein des opinions émises par les juges des juridictions saisies<sup>29</sup>. Si l'étude de la jurisprudence et de la doctrine semble établir qu'une telle condition ne peut raisonnablement ressortir de l'état du droit international positif (1.), l'analyse à laquelle procède la juridiction arbitrale pour rejeter l'argument de la Fédération de Russie apparaît obscure et participe, par ses silences, à alimenter la controverse (2.).

### **1. Un niveau de consensus et de reconnaissance insuffisant**

7. L'argumentation avancée par la Fédération de Russie selon laquelle la théorie des mains propres constitue un principe général de droit au sens de l'article 38 ne repose pas sur un degré suffisant de « reconnaissance et de consensus »<sup>30</sup>. En retenant une telle position, le tribunal arbitral ne fait pas œuvre d'originalité. En effet, une telle condition n'a que rarement été consacrée par la jurisprudence, la doctrine ou la CDI, dans le cadre d'action en protection diplomatique<sup>31</sup>. Le tribunal arbitral considère que les critères exigés pour la qualification d'un principe général de droit<sup>32</sup> ne sont pas caractérisés – sans, par ailleurs, préciser les niveaux requis pour une telle caractérisation. Les juges se contentent de relever que les controverses quant à l'application d'un tel principe sont nombreuses et ne permettent pas d'établir l'existence d'une telle condition<sup>33</sup>.

8. En doctrine, ces controverses sont anciennes et révèlent une opposition de conceptions entre les différentes cultures juridiques dont sont issus les auteurs. À titre d'exemple, C. ROUSSEAU avance dans son manuel de droit international public, qu'« il n'est pas possible de considérer la théorie des mains propres comme une institution du droit

---

<sup>29</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, préc., §1315, p.419.

<sup>30</sup> *Ibidem*, §1359, p.431.

<sup>31</sup> MOLOO (R.), « *A comment on the clean hands doctrine in international law* », *Transnational Dispute Management*, International Law, 2011, consultable en ligne (le 1<sup>er</sup> novembre 2015) : < <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1646> >

<sup>32</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, préc., §1359, p.431.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

coutumier général »<sup>34</sup>. Dans le même sens, pour J. SALMON « le débat relatif aux mains propres n'a rien d'un débat d'irrecevabilité »<sup>35</sup>. Cet auteur va jusqu'à qualifier cette théorie de « dangereuse » lorsqu'elle est traitée à l'étape de la recevabilité, car « elle est contraire à une bonne administration de la justice si le requérant a un accès direct à la juridiction pour y faire valoir un droit propre qu'il tient du droit international »<sup>36</sup>. À l'inverse, Sir G. FITZMAURICE juge, dans son cours général à l'Académie de La Haye, que celui « qui demande réparation, doit avoir les mains propres (...), un État qui se rend coupable d'une conduite illicite peut être privé du nécessaire *locus standi in iudicio* l'autorisant à se plaindre d'actes illicites »<sup>37</sup>. La contradiction qui subsiste entre ces deux conceptions révèle l'opposition fondamentale entre les systèmes de droit romain et de *common law*. Si dans le droit continental, la théorie des mains propres et plus globalement les questions d'équité ne trouvent qu'une place limitée dans le droit positif, les systèmes de *common law* leur accordent une place plus importante<sup>38</sup>. Toutefois, cette opposition tend à se réduire et les mains propres intègrent aujourd'hui très largement les pays de droit continental<sup>39</sup>. Enfin, il convient, à titre accessoire, de relever que le droit islamique connaît également cette théorie, mais il la traite sous l'angle de l'abus de droit<sup>40</sup>, et non comme une condition de recevabilité. L'existence de ces divergences empêche donc de considérer la théorie des mains propres comme strictement commune aux ordres juridiques nationaux tant son périmètre est susceptible de variations.

9. La jurisprudence internationale se refuse à qualifier cette théorie de principe général de droit. Elle a cependant pu consacrer certains principes connexes. À la différence de l'interprétation proposée par la Fédération de Russie dans son mémoire en défense, les juridictions retiennent une position de rejet de la théorie des mains propres comme condition de recevabilité de l'action internationale, sans pour autant l'exclure du débat sur la responsabilité<sup>41</sup>. Certaines décisions démontrent ainsi que le comportement blâmable du demandeur doit être pris en compte, mais qu'une telle considération doit s'effectuer à l'étape

---

<sup>34</sup> ROUSSEAU (C.), *Droit international public*, t.II, Paris, Sirey, 1974, p.177.

<sup>35</sup> SALMON (J.), « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », *op. cit.*, p.266.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> FITZMAURICE (G.), "The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law", *RCADI*, vol.92, 1957, Leiden, p.119.

<sup>38</sup> Cf. en ce sens l'étude menée par KREINDLER, "Corruption in international investment arbitration Jurisdiction and the unclean hands doctrine", in HOBBER (K.), MAGNUSSON (A.) & ÖHRSTRÖM (A.) (dir.), *Between East and West : Essays in honour of Ulf Franke*, New York, Juris Net, 2010, pp.316 – 318.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> ALDEEB ABU-SAHLEH (S.A.), « L'abus de droit en droit musulman et arabe », in WILDMER (P.), COTTIER (B.) (dir.), *Abus de droit et bonne foi*, Fribourg, 1994, pp.89 – 113.

<sup>41</sup> Cf. *infra*, §2.

de l'interprétation du traité (en vertu des règles classiques d'interprétation<sup>42</sup>). Dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, la CPJI n'a pas hésité à reprocher au demandeur son interprétation du traité, fondant son application discutable – alors que ce dernier en réclamait la stricte exécution de la part du défendeur. La Cour a ainsi estimé qu'il était difficile « d'admettre que les Pays-Bas soient fondés à critiquer (...) la construction et le fonctionnement d'une écluse dont eux-mêmes avaient antérieurement donné l'exemple »<sup>43</sup>. La Cour a ici employé cette pratique étatique comme un élément d'interprétation du traité dont elle avait à connaître au fond et non comme moyen de recevabilité opposable aux Pays-Bas à titre préliminaire. Une autre célèbre affaire, soulevée par le défendeur, ne permet pas plus d'établir l'existence d'un principe général de droit exigeant du demandeur qu'il ait les mains propres. En effet, la décision rendue par la CIJ dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* n'établit pas l'existence d'un tel principe. Dans cet arrêt, la Cour se borne à évoquer la question du comportement des parties comme une cause d'exonération de l'illicéité (qu'elle rejette par ailleurs en l'espèce<sup>44</sup>). Il s'agit ici, une fois de plus, d'une étude menée au fond et non au stade de la recevabilité, ce qui confirme l'impossibilité de constater l'irrecevabilité d'une requête sur ce fondement. Dans le cadre de la protection diplomatique, la position retenue par la Cour dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* suscite l'intérêt. Si la Cour rejette l'argument des mains propres au stade préliminaire, sa position n'est pas sans équivoque. Se fondant sur la nature de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, la CIJ a considéré que la théorie des mains propres ne pouvaient être retenue à l'étape de la recevabilité car la convention consacrait des normes destinées au « développement de relations amicales entre les nations »<sup>45</sup>. Une telle qualification a pu questionner en doctrine tant cette convention était considérée comme « l'archétype de la convention contenant des obligations de nature réciproque »<sup>46</sup>. Toutefois, le rejet de la théorie des mains propres sur ce fondement par la CIJ peut laisser entrevoir un traitement différent dans le cas de conventions

---

<sup>42</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, conclue le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, art.31 – 3 – b.

<sup>43</sup> CPJI, 28 juin 1937, *Affaire des prises d'eau à la Meuse*, Royaume des Pays-Bas c. Royaume de Belgique, série A/B, n°70, p.25.

<sup>44</sup> CIJ, 25 septembre 1997, *Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), Recueil 1997, §110,p.67.

<sup>45</sup> CIJ, 31 mars 2004, *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. États-Unis d'Amérique, Recueil 2004, §47, p. 30.

<sup>46</sup> BENLOLO-CARABOT (M.), L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis d'Amérique) du 31 mars 2004, in *AFDI*, CNRS, Paris, vol.50, 2004, p.264.

prévoyant des obligations réciproques<sup>47</sup>. Enfin, dans le cadre de la procédure consultative, l'argument des mains propres a également été soulevé, pour être cette fois éludé. Ainsi, dans son avis consultatif relatif à *l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé*, la CIJ a rejeté l'argument israélien selon lequel « la Palestine, compte tenu de la responsabilité qui est la sienne dans les actes de violence auxquels le mur vise à parer, commis contre Israël et sa population, ne saurait demander à la Cour de remédier à une situation résultant de ses propres actes illicites »<sup>48</sup>. Sans même consacrer de développement à l'existence d'une telle condition, l'Assemblée générale étant à l'origine de la saisine, la Cour a jugé cet argument « dénué de pertinence »<sup>49</sup>.

## **2. Une justification jurisprudentielle en clair-obscur**

**10.** Si la position de la jurisprudence antérieure permet de refuser à la théorie des mains propres la qualification de principe général de droit, le raisonnement suivi par les juges pour écarter les prétentions russes souffre de défauts qui fragilisent l'approche retenue. Au soutien de sa demande, la Fédération de Russie invoquait l'applicabilité de principes associés à la théorie des mains propres : les exceptions *non adimpleti contractus* et *ex injuria jus non oritur*<sup>50</sup>. Ces deux exceptions avaient pour objet d'obliger la juridiction, en cas de rejet de l'effet normatif autonome de la théorie des mains propres, à s'intéresser tout de même au comportement du demandeur et à en tirer les conséquences à l'étape de la recevabilité. La réponse accordée par la juridiction sur ces deux moyens est particulièrement ambiguë, et nécessite, pour être comprise, qu'ils soient préalablement exposés.

**11.** Selon l'*exceptio non adimpleti contractus*, une partie « ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas remplir une obligation [...], si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question »<sup>51</sup>. Sous cet argument, la Fédération de Russie entendait démontrer que le Traité sur la Charte de l'énergie dont la violation était invoquée par l'investisseur ne pouvait s'appliquer entre les parties en raison du comportement blâmable du demandeur. Toutefois, une telle démonstration aurait nécessité, pour pouvoir être

---

<sup>47</sup> *Ibidem*. Cf. *infra*, §13 sur l'application de la théorie des mains propres en cas d'application d'obligation réciproques.

<sup>48</sup> CIJ, avis consultatif du 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Recueil 2004, §63, p.163.

<sup>49</sup> *Ibidem*, §64, p.164.

<sup>50</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, préc., §1360, pp. 431 – 432.

