



Assemblée générale

Distr. générale
23 avril 2019
Français
Original : anglais

Soixante-quatorzième session
Point 77 de la liste préliminaire*
**Responsabilité de l'État pour fait
internationalement illicite**

Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

**Compilation de décisions de juridictions internationales
et d'autres organes internationaux**

Rapport du Secrétaire général

Table des matières

	<i>Page</i>
Abréviations.	4
I. Introduction	5
II. Extraits de décisions faisant référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.	6
Partie 1	
Le fait internationalement illicite de l'État	6
Chapitre I. Principes généraux	6
Article 1. Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite	6
Article 2. Éléments du fait internationalement illicite de l'État	7
Article 3. Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite	8
Chapitre II. Attribution d'un comportement à l'État	9
Observations générales.	9
Article 4. Comportement des organes de l'État	10
Article 5. Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique	15
Article 6. Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État	18

* A/74/50.



Article 7. Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions	18
Article 8. Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État	20
Article 9. Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles	23
Article 11. Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien	24
Chapitre III. Violation d'une obligation internationale	24
Article 12. Existence d'une violation d'une obligation internationale	24
Article 13. Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État	25
Article 14. Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale	25
Article 15. Violation constituée par un fait composite	25
Chapitre IV. Responsabilité de l'État à raison de la responsabilité d'un autre État	26
Article 16. Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite	26
Article 17. Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite	27
Chapitre V. Circonstances excluant l'illicéité	27
Article 25. État de nécessité	27
Article 26. Respect de normes impératives	29
Article 27. Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité	29
Deuxième partie	
Contenu de la responsabilité internationale de l'État	30
Chapitre premier. Principes généraux	30
Article 28. Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite	30
Article 30. Cessation et non-répétition	30
Article 31. Réparation	31
Article 33. Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie	35
Chapitre II. Réparation du préjudice	35
Observations générales	36
Article 34. Formes de la réparation	36
Article 35. Restitution	37
Article 36. Indemnisation	37
Article 37. Satisfaction	40
Article 38. Intérêts	40
Article 39. Contribution au préjudice	42
Chapitre III. Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général	43
Article 40. Application du présent chapitre	43
Article 41. Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre	44

Troisième partie	
Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'état	44
Chapitre premier. Invocation de la responsabilité de l'État	44
Article 43. Notification par l'État lésé	44
Article 44. Recevabilité de la demande	44
Article 45. Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité	45
Article 48. Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé.	45
Quatrième partie	
Dispositions générales.	46
Article 55. <i>Lex specialis</i>	46

Abréviations

CCI	Chambre de commerce internationale
CCS	Chambre de commerce de Stockholm
CDI	Commission du droit international
CEDEAO	Communauté économique des États de l’Afrique de l’Ouest
CEDH	Cour européenne des droits de l’homme
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Convention CIRDI	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d’autres États
CPA	Cour permanente d’arbitrage
OMC	Organisation mondiale du commerce
TIDM	Tribunal international du droit de la mer

I. Introduction

1. La Commission du droit international a adopté les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite à sa cinquante-troisième session, en 2001. Dans sa résolution [56/83](#), l'Assemblée générale a pris note des articles (ci-après, « articles sur la responsabilité de l'État »), dont le texte figurait en annexe à cette résolution, et les a recommandés à l'attention des gouvernements, sans préjudice de leur adoption éventuelle ou de toute autre mesure appropriée.

2. Comme le lui a demandé l'Assemblée générale dans sa résolution [59/35](#), le Secrétaire général a établi une compilation de décisions des juridictions internationales et autres organes internationaux se rapportant aux articles sur la responsabilité de l'État¹. Trois autres compilations ont suivi en 2010, 2013 et 2016, en application des résolutions [62/61](#)², [65/19](#)³ et [68/104](#)⁴ de l'Assemblée générale, respectivement. En 2017, le Secrétaire général, comme il en avait été prié par l'Assemblée générale dans sa résolution [71/133](#), a élaboré un rapport technique présentant sous forme de tableau les références aux articles figurant dans la compilation de décisions de juridictions internationales et autres organes internationaux se rapportant aux articles établie depuis 2001, ainsi que les références aux articles faites par les États Membres devant des juridictions internationales et d'autres organes internationaux depuis 2001, et de lui présenter ces informations au cours de sa soixante et onzième session⁵.

3. Dans sa résolution [71/133](#), l'Assemblée générale a affirmé l'importance des articles sur la responsabilité de l'État et les a recommandés une fois de plus à l'attention des gouvernements, sans préjudice de leur adoption éventuelle ou de toute autre mesure appropriée. Elle a également prié le Secrétaire général d'actualiser la compilation de décisions de juridictions internationales et autres organes internationaux se rapportant aux articles, d'inviter les gouvernements à faire connaître leur pratique dans ce domaine, et de lui présenter ces informations bien avant sa soixante-quatorzième session.

4. Par une note verbale datée du 16 janvier 2017, le Secrétaire général a invité les gouvernements à communiquer, au plus tard le 1 février 2019, des informations concernant les décisions de juridictions internationales et autres organes internationaux se rapportant aux articles, à insérer dans une compilation actualisée. Par une note verbale en date du 8 janvier 2018, le Secrétaire général a réitéré cette invitation.

5. La présente compilation comprend l'analyse de 86 nouvelles affaires intéressant la responsabilité de l'État et tranchées entre le 1^{er} février 2016 et le 31 janvier 2019⁶ par les instances suivantes : la Cour internationale de Justice, le Tribunal international du droit de la mer, la Cour pénale internationale, les groupes spéciaux de l'Organisation mondiale du commerce, les tribunaux arbitraux internationaux, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour de justice des Caraïbes, la Cour de

¹ [A/62/62](#) et [A/62/62/Add.1](#).

² [A/68/76](#).

³ [A/65/72](#).

⁴ [A/71/80](#).

⁵ [A/71/80/Add.1](#).

⁶ Les instances jointes et ayant donné lieu à une même décision sont considérées comme une seule affaire. La compilation comprend également un petit nombre d'affaires tranchées en janvier 2016, dont il n'a été possible de prendre connaissance qu'après la publication du document [A/71/80](#).

justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest et le Tribunal de l'Union européenne.

6. La présente compilation, qui complète les quatre derniers documents établis par le Secrétariat sur la question, reproduit les extraits de décisions publiquement disponibles au regard de chacun des articles visés par les juridictions internationales ou d'autres organes internationaux, en suivant la structure et l'ordre numérique des articles sur la responsabilité de l'État. Au titre de chaque article, on a fait figurer les décisions par ordre chronologique. Compte tenu du nombre et de la longueur de ces décisions, on n'a reproduit dans la compilation que les extraits pertinents des décisions faisant référence aux articles sur la responsabilité de l'État, accompagnés d'un bref exposé du contexte dans lequel la référence apparaît⁷.

7. La compilation contient des extraits de décisions publiées et rendues sur la base des articles sur la responsabilité de l'État ou citant ces articles comme expression du droit positif applicable. Elle ne concerne ni les conclusions des parties ni les opinions de juges jointes à telle ou décision.

II. Extraits de décisions faisant référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

Première partie

Le fait internationalement illicite de l'État

Chapitre I

Principes généraux

Article 1⁸

Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

Cour pénale internationale

Dans l'affaire *Le Procureur c. Ruto (William Samoei) et Sang (Joshua Arap)*, la Cour pénale internationale s'est fondée sur l'article premier des articles sur la responsabilité de l'État pour apprécier si le fait, pour le gouvernement d'un État, de faire obstruction à une affaire en cours devant une juridiction pénale internationale en vue de faire clore le procès sans que les charges n'aient été examinées en bonne et due forme⁹ constituait ou non un fait internationalement illicite.

Tribunal international du droit de la mer

En l'affaire *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, une chambre spéciale du Tribunal international du droit de la mer a fait observer que la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal, dans son avis consultatif sur les *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avait constaté que

⁷ Sauf indication contraire, les notes de bas de page ne sont pas prises en compte.

⁸ Voir aussi *Vestey Group Limited Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* et *Benson Olua Okomba v. Republic of Benin* et *Chief Damian Onwuham and Others v. Federal Republic of Nigeria and Anor*, à la rubrique consacrée à l'article 2.

⁹ Cour pénale internationale, Chambre de première instance V(A), affaire n° ICC -01/09-01/11, Décision relative à la demande d'acquittement présentée par la défense, ICC-01/09-01/11-2027-Red, 5 avril 2016, par. 207 à 210.

plusieurs articles sur la responsabilité de l'État avaient acquis le rang de droit international coutumier, et estimé que l'article 1 « reflète[ait] lui aussi le droit international coutumier »¹⁰.

Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme, en l'affaire *Abu Zubaydah v. Lituanie*, a considéré que les articles 1, 2, 7, 14, 15 et 16 des articles sur la responsabilité de l'État reflétaient le droit international applicable en la matière¹¹.

Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme, en l'affaire *Al Nashiri v. Roumanie*, a considéré que les articles premier, 2, 7, 14, 15 et 16 des articles sur la responsabilité de l'État reflétaient le droit international applicable¹².

Article 2¹³

Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Vestey Group Limited Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral, sur le fondement de l'article premier et de l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État, a jugé que le Venezuela avait commis un fait internationalement illicite au sens de l'article 2 de ces articles et que, ce fait engageant sa responsabilité internationale, il était tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite¹⁴.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*, le tribunal arbitral a jugé important de relever qu'au titre de l'article 2 des articles de la CDI, un fait internationalement illicite peut être attribué à un État à la double condition que le comportement : i) soit attribuable à l'État en vertu du droit international ; et ii) constitue une violation d'une obligation internationale de l'État¹⁵.

Tribunal arbitral (conformément au Règlement de la CCS)

En l'affaire *Busta and Busta v. The Czech Republic*, le tribunal arbitral, par application de l'article 2 des articles sur la responsabilité de l'État, a jugé que la responsabilité internationale de l'État est engagée aussi bien par l'action que par l'omission de ses organes¹⁶.

¹⁰ Tribunal international du droit de la mer, *Délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire)*, arrêt, 23 septembre 2017, par. 558, citant Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, avis consultatif, 1^{er} février 2011, par. 169.

¹¹ CEDH, Première Section, Requête n° 46454/11, arrêt, 31 mai 2018, par. 232.

¹² CEDH, Première Section, Requête n° 33234/12, arrêt, 31 mai 2018, par. 210.

¹³ Voir également *Abu Zubaydah v. Lituanie* et *Al Nashiri v. Roumanie*, à la rubrique consacrée à l'article 1.

¹⁴ CIRDI, affaire n° ARB/06/4, sentence, 15 avril 2016, par. 326 et note 306.

¹⁵ CPA, affaire n° 2013-09, sentence (compétence et fond), 25 juillet 2016, par. 283.

¹⁶ Chambre de commerce de Stockholm, affaire n°V (2015/014), sentence finale, 10 mars 2017, par. 399.

Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest

En l'affaire *Olua Okomba v. Republic of Benin*, la Cour de justice de la CEDEAO a fait observer, à propos des articles 1 et 2 des articles sur la responsabilité de l'État, que les règles régissant la responsabilité des États valaient aussi pour le droit international des droits de l'homme¹⁷.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *UAB E Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, le tribunal arbitral a estimé que, eu égard à l'article 2 des articles sur la responsabilité de l'État, il avait en l'espèce à décider si le comportement attaqué par la demanderesse était attribuable à la défenderesse en droit international¹⁸. Le Tribunal a jugé que les violations par celle-ci de l'article 31) du traité d'investissement bilatéral constituaient bien un fait internationalement illicite, puisque la disposition en question faisait naître pour elle une obligation internationale dont les violations lui étaient attribuables en vertu de l'article 2 des articles de la CDI¹⁹.

Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest

Dans l'affaire *Chief Damian Onwuham and Others v. Federal Republic of Nigeria and Imo State Government*, la Cour de justice de la CEDEAO, citant les articles 1 et 2 des articles sur la responsabilité de l'État, a fait observer qu'il est commun de considérer que les règles régissant la responsabilité des États sont applicables au droit international des droits de l'homme. Elle en a déduit que l'État engage sa responsabilité en n'observant pas la diligence voulue pour prévenir les violations des droits de l'homme et en omettant d'enquêter sur les atteintes à ces droits et d'en poursuivre les auteurs²⁰.