<sup>51</sup> CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'usine de Chorzów*, arrêt n°13, Allemagne c. Pologne, préc., p. 31. Cf. sur la définition de cette exception : PELLET (A.), DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), *Droit international public*, Paris, Lextenso, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, §199, p.339.

retenue, que l'investisseur soit considéré comme débiteur d'une obligation de loyauté à l'égard de l'État hôte de son investissement. Or, en refusant de qualifier la théorie des mains propres de principe général de droit et en constatant l'inexistence de cette obligation au sein du traité à la charge de l'investisseur, la juridiction libère par conséquent le demandeur de cette obligation à l'égard de son hôte. Le régime juridique de l'*exceptio non adimpleti contractus* aurait ainsi difficilement pu être caractérisé car l'investisseur n'aurait pas pu commettre de violation d'une obligation à laquelle il n'était pas tenu<sup>52</sup>. Selon la seconde exception, *ex injuria jus non oritur* – qui constitue selon le rapporteur spécial J. CRAWFORD un principe général de droit<sup>53</sup> – un État qui a commis un fait illicite ne peut l'invoquer afin d'en tirer avantage. Appliqué au contentieux international des investissements, ce principe ne trouve pas plus à s'appliquer que le précédent. L'investisseur n'étant pas tenu, dans ces circonstances, à une obligation de comportement spécifique, il ne peut en être l'auteur de la violation et par conséquent en tirer un quelconque avantage.

12. Le tribunal n'accorde pas de développements précis destinés à écarter ces deux principes associés à la théorie des mains propres. Au contraire, la juridiction arbitrale se contente d'objecter à la Fédération de Russie que, comme a pu le remarquer le Juge B. SIMMA<sup>54</sup> dans son opinion individuelle relative à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de l'*Application de l'Accord intérimaire*, des doutes subsistent quant à l'existence de l'*exceptio non adimpleti contractus* en tant que principe général de droit<sup>55</sup>. Cette affirmation par le tribunal apparaît étonnante, car elle s'appuie exclusivement sur une opinion individuelle, qui ne reflète pas la position majoritaire suivie par la CIJ<sup>56</sup>. Les arbitres font leurs conclusions

---

<sup>52</sup> Il convient de remarquer que le régime juridique de l'*exceptio* dans le cadre de cette opposition est différent de celui qui s'applique lorsqu'il s'agit d'envisager la suspension d'un traité entre deux États parties. En effet, l'exception prévue par l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 exige d'une des parties qu'elle soit l'auteur d'une violation substantielle du traité, et surtout que la partie qui l'invoque n'ait pas commis elle-même de comportement illicite, cf. CIJ, 25 septembre 1997, *Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *préc.*, §110, p.67, cf. également sur la distinction entre la procédure de l'*exceptio* et d'autres procédures, Nations Unies, Assemblée générale, Commission du droit international, « Deuxième rapport sur la responsabilité des États, présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial – Additif » du 30 avril 1999, document A/CN.4/498/Add.2, § 325, pp. 49 – 50.

<sup>53</sup> Nations Unies, Commission du droit international, Annuaire de la Commission pour l'année 2000, vol.II, part.II, §80, p.25.

<sup>54</sup> CIJ, 5 décembre 2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995*, Ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce, Recueil 2011, opinion individuelle du Juge B. SIMMA, pp.695 – 708.

<sup>55</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, *préc.*, §1360, p.432.

<sup>56</sup> CIJ, 5 décembre 2011, *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995*, Ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce, *préc.*, opinion individuelle du Juge B. SIMMA, §6, p.57. Le Juge SIMMA émet une critique nourrie à l'endroit de la position retenue par la Cour, même s'il souscrit à ses conclusions. Selon lui, la Cour n'a, sur l'exception invoquée, « rien fait, ce qui ne manquera pas de décevoir, une fois encore, les

du juge B. SIMMA sans justifier leur position, s'inscrivant ainsi en marge de celle communément retenue par la jurisprudence. Par ailleurs, aucune réponse à l'invocation du principe *ex injuria jus non oritur* n'est formulée. Le silence de la sentence sur ce point semble donc signifier l'absence de pertinence du moyen soulevée par le défendeur. Néanmoins, une position d'exclusion de ce principe aurait pu être émise de manière non équivoque par les juges, dans la mesure où les conditions imposées par le régime juridique de ce principe ne peuvent être considérées comme réunies en l'espèce.

13. Enfin, pour écarter définitivement l'applicabilité de la théorie des mains propres à l'étape de la recevabilité, le tribunal répond à l'argument soulevé par la Fédération de Russie s'appuyant sur l'opinion dissidente émise par le Juge S. SCHWEBEL. Ce dernier, membre de la formation de jugement, avait considéré dans une opinion dissidente rédigée sous l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, que la théorie des mains propres constituait un principe général de droit. Au soutien de cette affirmation, le juge S. SCHWEBEL s'appuyait sur un ensemble de pratiques jurisprudentielles et d'avis doctrinaux allant dans le sens de la consécration de ce principe<sup>57</sup>. Le juge S. SCHWEBEL considérait ainsi que « dans la présente espèce aussi, le Nicaragua requiert la Cour d'ordonner l'accomplissement spécifique d'une obligation réciproque dont il ne s'acquitte pas pour sa part et, là aussi, la Cour aurait dû évidemment refuser de le faire »<sup>58</sup>. La juridiction arbitrale ne fait pas droit à cet argument, considérant que la Fédération de Russie n'avait pas cité, malgré une revue étendue de jurisprudence, une position jurisprudentielle majoritaire consacrant la théorie des mains propres comme condition de recevabilité<sup>59</sup>. Au-delà de la rapidité avec laquelle le tribunal écarte cet argument et l'étonnement qu'une telle rédaction peut susciter eu égard à la présence de S. SCHWEBEL au sein de la formation de jugement, une telle position apparaît cohérente. En effet, comme l'avancé S. SCHWEBEL dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la théorie des mains propres aurait dû être retenue, car des obligations réciproques s'appliquaient entre les parties. Une telle relation n'est pas caractérisée dans le cas de l'affaire

---

observateurs qui appelaient peut-être de leurs vœux certains éclaircissements sur des questions juridiques plutôt controversées ainsi qu'une décision un tant soit peu moins "transactionnelles" ».

<sup>57</sup> CIJ, 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (fond), Nicaragua c. Etats Unis d'Amérique, Recueil 1986, Opinion dissidente de M. S. SCHWEBEL, §§269– 271, pp.382 – 384.

<sup>58</sup> *Ibidem*, §269, p.383.

<sup>59</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, préc., §1362, p.432.

*Yukos*<sup>60</sup>. À la différence de l'interdiction du recours à la force qui s'applique horizontalement entre sujets égaux, la protection des investissements s'exerce verticalement entre l'État et l'investisseur, sujets inégaux. La thèse soutenue en 1986 par S. SCHWEBEL s'appuyait sur un ensemble de principes découlant de l'application réciproque des engagements internationaux. Si « odieusement sales » soient les mains des investisseurs de la société *Yukos*, pour reprendre le qualificatif qu'avait alors employé S. SCHWEBEL à l'encontre du Nicaragua<sup>61</sup>, ces derniers demeurent soumis à l'État et à sa bonne application du droit international protégeant leurs activités économiques. En conséquence, la réciprocité ne peut trouver à s'appliquer dans de telles conditions, et la théorie des mains propres doit être rejetée (comme elle l'avait d'ailleurs été par la Cour internationale de justice en 1986).

## **B. La caractérisation d'une obligation associée à la bonne foi**

14. L'absence de consécration de la théorie des mains propres ne signifie pas, pour l'investisseur, l'absence de toute obligation internationale à l'égard de l'État d'accueil de son investissement susceptible d'être sanctionnée à l'étape préliminaire. Le principe de bonne foi peut ainsi engager l'investisseur au respect de certains comportements, révélant ainsi certaines obligations. Comme a pu l'établir le professeur R. KOLB, le lien entre bonne foi et mains propres est étroit, les deux éléments allant parfois jusqu'à se confondre<sup>62</sup>. Lorsque la bonne foi signifie que le demandeur doit avoir eu un comportement spécifique, la théorie des mains propres est invoquée afin de caractériser un comportement déloyal de l'investisseur dans le but d'établir l'irrecevabilité d'une demande<sup>63</sup>. Elle constitue alors une matérialisation du

---

<sup>60</sup> Cette relation de réciprocité n'a pas non plus été caractérisée dans un cas similaire. Cf. en ce sens, CIRDI, Sentence du 19 août 2013 relative à la compétence et la recevabilité de la requête, *Affaire Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum exploration & production Company Limited ("BAPEX"), Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("PETROBANGLA")*, préc., §483, p.131.

<sup>61</sup> CIJ, 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (fond), Nicaragua c. États Unis d'Amérique, préc., opinion dissidente de M. S. SCHWEBEL, §268, p.382.

<sup>62</sup> KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public, Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Graduate Institute Publications, 2000, Partie IV, §49. L'auteur cite, au soutien de sa démonstration la définition retenue par le *Black's law dictionary* au terme duquel : "Under clean hands doctrine, equity will not grant relief to a party, who as actor, seeks to set judicial machinery in motion and obtain some remedy, if such party in its prior conduct has violated conscience or good faith or other equitable principle". ; Cf. également : CIJ, 14 février 2002, *Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, République démocratique du Congo c. Belgique, Opinion dissidente du Juge VAN DEN WYNGAERT, §36, p.160 : « Le Congo n'avait pas «les mains propres» lorsqu'il s'est présenté devant la Cour. En reprochant à la Belgique d'avoir instruit des allégations de crimes internationaux et engagé des poursuites, ce qu'il était lui-même tenu de faire, le Congo fait preuve de mauvaise foi ».

<sup>63</sup> La bonne foi recouvre plusieurs dimensions en contentieux des investissements. Cf. en ce sens, CIRDI, Sentence du 18 juin 2010, *Affaire Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, affaire n°ARB/07/24, (June 18, 2010), §123. Selon le Tribunal : "An investment will not be protected if it has been

principe de bonne foi et astreint le demandeur à un comportement spécifique. Dès lors, toute mention expresse de l'obligation, pour l'auteur d'une demande, d'agir en ayant les mains propres perd de son utilité pour s'effacer derrière le principe de bonne foi<sup>64</sup>. Il devient ainsi possible de déclarer l'irrecevabilité d'actions portées par un demandeur au comportement blâmable. La bonne foi peut ainsi impliquer l'obligation de respecter, pour l'investisseur, le droit applicable sur le territoire de l'État d'accueil de son investissement (1.). Néanmoins, si le respect d'une telle exigence semble établi, la solution retenue par la formation arbitrale démontre que son périmètre est soumis à un certain aléa (2.).

### **1. Une obligation de bonne foi impliquant de se « conformer au droit de l'État hôte »**

15. La bonne foi s'entend comme une « disposition d'esprit, de loyauté, et d'honnêteté consistant en ce qu'un sujet de droit ne tente pas de minorer ses obligations [...] ni d'accroître indument, en faisant valoir ses droits, les obligations d'un autre sujet de droit à son égard »<sup>65</sup>. Perçu dans une dimension objective, la bonne foi « réside dans la protection de la confiance légitime ou des attentes légitimes. [Elle] fait naître une série de droits et d'obligations particuliers de l'interaction sociale afin de protéger la confiance légitime qu'un sujet de droit a fait naître chez un autre par ses actes, omissions, déclarations ou comportements »<sup>66</sup>. La bonne foi de l'investisseur peut ainsi être recherchée à l'étape de la mise en place et du déploiement de son investissement. Si sa mauvaise foi devait être caractérisée, l'investisseur, en raison de son comportement blâmable, perdrait le bénéfice de la protection substantielle accordée par le droit international. La bonne foi consiste ainsi en une obligation de « comportement que les parties sont juridiquement tenues d'observer dans l'exécution et l'interprétation de leurs droits et obligations »<sup>67</sup>. Il s'agit d'un principe dont la valeur

---

created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct; or if its creation itself constitutes a misuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention. It will also not be protected if it is made in violation of the host State's law".

<sup>64</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie, préc.*, §§1351 – 1352, pp.429 – 430.

<sup>65</sup> SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, AUF, Bruylant, 2001, p.134.

<sup>66</sup> KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public, Contribution à l'étude des principes généraux de droit, op. cit.*, Titre 1, Partie 2, §135. Par ailleurs, selon l'auteur (§69), dans sa dimension subjective, la bonne foi renvoie à « un état d'esprit consistant en une fausse représentation de faits juridiquement pertinents et qui se manifeste dans l'ignorance d'un défaut de ceux-ci au regard de la norme juridique dont l'application est réclamée ».

<sup>67</sup> SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, AUF, Bruylant, 2001, p.134.

juridique est établie<sup>68</sup>, qui ne souffre pas des controverses inhérentes à la théorie des mains propres.

16. La Fédération de Russie a excipé de la mauvaise foi des actionnaires de la société Yukos afin d'inviter le tribunal à déclarer l'irrecevabilité de la demande introduite. Au soutien de cet argument, le défendeur a considéré que le Traité sur la Charte de l'énergie contenait, en vertu du principe de bonne foi, une exigence implicite selon laquelle un investissement, pour pouvoir être protégé par le traité, doit avoir été effectué conformément au droit (interne et international) applicable sur son territoire<sup>69</sup>. Jugeant que les opérations engagées par le demandeur constituaient une « entreprise criminelle »<sup>70</sup> en raison de leur stratégie d'évasion fiscale et d'autres activités jugées frauduleuses, le défendeur a considéré que la protection accordée par le Traité sur la Charte de l'énergie ne pouvait être applicable. Selon les autorités russes, les actionnaires se sont privés de la possibilité d'invoquer la violation du Traité sur la Charte de l'énergie, car l'objet et le but de cette convention ne visaient pas la protection d'investissements réalisés illégalement sur le territoire de l'État d'accueil. S'il convient ici de recourir à l'objet et au but du Traité sur la Charte de l'énergie, c'est parce qu'aucune disposition expresse n'exige de l'investisseur qu'il se conforme au droit de l'État d'accueil de son investissement lorsqu'il met en place son opération. Dès lors, pour découvrir cette exigence, il convient de rechercher si, en vertu des règles relatives à l'interprétation des traités, l'objet et le but du Traité ne contenaient pas implicitement une telle exigence.

17. La Fédération de Russie fonde cette interprétation sur une jurisprudence bien établie<sup>71</sup>. Elle invoque notamment une sentence particulièrement topique rendue par le CIRDI dans l'affaire *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, laquelle avait opposé les parties sur l'application du même Traité sur la Charte de l'énergie. Selon les arbitres saisis de cette affaire, dans laquelle la mauvaise foi de l'investisseur avait été soulevée, le Traité sur la Charte de l'énergie doit être interprété conformément à son but qui vise le renforcement de la règle de droit dans le domaine des questions énergétiques. Le Traité sur la Charte de l'énergie ne peut donc être utilisé pour accorder une protection à un investisseur ayant déployé son

---

<sup>68</sup> *Ibidem.* ; Cf. en ce sens Charte des Nations Unies, art.2 §2 ; CIJ, 26 novembre 1984, *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (compétence et recevabilité)*, Nicaragua c. Etats Unis d'Amérique, Recueil 1984, §60, p.418.

<sup>69</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, préc., §1314, p.418.

<sup>70</sup> *Ibidem.*, §73 p.14. Cf. également le listage des actes qualifiés de frauduleux effectué par le Tribunal, *ibid.*, §§1281 – 1310, pp.408 – 417.

<sup>71</sup> *Ibid.*, §1314, p.418.

investissement en violation du droit applicable sur le territoire de l'État d'accueil. Dans l'affaire *Plama*, le tribunal arbitral CIRDI a suivi cette position et conclu que la protection substantielle du Traité sur la Charte de l'énergie ne pouvait s'appliquer aux investissements constitués en violation des règles de droit applicables dans l'État d'accueil<sup>72</sup>. Cette manifestation de l'obligation de bonne foi constitue, selon le tribunal, un principe général de droit international des investissements repris régulièrement par la jurisprudence<sup>73</sup>. La position retenue dans l'affaire *Plama* n'est, par ailleurs, pas isolée. Le CIRDI, dans sa sentence relative à l'affaire *Inceysa Vallisoletana contre République du Salvador* avait déjà eu l'occasion de se prononcer, en 2006, sur l'existence d'un tel principe. Le tribunal avait alors établi que l'inclusion au sein des TBI de clauses exigeant le respect du droit de l'État hôte suivait « les ordres publics internationaux des États conçus pour sanctionner des actes illégaux et les effets qui en résultent »<sup>74</sup>. La bonne foi avec laquelle l'investisseur doit agir exige de ce dernier qu'il se conforme aux prescriptions légales applicables sur le territoire de son investissement sans qu'il soit nécessaire qu'une clause de respect du droit de l'État hôte ne soit expressément prévue. Le CIRDI a eu l'occasion de rappeler à nouveau cette position en 2009, dans sa sentence rendue dans l'affaire *Phoenix Action, Ltd. contre République tchèque*. Les arbitres ont alors établi que « la protection internationale assurée par l'arbitrage CIRDI ne peut être accordée aux investissements qui ont été effectués en contradiction avec la loi. Le fait qu'un investissement ait été constitué en violation de la loi (...) peut autoriser, par conséquent, le tribunal à refuser d'exercer sa juridiction »<sup>75</sup>. Enfin, dans l'affaire *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG contre République du Ghana*, le CIRDI a, en 2010, explicitement reconnu qu'« un investissement ne sera pas protégé s'il a été conçu en violation du principe national ou international de bonne foi ; [qui comprend notamment l'absence de] violation du droit de l'Etat hôte. Il s'agit ici de principes généraux qui existent indépendamment du langage spécifique prévu à cet effet au sein du traité »<sup>76</sup>. C'est donc en cohérence avec la jurisprudence que la juridiction arbitrale a considéré, par une interprétation dynamique, que le

---

<sup>72</sup> CIRDI, Sentence du 27 août 2008, *Plama Consortium Limited, c. République de Bulgarie*, Affaire n°ARB/03/24, §139, p.40.

<sup>73</sup> Cf. l'analyse de la jurisprudence opérée sur cette question par KHACHATURIAN (A.), MOLOO (R.), "The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law", *Fordham International Law Journal*, *op. cit.*; CIRDI, Sentence du 18 juin 2010, *Affaire Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, *préc.*

<sup>74</sup> CIRDI, Sentence du 2 août 2006, *Inceysa Vallisoletana, c. République du Salvador*, Affaire n°ARB/03126 §247, p.75.

<sup>75</sup> CIRDI, Sentence du 15 avril 2009, *Phoenix Action, Ltd. c. République Tchèque*, Affaire n°ARB/06/5, §102, p.40.

<sup>76</sup> CIRDI, Sentence du 18 juin 2010, *Affaire Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. République du Ghana*, *préc.*, §§123 – 124, p.35.

Traité sur la Charte de l'énergie ne s'appliquerait qu'au bénéfice des investisseurs ayant réalisé leur opération en respectant le droit interne de l'État hôte de leur investissement.

## **2. Une obligation de se « conformer au droit de l'Etat hôte » au périmètre incertain**

18. L'obligation pesant sur l'investisseur de respecter le droit de l'État d'accueil de son investissement qui découle du principe de bonne foi est particulièrement exigeante. Si le Traité sur la Charte de l'énergie ne contient pas explicitement d'obligation pour l'investisseur d'avoir les « mains propres », le principe de bonne foi implique tout de même qu'il adopte une position conforme aux normes internes applicables à son opération. Néanmoins, le contenu d'une telle obligation est délicat à établir et varie en fonction des juridictions saisies. La position retenue par le tribunal arbitral dans l'affaire *Yukos* présente, à cet égard, une véritable originalité par rapport à la jurisprudence du CIRDI.

19. La jurisprudence du CIRDI avait dessiné les contours de cette obligation en considérant que l'investisseur devait se conformer à la fois au droit interne de l'État d'accueil de son investissement et au droit international<sup>77</sup>. Le manquement à cette exigence a eu pour conséquence de priver l'investisseur de la protection substantielle accordée par le traité de protection des investissements et d'engendrer l'irrecevabilité de sa requête<sup>78</sup>. Une telle exigence a été considérée par la jurisprudence du CIRDI comme raisonnable<sup>79</sup>, selon l'idée que l'application des garanties substantielles de protection des investissements suppose le respect de mesures minimales de confiance entre l'État d'accueil et l'investisseur. Néanmoins, l'ajout d'un tel pré-requis peut apparaître discutable dans la mesure où, comme a pu le constater C. SANTULLI, le « pouvoir de juger est exceptionnel » et la « dévolution est toujours entendue dans les limites de l'engagement juridictionnel »<sup>80</sup>. La limitation imposée par les tribunaux CIRDI découle de la combinaison d'une lecture dynamique du principe de bonne foi applicable à l'interprétation des engagements internationaux et de la spécificité du cadre institué par la Convention de Washington. Par ailleurs, même si l'article 25 de cette dernière ne prévoit pas plus l'obligation de respecter le droit interne dans la constitution de l'investissement<sup>81</sup>, il apparaît que l'objet et le but de la Convention de Washington visent à

---

<sup>77</sup> CIRDI, Sentence du 27 août 2008, *Plama Consortium Limited, c. République de Bulgarie*, préc., §§135 et 137.