Article 3**Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite***Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)*

Dans l'affaire *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral s'est appuyé sur l'article 3 pour conclure qu'il était de jurisprudence constante en matière de traités d'investissement que les réclamations relatives aux traités et aux contrats relèvent de problématiques distinctes²¹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Vestey Group Limited Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral, appelé à apprécier le droit de propriété de la demanderesse sur les terres qui lui auraient été expropriées, a décidé de ne pas prendre en considération la loi foncière par application entre autres de l'article 3 des articles sur la responsabilité de l'État, règle qualifiée de « pierre angulaire du droit international »²².

¹⁷ Cour de justice de la CEDEAO, affaire n° ECW/CCJ/JUD/05/17, arrêt, 10 octobre 2017, p. 20.

¹⁸ CIRDI, affaire n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, par. 795.

¹⁹ Ibid., par. 1127.

²⁰ Cour de justice de la CEDEAO, affaire n° ECW/CCJ/JUD/22/18, arrêt, 3 juillet 2018, p. 24 et 25.

²¹ CIRDI, affaire n° ARB(AF)/11/2, sentence, 4 avril 2016, par. 474, citant *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentina Republic*, CIRDI, affaire n° ARB/97/3, décision (annulation), 3 juillet 2002, par. 95 et 96.

²² CIRDI, affaire n° ARB/06/4, sentence, 15 avril 2016, par. 254 et note 234.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

Dans l'affaire *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. The Republic of Poland*, le tribunal arbitral, sur la base de l'article 3, a souligné qu'une entité pouvait très bien ne pas être considérée comme une personne publique en droit interne et pour autant constituer un organe de l'État en droit international aux fins de la responsabilité des États²³.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Pac Rim Casado Llc v. Republic of El Salvador*, le tribunal arbitral, citant l'article 3, a fait observer qu'il était bien admis qu'un État ne peut s'autoriser de dispositions de droit interne pour justifier, dans un arbitrage international, le non-respect de ses obligations internationales²⁴.

Comité ad hoc (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Venezuela Holdings BV and ors v. Venezuela*, le Comité ad hoc, saisi en annulation de la sentence, s'est fondé sur le commentaire de l'article 3 des articles sur la responsabilité de l'État pour estimer que, de toute évidence, le règlement d'un litige en droit international pouvait entraîner, simplement par effet de la règle internationale, l'application du droit national²⁵.

Chapitre II

Attribution d'un comportement à l'État

Observations générales

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Mr. Kristian Almås and Mr. Geir Almås v. The Republic of Poland*, le tribunal d'arbitrage a cité le commentaire du chapitre II des articles sur la responsabilité de l'État pour établir que l'ANR (l'agence polonaise de la propriété agricole) ne satisfaisait pas aux critères généralement appliqués aux fins de déterminer si une entité était un organe *de facto* de l'État²⁶.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a considéré qu'il n'avait pas à décider si le comportement de CVG Bauxilum était attribuable à la défenderesse en vertu du projet d'articles de la CDI ni si la violation d'un contrat pouvait entraîner la responsabilité de la défenderesse en droit international compte tenu du monopole sur les réserves vénézuéliennes de bauxite accordé par l'État à CVG Bauxilum²⁷.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, le tribunal arbitral a estimé que la résolution 56/83 du 12 décembre 2001 de l'Assemblée

²³ CPA, affaire n° 883 (2016), sentence, 12 août 2016, par. 433.

²⁴ CIRDI, affaire n° ARB/09/12, sentence, 14 octobre 2016, par. 5.62.

²⁵ CIRDI, affaire n° ARB/07/27, décision (annulation), 9 mars 2017, par. 161 et 181.

²⁶ CPA affaire n° 2015-13, sentence, 27 juin 2016, par. 210.

²⁷ CIRDI, affaire n° ARB/12/13, décision relative à la responsabilité et aux principes d'évaluation du quantum, 30 décembre 2016, par. 536.

générale, dont l'annexe reproduit les articles sur la responsabilité de l'État, était déclaratoire du droit international coutumier régissant l'attribution d'un comportement à un État aux fins de sa responsabilité envers un autre État, cette déclaration étant applicable par analogie à la responsabilité des États envers les personnes privées²⁸.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Georg Gavrilović and Gavrilović d.o.o. v. Republic of Croatia*, le tribunal arbitral a fait observer que les articles de la CDI énonçaient les règles applicables en matière d'attribution généralement considérées comme reflétant le droit international. Ces règles concernaient la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, dans l'hypothèse où il existait une règle primaire imposant une obligation. Les principes d'attribution n'avaient pas pour effet d'engager la responsabilité d'un État pour des actes dont il était présumé avoir connaissance si ceux-ci n'étaient pas illicites²⁹.

Le tribunal a également noté que les règles d'attribution en vertu du droit international codifiées dans les articles de la CDI ne définissaient pas le contenu des obligations internationales dont la violation engage la responsabilité. Elles portaient plutôt sur la responsabilité de l'État elle-même en cas de fait internationalement illicite. Il s'ensuivait que les règles d'attribution ne sauraient être appliquées pour imposer des obligations primaires à un État en vertu d'un contrat³⁰.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, le tribunal s'est fondé pour trancher les questions d'attribution sur les articles 4, 5, 8 et 11 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, qui, comme le plaidaient les parties, étaient déclaratoires du droit international coutumier³¹.

Article 4³²

Comportement des organes de l'État

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Monsieur Joseph Houben c. La République du Burundi*, le tribunal d'arbitrage s'est fondé sur l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État, qui consacrait la coutume internationale, pour conclure que « les autorités burundaises, qui étaient au courant des atteintes à l'investissement de M. Houben, ont non seulement omis de prendre les mesures minimales nécessaires pour protéger cet investissement, mais y ont également directement contribué³³ ».

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal d'arbitrage a fait droit à la prétention

²⁸ CIRDI, affaire n° ARB/14/1, sentence, 16 mai 2018, par. 167.

²⁹ CIRDI, affaire n° ARB/12/39, sentence, 26 juillet 2018, par. 779 et 804.

³⁰ Ibid., par. 856.

³¹ CIRDI, affaire n° ARB/14/4, sentence, 31 août 2018, par. 9.49 (voir également par. 9.90).

³² Voir également les affaires *États-Unis – Mesures antidumping et compensatoires visant certains papiers couchés en provenance d'Indonésie*, à la rubrique portant sur l'article 7, et *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, à la rubrique portant sur l'article 8.

³³ CIRDI, affaire n° ARB/13/7, sentence, 12 janvier 2016, par. 172 et 175.

de la défenderesse selon laquelle CVG FMO n'était pas un organe de l'État aux fins de l'article 4 de la CDI³⁴.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Mesa Power Group v. Government of Canada*, le tribunal d'arbitrage a conclu que rien ne permettait de qualifier l'OEO (l'Office de l'électricité de l'Ontario), Hydro One et la SIERE (la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité) d'organes du Canada en vertu de l'article 4 des articles de la CDI³⁵.

Cour de justice des Caraïbes

En l'affaire *Maurice Tomlinson v. The State of Belize and The State of Trinidad and Tobago*, la Cour de justice des Caraïbes a fait observer que, au titre de l'article 4, le comportement d'un organe dans l'exercice de fonctions législatives, exécutives ou judiciaires pouvait constituer un fait d'un État. Par conséquent, pour déterminer si un État avait violé l'une de ses obligations internationales, il fallait se pencher sur les faits litigieux de cet État, c'est-à-dire sur sa pratique contestée, pour établir si ces faits étaient incompatibles avec son obligation internationale. À cet égard, sachant que les faits du pouvoir législatif donnent des indications importantes sur la pratique de l'État, il était justifié d'en faire un examen poussé³⁶.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Mr. Kristian Almås and Mr. Geir Almås v. The Republic of Poland*, le tribunal d'arbitrage a conclu, sur la base de l'article 4 et du commentaire s'y rapportant, qu'au vu de sa gestion autonome et de son statut financier, l'ANR n'était pas un organe de facto de l'État polonais³⁷.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*, le tribunal d'arbitrage a statué qu'Antrix, en concluant l'accord concerné, n'agissait pas à titre d'organe de la défenderesse au sens des articles 4 et 5 des articles de la CDI³⁸.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. The Republic of Poland*, le tribunal d'arbitrage a noté que le comportement du préfet de la région de Mazovie, des tribunaux polonais et des autorités douanières polonaises, pris comme organes de l'État, pouvait engager la responsabilité internationale de la Pologne en vertu de l'article 4 des articles de la CDI³⁹. Le tribunal a statué que l'entreprise publique des aéroports polonais (PPL) était un organe de facto de l'État⁴⁰. À cet égard, il a expliqué que, du simple fait que le paragraphe 2 de l'article 4 des articles de la CDI prévoit qu'une entité considérée en droit interne comme un organe de l'État l'est aussi aux

³⁴ CIRDI, affaire n° ARB/11/26, sentence, 29 janvier 2016, par. 413.

³⁵ CPA, affaire n° 2012-17, sentence, 24 mars 2016, par. 345.

³⁶ CJC, [2016] CCJ 1 (OJ), jugement, 10 juin 2016, par. 22.

³⁷ CPA, affaire n° 2015-13, sentence, 27 juin 2016, par. 213.

³⁸ CPA, affaire n° 2013-09, sentence (compétence et fond), 25 juillet 2016, par. 281.

³⁹ CPA, affaire n° 883 (2016), sentence, 12 août 2016, par. 424.

⁴⁰ Ibid., par. 435.

fins de la détermination de la responsabilité de celui-ci, il ne s'ensuivait pas que toute entité ne répondant pas à ce critère soit en soi exclue⁴¹.

Tribunal arbitral (conformément au Règlement de la CCS)

En l'affaire *Busta and Busta v. The Czech Republic*, le tribunal d'arbitrage a cité l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État et noté qu'il n'était pas contesté par les parties que les forces de l'ordre d'un État étaient des organes de cet État⁴².

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, le tribunal arbitral, en référence à l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État invoqué par la demanderesse⁴³, a déclaré que le pouvoir judiciaire était un organe de l'État. Les faits du pouvoir judiciaire seraient donc en principe attribuables à l'État selon des principes non contestés d'attribution en droit de la responsabilité de l'État⁴⁴.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, le tribunal arbitral a fait observer que les parties convenaient que les principes applicables au comportement de M. Cirielli en sa qualité de Sous-Secrétaire d'État aux transports aériens figuraient à l'article 4 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État⁴⁵ et que seul le comportement qu'il avait eu pendant qu'il exerçait ces fonctions était attribuable à la défenderesse⁴⁶.

Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest

En l'affaire *Wing Commander Danladi A Kwasu v. Republic of Nigeria*, la Cour de justice de la CEDEAO s'est fondée sur l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État pour affirmer que le droit international admettait le devoir de précaution, à savoir l'obligation pour l'État de prendre des mesures pour empêcher les violations des droits de l'homme à l'égard des personnes se trouvant sur son territoire. Il ne pouvait y être dérogé, même sur le fondement d'une convention ou du consentement. Toute action des institutions ou des représentants de cet État devait lui être attribuée comme sienne⁴⁷.

Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest

En l'affaire *Benson Oluwa Okomba v. Republic of Benin*, la Cour de justice de la CEDEAO a rappelé sa décision dans l'affaire *Tidjane Konte v. Republic of Ghana*, dans laquelle, sur le fondement de l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État, elle avait conclu qu'il était bien établi que le comportement de tout organe d'un État était considéré comme le fait de cet État⁴⁸.

⁴¹ Ibid., par. 433.

⁴² CCS, affaire n° V (2015/014), sentence finale, 10 mars 2017, par. 400.

⁴³ CIRDI, affaire n° UNCT/14/2, sentence finale, 16 mars 2017, par. 175.

⁴⁴ Ibid., par. 221.

⁴⁵ CIRDI, affaire n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, par. 702.

⁴⁶ Ibid., par. 711.

⁴⁷ Cour de justice de la CEDEAO, affaire n° ECW/CCJ/JUD/04/17, arrêt, 10 octobre 2017, p. 25.

⁴⁸ Cour de justice de la CEDEAO, affaire n° ECW/CCJ/JUD/05/17, arrêt, 10 octobre 2017, p. 21 et 22, citant Cour de justice de la CEDEAO, affaire n° ECW/CCJ/JUD/11/14, arrêt.

Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest

En l'affaire *Dorothy Chioma Njemanze and Others v. Federal Republic of Nigeria*, la Cour de justice de la CEDEAO a rappelé sa décision dans l'affaire *Tidjane Konte v. Republic of Ghana*, dans laquelle, en s'appuyant sur l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État, elle avait jugé que la violation des devoirs de celui-ci en vertu du droit international résidait non seulement dans l'acte ou l'omission reprochés, qu'il soit de son fait ou de celui de ses représentants, mais encore dans le défaut d'enquêter sur de telles allégations malgré des plaintes officielles⁴⁹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *UAB E Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, le tribunal arbitral s'est fondé sur l'article 4 et le commentaire s'y rapportant pour conclure que les actes en question étaient attribuables à l'État à condition d'avoir été accomplis à titre officiel. Il n'était pas contesté en l'espèce que les actes de la municipalité avaient été accomplis à titre officiel. Toutes les actions litigieuses de la municipalité étaient par conséquent attribuables à la défenderesse⁵⁰. Le tribunal arbitral a ajouté que la qualité d'organe de l'État au sens de l'article 4 des articles de la CDI de l'organisme de régulation pouvait se déduire des dispositions de la loi relative aux organismes de régulation des services aux collectivités⁵¹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, le tribunal arbitral, sur la base des articles 4, 5 et 8 des articles sur la responsabilité de l'État, a conclu qu'un fait devait avoir un lien étroit avec un État pour pouvoir lui être attribué⁵².

Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest

En l'affaire *Hembadoon Chia and Others v. Federal Republic of Nigeria and Others*, la Cour de justice de la CEDEAO a expliqué qu'un État ne pouvait faire valoir que ses agents n'avaient pas agi ou omis d'agir en leur qualité officielle ou que son organe ou ses représentants avaient agi contrairement à ses instructions ou qu'ils avaient outrepassé leurs compétences selon le droit interne⁵³. Après avoir rappelé sa décision dans l'affaire *Tidjane Konte v. Republic of Ghana*, dans laquelle elle avait cité l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État, la Cour de justice de la Communauté a conclu que la police nigérienne et ses officiers étaient des agents de la première défenderesse qui avaient accompli les actes allégués en leur qualité officielle. Il était donc approprié en l'espèce de tenir la première défenderesse responsable des actes de ses agents⁵⁴.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Georg Gavrilović and Gavrilović d.o.o. v. Republic of Croatia*, le tribunal arbitral, par référence à l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État et au commentaire s'y rapportant, a indiqué que la conduite d'un organe de l'État agissant de prime abord en sa qualité officielle peut être attribuable à l'État même si l'organe

⁴⁹ Cour de justice de la CEDEAO, affaire n° ECW/CCJ/JUD/08/17, arrêt, 12 octobre 2017, p. 39 et 40, citant Cour de justice de la CEDEAO, affaire n° ECW/CCJ/JUD/11/14, arrêt.

⁵⁰ CIRDI, affaire n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, par. 800 et 801.

⁵¹ Ibid., par. 804.

⁵² CIRDI, affaire n° ARB/14/1, sentence, 16 mai 2018, par. 168.

⁵³ Cour de justice de la CEDEAO, affaire n° ECW/CCJ/JUD/21/18, arrêt, 3 juillet 2018, p. 15, citant Cour de justice de la CEDEAO, affaire n° ECW/CCJ/JUD/11/14, arrêt.

⁵⁴ Ibid.

a outrepassé les compétences qui lui sont conférées par le droit interne ou contrevenu aux règles régissant ses activités. Corollaire, les actes commis par un organe à titre purement privé n'étaient pas attribuables à l'État, quand bien même cet organe se serait servi des moyens mis à sa disposition par l'État pour l'exercice de ses fonctions⁵⁵. Selon le tribunal, il découlait de l'article 4 des articles de la CDI que les actions du juge siégeant en faillite et de la chambre des faillites étaient, *prima facie*, attribuables à la défenderesse⁵⁶.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Marfin Investment Group Holding S.A., Alexandros Bakatselos and Others v. Republic of Cyprus*, le tribunal d'arbitrage, s'appuyant sur l'article 4, a jugé que, comme le soutenaient les demandeurs, les organes de Chypre visés par cet article comprenaient le Président de la République, le Procureur général, le Sous-Procureur général, la banque centrale de Chypre, la commission des valeurs mobilières de Chypre, les tribunaux chypriotes, le Ministre des finances et le Parlement chypriote. Par conséquent, tous les actes commis par ces organes étaient attribuables à la défenderesse en vertu de l'article 4 de la CDI⁵⁷.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, le tribunal d'arbitrage a statué que, du fait des actes de la branche judiciaire de la défenderesse, attribuables à celle-ci en vertu de l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État, la défenderesse a violé ses obligations en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article II du traité et, par conséquent, commis des actes illicites internationaux envers Chevron et envers TexPet⁵⁸.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, le tribunal arbitral a jugé que l'article 4 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État confirmait que, d'après le droit international, le comportement de la branche exécutive d'un État était considéré comme un fait de l'État. Ainsi, le comportement du Ministère du pétrole était attribuable à la défenderesse, comme l'étaient ceux des autres ministres et celui du Conseil des ministres⁵⁹. Le tribunal a ajouté que, selon le commentaire de l'article 4 des articles de la CDI, « [l]'expression "organe de l'État" s'entend de toutes les personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'État et qui agissent en son nom ». De toute évidence, un État pourrait être lié par des obligations contractées en son nom par des entités autres que des organes de l'État, mais cette question relèverait des principes généraux du droit en matière de mandats (et non d'attribution)⁶⁰. Le tribunal a conclu que la Egyptian General Petroleum Corporation (la société générale égyptienne du pétrole) et la Egyptian Natural Gas Holding Company (la société holding égyptienne du gaz naturel) n'étaient pas des organes de la défenderesse au sens de l'article 4 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État⁶¹.

⁵⁵ CIRDI, affaire n° ARB/12/39, sentence, 26 juillet 2018, par. 801.

⁵⁶ Ibid., par. 803.

⁵⁷ CIRDI, affaire n° ARB/13/27, sentence, 26 juillet 2018, par. 670 à 671.

⁵⁸ CPA, affaire n° 2009-23, deuxième sentence partielle (volet II), 30 août 2018, par. 8.8.

⁵⁹ CIRDI, affaire n° ARB/14/4, sentence, 31 août 2018, par. 9.92.

⁶⁰ Ibid., par. 9.93.

⁶¹ Ibid., par. 9.112.

Tribunal de l'Union européenne

En l'affaire *Ahmed Abdelaziz Ezz e. a. contre Conseil de l'Union européenne*, le Tribunal de l'Union européenne a rejeté

« [l']argumentation des requérants selon laquelle l'appréciation portée par le Conseil n'est pas conforme au "droit international général" [...] » jugeant qu'« [i]l suffit, à cet égard, de relever que les requérants se réfèrent à la notion d'"organe de l'État", telle qu'elle a été définie dans le commentaire de la Commission du droit international des Nations Unies sur la résolution de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et dans des décisions arbitrales internationales statuant sur la responsabilité des États dans le contexte de litiges les opposant à des sociétés privées. Ainsi, ces références, pour des raisons analogues à celles exposées au point 268 ci-dessus, sont dénuées de pertinence en l'espèce »⁶².

Groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce

En l'affaire *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, le Groupe spécial a considéré que « l'article 4 1) de ces articles [sur la responsabilité de l'État] est l'expression du droit international coutumier »⁶³.

Article 5⁶⁴**Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique***Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)*

En l'affaire *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal d'arbitrage, ayant à l'esprit le point 3 du commentaire de l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État, a rejeté la prétention des demanderesse selon laquelle les actions de CVG FMO pourraient être attribuées au Venezuela en vertu de l'article 5 des articles de la CDI⁶⁵.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Mesa Power Group v. Government of Canada*, le tribunal d'arbitrage s'est fondé sur l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État pour statuer que l'OEO agissait dans l'exercice de prérogatives de puissance publique déléguée. Ainsi, les actes de l'OEO dans le cadre de l'évaluation et du classement des demandes de

⁶² Tribunal de l'Union européenne, cinquième chambre élargie, affaire n° T-288/15, arrêt du tribunal, 27 septembre 2018, par. 272.

⁶³ OMC, affaire n° WT/DS371/RW, rapport du Groupe spécial, 12 novembre 2018, par. 7.636 et 7.771 (note 1654) ; voir également OMC, *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, WT/DS371/R, rapport du Groupe spécial, 15 novembre 2010, par. 7.120.

⁶⁴ Voir également les affaires *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, à la rubrique consacrée à l'article 8, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, à la rubrique consacrée à l'article 4, *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, à la rubrique consacrée à l'article 8, *Mesa Power Group v. Government of Canada*, à la rubrique consacrée à l'article 55, et *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*, à la rubrique consacrée à l'article 4.

⁶⁵ CIRDI, affaire n° ARB/11/26, sentence, 29 janvier 2016, par. 414 et 415.

participation au Programme TRG (tarifs de rachat garantis) étaient attribuables au Canada⁶⁶.

Comité ad hoc (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. République démocratique du Congo*, le comité sur la demande en annulation a estimé que « l'excès de pouvoir n'est pas caractérisé car le Tribunal a, comme sa mission le lui imposait, vérifié que les critères de l'attribution de l'article 5 des articles de la CDI étaient satisfaits⁶⁷ ».

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Mr. Kristian Almås and Mr. Geir Almås v. The Republic of Poland*, le tribunal d'arbitrage a statué que la résiliation du bail n'était pas attribuable à la Pologne en vertu de l'article 5 des articles de la CDI⁶⁸ après avoir décidé que la résiliation du bail par l'agence polonaise de la propriété agricole était intervenue dans l'exercice des pouvoirs contractuels invoqués.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. The Republic of Poland*, le tribunal d'arbitrage a noté que le Ministre des transports avait délégué à PPL, par un ensemble de dispositions réglementaires, la tâche de moderniser et d'exploiter les aéroports polonais, qu'il contrôlait cette entreprise et qu'elle lui rendait compte de l'exercice de ses pouvoirs. Elle était donc une entité exerçant des prérogatives de puissance publique, au sens de l'article 5 des articles de la CDI⁶⁹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, le tribunal arbitral, citant l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État, a confirmé que les faits contractuels de TAY (l'entreprise publique Turkmenavtoyollary) étaient attribuables au Turkménistan. En tout état de cause, la construction de routes et de ponts faisait partie des fonctions permanentes essentielles de l'État. Toute entité habilitée par un État à exercer des prérogatives de puissance publique agissait à cet égard en qualité d'organe de l'État⁷⁰.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a fait observer que bien que PDVSA soit une société d'État dotée d'une personnalité juridique distincte, son comportement était attribuable à la défenderesse en vertu de l'article 5 du projet d'articles de la CDI puisque, tant dans les fonctions invoquées d'entretien de l'usine que dans ses fonctions de supervision et de mise en œuvre du projet de nationalisation de l'usine⁷¹, elle était investie de prérogatives de puissance publique.

⁶⁶ CPA, affaire n° 2012-17, sentence, 24 mars 2016, par. 371.

⁶⁷ CIRDI, affaire n° ARB/10/4, procédure en annulation, 29 mars 2016, par. 185.

⁶⁸ CPA affaire n° 2015-13, sentence, 27 juin 2016, par. 251.

⁶⁹ CPA, affaire n° 883 (2016), sentence, 12 août 2016, par. 439.

⁷⁰ CIRDI, affaire n° ARB/11/20, sentence, 19 décembre 2016, par. 335.

⁷¹ CIRDI, affaire n° ARB/12/13, décision relative à la responsabilité et aux principes d'évaluation du quantum, 30 décembre 2016, par. 457 et 458.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *WNC Factoring Limited v. The Czech Republic*, le tribunal arbitral a affirmé qu'il était extrêmement difficile, sur la base du dossier, d'attribuer le comportement de CEB (la banque tchèque d'exportation) et d'EGAP (la société de garantie et d'assurance du crédit à l'exportation) à la défenderesse en vertu de l'article 5 des articles de la CDI⁷².