<sup>78</sup> *Ibidem*, §146.

<sup>79</sup> CIRDI, Sentence du 19 mai 2010, *Anderson v. Republic of Costa Rica*, Affaire n°ARB(AF)/07/3, §58, p.23.

<sup>80</sup> SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, éd. Montchrestien, 2015, §224, p.138.

<sup>81</sup> KHACHATURIAN (A.), MOLOO (R.), "The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law", *op. cit.*, p.1493.

instituer un mécanisme dédié à la protection des investissements qui ne saurait être étendu à des investisseurs ayant réalisé leur opération en toute déloyauté. La jurisprudence a donc fait œuvre d'audace et s'est imposée comme la garante d'un certain équilibre devant présider à la relation entretenue entre un investisseur et son État hôte.

**20.** La position par la juridiction arbitrale de la CPA est quelque peu différente de celle classiquement retenue, laissant place à plus de mesure dans l'interprétation de l'engagement juridictionnel. En réponse à l'argument soulevé par la Fédération de Russie, les arbitres ont considéré, au même titre que dans la sentence *Plama*, que le principe de bonne foi impliquait le respect du droit de l'État d'accueil dans la mise en place de l'opération d'investissement, même en l'absence de disposition conventionnelle expresse<sup>82</sup>. Les arbitres ont ainsi reconnu que la violation du droit interne – il n'était pas ici question du droit international – par l'auteur d'une opération d'investissement était susceptible d'entraîner le rejet de la qualification de l'investissement et de priver par conséquent le tribunal de compétence au stade préliminaire ou d'empêcher l'investisseur d'invoquer la protection substantielle accordée par le traité au fond<sup>83</sup>. Cette lecture confirme ainsi que les accords de protection des investissements ont vocation à encourager le déploiement d'opérations constituées de bonne foi dans le respect des prescriptions légales applicables sur le territoire de l'Etat hôte. En retenant cette lecture, le tribunal semble accepter que les diverses violations du droit interne avancées par la Fédération de Russie à l'encontre de la société Yukos sont susceptibles d'établir la mauvaise foi des actionnaires de cette dernière. Toutefois, les arbitres n'en sont pas restés à la position affirmée par la jurisprudence *Plama*, et, par une subtile distinction, ont considéré que les démarches contraires au droit de l'État d'accueil entreprises par l'investisseur ne suffisaient pas à les priver de la protection recherchée.

**21.** Le tribunal arbitral considère que la constitution de l'investissement sur le territoire de l'État d'accueil doit en respecter les prescriptions légales, mais juge que les mesures visant à en assurer la performance sont exclues de ce régime<sup>84</sup>. Ainsi, afin de respecter l'obligation de bonne foi, l'investisseur doit se conformer aux règles de droit interne dans la mise en place

---

<sup>82</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie, préc.*, §1351, pp.429 – 430. Selon le tribunal : “Other arbitral tribunals have stated in obiter dicta that the principle that an investment “will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith” or “of the host State’s law” is a “general principle [ . . . ] that exist[s] independently of specific language” in an investment treaty”.

<sup>83</sup> *Ibidem*, §1349, p.429.

<sup>84</sup> Cf. en ce sens l'étude opérée par LLAMZON (A.), “Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. The State of the “Unclean Hands” doctrine in international investment law: Yukos as *both Omega and Alpha*”, *ICSID Review*, vol.30, n°2, Oxford University press, pp.316 – 321.

de son investissement, mais peut déployer sa stratégie de rentabilité en dehors des prescriptions internes applicables. Cette construction se fonde sur deux arguments, dont la pertinence semble inégale. Selon le premier moyen de justification, l'État d'accueil dispose des moyens nécessaires pour faire cesser les illégalités de déploiement<sup>85</sup>, là où sa réaction est plus difficile lorsqu'il s'agit d'illégalités de constitution. Cette justification est discutable, car si certains États ont mis en place des systèmes de déclaration ou d'autorisation des investissements étrangers leur permettant de contrôler les flux, d'autres n'exercent pas, ou n'ont pas les moyens d'exercer une telle surveillance. Un tel argument serait recevable à condition qu'un certain niveau d'harmonisation internationale existe, ce qui n'est pas le cas. Selon le second argument, le respect du droit interne n'a pas à être exigé une fois l'investissement opéré, car c'est l'objet même des traités de protection des investissements que d'autoriser l'investisseur à soulever l'illicéité d'un fait commis par l'État en vertu de son droit interne lors de la réalisation de son investissement<sup>86</sup>. Ce moyen apparaît plus efficace pour expliquer la détermination du champ matériel de l'obligation de bonne foi dans cette situation. En effet, si une sanction prise par un État à l'encontre d'un investisseur suffisait à établir la violation de son droit interne et à lui fermer l'accès à la juridiction internationale, alors la violation d'une règle internationale de protection de l'investissement conduirait à empêcher l'exercice de cette protection. Dans de nombreux cas, la violation d'une disposition conventionnelle de protection des investissements n'est invoquée qu'à compter du moment où l'État a procédé à une appropriation des capitaux, prononcée à l'issue d'un ensemble de sanctions. L'État ayant commis un fait potentiellement illicite se fonde, pour agir sur l'investissement, sur la violation de ses règles internes. L'investisseur serait ici tenu à une obligation bien trop large qui lui ferait perdre tout espoir de bénéficier du jeu d'un traité de protection de l'investissement. Enfin, l'extension de l'obligation de bonne foi au respect du droit interne dans le déploiement de l'investissement aurait pour effet d'obliger le juge international à vérifier la régularité interne des faits accomplis par l'investisseur. Une telle opération aboutirait à complexifier lourdement la tâche du juge international. La position du tribunal arbitral de limitation de l'obligation de bonne foi au seul respect des règles de droit interne relatives à la mise en place de l'investissement apparaît donc cohérente.

**22.** Au surplus, le tribunal arbitral tire les enseignements de la distinction qu'il met en place en renversant l'argument tiré de la mauvaise foi de l'investisseur opposé par le

---

<sup>85</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie, préc., §1355, p.430.

<sup>86</sup> Ibidem.

défendeur. Le tribunal considère qu'en tout état de cause la Fédération de Russie aurait dû réagir face aux illégalités qu'elle a constatées. Le silence gardé face à ces agissements est fautif et empêche d'opposer au demandeur – *a posteriori* – les illégalités qu'il a pu commettre dans le déploiement de sa politique d'investissement, si offensive soit-elle. Si l'exigence liée à la bonne foi avait impliqué le respect du droit interne dans le déploiement de l'investissement, le principe d'estoppel aurait ici agi comme une limite. Ce principe, qualifié d'objection procédurale, empêche l'Etat de « faire valoir une prétention ou [de soutenir] un argument contredisant son comportement antérieur ou une position prise précédemment et dans lequel (ou laquelle) les tiers avaient placé leur confiance légitime »<sup>87</sup>. Cette notion a pour origine le principe de bonne foi<sup>88</sup>, l'objectif de sa construction étant de protéger la confiance légitime<sup>89</sup>. Elle serait également rattachée à l'idée de forclusion : l'Etat serait déchu, en raison de son comportement, de la possibilité d'exercer un droit. Dans le cas d'espèce, les autorités russes n'ayant pas réagi pour s'opposer à la politique d'optimisation de l'investisseur, leur silence aurait pu être objecté par le demandeur. En conséquence, par le jeu de l'estoppel, l'Etat russe aurait été empêché de se contredire et de refuser d'assumer les implications du silence gardé face aux agissement de l'investisseur.

**23.** Le rejet de la prise en compte de la théorie des mains propres à l'étape préliminaire présente un intérêt majeur. Comme le note R. KOLB à ce propos, « l'irrecevabilité introduit un déséquilibre inéquitable entre les responsabilités respectives. Elle opère en bloc et ne permet pas l'ajustement respectif des fautes dans le choix du dispositif et du montant de l'indemnité ». L'étude du comportement du demandeur à l'étape du fond permet d'éviter cet écueil et de moduler l'étendue de la réparation.

---

<sup>87</sup> SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, V. *Estoppel*, p. 450. Cette technique est « inspiré du droit anglo-saxon de la preuve et [traduit] le principe de non-contradiction (*non concedit venire contra factum proprium* ou *venire contra factum proprium non valet*) ». Cf. également, sur la définition du principe : CIJ, 15 juin 1962, *Affaire du Temple de Préah Vihear*, (Cambodge c. Thaïlande), Recueil 1962, *Opinion individuelle de M. Alfaro, Vice-Président*, p. 40. Selon le Vice-président Alfaro : « Quels que soient le ou les termes employés pour désigner le principe tel qu'il a été appliqué dans le domaine international, sa substance est toujours la même : la contradiction entre les réclamations ou allégations présentées par un État et sa conduite antérieure à ce sujet n'est pas admissible (*allegans contraria non audiendus est*). Son objectif est toujours le même : un Etat n'est pas autorisé à tirer profit de ses propres contradictions au préjudice d'un autre Etat (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). *A fortiori*, cet Etat ne saurait être admis à profiter de ses contradictions lorsque c'est par l'effet de sa propre action fautive ou illicite que l'autre partie a été privée de son droit ou empêchée de l'exercer (*nullus commodum capere de sua injuria propria*). Enfin, l'effet juridique de ce principe est toujours le même : la partie qui, par sa reconnaissance, sa représentation, sa déclaration, sa conduite ou son silence, a maintenu une attitude manifestement contraire au droit qu'elle prétend revendiquer devant un tribunal international est irrecevable à réclamer ce droit (*venire contra factum proprium non valet*) ».

<sup>88</sup> CIJ, 12 octobre 1984, *Délimitation maritime dans la région du golfe du Maine*, Canada c. États-Unis d'Amérique, Recueil 1984, p.305, §130.

<sup>89</sup> KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public, Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, op. cit., Partie I, §§49 et 87.

## **§ 2. L'inclusion implicite de la théorie des mains propres au stade du fond**

24. Exclue à l'étape préliminaire, la théorie des mains propres est mobilisée par la juridiction arbitrale à l'étape du fond, au stade de la détermination du *quantum* de la réparation. L'État ne pouvant se dégager de l'action internationale introduite par l'investisseur, il est parvenu à convaincre la juridiction que les actes blâmables commis par ce dernier devaient constituer un élément pris en compte au stade de l'examen au fond. La Fédération de Russie a ainsi avancé que les actionnaires de la société Yukos ne pouvaient se voir réparés des conséquences de leurs propres actes illicites<sup>90</sup>. Le tribunal a reconnu cette situation et a ouvert le champ à la modulation de la réparation allouée<sup>91</sup>. La théorie des mains propres réapparaît donc implicitement à une autre étape des débats et s'impose comme un moyen de défense de premier plan. Toutefois, la place qu'elle occupe à ce stade du débat contentieux doit être strictement établie. La position retenue par l'arbitre est ici assez classique. Cependant, les conséquences pécuniaires qui résultent de son analyse sont hors normes. Le tribunal refuse d'établir que la théorie des mains propres constitue une « cause d'exonération de l'illicéité » des faits commis par le défendeur (A.) et se contente de faire de l'étude du comportement blâmable un moyen de caractérisation d'une « contribution à la faute » (B.). Il convient enfin de préciser qu'à cette étape, la responsabilité de l'Etat s'établit en vertu des solutions retenues par la CDI au sein de son projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat, les juridictions internationales calquant, par analogie, ce corpus de règles à la responsabilité de l'Etat à l'égard des personnes privées<sup>92</sup>.

### **A. Le rejet d'un moyen d'exonération de l'illicéité**

25. Une série de causes d'exonération de l'illicéité des actes commis par l'Etat a été listée par la CDI dans son projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat adopté en 2001<sup>93</sup>. Qualifiées de « bouclier contre une accusation de violation d'une obligation internationale »<sup>94</sup>, ces causes constituent « un fait justificatif ou une excuse de l'inexécution

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, §1594, p.500.

<sup>91</sup> *Ibid.*, §1356, p.431.

<sup>92</sup> LATTY (F.), « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, vol.LIV, 2008, éd. CNRS, p.482 ; L'auteur cite au soutien de son observation : CIRDI, sentence du 6 novembre 2008, *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. Égypte*, Affaire n°ARB/ 04/13, §156.

<sup>93</sup> Nations Unies, Assemblée générale, Résolution 56/83 annexant le « projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » du 12 décembre 2001, document A/RES/56/83, Chap. V.

<sup>94</sup> Nations Unies, Commission du droit international, Annuaire de la Commission pour l'année 2001, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de la cinquante troisième session, vol.II, part.II, Nations Unies, New York et Genève, 2007, p.75.

tant que subsistent les circonstances en cause »<sup>95</sup>. Elles ont pour fonction de protéger l'Etat concerné le temps que les circonstances de l'inexécution perdurent. Après avoir retenu l'illicéité des actes commis par la Fédération de Russie, le tribunal arbitral de la CPA aurait pu caractériser une cause d'exonération. Toutefois, dans la continuité des conclusions opérées par la CDI, le tribunal a établi que la théorie des mains propres ne pouvait relever d'une telle qualification (1.). Cependant, le défendeur aurait pu, afin d'absoudre ses actes de leur illicéité, invoquer un principe associé à la théorie des mains propres et qui constitue une cause d'exonération en *common law* : le principe *ex turpi causa non oritur actio* (2.).

### 1. L'exclusion classique de la théorie des mains propres

26. L'étude du droit international positif permet d'établir que la théorie des mains propres ne constitue pas une « cause d'exonération de l'illicéité » au sens des travaux de la CDI<sup>96</sup>. Son invocation ne permet pas de « transformer par [son] toucher magique un acte illicite en un acte conforme au droit international amenant à la conclusion qu'aucune illicéité n'a jamais été commise »<sup>97</sup>. La pratique et la jurisprudence établissent le rejet d'une telle possibilité<sup>98</sup>, qui, par ailleurs, n'a été invoquée qu'indirectement par la Fédération de Russie à l'encontre des actionnaires de la société Yukos. Il demeure néanmoins possible de trouver la trace d'une tendance ancienne accordant à la théorie des mains propres le rôle de « cause d'exonération de la responsabilité ». Cette différence terminologique n'est pas neutre, car l'exclusion de la responsabilité n'a pas les mêmes incidences que l'exclusion de l'illicéité. Cette dernière, consacrée par la CDI dans son projet d'articles publié en 2001, opère en bloc, alors que la première laisse subsister l'illicéité de l'acte et aboutit à la modification ou la neutralisation des conditions d'engagement de la responsabilité<sup>99</sup>. Selon J. SALMON, la théorie des mains propres a pu constituer une cause d'exonération de la responsabilité dans des

---

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> Sur l'implication du choix terminologique opéré par la CDI de recourir aux causes d'exonération de l'illicéité et non aux causes d'exclusion de la responsabilité (au travers de la question de l'état de nécessité), cf. notamment CASELLA (S.), *La nécessité en droit international : de l'état de nécessité aux situations de nécessité*, éd. Martinus Nijhoff, Leiden, 2011, pp.70 – 76 et pp. 409 – 411. Cf. également, CHRISTAKIS (T.), « Les “circonstances excluant l'illicéité” : une illusion optique ? » in *Mélanges offerts à Jean Salmon : Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp.257–264.

<sup>97</sup> CHRISTAKIS (T.), « Les “circonstances excluant l'illicéité” : une illusion optique ? » in *Mélanges offerts à Jean Salmon : Droit du pouvoir, pouvoir du droit*, op. cit., p.223.

<sup>98</sup> Assemblée générale des Nations Unies, Commission du droit international, cinquante et unième session tenue à Genève du 3 mai au 23 juillet 1999, Deuxième rapport sur la responsabilité des États présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial, Additif, document A/CN.4/498/Add.2, §§330 – 334, pp.52 – 54.

<sup>99</sup> CASELLA (S.), *La nécessité en droit international : de l'état de nécessité aux situations de nécessité*, op. cit., p.410. L'auteure cite, au soutien de sa démonstration, la position soutenue par DUPUY (P.-M) à l'occasion de son cours à l'Académie de droit international de La Haye en 1984 portant sur « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats ».

circonstances très précises. Cette configuration exigeait que le demandeur « ait commis une faute sans laquelle le fait dommageable n'aurait pas eu lieu »<sup>100</sup>. Au soutien de cette observation, l'auteur invoque quelques exemples jurisprudentiels anciens ayant abouti à l'exonération<sup>101</sup>. Toutefois, pour que la théorie des mains propres constitue une telle cause, il convenait que le comportement blâmable soit l'origine unique du dommage dont le demandeur se plaignait. L'affaire *Yukos* ne semble pas s'insérer dans cette configuration et c'est pourquoi la Fédération de Russie s'est dispensée d'une argumentation sur la question de l'exonération. Cette omission est justifiable car, eu égard aux circonstances factuelles, les mains potentiellement sales des actionnaires de la société Yukos ne peuvent être considérés comme étant la cause exclusive des dommages dont ils sollicitent la réparation.

27. La CDI, dans son œuvre de codification, a retenu une position plus catégorique que celle relevée par J. SALMON. Elle considérait en effet que la théorie des mains propres, principalement invoquée comme moyen d'irrecevabilité, ne peut être incluse au sein du Chapitre V de son projet d'article sur les « causes d'exonération de l'illicéité »<sup>102</sup>. Les travaux de la CDI, menés par le Rapporteur spécial J. CRAWFORD, ont considéré que l'inclusion de la jurisprudence des mains propres comme nouvelle circonstance excluant l'illicéité, distincte de l'*exceptio non adimpleti contractus* ou des contre-mesures, n'est pas pertinente dans la mesure où la théorie des mains propres ne constitue pas, pour paraphraser C. ROUSSEAU, « une institution du droit coutumier général »<sup>103</sup>. Cette position s'appuie notamment sur la jurisprudence de la CIJ, dans son affaire relative à la *Barcelona traction*. Dans cette affaire, la CIJ a considéré que l'accusation mutuelle par les parties de faits internationalement illicites n'avait pas pour effet de légitimer les agissements accomplis<sup>104</sup> et d'exonérer par conséquent l'Etat de l'illicéité de ses actes. Cette position jurisprudentielle n'est pas isolée et peut être

---

<sup>100</sup> SALMON (J.), « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », *op. cit.*, p.237. L'auteur fait ici référence à l'exonération de la responsabilité – et non de l'illicéité de l'acte – dans la mesure où les travaux de la Commission du droit international et leurs analyses critiques portant cette distinction seront développés postérieurement.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p.238.

<sup>102</sup> Nations Unies, Commission du droit international, Annuaire de la Commission pour l'année 2001, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de la cinquante troisième session, vol.II, part.II, *préc.*, p.76.

<sup>103</sup> Assemblée générale des Nations Unies, Commission du droit international, cinquante et unième session tenue à Genève du 3 mai au 23 juillet 1999, Deuxième rapport sur la responsabilité des États présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial, Additif, *préc.*, p.54, §334.

<sup>104</sup> CIJ, 5 février 1970, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and power company*, Belgique c. Espagne, Recueil 1970, p.51, §102. Selon la Cour : « D'un côté, il a été soutenu que les autorités administratives et judiciaires espagnoles ont commis des actes illicites et que ces actes engagent la responsabilité internationale de l'Espagne. De l'autre, on a affirmé que, dans la poursuite de leur activité, la Barcelona Traction et ses filiales ont violé la loi espagnole et causé un préjudice à l'économie espagnole. A supposer que les faits soient établis dans les deux cas, les derniers ne sauraient en aucune façon légitimer les premiers. »

rapprochée de la position de la CPJI, évoquée préalablement<sup>105</sup>, dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*. La Cour permanente a eu l'occasion d'approcher la théorie des mains propres dans cette affaire, mais exclusivement en tant qu'élément d'interprétation du traité, rejetant ainsi toute prétention à l'étape de la détermination de la responsabilité<sup>106</sup>.

28. Toutefois, l'absence d'argumentation sur l'*exceptio non adimpleti contractus*, principe associé à la théorie des mains propres, au stade du fond peut questionner. En effet, selon l'organe de codification, le statut de ce moyen associé comme cause exonératoire semble moins sujet à controverses. Selon la CDI, la place de cette exception pourrait relever, dans certains cas, des causes d'exonération de l'illicéité, la liste de causes dressées par le Chapitre V n'étant pas exhaustive<sup>107</sup>. Même si le projet d'articles adopté en 2001 n'a pas retenu cette exception, les travaux menés par l'organe universel ont démontré qu'à la différence de la théorie des mains propres, l'exception disposait d'une reconnaissance certaine<sup>108</sup>. Toutefois, l'invocation de l'*exceptio non adimpleti contractus*, perçue dans son sens large<sup>109</sup>, n'aurait eu, en l'espèce, que peu de chance d'aboutir au fond. En effet, son régime juridique est particulièrement contraignant<sup>110</sup> et surtout son invocabilité exige qu'un engagement réciproque existe entre les parties. Une telle réciprocité ne peut être caractérisée au sein du Traité sur la Charte de l'énergie entre l'investisseur et l'Etat. C'est donc en cohérence avec cette construction que la Fédération de Russie n'a pas jugé nécessaire d'accorder plus de développements relatifs à ce moyen en tant que cause d'exonération, alors qu'elle l'avait fait à titre préliminaire<sup>111</sup>.