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Yemen*, le tribunal arbitral a jugé que les critères dits de Broches utilisés pour apprécier la compétence du CIRDI au regard de l'article 25 de la Convention CIRDI étaient l'image en miroir des règles d'attribution des articles 5 et 8 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État⁷³.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *UAB E Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, le tribunal arbitral a déclaré que tout comme l'article 4, l'article 5 des articles de la CDI ne faisait que codifier une règle bien établie du droit international. L'analyse comportait donc trois volets : (i) l'organisme de régulation devait avoir exercé des prérogatives de puissance publique ; (ii) il devait avoir été habilité à le faire par le droit de la défenderesse ; (iii) il devait avoir procédé en cette qualité à la réglementation des tarifs et à l'octroi ou la révocation des permis⁷⁴. Le tribunal a conclu que même si Rēzeknes Siltumtīkli et Rēzeknes Enerģija avaient été habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique, elles n'exerçaient pas de telles prérogatives dans le cas d'espèce et ne relevaient donc pas de l'article 5⁷⁵.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Georg Gavrilović and Gavrilović d.o.o. v. Republic of Croatia*, le tribunal arbitral, après avoir cité l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État, a fait observer que le Fonds de privatisation croate était une entité habilitée par le droit national à exercer des prérogatives de puissance publique, comme il ressortait des exemples donnés, et que rien ne laissait penser que le Fonds agissait autrement qu'à titre professionnel. Le Fonds pouvait donc être considéré comme une entité entrant dans le champ d'application de l'article 5⁷⁶. Le tribunal a jugé que les demandeurs n'avaient pas établi de comportement illicite de la part du Fonds qui contreviendrait au traité d'investissement bilatéral et qui devrait être attribué à la défenderesse. Les principes d'attribution, tels que codifiés par les articles de la CDI, ne trouvaient pas d'autre application à l'égard du fonds⁷⁷.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, le tribunal arbitral a rejeté le moyen tiré par la demanderesse de la situation d'EGPC (la société générale égyptienne du pétrole) et d'EGAS (la société holding égyptienne du gaz naturel) au regard de l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État. La demanderesse n'avait pas établi qu'EGPC ou EGAS étaient « habilitées » par le droit égyptien à

⁷² CPA, affaire n° 2014-34, sentence, 22 février 2017, par. 376.

⁷³ CIRDI, affaire n° ARB/14/30, décision (compétence), 31 mai 2017, par. 34.

⁷⁴ CIRDI, affaire n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, par. 806 et 807.

⁷⁵ Ibid., par. 816.

⁷⁶ CIRDI, affaire n° ARB/12/39, sentence, 26 juillet 2018, par. 810 et 811.

⁷⁷ Ibid., par. 816.

exercer des prérogatives de puissances publiques. Le tribunal a ajouté qu'aucune disposition du droit égyptien « n'autoris[ait] expressément » EGPC à conclure la convention d'achat et de vente de gaz naturel dans l'exercice de la puissance publique de la défenderesse⁷⁸.

Cour interaméricaine des droits de l'homme

En l'affaire *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a rappelé qu'en vertu des articles sur la responsabilité de l'État, un fait internationalement illicite était attribuable à l'État non seulement lorsqu'il avait été commis par des organes de l'État (article 4), mais également lorsqu'était en cause le comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique⁷⁹.

Article 6

Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État

Cour européenne des droits de l'homme

En l'affaire *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que les articles sur la responsabilité de l'État « ne seraient pertinents que si les agences de renseignement étrangères étaient mises à la disposition de l'État défendeur et agissaient dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de celui-ci (article 6) ; si l'État défendeur aidait ou assistait les agences de renseignement étrangères à intercepter les communications lorsque cela constituerait un fait internationalement illicite de la part de l'État responsable de ces agences, que l'État défendeur en aurait connaissance et que l'interception aurait constitué un fait internationalement illicite si elle avait été faite par l'État défendeur (article 16) ; ou si l'État défendeur donnait des directives à l'État étranger ou exerçait son contrôle sur celui-ci (article 17) »⁸⁰.

Article 7⁸¹

Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

Cour européenne des droits de l'homme

En l'affaire *Nasr et Ghali c. Italie*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les articles 7, 14, 15 et 16 des articles sur la responsabilité de l'État étaient le droit international applicable⁸².

Groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce

En l'affaire *États-Unis – Mesures antidumping et compensatoires visant certains papiers couchés en provenance d'Indonésie*, le Groupe spécial a indiqué, par référence aux articles 4 et 7 des articles sur la responsabilité de l'État et du commentaire s'y rapportant, qu'« il est bien établi en droit international qu'une action ou un comportement d'un fonctionnaire ou d'une entité gouvernementale est

⁷⁸ CIRDI, affaire n° ARB/14/4, sentence, 31 août 2018, par. 9.114.

⁷⁹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire n° 371 de la série C (espagnol), jugement (exception préliminaire, fond, réparation et dépens) 28 novembre 2018, par. 205 et note 303.

⁸⁰ EDH, première section, requêtes n° 58170/13, 62322/14 et 24960/15, arrêt, 13 septembre 2018, par. 420.

⁸¹ Voir également *Abu Zubaydah v. Lithuania* et *Al Nashiri v. Romania*, à la rubrique consacrée à l'article 1.

⁸² CEDH, quatrième section, requête n° 44883/09, arrêt, 23 février 2016, par. 185.

attribuable à l'État même lorsque cette action ou ce comportement est contraire à la législation nationale »⁸³.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Georg Gavrilović and Gavrilović d.o.o. v. Republic of Croatia*, le tribunal arbitral s'est fondé sur l'article 7 des articles sur la responsabilité de l'État pour conclure que l'État ne pouvait se prévaloir de l'irrégularité manifeste d'une procédure de faillite dès lors que les points principaux en avaient été supervisés ou approuvés par ses propres tribunaux, ni d'un prêt extraordinaire approuvé par un ministre de rang supérieur, abstraction faite de la licéité de l'opération en droit croate, pour s'opposer à la demande fondée sur le traité bilatéral d'investissement. Autrement dit, si l'investissement n'était pas conforme à la législation croate, cette situation serait, autant que le tribunal puisse en juger, le fait des organes de l'État⁸⁴.

S'agissant des attentes légitimes du demandeur quant à la propriété du bien, le tribunal arbitral a rappelé que :

dans l'affaire *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, les entités contractantes étaient des organes de l'État ou des entités habilitées à l'exercice de prérogatives de puissance publique, de sorte que leur comportement était considéré comme un fait de l'État en vertu de l'article 7 de la CDI. La concession avait également été signée et « ratifiée » par un ministère du gouvernement de la défenderesse. De plus, certains des plus hauts fonctionnaires de la défenderesse avaient participé à la négociation des accords. Il n'en allait pas de même en l'espèce. Le tribunal a relevé, à titre illustratif, que l'entité contractante n'était pas une entité au sens de l'article 7 des articles de la CDI et que la défenderesse n'était pas partie au contrat d'achat ni autrement liée par celui-ci. En outre, les actions du liquidateur n'étaient pas attribuables à la défenderesse⁸⁵.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, le tribunal arbitral a analysé l'article 7 et le commentaire s'y rapportant pour conclure qu'un juge avait agi en sa qualité officielle⁸⁶.

Cour interaméricaine des droits de l'homme

En l'affaire *Villamizar Durán y otros vs. Colombia*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a fait observer que la pratique et l'*opinio juris* des États, ainsi que la jurisprudence des tribunaux internationaux, avaient confirmé l'existence d'une exception à la « règle générale » énoncée à l'article 7 lorsque l'organe ou la personne n'avait pas agi en leur qualité officielle, mais plutôt en qualité d'entité ou de personne privée. La Cour s'est également référée au commentaire de cette disposition selon lequel « le problème de la frontière à définir entre un comportement non autorisé mais encore "public", d'une part, et un comportement "privé", d'autre part, peut être évité si le comportement qui fait l'objet de la réclamation est systématique ou récurrent, de

⁸³ OMC, Rapport du Groupe spécial, affaire n° WT/DS491/R, 6 décembre 2017, par. 7.179.

⁸⁴ CIRDI, affaire n° ARB/12/39, sentence, 26 juillet 2018, par. 384.

⁸⁵ Ibid., par. 1009, analysant CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, affaire n° ARB/05/18, décision (compétence), 6 juillet 2007.

⁸⁶ CPA, affaire n° 2009-23, deuxième sentence partielle (volet II), 30 août 2018, par. 8.48.

façon telle que l'État en avait ou aurait dû en avoir connaissance et aurait dû prendre des mesures pour l'empêcher »⁸⁷.

Cour interaméricaine des droits de l'homme

En l'affaire *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a cité l'article 7 en réponse à l'argument du défendeur selon lequel ses agents avaient agi *ultra vires*⁸⁸.

Article 8⁸⁹

Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Mesa Power Group v. Government of Canada*, ayant conclu que l'OEO (l'Office de l'électricité de l'Ontario), Hydro One et la SIERE (la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité) étaient des entreprises publiques et que le paragraphe 2 de l'article 1503 de l'ALÉNA régissait l'attribution, le tribunal arbitral a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'étudier si leurs actes étaient attribuables au Canada en vertu de l'article 8 des articles de la CDI⁹⁰.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro*, le tribunal arbitral a affirmé que de simples actes de supervision ne plaçaient pas une banque privée sous le contrôle de la banque centrale au sens de l'article 8 des articles de la CDI. Il s'ensuivait que le défendeur n'était pas responsable des actions de la Prva Banka à cet égard⁹¹.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Mr. Kristian Almås and Mr. Geir Almås v. The Republic of Poland*, le tribunal d'arbitrage a conclu qu'il n'existait aucune preuve que l'ANR (l'agence de la propriété agricole de la Pologne), en résiliant le bail, agissait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de la Pologne et que l'article 8 ne trouvait donc pas à s'appliquer⁹².

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*, le tribunal d'arbitrage

⁸⁷ Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire n° 364 de la série C (espagnol), jugement (exception préliminaire, fond, réparation et dépens), 20 novembre 2018, par. 139.

⁸⁸ Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire n° 371 de la série C (espagnol), jugement (exception préliminaire, fond, réparation et dépens), 28 novembre 2018, par. 165 et note 237.

⁸⁹ Voir également *Beijing Urban Construction Group Company Limited v. Yemen*, à la rubrique consacrée à l'article 5, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, à la rubrique consacrée à l'article 4, et *Mesa Power Group v. Government of Canada*, à la rubrique consacrée à l'article 55.

⁹⁰ CPA, affaire n° 2012-17, sentence, 24 mars 2016, par. 365.

⁹¹ CIRDI, affaire n° ARB(AF)/12/8, sentence, 4 mai 2016, par. 299.

⁹² CPA affaire n° 2015-13, sentence, 27 juin 2016, par. 272.

a statué que l'avis de résolution d'Antrix était attribuable à la défenderesse en vertu de l'article 8 des articles de la CDI⁹³.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a jugé bien établi en droit international qu'en règle générale, le comportement de personnes ou d'entités privées n'était pas attribuable à l'État. Ce principe général ressortait clairement, entre autres, de l'article 8 du projet d'articles de la CDI⁹⁴. Le tribunal a considéré que même si des membres du syndicat SINPROTRAC avait pu prendre au mot le Président, Hugo Chávez, ils n'avaient pas agi sur ses instructions ou ses directives ni sous son contrôle au sens de l'article 8 du projet d'articles de la CDI⁹⁵.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, le tribunal arbitral, s'autorisant des articles 4, 5, 8 et 11 des articles sur la responsabilité de l'État, a conclu que les actes ou omissions d'EGPC (la société générale égyptienne du pétrole) et d'EGAS (la société holding égyptienne du gaz naturel) pertinents dans le cadre de la conclusion et de la résiliation de la convention d'achat et de vente de gaz étaient attribuables à la défenderesse en vertu desdites dispositions, lesquelles faisaient partie du droit international coutumier applicable⁹⁶. Le tribunal a ajouté, citant l'article 8 des articles sur la responsabilité de l'État, que, en adoptant le comportement visé, ces sociétés agissaient « en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle » de la défenderesse. Le tribunal a conclu que, en tout état de cause, la défenderesse avait ensuite ratifié la résiliation de la convention d'achat et de vente de gaz et ainsi « reconnu et adopté ledit comportement comme sien » au sens de l'article 11⁹⁷.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, le tribunal arbitral a noté que les parties convenaient que l'article 8 des articles sur la responsabilité de l'État s'appliquait aux faits de l'espèce⁹⁸ et a rejeté la prétention des demanderesses selon laquelle le comportement litigieux des syndicats pouvait être attribué à la défenderesse⁹⁹. Il a également réitéré que le critère à appliquer était celui du « contrôle effectif » et non du « contrôle global »¹⁰⁰.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, le tribunal arbitral a reproduit le libellé des articles 5 et 8 des articles sur la responsabilité de l'État pour conclure que Lakhra avait agi, dans le cadre de la conclusion et de la signature du contrat, sur les instructions ou les directives ou sous

⁹³ CPA, affaire n° 2013-09, sentence (compétence et fond), 25 juillet 2016, par. 290.

⁹⁴ CIRDI, affaire n° ARB/12/13, décision relative à la responsabilité et aux principes d'évaluation du quantum, 30 décembre 2016, par. 448.

⁹⁵ Ibid., par. 453.