---

<sup>105</sup> Cf. *supra*, §6.

<sup>106</sup> Cf. en ce sens l'analyse réalisée par le Professeur A. PELLET, agissant en qualité de conseil de la République islamique d'Iran, dans l'affaire des *Plateformes pétrolières* (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique). CIJ, Compte rendu de l'audience publique tenue le mercredi 19 février 2003, à 15 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. Shi, président, document CR 2003/8, pp.34 – 36, §§31 – 32.

<sup>107</sup> Assemblée générale des Nations Unies, Commission du droit international, cinquante et unième session tenue à Genève du 3 mai au 23 juillet 1999, Deuxième rapport sur la responsabilité des États présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial, Additif, *préc.*, §304, p.40 ; Cf. également SZUREK (S.), "The notion of circumstances precluding wrongfulness", in CRAWFORD (J.), PELLET (A.), OLLESON (S.) (dir.), *The law of international responsibility*, Oxford commentaries on international law, Oxford, 2010, pp.431 – 432.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp.44 – 46, §§315 – 317.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p.50, §327.

<sup>110</sup> Cf. *supra*, §7.

<sup>111</sup> Cf. *supra*. §§8 et 9.

## 2. L'invocation possible d'un principe associé

29. Un principe associé<sup>112</sup> à la théorie des mains propres aurait pu constituer un moyen de défense envisageable pour la Fédération de Russie en ce qu'il constitue, en *common law*, une cause exonératoire de l'illicéité des actes accomplis<sup>113</sup> : la maxime *ex turpi causa non oritur actio*. Selon ce principe, le demandeur qui fonde son action sur une cause immorale ou illégale exonère le défendeur de ses actes illicites. L'immoralité justifie l'illicéité. A cet égard, la flexibilité d'une telle maxime est flagrante, tant la définition de la « cause immorale » peut être sujette à des interprétations diverses. La Fédération de Russie aurait ainsi pu bâtir son argumentation sur ce principe, en invoquant les actes qu'elle qualifie de frauduleux des actionnaires de la société Yukos, et s'appuyer sur la jurisprudence du CIRDI qui a déjà fait droit, dans d'autres circonstances, à un tel argument.

30. A l'occasion d'une sentence rendue en 2006 à propos de l'affaire *World duty free contre Kenya*, le CIRDI s'est fondé sur la maxime *ex turpi causa non oritur actio* pour rejeter la demande introduite par un investisseur étranger. Dans cette sentence, le tribunal a considéré que les actes de corruption commis par l'investisseur étranger sur le territoire kenyan avaient pour effet de le priver de la possibilité d'engager la responsabilité internationale du Kenya, pour la violation de l'accord de protection de l'investissement qui avait été conclu préalablement<sup>114</sup>. Dans les circonstances de l'espèce, la société britannique World duty free, demandeur à l'instance, reprochait à l'Etat kenyan la violation des termes d'un contrat ayant pour vocation de garantir le déploiement de ses investissements. Toutefois, l'étude des faits a révélé que l'actionnaire principal de la société avait, pour garantir la conclusion du contrat, versé au préalable au président kenyan D. A. MOI à titre personnel, une somme d'argent conséquente<sup>115</sup>. Face à cet état de fait, le CIRDI a rejeté la requête au motif que l'accord constituant l'engagement juridictionnel des parties ne pouvait trouver à s'appliquer<sup>116</sup>. Pour justifier sa décision, le CIRDI a établi que les agissements de l'investisseur étaient contraires à l'« ordre public international » (entendu comme le

---

<sup>112</sup> KREINDLER (R.), KREINDLER, "Corruption in international investment arbitration Jurisdiction and the unclean hands doctrine", *op. cit.*, pp.317 – 318.

<sup>113</sup> LETE (J.), « Les causes d'exonération en droit anglo-saxon », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Recueil des travaux du Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance, Paris, 2012, éd. IRJS, p.508.

<sup>114</sup> CIRDI, sentence du 31 août 2006, *World Duty Free Company Limited c. République du Kenya*, Affaire n°ARB/00/7, §179.

<sup>115</sup> *Ibidem.*, §§131 – 136.

<sup>116</sup> Cf. en ce sens, LAMM (C. B.), GREENWALD (B. K.), YOUNG (K. M.), *From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption*, ICSID Review, vol.29, n°2, 2014, Oxford University press p. 348.

« consensus international existant sur des normes et des standards universellement acceptés et qui doivent être appliqués par toute juridiction »<sup>117</sup>). Au soutien d'une telle position, le tribunal CIRDI a considéré que l'admission des prétentions de l'investisseur, auteur d'actes de corruption<sup>118</sup>, constituerait un « affront à la conscience publique » et aurait pour effet « d'assister et d'encourager le plaignant dans sa conduite illégale »<sup>119</sup>. Dans cette affaire, le principe *ex turpi causa non oritur actio* a été utilisé à l'étape préliminaire (et non au stade du fond). Selon cette solution jurisprudentielle, la réalisation d'actes de corruption par un investisseur l'empêche d'introduire une action sur le fondement d'un accord vicié par l'immoralité de son comportement. Cette construction, élaborée à l'étape préliminaire dans cette affaire, a permis d'éviter à l'Etat hôte de l'investissement de voir sa responsabilité recherchée sur le fondement de la violation alléguée d'un accord de protection des investissements, malgré son implication dans le système de corruption. Même si les actes de l'investisseur n'ont été possibles qu'avec le concours de l'Etat hôte, le tribunal a jugé que l'implication initiale de l'investisseur britannique dans les actes de corruption devait l'emporter sur le comportement peu vertueux adopté par l'Etat d'accueil. Pour justifier sa position, la formation arbitrale a établi que le demandeur avait un rôle spécifique vis-à-vis du respect de l'ordre public international, et qu'il ne revenait pas au tribunal de reprocher à l'Etat corrompu sa qualité de défendeur à l'action<sup>120</sup>.

**31.** Une telle argumentation aurait raisonnablement pu être soutenue par la Fédération de Russie à l'étape du fond. Ses conditions de réussite auraient cependant été difficilement prévisibles tant les différences factuelles avec l'affaire *World duty free* sont importantes. De même, l'invocation de cette défense au fond aurait pu soulever des difficultés. En effet, en sa qualité de cause d'exonération en *common law*<sup>121</sup>, l'invocation d'un tel argument aurait différé de la position retenue par le CIRDI dans l'affaire *World duty free*. Toutefois, la localisation de l'investisseur étranger sur l'Île de Man, sur le territoire au sein duquel s'applique la *common law*, aurait pu constituer un argument au soutien d'une telle défense. De plus, le défendeur n'a jamais opposé aux actionnaires de la société Yukos une attitude corruptrice et il semble que les reproches adressés n'entrent pas directement en opposition avec le contenu, difficilement saisissable, de l'ordre public international (tel qu'il a été défini dans l'affaire *World duty free*). Le déploiement d'une stratégie d'investissement fondée sur des systèmes d'optimisation

---

<sup>117</sup> *Ibidem*, §§138 – 139.

<sup>118</sup> *Ibid.*, §136.

<sup>119</sup> *Ibid.*, §179.

<sup>120</sup> *Ibid.*, §181.

<sup>121</sup> LETE (J.), « Les causes d'exonération en droit anglo-saxon », *op. cit.*, p.508.

fiscale sophistiqués ne constitue pas une attitude majoritairement condamnée par la communauté internationale, malgré certains mouvements récents allant dans ce sens<sup>122</sup>. Il faut sans doute regretter ce constat, tant les conséquences néfastes que ces montages engendrent peuvent être étendues. Au-delà des critiques que les actions engagées par les actionnaires de la société Yukos ont suscité, ces dernières n'auraient sans doute pas été considérées comme suffisamment graves pour justifier l'exonération de l'illicéité des actes commis par les autorités russes. Néanmoins, si l'optimisation à laquelle a procédé l'investisseur étranger avait été jugée contraire à une certaine conception de l'ordre public international, la position de la juridiction arbitrale de la CPA aurait probablement divergé de celle retenue par le CIRDI en 2006. Comme le tribunal arbitral a pu l'établir au stade de la recevabilité, le principe d'estoppel aurait ainsi pu être opposé aux autorités russes à qui le tribunal avait déjà reproché l'inaction au stade préliminaire. Le succès d'une défense fondée sur le principe *ex turpi causa non oritur actio* semble donc soumis à un fort aléa.

## **B. La caractérisation d'un moyen d'atténuation de la réparation**

32. Si la théorie des mains propres ne peut pas constituer une circonstance excluant l'illicéité, elle conserve tout de même un intérêt certain à l'étape du fond en tant que « moyen d'ajustement »<sup>123</sup>. L'invocation du comportement blâmable du demandeur peut constituer un moyen de défense utile lorsqu'il s'agit d'établir que le défendeur n'est pas l'auteur exclusif de la faute commise. Une telle approche n'est pas nouvelle : la CDI, dans ses travaux menés en 1958, a déjà eu l'occasion de relever, dans le champ de la protection diplomatique, que la faute attribuable à l'étranger lésé devait influencer sur le montant de la réparation du dommage subi<sup>124</sup>. La prise en compte de la conduite fautive n'aboutit pas à la suppression de la réparation mais à sa modulation, en fonction du rôle causal de la conduite tenue dans la réalisation du dommage. La Fédération de Russie a ainsi invoqué cet argument, considérant que les actionnaires de la société Yukos ne pouvaient être indemnisés des conséquences de leurs propres actes illicites<sup>125</sup>. La théorie des mains propres réapparaît ainsi comme un moyen

---

<sup>122</sup> Cf. notamment les initiatives engagées par l'OCDE, « Projet OCDE/G20 de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) », édition OCDE, 2003. Ce projet a été proposé à l'occasion du G20 tenu à Lima le 8 octobre 2015. Consultable (le 15 octobre 2015 : <<http://www.oecd.org/fr/ctp/beps.htm>>)

<sup>123</sup> CHENG (B.), *General Principles on Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University press, 2006, p.158.

<sup>124</sup> Nations Unies, Commission du droit international, *Annuaire de la Commission pour l'année 1958*, documents de la 10<sup>ème</sup> session, vol.II, §§17 – 19, pp.55 – 56.

<sup>125</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, préc., §1594, p.500.

susceptible d'atténuer le montant de la réparation due. La juridiction arbitrale fait droit aux prétentions russes et confirme une position déjà bien établie selon laquelle le comportement blâmable du demandeur influe sur le montant de la réparation. Toutefois, l'analyse des mains sales de l'investisseur reste dépendante de l'existence du lien de causalité entre la conduite suivie et le fait internationalement illicite de l'Etat et ne connaît aucune autonomie (1.). La prise en compte de certains actes commis par le demandeur s'effectue alors dans le cadre d'une approche causale strictement délimitée (2.).

### **1. L'absence d'autonomie de la théorie des mains propres**

33. En contribuant à la réalisation de son propre dommage, le demandeur, par son comportement blâmable, se prive d'une partie de la réparation de son préjudice. Un tel principe est ancien, et a fait l'objet de discussions approfondies à l'occasion de débats menés par différents organes de promotion de la codification du droit international du début du XX<sup>ème</sup> siècle. Balançant entre condition de recevabilité de la demande <sup>126</sup>, cause d'exonération<sup>127</sup>, ou encore circonstance atténuant la réparation – tel qu'il ressort du projet de la CDI de 2001<sup>128</sup> – la place accordée au comportement de la victime a toujours suscité des débats nourris<sup>129</sup>. « En considération du rôle de la conduite de la victime dans le droit de la responsabilité internationale »<sup>130</sup>, le positionnement de cette analyse à l'étape de la réparation semble bien établi. Toutefois, l'étude du comportement de la victime à ce titre n'est pas exhaustive car tous les actes accomplis dans le cadre du déploiement d'un investissement ne sont pas susceptibles d'aboutir à une diminution de la réparation. Certaines conduites potentiellement blâmables sont, de fait, exclues de l'analyse imposée par le cadre institué. Cette sélection s'explique par l'absence d'autonomie de la théorie des mains propres au stade du traitement des questions de fond. Selon B. STERN, la théorie des mains propres ne se distingue pas de la théorie générale de la causalité<sup>131</sup>. En cas de conduite fautive de la victime, seuls les actes présentant un lien causal avec le fait internationalement illicite de l'Etat sont

---

<sup>126</sup> Cf. en ce sens la reproduction des travaux de l'Institut américain de droit international sur la protection diplomatique menés en 1925 in Nations Unies, Annuaire de la Commission du droit international, 1956, vol.II, p.227.

<sup>127</sup> Cf. en ce sens les travaux de l'Institut de droit international, Annuaire de l'Institut de droit international, 1900/09, vol.18, Paris, éd .Pedone, p.255.

<sup>128</sup> Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 56/83 annexant le « projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite » du 12 décembre 2001, document A/RES/56/83, art. 39.

<sup>129</sup> MOUTHIER-LOPET (A.), « Contribution to the injury », in CRAWFORD (J.), PELLET (A.), OLLESON (S.) (dir.), *The law of international responsibility*, op. cit., pp.639 – 640.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p.640.

<sup>131</sup> BOLLECKER-STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Publication de la RGDIP, Nouvelle série, n° 22, Paris, éd. Pedone, 1973, p.312.

susceptibles d'être pris en compte pour diminuer le montant de la réparation. Si la théorie des mains propres avait joui d'une autonomie à ce stade, l'ensemble des actes blâmables commis par l'investisseur auraient pu entraîner la suppression intégrale de la réparation ou sa modulation<sup>132</sup>. Cette sanction n'aurait été prononcée qu'après l'analyse de l'ensemble des faits à l'origine de la conduite fautive, et non après l'étude des seuls actes fautifs rattachés, par un lien de causalité, au fait internationalement illicite commis par l'Etat.

**34.** L'analyse de certains des actes établissant les mains sales de l'investisseur s'effectue par la combinaison des articles 31 et 39 du projet de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État<sup>133</sup>. Selon ces articles, l'État auteur du fait internationalement illicite a l'obligation de réparer intégralement le dommage qu'il a causé ; toutefois cette réparation doit prendre en compte le comportement du demandeur si celui-ci a contribué à la réalisation de son propre préjudice. L'article 39 prévoit précisément que seules les actions ou omissions commises par la victime, intentionnellement ou par négligence, peuvent être prises en compte. Ainsi, l'action ou l'omission non intentionnelle ou qui n'atteint pas le niveau exigé pour caractériser une négligence<sup>134</sup> ne pourront donner lieu à l'atténuation de la réparation. Malgré cette limite matérielle, la théorie des mains propres trouve ici un terrain propice puisqu'une partie du comportement blâmable du demandeur est susceptible de constituer un des actes prévus par l'article 39. Par ailleurs, cet article laisse au juge une importante marge d'appréciation dans ce domaine, car il n'exige pas que les actes contribuant à la faute commise ne soient « graves » ou « manifestes ». Selon les commentaires publiés en marge de cet article, la pertinence des faits analysés « aux fins de la détermination de la réparation, dépendra de la mesure dans laquelle [ils ont] contribué au préjudice »<sup>135</sup>. Afin de déterminer si le demandeur a contribué à la réalisation du fait internationalement illicite, le juge procède à l'analyse du lien de causalité existant entre l'acte commis et le dommage subi du fait du comportement de l'État<sup>136</sup>. Il convient à ce titre de constater que le tribunal arbitral a décidé de limiter les actes susceptibles d'entrer dans le champ de l'article 39 aux seules contributions « matérielles » et

---

<sup>132</sup> *Ibidem*, p.310.

<sup>133</sup> Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 56/83 annexant le « projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » du 12 décembre 2001, *préc.*, art.31 et 39.

<sup>134</sup> Cf. en ce sens, SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p.734, V. *Négligence*, (sens B).

<sup>135</sup> Nations Unies, Commission du droit international, Annuaire de la Commission pour l'année 2001, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de la cinquante troisième session, vol.II, part.II, *préc.*, §5, p.118.

<sup>136</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie, *préc.*, §1599, p.501.

« significatives » commises par la victime à la réalisation de son dommage<sup>137</sup>. L'adjonction de l'adjectif « significatif » peut *a priori* étonner<sup>138</sup> car il n'est pas utilisé par la CDI. Cependant, eu égard aux vingt-huit fautes alléguées par la Fédération de Russie, il semble davantage que l'emploi par la Cour de cet adjectif soit dicté par une volonté d'éviter une étude approfondie et peu opérante de l'ensemble des éléments susceptibles de prouver l'« entreprise criminelle ». En résumé, sont ainsi exclus de l'analyse du juge les actes blâmables qui n'ont pas de lien causal avec le fait illicite et les actes reliés mais qui ne constituent pas des contributions significatives à la réalisation de l'illicéité.

## 2. L'exigence d'un strict lien de causalité

35. La caractérisation de la faute contributive de la victime a amené le tribunal à distinguer les actes relevant du régime de l'article 39 de ceux dérivant du principe selon lequel l'investisseur doit atténuer ses pertes, sous peine de perdre son droit à indemnisation<sup>139</sup>. Par cette démarche, le tribunal prend le soin de délimiter matériellement l'étendue des actes pouvant être qualifiés de contributifs au dommage subi, excluant ainsi de son analyse certains comportements blâmables du demandeur. Selon l'obligation (entendue à l'étape de la responsabilité) pour l'investisseur de minimiser ses pertes, la partie lésée par le fait internationalement illicite « qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis ne serait pas en droit de réclamer l'indemnisation de ceux qui auraient pu être évités »<sup>140</sup>. Ce principe bien établi dans le droit international positif<sup>141</sup> se distingue du mécanisme de l'article 39. Il ne s'applique qu'à compter du moment où des dommages ont été subis afin d'éviter d'en supporter de nouveaux. Il oblige l'investisseur lésé à contenir ses pertes en déployant les moyens nécessaires à l'évitement de tout dommage additionnel. S'il est atteint, ce principe influe directement sur le *quantum* de la réparation. Cependant, il ne concerne que les faits consécutifs au dommage, alors que la contribution à la faute est plus large et peut saisir l'ensemble des actes blâmables commis par le sujet lésé reliés au fait internationalement illicite.

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, §1600, p.502.

<sup>138</sup> KALDUNSKI (M.), "Some Reflections on Arbitration in the Yukos v.the Russian Federation Case", *Comparative Law Review*, 18, 2014, p.161.

<sup>139</sup> Nations Unies, Commission du droit international, Annuaire de la Commission pour l'année 2001, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de la cinquante troisième session, vol.II, part.II, *préc.*, §11, p. 99.

<sup>140</sup> CIJ, 25 septembre 1997, *Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *préc.*, §80, p.55.

<sup>141</sup> Cf. notamment, LAIRD (I. A.), SABAHI (B.), SOURGENS (F. G.), WEILER (T. J.), *Investment treaty arbitration and international law*, vol.8., éd. JurisNet, New York, 2015, pp.312 – 313.

36. Par ailleurs, certains actes peuvent entrer en contradiction avec le principe d'atténuation des pertes sans constituer une faute contribuant au dommage car l'analyse de la causalité ne permet pas de les relier au fait internationalement illicite commis par l'Etat<sup>142</sup>. Dans cette dernière configuration évoquée par le tribunal, le comportement blâmable sera consécutif au dommage subi par l'investisseur, mais le lien causal avec le fait internationalement illicite commis par l'Etat ne sera pas caractérisé. La distinction opérée par la juridiction arbitrale aboutit donc à clarifier l'étendue des actes blâmables relevant du mécanisme d'atténuation de la réparation. Le tribunal établit ainsi que certains actes constitutifs d'un comportement blâmable du demandeur ne peuvent être analysés dans ce cadre et ne trouveront pas de conséquences contentieuses.