⁹⁶ CIRDI, affaire n° ARB/12/11, sentence (responsabilité et chefs de perte), 21 février 2017, par. 135.

⁹⁷ Ibid., par. 146.

⁹⁸ CIRDI, affaire n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, par. 721.

⁹⁹ Ibid., par. 724.

¹⁰⁰ Ibid., par. 722 et 724.

le contrôle du Pakistan et que les actes concernés étaient donc attribuables à ce dernier¹⁰¹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a déterminé que FertiNitro, un ensemble de coentreprises, était restée sous le plein contrôle effectif de la défenderesse, qui l'avait empêché de conclure d'autres ventes *ad hoc* avec KNI (la demanderesse) à partir du 28 février 2012 et d'exécuter l'accord d'enlèvement à partir du 11 octobre 2010. Tout au long de cette période, FertiNitro avait par conséquent agi (avec Pequiven) « sur les directives ou sous le contrôle » de la défenderesse au sens de l'article 8 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État¹⁰².

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *UAB E Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, le tribunal arbitral s'est fondé sur l'article 8 et le commentaire s'y rapportant pour affirmer que la défenderesse avait donné des ordres ou des instructions ou exercé son contrôle afin que Rēzeknes Siltumtīkli ou Rēzeknes Enerģija tente l'action en justice qui a entraîné le gel des comptes bancaires de la demanderesse¹⁰³.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Georg Gavrilović and Gavrilović d.o.o. v. Republic of Croatia*, le tribunal arbitral, se rapportant à l'article 8, a noté qu'il ressortait de la jurisprudence internationale un critère du « contrôle effectif », qui nécessitait que l'État ait eu un contrôle sur la personne ou l'entité à la fois en général et en particulier sur le fait dont l'attribution était contestée¹⁰⁴. Le tribunal a expliqué que, compte tenu du changement de contrôle d' Holding d.o.o. lors de la nomination du conseil d'urgence le 12 juillet 1991, il fallait se poser la question de savoir si la défenderesse avait exercé un « contrôle effectif » concernant la période précédant cette date et concernant la période la suivant¹⁰⁵. Il a conclu que l'article 8 des articles de la CDI ne s'appliquait pas à Holding d.o.o.¹⁰⁶.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Marfin Investment Group Holding S.A., Alexandros Bakatselos and Others v. Republic of Cyprus*, le tribunal a analysé la jurisprudence relative à l'article 8 des articles sur la responsabilité de l'État et remarqué l'application arbitrale constante de la norme établie par la Cour internationale de Justice. Il a ajouté ne voir aucune raison de s'écarter de cette jurisprudence constante¹⁰⁷. Le tribunal était d'avis que :

les demandeurs n'avaient pas établi de manière probante que les actes visés aient été commis sous la direction ou le contrôle de la défenderesse. Les demandeurs s'étaient efforcés de démontrer un contrôle global de la défenderesse sur Laiki, mais ils n'avaient pas apporté la preuve d'instructions ou de directives du Gouvernement chypriote ordonnant à Laiki ou à son conseil d'administration

¹⁰¹ CIRDI, affaire n° ARB/13/1, sentence, 22 août 2017, par. 566 à 569 et 582.

¹⁰² CIRDI, affaire n° ARB/11/19, sentence, 30 octobre 2017, par. 7.46.

¹⁰³ CIRDI, affaire n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, par. 825 et 830.

¹⁰⁴ CIRDI, affaire n° ARB/12/39, sentence, 26 juillet 2018, par. 828.

¹⁰⁵ Ibid., par. 829.

¹⁰⁶ Ibid., par. 831.

¹⁰⁷ CIRDI, affaire n° ARB/13/27, sentence, 26 juillet 2018, par. 675.

d'adopter un comportement spécifique. Ce seul fait suffisait à faire échouer les prétentions des demandeurs fondées sur l'article 8 des articles de la CDI¹⁰⁸.

Le tribunal a ajouté que même si l'on adoptait, à tort, un critère moins strict pour déterminer l'attribution aux fins de l'article 8 l'adoption hypothétique d'un critère de l'attribution en vertu de cet article moins strict, l'issue de la demande n'en serait pas plus favorable¹⁰⁹. Selon le tribunal, l'élection par le conseil d'administration d'un membre ayant la confiance de l'organisme de régulation ne suffisait pas à établir l'attribution en vertu de l'article 8 des articles de la CDI¹¹⁰. En outre, la coordination des stratégies de Laiki et de Chypre concernant la crise financière ne suffirait pas à établir, comme le soutiennent les demandeurs, que la défenderesse avait un complet contrôle sur la banque¹¹¹. Enfin, le tribunal a rappelé que le simple fait que le Gouvernement chypriote était actionnaire de Laiki, avec les pouvoirs en découlant, n'établissait pas l'attribution en vertu de l'article 8 des articles de la CDI. Il incombait tout de même aux demandeurs de prouver que le comportement en litige avait été mené sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de Chypre¹¹².

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, le tribunal arbitral a déclaré qu'en vertu de l'article 8 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, le comportement d'une personne (qui n'est pas un organe de l'État) était « considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agi[ssai]t en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ». Comme le commentaire des articles de la CDI le précisait, l'application de ce principe dépendait de la « relation de fait » entre la personne ayant ce comportement et l'État. De plus, une distinction était faite entre le comportement de l'État lui-même et le comportement d'autrui attribuable à l'État, ce qui ressortait de la décision de la CIJ dans l'affaire *Nicaragua v. USA*¹¹³. Le tribunal a jugé que les actes de la Egyptian General Petroleum Corporation (société générale égyptienne du pétrole) et de la Egyptian Natural Gas Holding Company (société holding égyptienne du gaz naturel) n'étaient pas attribuables à la défenderesse au sens de l'article 8 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État¹¹⁴.

Article 9

Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

En l'affaire *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye*, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, bien que consciente « de l'instabilité des conditions politiques et de sécurité en Libye », a cité l'article 9 des articles sur la responsabilité de l'État et s'est déclarée « compétente *rationae personae* pour se prononcer sur l'affaire sous examen »¹¹⁵.

¹⁰⁸ Ibid., par. 679.

¹⁰⁹ Ibid., par. 680.

¹¹⁰ Ibid., par. 685.

¹¹¹ Ibid., par. 687.

¹¹² Ibid., par. 691.

¹¹³ CIRDI, affaire n° ARB/14/4, sentence, 31 août 2018, par. 9.116.

¹¹⁴ Ibid., par. 9.117 et 9.118.

¹¹⁵ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, requête n° 002/2013, arrêt (fond), 3 juin 2016, par. 50 et 52.

Article 11¹¹⁶**Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien**

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a statué que :

par son comportement après la prise de contrôle de l'usine le 15 mai 2010 par les membres du syndicat SINPROTRAC, PDVSA, une société gazière, avait reconnu et adopté les actions du syndicat comme les siennes. En conséquence, sur le fondement des principes applicables du droit international coutumier sur la responsabilité de l'État, que l'article 11 des articles de la CDI reflète, la prise de contrôle de l'usine du 15 mai 2010 devait être considérée comme un fait de la défenderesse. En tout état de cause, PDVSA avait pris le contrôle effectif de l'usine et amorcé le processus d'expropriation peu après le 15 mai 2010, ce que confirmaient ses mémorandums et rapports internes du début du mois de juin 2010¹¹⁷.

Se fondant sur le commentaire de l'article 11, le tribunal a expliqué que « contrairement aux cas où l'État s'était contenté d'appuyer, d'entériner ou de reconnaître d'une manière générale l'existence factuelle de la situation créée par des personnes privées, l'attribution en application de cette règle supposait que l'État ait "identifi[é] et fa[it] sien le comportement en question" de manière claire et sans équivoque ».¹¹⁸

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, le tribunal a jugé, sur le moyen de la demanderesse tiré de l'article 11 des articles sur la responsabilité de l'État et du commentaire s'y rapportant que ces article ne justifiait pas, en soi, les prétentions de la demanderesse concernant EGPC (la société générale égyptienne du pétrole) et EGAS (la société holding égyptienne du gaz naturel)¹¹⁹.

Chapitre III

Violation d'une obligation internationale

Article 12**Existence de la violation d'une obligation internationale**

Cour de justice des Caraïbes

En l'affaire *Maurice Tomlinson v. The State of Belize and The State of Trinidad and Tobago*, la Cour de justice des Caraïbes a accepté que l'article 12 des articles sur la responsabilité de l'État réitérait la règle de droit international coutumier selon laquelle il y avait violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'était pas conforme à ce qui était requis de lui en vertu de cette obligation¹²⁰.

¹¹⁶ Voir également *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, à la rubrique consacrée à l'article 8.

¹¹⁷ CIRDI, affaire no ARB/12/13, décision relative à la responsabilité et aux principes d'évaluation du quantum, 30 décembre 2016, par. 456.

¹¹⁸ Ibid., par. 461 (italique dans l'original).

¹¹⁹ CIRDI, affaire n° ARB/14/4, sentence, 31 août 2018, par. 9.120 et 9.121.

¹²⁰ CJC, [2016] CCJ 1 (OJ), jugement, 10 juin 2016, par. 22.

Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

En l'affaire *Hossam Ezzat & Rania Enayet v. The Arab Republic of Egypt*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, sur le fondement de l'article 12, a estimé qu'un État violait une obligation internationale lorsque son comportement ou le comportement qui lui était attribuable n'était pas compatible avec ce qui était attendu de lui en vertu de l'obligation en question ou n'y était pas conforme et ce, que ce comportement ait consisté en une action ou une omission¹²¹.

Article 13

Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Mesa Power Group v. Government of Canada*, le tribunal arbitral s'est fondé sur l'article 13 concernant le principe de non-rétroactivité des traités pour statuer que le comportement d'un État ne pouvait être assujéti à des règles qui n'étaient pas applicables au moment où était intervenu le comportement¹²².

Article 14¹²³

Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Resolute Forest Products Inc. c. le Gouvernement du Canada*, le tribunal arbitral, après avoir cité le paragraphe 2 de l'article 14 des articles sur la responsabilité de l'État, lequel vise les violations ayant un caractère continu, a expliqué que la violation survenait néanmoins lorsque le fait de l'État était accompli pour la première fois et qu'il pouvait assurément être qualifié de violation d'une obligation pertinente¹²⁴.

Article 15¹²⁵

Violation constituée par un fait composite

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a expliqué que la responsabilité de l'État pour expropriation progressive était reflétée dans la notion de « fait composite », définie au paragraphe 1 de l'article 15 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État¹²⁶.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Rusoro Mining Limited v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a déclaré que bien que l'économie générale des articles de la CDI en ce qui a trait aux faits composites soit claire, les articles n'abordaient pas toutes les questions et, en particulier, ne réglaient pas la question de savoir quel était l'effet

¹²¹ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 355/07, décision, 28 avril 2018, par. 124.

¹²² CPA, affaire n° 2012-17, sentence, 24 mars 2016, par. 325 et note 69.

¹²³ Voir également *Abu Zubaydah v. Lithuania* et *Al Nashiri v. Romania*, à la rubrique consacrée à l'article 1, et *Nasr et Ghali c. Italie*, à la rubrique consacrée à l'article 7.

¹²⁴ CPA, affaire n° 2016-13, décision (compétence et admissibilité), 30 janvier 2018, par. 179.

¹²⁵ Voir également *Abu Zubaydah v. Lithuania* et *Al Nashiri v. Romania*, à la rubrique consacrée à l'article 1, et *Nasr et Ghali c. Italie*, à la rubrique consacrée à l'article 7.

¹²⁶ CIRDI, affaire n° ARB(AF)/11/2, sentence, 4 avril 2016, par. 669.

d'une prescription sur une série d'actes ayant entraîné une violation d'un traité par fait composite¹²⁷. Le tribunal a considéré que la meilleure façon d'appliquer la prescription consistait à diviser chaque élément du fait composite allégué en violations distinctes, chacune correspondant à une mesure gouvernementale donnée, et à appliquer la prescription individuellement à chacune¹²⁸.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Blusun A.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, le tribunal arbitral a conclu que l'article 15 s'appliquait uniquement à une violation constituée par « une série d'actions ou d'omissions définie dans son ensemble comme illicite », tel un génocide. Les deux premières phrases du paragraphe 1 de l'article 10 du Traité sur la Charte de l'énergie ne définissaient pas comme illicite un ensemble d'actions comme le faisait l'article 1 de la Convention pour la prévention et la répression du génocide¹²⁹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, le tribunal arbitral a indiqué que les décisions sur lesquelles Burlington se fondait n'était pas pertinentes puisqu'elles portaient sur des violations constituées par des faits composites, au sens de l'article 15 des articles de la CDI, tandis que, dans le cas d'espèce, le tribunal avait exclu l'hypothèse d'une expropriation progressive¹³⁰.