37. Enfin, dans son analyse du comportement adopté par le défendeur, le tribunal arbitral a établi que les actionnaires de la société Yukos avaient contribué à leur dommage et devaient, en conséquence, voir la réparation de leur préjudice diminuée<sup>143</sup>. Afin de caractériser une telle faute, les arbitres ont radiographié le comportement du demandeur et ont conclu que les mains sales des actionnaires devaient être retenues dans deux situations : à propos de leur conduite fiscale au sein des régions bénéficiant de faibles régimes d'imposition<sup>144</sup> et pour leur utilisation de l'accord chyprio-russe relatif à l'interdiction de la double imposition qui s'intègre dans leur stratégie fiscale discutable<sup>145</sup>. Ces deux éléments invoqués par la Fédération de Russie ont été considérés par le tribunal comme directement liés à la destruction de l'investissement opéré dans la société Yukos. Cette situation se rapproche du cas d'intervention complémentaire identifié par la doctrine et dans lequel plusieurs causes interviennent concurremment dans la constitution du dommage<sup>146</sup>. Dans cette configuration, la

---

<sup>142</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie, préc., §1604, p.502.

<sup>143</sup> *Ibidem*, §1634, p.509.

<sup>144</sup> *Ibid.*, §§1610 – 1615, pp.503 – 505.

<sup>145</sup> *Ibid.*, §§1616 – 1621, pp.505 – 506.

<sup>146</sup> MOUTHIER-LOPET (A.), "Contribution to the injury", *op. cit.*, pp.642 – 643. Dans son analyse relative à la conduite de la victime dans le droit de la responsabilité internationale, l'auteure distingue quatre modalités de concurrence des causes à l'origine du dommage subi : l'intervention exclusive (dans laquelle le comportement de la victime est la cause directe et exclusive du dommage, empêchant toute réparation), l'intervention parallèle (dans laquelle le comportement de la victime est, au même titre que le comportement de l'Etat, à l'origine du dommage, empêchant toute réparation), l'intervention complémentaire (dans laquelle de multiples causes sont intervenues dans la constitution du dommage. Dans ce cas, l'Etat peut s'exonérer partiellement de ses actes illicites, autorisant ainsi une réparation partielle) et l'intervention cumulative (dans laquelle le comportement de l'Etat et de la victime ont convergé pour aboutir au dommage, donnant l'impression d'un préjudice unique. Dans ce cas, l'étude du caractère proportionné et conforme au droit de l'homme des actes commis par l'Etat est opéré afin d'allouer ou non une réparation à la victime) ; Cf. également SALMON (J.), « La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale », in *International law at the Time of its Codification. Essays in Honour of Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol.III, p.223 et s.

difficulté consiste à déterminer quelle proportion du dommage doit être attribuée à chacune des causes.

**38.** La détermination du pourcentage d'atténuation de la réparation dépend exclusivement de l'appréciation donnée par le juge des effets de la conduite blâmable. Le tribunal arbitral considère que l'investisseur a commis un acte blâmable avant l'acte illicite d'appropriation perpétré par l'Etat hôte et en tire des conséquences modérées. En effet, la juridiction aurait pu considérer que la réaction de l'Etat était totalement disproportionnée et constituait la cause exclusive du dommage subi. Réagir à la constitution d'un montage fiscal discutable par la destruction progressive et intégrale d'un investissement conséquent n'est pas anodin. Si le tribunal avait retenu la disproportion, cette qualification aurait entraîné le rejet de l'argument de la conduite blâmable à l'étape de l'analyse des possibles causes d'atténuation de la responsabilité. Des positions de ce type ont pu être rencontrées par le juge international dans le domaine des droits de l'homme ou de la protection diplomatique<sup>147</sup>. Toutefois, dans le cadre de l'arbitrage transnational d'investissement auquel elle était confrontée, la formation arbitrale a retenu une position de compromis. La juridiction arbitrale de la CPA s'est ainsi contentée de constater l'existence d'un comportement blâmable de l'investisseur, corrélé à l'acte illicite attribuable à l'Etat sans que l'un ou l'autre ne soit la cause exclusive du dommage subi. En procédant ainsi, le tribunal s'est rapproché d'une solution jurisprudentielle ancienne retenue dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*<sup>148</sup>, à une époque où la place accordée à l'individu devant les juridictions internationales n'était pas aussi étendue qu'aujourd'hui. En acceptant une partie de l'argumentation présentée par la Fédération de Russie, le tribunal a conclu à l'atténuation de 25% de la réparation due par l'Etat hôte<sup>149</sup>, diminuant ainsi le montant total alloué à l'investisseur étranger de 16.673.623 milliards de dollars<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> BOLLECKER-STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, op. cit., pp.321 – 326.

<sup>148</sup> Sentence arbitrale du 29 mars 1900, *Affaire du Chemin de fer de la baie de Delagoa*. Le tribunal arbitral avait établi que : « toutes les circonstances qui peuvent être alléguées à la charge de la compagnie concessionnaire et à la décharge du Gouvernement portugais, atténuent la responsabilité de ce dernier et justifient une réduction de la réparation allouée ». Extrait cité par BOLLECKER-STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, op. cit., p.326.

<sup>149</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, préc., §1637, p.510. La méthode de calcul à laquelle s'est référée le Tribunal suscite quelques interrogations. Certains auteurs appellent notamment à sa précision afin d'éviter la mise en place de seuils. Cf. en ce sens: MARBOE (I.), "Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation: Calculation of damages in the Yukos Award: Highlighting the valuation date, contributory fault and interest", *ICSID Review*, vol.30, n°2, Oxford University press, pp.332 – 333.

<sup>150</sup> CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération*

## CONCLUSION

39. A la lecture de cette sentence, il appert que la théorie des mains propres n'a pas plus d'autonomie dans l'arbitrage transnational d'investissement que dans le cadre de la protection diplomatique. La sentence *Yukos* refuse de lui accorder un tel statut, les controverses semblant, en l'état, indépassables.

40. À l'étape de la recevabilité, le tribunal refuse de conférer à ce moyen de défense le caractère de principe général de droit. Toutefois, ce rejet explicite ne signifie pas que le comportement blâmable du demandeur soit exclu de l'analyse opérée par la juridiction, laissant ainsi planer le doute sur l'intérêt d'une consécration de la théorie des mains propres<sup>151</sup>. Par le truchement de l'obligation de bonne foi, le juge se donne la capacité de rejeter la requête au stade préliminaire et étudie les conditions dans lesquelles l'investisseur a déployé son opération sur le territoire de l'Etat hôte. À cette occasion, le tribunal arbitral a précisé l'étendue de ce que la légalité impose à l'investisseur pour que l'action internationale demeure possible. À la différence de ce que la jurisprudence antérieure établissait, la bonne foi n'implique pas pour l'investisseur de se conformer aux règles internes présidant aux conditions de déploiement de son opération. Le comportement blâmable du demandeur commis dans le cadre du déploiement de sa stratégie d'investissement est donc intégralement exclu de l'étude préliminaire. À l'étape du fond, le tribunal mobilise la théorie des mains propres pour caractériser une contribution à la faute commise par le demandeur. Si le comportement blâmable du demandeur ne peut constituer une cause d'exonération de l'illicéité, son analyse s'opère tout de même. Toutefois, si la juridiction inclut cette étude, elle ne consacre pas, pour autant, l'autonomie de la théorie des mains propres. Seuls les faits blâmables présentant un lien causal avec le dommage survenu aboutissent à la modulation de la réparation.

---

*de Russie, préc.*, Annexe A-6, "Table T1: Calculation of Total Damages of Claimants as of 19 December 2004 (Date of Expropriation) vs. 30 June 2014 (Date of Award for Valuation Purposes)".

<sup>151</sup> Cf. en ce sens la position avancée par LLAMZON (A.), "Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. The State of the "Unclean Hands" doctrine in international investment law: Yukos as *both Omega and Alpha*", *op. cit.*, p.321. L'auteur considère que le rejet de l'autonomie de la théorie de mains propres pourrait ne pas avoir d'effet car (nous traduisons) : « l'idée des mains propres fait partie de l'ordre public international [du type *World Duty Free*], qui a largement été considérée comme une source indépendante de droits et d'obligations dans l'arbitrage international ». Par ailleurs, p.323, l'auteur considère que l'assimilation de la « théorie des mains propres et de la légalité est inévitable car les deux cherchent à répondre au même comportement blâmable problématique du demandeur ».

41. Il faut enfin remarquer que la position retenue par la juridiction arbitrale de la CPA est en cohérence avec la nature du système international de responsabilité internationale de l'Etat. En effet, accorder à la théorie des mains propres une pleine autonomie aurait abouti à consacrer, dans le contentieux international des investissements, un moyen de défense présentant un caractère principalement punitif<sup>152</sup> et déséquilibrant. En sanctionnant le demandeur pour son comportement blâmable, les mains propres engendrent l'impossibilité pour ce dernier de solliciter toute intervention du juge. Le déséquilibre entre les responsabilités respectives des parties se crée ainsi et risque d'engendrer « un recours accru aux représailles et autres contre-mesures ce qui constituerait un pas en arrière dans le droit de la responsabilité internationale »<sup>153</sup>. En accordant l'autonomie à ce moyen de défense, le tribunal arbitral aurait ainsi risqué l'insertion au sein du droit international de la responsabilité de l'Etat – dont la nature n'est ni civile ni pénale<sup>154</sup>, – d'une théorie inadaptée à son équilibre général.

---

<sup>152</sup> HERSTEIN (O. J.), « A Normative Theory of the Clean Hands Defense », in Cornell Law Faculty Publications, septembre 2011, p.28, consultable en ligne (le 1<sup>er</sup> novembre 2015) : < <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/210> >. Selon l'auteur, il est possible d'observer que : The structure of the Clean Hands Doctrine is centered on plaintiff iniquity (a wrongdoing) as the reason for rejecting the plaintiff's claim or for depriving the plaintiff of the right to be heard (a sanction); and it is the wrongdoer herself (the party with unclean hands) who is sanctioned for her wrongdoing (the connected iniquitous conduct).

<sup>153</sup> KOLB (R.), *La bonne foi en droit international public, Contribution à l'étude des principes généraux de droit, op. cit.*, §§55 – 57. L'auteur cite au soutien de sa démonstration les travaux menés par TOMMASI DI VAGNO (A.).

<sup>154</sup> PELLET (A.), « Vive le Crime! Remarques sur les degrés de l'illicéité en droit international », PELLET (dir.), *Le droit international, à l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle : réflexions de codificateur*, New York, Nations Unies, 1997, §§17 – 18, pp.302 – 303. Selon l'auteur : « L'Etat responsable n'est pas seulement tenu de réparer les conséquences dommageables de son comportement : outre qu'il doit aussi y mettre fin et, le cas échéant, donner des garanties de non répétition, il s'expose également à des réactions licites de la part de la ou des victimes. (...) Ni civile, ni pénale, mais tenant de l'une et de l'autre, la responsabilité internationale présente des caractères propres et ne saurait être assimilée aux catégories du droit interne tant il est vrai que la société des États a peu à voir avec la communauté internationale ».