Chapitre IV

Responsabilité de l'État à raison de la responsabilité d'un autre État

Article 16¹³¹

Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, le tribunal arbitral a cité l'article 16 à la rubrique des textes juridiques principaux et autres textes¹³². Il a, par ailleurs, relevé que, comme la Cour internationale de Justice en a décidé dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* de 2007, l'article 16 des articles sur la responsabilité de l'État reflétait une règle du droit international coutumier¹³³.

¹²⁷ CIRDI, affaire n° ARB(AF)/12/5, sentence, 22 août 2016, par. 227.

¹²⁸ Ibid., par. 231.

¹²⁹ CIRDI, affaire n° ARB/14/3, sentence, 27 décembre 2016, par. 361.

¹³⁰ CIRDI, affaire n° ARB/08/5, décision (révision) et sentence, 7 février 2017, par. 452.

¹³¹ Voir également *Abu Zubaydah v. Lithuania* et *Al Nashiri v. Romania*, à la rubrique consacrée à l'article 1, *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, à la rubrique consacrée à l'article 6, et *Nasr et Ghali c. Italie*, à la rubrique consacrée à l'article 7.

¹³² CPA, affaire n° 2009-23, deuxième sentence partielle (volet II), 30 août 2018, par. 3.33.

¹³³ Ibid., par. 9.10.

Article 17**Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite**

Cour européenne des droits de l'homme

En l'affaire *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme s'est référée à l'article 17 des articles sur la responsabilité de l'État¹³⁴.

Chapitre V**Circonstances excluant l'illicéité****Article 25¹³⁵****État de nécessité**

Comité ad hoc (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Total S.A. v. Argentine Republic*, le Comité ad hoc saisi pour connaître de la demande d'annulation de la sentence présentée par l'Argentine a examiné, entre autres, l'article 25 des articles sur la responsabilité de l'État et en a conclu que l'Argentine avait tort d'affirmer que le tribunal n'avait jamais précisé les critères juridiques à satisfaire en ce qui concerne la nécessité de sauvegarde d'un intérêt essentiel et la condition de « seul moyen »¹³⁶.

Comité ad hoc (conformément à la Convention CIRDI)

Le Comité ad hoc saisi en annulation de la sentence en l'affaire *EDF International SA and ors v. Argentina* a estimé que :

on ne pouvait pas reprocher au tribunal de s'être fondé sur les dispositions de l'article 25 de la CDI et que, si l'Argentine avait effectivement mis en doute le fait que la totalité de l'article 25 reflète le droit international coutumier et contesté ce qu'elle considérait comme une tendance des demandeurs à se référer à chacun des paragraphes de l'article 25 comme s'il s'agissait du texte final d'un traité pleinement en vigueur, elle n'avait à aucun moment indiqué quels aspects de l'article 25, selon elle, ne reflétaient pas le droit international coutumier. Fait plus important encore, elle n'avait jamais présenté d'arguments en faveur d'une norme de l'état de nécessité sensiblement différente de celle énoncée à l'article 25.

Le Comité « en a donc conclu que le tribunal avait raison d'affirmer “qu'aucune des parties n'avait plaidé en faveur de l'application d'une norme plus favorable aux États hôtes que les termes prévus à l'article 25”, et n'avait donc commis aucune erreur annulable en considérant l'article 25 comme une déclaration du droit international coutumier applicable ».¹³⁷

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India*, la Cour, se fondant

¹³⁴ CEDH, première section, requêtes n° 58170/13, 62322/14 et 24960/15, arrêt, 13 septembre 2018, par. 420. Voir intégralité de l'extrait à la rubrique consacrée à l'article 6.

¹³⁵ Voir également *Urbaser S.A. and Consorcio De Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia UR Partzuergoa v. the Argentine Republic*, à la rubrique consacrée à l'article 27.

¹³⁶ CIRDI, affaire n° ARB/04/01, décision (annulation), 1^{er} février 2016, par. 238.

¹³⁷ CIRDI, affaire n° ARB/03/23, décision (annulation), 5 février 2016, par. 319.

sur l'article 25 des articles sur la responsabilité de l'État, a conclu que les réserves attachées à l'argument de nécessité en droit international coutumier n'y étaient pas applicables¹³⁸.

Comité ad hoc (conformément à la Convention CIRDI)

Le Comité ad hoc saisi pour statuer sur la demande en annulation de la sentence en l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic* a estimé que, bien que les conditions de « seul moyen » et de « non contribution » énoncées à l'article 25 soient sujettes à un certain degré d'interprétation¹³⁹, indépendamment du fond de l'interprétation retenue par le tribunal qu'il n'appartenait pas au Comité de réexaminer, le tribunal avait donc suffisamment établi la norme applicable aux faits de l'espèce¹⁴⁰.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Le tribunal arbitral, en l'affaire *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, a estimé qu'il n'avait pas à examiner la défense de nécessité soumise par la défenderesse ou les arguments contraires particuliers des demandeurs à la lumière de l'article 25 des articles sur la responsabilité de l'État, car il avait déjà rejeté les allégations selon lesquelles la défenderesse aurait violé ses obligations¹⁴¹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Le tribunal arbitral, en l'affaire *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, lors de son examen de l'argument de nécessité en droit international coutumier¹⁴², a cité l'article 25 et :

« décidé que, conformément au droit international coutumier, c'est au défendeur invoquant l'état de nécessité qu'incombe la charge de la preuve, puisqu'il s'agit d'une défense affirmative. En outre, les éléments susceptibles d'être invoqués, tels qu'énoncés à l'article 25 des articles de la CDI, sont cumulatifs. En d'autres termes, il appartient au défendeur de prouver chacun des éléments pertinents et non au demandeur de les réfuter, comme le montre clairement la tournure négative utilisée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 25 (« ne peut être invoqué », « que » et « si ») et le fait que certains de ces éléments relèvent presque exclusivement de la connaissance effective de l'État invoquant l'état de nécessité. L'approche adoptée par le tribunal était également conforme au commentaire de la CDI relatif à l'article 25 »¹⁴³.

Comité ad hoc (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Bernhard Friedrich Arnd Rüdiger Von Pezold et al. v. Republic Of Zimbabwe*, le Comité ad hoc constitué pour connaître de la demande d'annulation de la sentence du Zimbabwe a noté que ce dernier avait invoqué l'état de nécessité dans le cadre de la procédure arbitrale, principalement en vertu de l'article 25 des articles de la CDI, et que le tribunal avait consacré une partie importante de sa sentence à cette question. Après une analyse approfondie de la question, le tribunal avait finalement rejeté l'état de nécessité, concluant que le Zimbabwe ne remplissait pas

¹³⁸ CPA, affaire n° 2013-09, sentence (compétence et fond), 25 juillet 2016, par. 256.

¹³⁹ CIRDI, affaire n° ARB/03/19, décision (annulation), 5 mai 2017, par. 290.

¹⁴⁰ Ibid., par. 295.

¹⁴¹ CIRDI, affaire n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, par. 1045 à 1046.

¹⁴² CIRDI, affaire n° ARB/14/4, sentence, 31 août 2018, par. 8.2 et 8.3.

¹⁴³ Ibid., par. 8.38 et suiv.

les conditions énoncées à l'article 25, et avait donc appliqué le droit international et non le droit zimbabwéen pour se prononcer sur l'état de défense invoqué par le Zimbabwe¹⁴⁴.

Comité ad hoc (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Suez, Sociedad General De Aguas De Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales De Agua S.A. v. Argentine Republic*, le Comité ad hoc, examinant l'application de l'article 25 par les tribunaux d'arbitrage, a estimé que, manifestement, le tribunal n'avait ni outrepassé ses pouvoirs ni omis de motiver sa décision concernant l'état de nécessité tel qu'il est énoncé à l'article 25 des articles relatifs à la responsabilité de l'État¹⁴⁵.

Article 26

Respect de normes impératives

Cour européenne des droits de l'homme

En l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'article 26 et le commentaire y relatif relevaient du droit international pertinent¹⁴⁶.

Cour interaméricaine des droits de l'homme

En l'affaire *Herzog et al. v. Brazil*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, citant le commentaire de l'article 26 des articles sur la responsabilité de l'État, a rappelé que la Commission avait confirmé que l'interdiction des crimes contre l'humanité était clairement acceptée et reconnue comme une norme impérative du droit international¹⁴⁷.

Article 27

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Urbaser S.A. and Consorcio De Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia UR Partzuergoa v. the Argentine Republic*, le tribunal arbitral a estimé que les articles 25 et 27 des articles sur la responsabilité de l'État reflétaient en grande partie les principes généraux du droit international¹⁴⁸.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, le tribunal arbitral a cité le commentaire de l'article 27 et déclaré que l'invocation de l'état de nécessité en droit international est frappée de caducité si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus¹⁴⁹.

¹⁴⁴ CIRDI, affaire n° ARB/10/15, décision (annulation), 21 novembre 2018, par. 278 et 279.

¹⁴⁵ CIRDI, affaire n° ARB/03/17, décision (annulation), 14 décembre 2018, par. 182 à 190.

¹⁴⁶ CEDH, Grande Chambre, requête n° 5809/08, arrêt, 21 juin 2016, par. 57.

¹⁴⁷ Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire n° 353 de la série C (espagnol), jugement (exceptions préliminaires, fond, réparation et dépens), 15 mars 2018.

¹⁴⁸ CIRDI, affaire n° ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016, par. 709.

¹⁴⁹ CIRDI, affaire n° ARB/14/4, sentence, 31 août 2018, par. 8.47.

Deuxième partie

Contenu de la responsabilité internationale de l'État

Chapitre I

Principes généraux

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, la Cour a cité, dans la troisième partie de la sentence consacrée aux principaux textes juridiques et autres¹⁵⁰, les articles 28 à 39 des articles sur la responsabilité de l'État, qui étaient pertinents pour les demandes en réparation des parties¹⁵¹.

Article 28¹⁵²

Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a cité le commentaire de l'article 28 des articles sur la responsabilité de l'État. Il a indiqué :

« avoir conscience que la deuxième partie des articles de la CDI, qui définit les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite, ne s'appliquait pas, du moins directement, aux affaires impliquant des personnes ou des entités autres que des États, tels que les différends relatifs aux investissements comme tel était le cas dans cette affaire. Il a toutefois considéré que les articles de la CDI reflétaient le droit international coutumier en matière de responsabilité de l'État et décidé que, dans la mesure où une question n'était pas couverte par le traité applicable en l'espèce et où les circonstances n'exigeaient pas qu'il en soit autrement, il se fonderait sur ces articles ».¹⁵³

Article 30

Cessation et non-répétition

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Mobil Investments Canada Inc. v. Government of Canada*, le tribunal arbitral a déclaré que :

« un tribunal saisi en arbitrage aux termes du chapitre onze ayant conclu que l'imposition et l'application des lignes directrices de 2004 étaient contraires à l'article 1106 [de l'ALÉNA], il était difficile de voir comment le Canada pourrait s'acquitter de bonne foi des obligations qui lui incombent au titre de l'article 1106 tout en appliquant lesdites lignes directrices. Cette conclusion était en outre renforcée par les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, dont l'article 30 dispose que l'État responsable d'un fait internationalement illicite a l'obligation d'y mettre fin si ce fait continue ».¹⁵⁴

¹⁵⁰ CPA, affaire n° 2009-23, deuxième sentence partielle (volet II), 30 août 2018, par. 3.34 à 3.45.

¹⁵¹ Ibid., par. 9.9.

¹⁵² Voir également *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, à la rubrique consacrée à l'article 31, et *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, à la rubrique consacrée à l'article 33.

¹⁵³ CIRDI, affaire n° ARB(AF)/11/2, sentence, 4 avril 2016, par. 848 et note 1242.

¹⁵⁴ CIRDI, affaire n° ARB/15/6, décision (compétence et recevabilité), 13 juillet 2018, par. 165.

Cour européenne des droits de l'homme

En l'affaire *Géorgie c. Russie (I)*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la règle de satisfaction équitable énoncée dans la Convention européenne des droits de l'homme découlait directement des principes du droit international public applicables à la responsabilité des États, notamment l'obligation faite à l'État responsable d'un fait internationalement illicite d'y mettre fin si ce fait continue, et celle qui lui est faite de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite, comme le prévoient respectivement les articles 30 et 31 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁵⁵.

Article 31¹⁵⁶

Réparation

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Joseph Houben c. République du Burundi*, le tribunal arbitral a considéré que l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État codifiait le principe de réparation intégrale du droit international coutumier pour les cas où un État viole ses obligations internationales¹⁵⁷. Interprétant les articles 35 et 36 des articles sur la responsabilité de l'État, le tribunal a estimé que les États responsables ne devaient accorder une indemnisation que dans la mesure où une restitution était impossible¹⁵⁸.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a invoqué l'article 31 pour déterminer les conditions applicables en matière d'indemnisation¹⁵⁹ et a fait observer que l'indemnisation pour violation d'un traité n'est due par l'État défendeur que s'il existe un lien de causalité suffisant entre la violation du traité commise par ledit État et le préjudice subi par le demandeur¹⁶⁰.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Vestey Group Limited Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a invoqué l'article 31 pour conclure que le Venezuela avait commis un fait internationalement illicite faisant naître une obligation de réparation intégrale du préjudice causé par cet acte¹⁶¹. Le tribunal a également indiqué que, bien que les articles de la CDI régissent la responsabilité d'un État à l'égard d'un autre État et non de personnes privées, il est généralement admis que les principales dispositions de la CDI, comme le paragraphe 1 de l'article 31, sont transposables dans le contexte des différends entre investisseurs et États¹⁶².

¹⁵⁵ CEDH, Grande Chambre, requête n° 13255/07, arrêt, 31 janvier 2019, par. 54.

¹⁵⁶ Voir également *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic et Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, à la rubrique consacrée à l'article 34, *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, à la rubrique consacrée à l'article 36, et *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, à la rubrique consacrée à l'article 39.

¹⁵⁷ CIRDI, affaire n° ARB/13/7, sentence, 12 janvier 2016, par. 222.

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 223 et 224.

¹⁵⁹ CIRDI, affaire n° ARB(AF)/11/2, sentence, 4 avril 2016, par. 849.

¹⁶⁰ *Ibid.* par. 860 et note 1247.

¹⁶¹ CIRDI, affaire n° ARB/06/4, sentence, 15 avril 2016, par. 326 et note 306.

¹⁶² *Ibid.*, par. 326.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Murphy Exploration and Production Company International v. The Republic of Ecuador*, la Cour, se fondant sur l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État, a expliqué que le « principe de réparation intégrale s'appliquait aux violations des traités d'investissement qui ne sont pas liées à des expropriations, comme le montre la pratique des tribunaux d'investissement »¹⁶³. La Cour a en outre noté qu'« aucune méthode d'évaluation n'était associée au critère de réparation intégrale du droit international applicable, représenté par l'arrêt *Usine de Chorzów* et l'article 31 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État »¹⁶⁴. C'est pourquoi « les tribunaux ont une grande marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure une réparation pécuniaire peut, “autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis” ».¹⁶⁵

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

En l'affaire *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. The Republic of Poland*, la Cour a indiqué que le traité d'investissement bilatéral conclu entre la Pologne et l'Inde ne comprenait pas de critères d'indemnisation pour ces violations. En vertu du droit international coutumier, tel que codifié au paragraphe 1 de l'article 31 des articles de la CDI, le demandeur a droit à une réparation intégrale d'un montant suffisant pour compenser l'intégralité du préjudice subi du fait des actes illicites du défendeur. Cette réparation intégrale recouvre à la fois les pertes réelles (*damnum emergens*) et le gain manqué (*lucrum cessans*)¹⁶⁶.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Rusoro Mining Limited v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a estimé qu'en l'absence de dispositions précises dans le traité, les dommages-intérêts devaient être calculés conformément aux règles du droit international, dont notamment l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État¹⁶⁷.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Le tribunal arbitral en l'affaire *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. République du Chili* a indiqué : « c'est un principe fondamental de l'arbitrage en matière d'investissements qu'un demandeur doit prouver le préjudice qu'il allègue ; en d'autres termes, il doit démontrer quel prétendu préjudice ou dommage a été causé par la violation de ses droits légaux. [...] Mais il résulte aussi directement des principes de la responsabilité de l'État en droit international qui sont reflétés à l'article 31 des Articles de la CDI »¹⁶⁸. Il a également noté que « la distinction entre le préjudice (et la question connexe du lien de causalité) et l'évaluation de la compensation due au titre de ce préjudice [...] est fondamentale pour la mise en œuvre de l'article 31 des Articles de la CDI »¹⁶⁹.

¹⁶³ CPA, affaire n° 2012-16, sentence finale partielle, 6 mai 2016, par. 425.

¹⁶⁴ Ibid., par. 481.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ CPA, affaire IIC 883 (2016), sentence, 12 août 2016, par. 865 (en italique dans l'original).

¹⁶⁷ CIRDI, affaire n° ARB(AF)/12/5, sentence, 22 août 2016, par. 640.

¹⁶⁸ CIRDI, affaire n° ARB/98/2, sentence, 13 septembre 2016, par. 205.

¹⁶⁹ Ibid. par. 215 (voir aussi par. 204).

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, le tribunal arbitral a estimé que « les conditions d'indemnisation appropriées étaient celles du droit international coutumier prévues à l'article 31 des articles de la CDI, appliqué par analogie, à savoir la réparation intégrale »¹⁷⁰. S'appuyant sur le commentaire relatif à l'article 31, le tribunal a en outre noté que « le seul acte considéré comme illicite dans la décision relative à la responsabilité dans cette affaire était le fait que l'Équateur, en prenant possession des blocs de manière permanente, avait exproprié Burlington de son investissement. Par conséquent, le tribunal a estimé que sa tâche se limitait à accorder des dommages-intérêts liés à cette prise de contrôle et y étant imputables »¹⁷¹. Pour ce qui est de savoir si l'utilisation d'informations postérieures à l'expropriation irait, de quelque façon que ce soit, à l'encontre de l'exigence de lien de causalité, le tribunal a décidé, en se fondant à nouveau sur le commentaire relatif à l'article 31, que « le fait que certaines des données utilisées pour quantifier le manque à gagner à la date de la sentence étaient potentiellement imprévisibles au moment de l'expropriation ne rompait pas la chaîne causale et que l'important était que le préjudice subi ait été causé par l'acte illicite »¹⁷².

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*, le tribunal arbitral a considéré que l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État codifiait le principe de la réparation intégrale¹⁷³.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Le tribunal arbitral en l'affaire *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain* a considéré que « l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État reflétait fidèlement les règles du droit international applicables en l'espèce. Le droit international exige que le défendeur, pour remédier aux conséquences de l'acte illicite, répare intégralement le préjudice causé par le non-respect de son obligation d'accorder un traitement juste et équitable, telle qu'établie au paragraphe 1 de l'article 10 du traité instituant la Communauté de l'énergie »¹⁷⁴.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Valores Mundiales, S.L. and Consorcio Andino S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a déclaré que la Commission internationale avait codifié le principe de la réparation intégrale à l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État¹⁷⁵.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, le tribunal arbitral a conclu, en se fondant sur les articles 31, 35 et 36 des articles sur la responsabilité de l'État, que « Karkey avait droit à une indemnisation effaçant les

¹⁷⁰ CIRDI, affaire n° ARB/08/5, décision (révision) et sentence, 7 février 2017, par. 177.

¹⁷¹ Ibid., par. 212.

¹⁷² Ibid., par. 333.

¹⁷³ CIRDI, affaire n° ARB/13/2, sentence finale (espagnol) (7 mars 2017), par. 700.

¹⁷⁴ CIRDI, affaire n° ARB/13/36, sentence finale, 4 mai 2017, par. 424.

¹⁷⁵ CIRDI, affaire n° ARB/13/11, sentence (espagnol) (25 juillet 2017), par. 693.

conséquences des actes illicites commis par le Pakistan et rétablissant la situation qui aurait existé si ces actes illicites n'avaient pas été commis »¹⁷⁶.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *UAB E Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, le tribunal arbitral a déterminé qu'« en vertu de l'article 31 des articles de la CDI, l'État responsable d'un fait internationalement illicite doit "réparer intégralement le préjudice causé" par un tel acte », et a noté que, pour obtenir réparation aux termes de l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État, « ledit préjudice doit avoir été causé par le fait internationalement illicite commis par l'État et dont s'était plaint l'investisseur »¹⁷⁷.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, le tribunal arbitral a conclu que « le demandeur avait droit à une réparation intégrale du préjudice subi du fait de la violation par le défendeur de l'obligation de traitement juste et équitable qui lui incombe au titre du traité instituant la Communauté de l'énergie. Il s'agit des conditions prescrites par le principe établi dans l'affaire *Usine de Chorzów* et au paragraphe 1 de l'article 31 des articles de la CDI, que le tribunal a considéré comme pleinement applicable en l'espèce »¹⁷⁸. Le tribunal arbitral a aussi noté que « le statut des principes établis dans les articles de la CDI en tant que droit international coutumier était également incontesté par les parties »¹⁷⁹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, le tribunal arbitral a considéré que l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État « reflétait les règles de droit international applicables en l'espèce et que, par conséquent, les demandeurs avaient droit, en vertu du droit international et afin de supprimer les conséquences du fait illicite, à une réparation intégrale des dommages subis du fait de la violation par le défendeur de l'obligation de traitement juste et équitable qui lui incombe au titre du paragraphe 1 de l'article 10 du traité instituant la Communauté de l'énergie »¹⁸⁰.

Cour pénale internationale

En l'affaire *Le Procureur c. Germain Katanga*, la Chambre de première instance s'est fondée sur le commentaire de l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État pour conclure que : « si l'auteur de l'acte initial ne pouvait raisonnablement prévoir l'événement en question, l'acte initial ne peut être considéré comme la "proximate cause" du préjudice subi par la victime, et, en conséquence, l'auteur de l'acte initial ne peut être tenu pour responsable du préjudice en question¹⁸¹ ».

Tribunal arbitral (conformément au Règlement de la CCS)

En l'affaire *Novenergia II — Energy and Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, le tribunal arbitral, s'appuyant

¹⁷⁶ CIRDI, affaire n° ARB/13/1, sentence, 22 août 2017, par. 663.

¹⁷⁷ CIRDI, affaire n° ARB/12/33, sentence, 22 décembre 2017, par. 1127 à 1129.

¹⁷⁸ CIRDI, affaire n° ARB/14/1, sentence, 16 mai 2018, par. 552.

¹⁷⁹ Ibid., par. 551.

¹⁸⁰ CIRDI, affaire n° ARB/13/31, sentence, 15 juin 2018, par. 664.

¹⁸¹ Cour pénale internationale, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Germain Katanga*, décision relative à la question renvoyée par la Chambre d'appel dans son arrêt du 8 mars 2018 concernant le préjudice transgénérationnel allégué par certains demandeurs en réparation, ICC-01/04-01/07, 19 juillet 2018, paragraphe 17 et note 36.

notamment sur l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État, a jugé que « le principe de réparation intégrale en droit international coutumier impose que l'investisseur lésé soit placé, par une compensation monétaire, dans les mêmes conditions que si l'État n'avait pas violé les obligations que lui impose le droit international. L'indemnisation comprend les pertes subies ainsi que le manque à gagner »¹⁸².

Chambre de commerce internationale (conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI)

En l'affaire *Olin Holdings Limited v. State of Libya*, le tribunal a « examiné les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État qui imposent à l'État responsable d'un fait internationalement illicite « d'indemniser le dommage causé par ce fait, l'indemnité couvrant tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi¹⁸³ ».

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *UP and CD Holding Internationale v. Hungary*, le tribunal arbitral a fait observer que « le principe de réparation intégrale en droit international coutumier avait été défini dans l'affaire si souvent citée *Usine de Chorzów* de la CPJI, et avait ensuite été réaffirmé à l'article 31 des articles de la CDI. Selon ce critère, l'indemnisation doit effacer les conséquences de l'acte illicite. Ainsi, la réparation intégrale en droit international coutumier comprend également la réparation des dommages indirects »¹⁸⁴.

Tribunal arbitral (conformément au Règlement de la CCS)

En l'affaire *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L. et al. v. The Kingdom of Spain*, le tribunal arbitral a invoqué l'article 31 des articles sur la responsabilité de l'État pour « s'appuyer sur le droit international coutumier en matière de critère d'indemnisation applicable »¹⁸⁵. Il a en outre considéré que « le principe de réparation intégrale était généralement accepté en droit international de l'investissement »¹⁸⁶.

Article 33

Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, le tribunal arbitral a invoqué l'article 33 et le commentaire relatif à l'article 28 des articles sur la responsabilité de l'État pour faire observer que, « bien que la deuxième partie des articles de la CDI, qui énonce les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite et à laquelle appartient l'article 31, ne soit pas applicable à la responsabilité internationale des États à l'égard des entités non étatiques, il est généralement admis que ces articles sont applicables aux différends entre investisseur et État »¹⁸⁷.

¹⁸² Affaire SCC n° 2015/063, sentence arbitrale finale, 15 février 2018, par. 808.

¹⁸³ CCI, affaire n° 20355/MCP, sentence finale, 25 mai 2018, par. 473.

¹⁸⁴ CIRDI, affaire n° ARB/13/35, sentence, 9 octobre 2018, par. 512.

¹⁸⁵ CCS, affaire n° V (2015/150), sentence finale, 14 novembre 2018, par. 432 et 435.

¹⁸⁶ Ibid., par. 436.

¹⁸⁷ CIRDI, affaire n° ARB/08/5, décision (révision) et sentence, 7 février 2017, par. 177 et note 236.

Chapitre II

Réparation du préjudice

Article 34¹⁸⁸

Formes de la réparation

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, après avoir récapitulé les arguments des parties concernant les articles 28, 31, 34, 35 et 36 des articles sur la responsabilité de l'État¹⁸⁹, le tribunal arbitral a déclaré que :

L'adoption des articles de la CDI, dans lesquels était clairement énoncée l'obligation qui incombait aux États d'accorder une réparation intégrale en cas de violation d'une obligation internationale, et le fait que les États avaient pour pratique de verser des réparations dans les circonstances voulues donnaient à penser que ceux-ci acceptaient l'obligation qui leur était faite. Il a ajouté que cela ne signifiait pas pour autant que le principe général du droit international selon lequel un État reconnu coupable d'avoir violé une obligation internationale devait réparer intégralement tout dommage causé par cette violation avait une incidence quelconque sur le droit d'un État d'exproprier les biens d'un étranger, conformément au droit international, et que si les États, qui pouvaient agir de la sorte en vertu du droit international et à condition que les biens en question soient légalement expropriés, étaient tenus d'indemniser le propriétaire, ils n'étaient en revanche pas obligés d'offrir une réparation intégrale, cette obligation étant liée au fait de violer le droit international. Il a terminé par indiquer que les préoccupations exprimées par la défenderesse concernant le risque de voir l'obligation d'accorder une réparation intégrale mener à une indemnisation disproportionnée étaient traitées compte tenu des facteurs limitatifs dont les parties étaient convenues qu'ils constituaient des principes relatifs aux dommages et intérêts en droit international¹⁹⁰.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, le tribunal arbitral a conclu, après s'être référé aux articles 31, 34 et 36 des articles sur la responsabilité de l'État, que « les dommages effectivement subis par la Caratube International Oil Company LLP du fait de l'expropriation illégale du contrat par la défenderesse (telle que déterminée par une majorité du tribunal) étaient dûment évalués selon une approche subjective et concrète prévoyant une réparation intégrale des dommages effectivement subis par la compagnie, sans juste valeur marchande »¹⁹¹.

¹⁸⁸ Voir également l'affaire *Moreira Ferreira c. Portugal* (No. 2), à la rubrique consacrée à l'article 37.

¹⁸⁹ CIRDI, affaire n° ARB/09/1, sentence du tribunal, 21 juillet 2017, par. 1077 à 1088.

¹⁹⁰ Ibid., par. 1089.

¹⁹¹ CIRDI, affaire n° ARB/13/13, sentence du tribunal, 27 septembre 2017, par. 1085.

Article 35¹⁹²**Restitution***Cour européenne des droits de l'homme*

En l'affaire *Ryabkin and Volokitin v. Russia*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les articles 35 et 36 des articles sur la responsabilité de l'État étaient le droit international applicable en la matière¹⁹³.

Cour européenne des droits de l'homme

Dans l'affaire *Guja v. The Republic of Moldova (No.2)*, la Cour européenne des droits de l'homme a cité l'article 35 comme étant le droit international applicable et fait observer au sujet de cet article que « les États devaient organiser leur système juridique et leurs procédures judiciaires de façon à ce que la restitution soit possible »¹⁹⁴.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, le tribunal arbitral a déclaré que, conformément à l'article 35 des articles de la CDI, la restitution était la principale forme de réparation des préjudices causés par des faits internationalement illicites¹⁹⁵. Il a toutefois estimé que « la restitution juridique ne devrait pas être garantie », déclarant qu'« en vertu de l'alinéa b) de l'article 35 des articles de la CDI, les États étaient exemptés de leur obligation de restitution lorsque cette dernière imposait une charge disproportionnée par rapport à l'avantage qui en dériverait »¹⁹⁶.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. The Kingdom of Spain*, le tribunal arbitral a estimé que l'ordonnance de restitution voulue par les demandeurs au titre de l'article 35 des articles sur la responsabilité de l'État aurait un « effet disproportionné sur la souveraineté de l'État en comparaison avec la compensation monétaire qu'elle remplacerait »¹⁹⁷.

Article 36¹⁹⁸**Indemnisation***Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)*

Dans l'affaire *Monsieur Joseph Houben c. la République du Burundi*, le tribunal arbitral s'est référé à l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État et a déclaré

¹⁹² Voir les affaires *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, mentionnée à la rubrique portant sur l'article 31, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, mentionnée à la rubrique portant sur l'article 34, *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, mentionnée à la rubrique portant sur l'article 36, et *Moreira Ferreira c. Portugal (n° 2)*, mentionnée à la rubrique portant sur l'article 37.

¹⁹³ CEDH, Troisième section, Requêtes nos 52166/08 et 8526/09, arrêt, 28 juin 2016, par. 30.

¹⁹⁴ CEDH, Deuxième section, Requête n° 1085/10, arrêt, 15 mars 2018, par. 26 et 31.

¹⁹⁵ CIRDI, affaire n° ARB/14/1, sentence, 16 mai 2018, par. 558.

¹⁹⁶ Ibid., par. 562.

¹⁹⁷ CIRDI, affaire n° ARB/13/31, sentence, 15 juin 2018, par. 636.

¹⁹⁸ Voir également les affaires *Ryabkin and Volokitin v. Russia*, mentionnée à la rubrique portant sur l'article 35, *UAB E Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, mentionnée à la rubrique portant sur l'article 31, *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, mentionnée à la rubrique portant sur l'article 39, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A.*

qu'il était généralement admis qu'en matière d'expropriation, la valeur du ou des bien expropriés d[evait] être évaluée par référence à leur valeur vénale (« fair market value »)¹⁹⁹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a déclaré que, s'agissant de la détermination des dommages et intérêts, les articles sur la responsabilité de l'État « étaient actuellement considérés comme les plus fidèles au droit international coutumier »²⁰⁰. En ce qui concerne la détermination de la juste valeur marchande, il a noté que « chaque tribunal devait donc tenter de donner un sens tant aux termes du traité relatifs à la date d'évaluation présumée qu'à la norme énoncée à l'article 36 des articles de la CDI et à la décision prise par la CPJI dans l'affaire *Chorzów* »²⁰¹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral, citant l'article 36 et le commentaire y relatif, a noté qu'« évaluer l'investissement selon la méthode de la juste valeur marchande garantissait effectivement que les conséquences de la violation soient effacées et que la situation qui aurait, selon toute probabilité, existé si les faits illicites n'avaient pas été commis soit rétablie »²⁰². Il a par ailleurs fait remarquer qu'« aux termes des articles de la CDI, dans certains cas, une indemnisation pour manque à gagner pouvait être indiquée »²⁰³.

Comité ad hoc (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le comité ad hoc, examinant les arguments invoqués par la défenderesse à l'appui d'un excès de pouvoirs du tribunal, a noté que ce dernier avait considéré que « les Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger direct, la jurisprudence, la doctrine et les projets d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État fournissaient des indications raisonnables sur l'interprétation à donner des articles 5 et 8 du traité d'investissement bilatéral »²⁰⁴ en vue de l'établissement d'une norme adéquate pour la détermination de la « valeur marchande »²⁰⁵.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral s'est référé aux articles 35 et 36 des articles sur la responsabilité de l'État pour appuyer le point de vue selon lequel « la juste valeur

v. *The Argentine Republic*, mentionnée à la rubrique portant sur l'article 34, *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, mentionnée à la rubrique portant sur l'article 34, et *Moreira Ferreira c. Portugal (No. 2)*, mentionnée à la rubrique portant sur l'article 37.

¹⁹⁹ CIRDI, affaire n° ARB/13/7, sentence (français), 12 janvier 2016, par. 224 et 225 et note 157.

²⁰⁰ CIRDI, affaire n° ARB/11/26, sentence, 29 janvier 2016, par. 515 et 516.

²⁰¹ Ibid., par. 543.

²⁰² CIRDI, affaire n° ARB(AF)/11/2, sentence, 4 avril 2016, par. 849 et 850.

²⁰³ Ibid., par. 873.

²⁰⁴ CIRDI, affaire n° ARB/10/5, décision sur l'annulation, 27 décembre 2016, par. 144.

²⁰⁵ Ibid., par. 132.

marchande reflétait également la norme d'indemnisation en droit international coutumier »²⁰⁶.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, le tribunal arbitral, citant l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État, a conclu que « Burlington n'avait pas prouvé, avec le degré de certitude raisonnable que le droit international exigeait dans le cas d'une réclamation pour manque à gagner, qu'une prorogation susceptible de faire l'objet d'une "expropriation" résulterait effectivement de son droit de négocier »²⁰⁷.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, le tribunal arbitral, se référant à l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État, a calculé « l'indemnisation au titre de la valeur en capital du bien exproprié à raison du fait internationalement illicite sur le critère de la "valeur loyale et marchande" du bien perdu », compte tenu de « la nature de celui-ci »²⁰⁸.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, le tribunal arbitral a conclu, citant le texte du paragraphe 1 de l'article 36, que le demandeur « avait droit à une réparation intégrale du préjudice subi du fait des violations du traité concerné par le défendeur »²⁰⁹. Il a néanmoins fait observer que « les dommages moraux n'étaient pas couverts par le principe énoncé à l'article 36 des articles de la CDI »²¹⁰.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, le tribunal a déclaré que « toute indemnité qu'il accordait devait faire l'objet d'une décision basée sur les principes du droit international coutumier et consister en une "réparation intégrale" devant effacer, autant que possible, les conséquences des faits internationalement illicites commis par la défenderesse, selon le principe général établi de longue date dans l'arrêt de la CPIJ relatif à l'affaire *Chorzów Factory* (1928) et confirmé par les articles 31 et 36 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État »²¹¹. S'agissant des intérêts devant être payés avant le prononcé de la sentence, le tribunal a « décidé d'appliquer un taux d'intérêt LIBOR à trois mois + 2,0 % en composition trimestrielle, taux qu'il estimait raisonnable et applicable au projet en tant qu'investissement du demandeur, conformément aux principes énoncés dans l'affaire *Chorzów Factory* (1928) et à l'article 36 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État »²¹².

²⁰⁶ CIRDI, affaire n° ARB/12/13, décision relative à la responsabilité et aux principes d'évaluation du quantum, 30 décembre 2016, par. 627 et 711.

²⁰⁷ CIRDI, affaire n° ARB/08/5, décision (révision) et sentence, 7 février 2017, par. 278.

²⁰⁸ CIRDI, affaire n° ARB/13/1, sentence, 22 août 2017, par. 872 et 873.

²⁰⁹ CIRDI, affaire n° ARB/14/1, sentence, 16 mai 2018, par. 564.

²¹⁰ Ibid., par. 565.

²¹¹ CIRDI, affaire n° ARB/14/4, sentence, 31 août 2018, par. 10.96 et 10.97.

²¹² Ibid., par. 10.138.

Article 37

Satisfaction

Cour européenne des droits de l'homme

Dans l'affaire *Moreira Ferreira c. Portugal (n° 2)*, la Cour européenne des droits de l'homme a noté, au sujet de la notion de *restitutio in integrum*, qu'il fallait « interpréter la Convention [européenne des droits de l'homme] en tenant compte des principes découlant des projets d'articles [sur la responsabilité de l'État] en matière de réparation, en particulier des articles 34 à 37 »²¹³.

Article 38

Intérêts

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral s'est référé à l'article 38 des articles sur la responsabilité de l'État et au commentaire y relatif²¹⁴ pour ce qui est de l'actualisation du préjudice causé par une expropriation²¹⁵. Il a déclaré que, « bien que le raisonnement et le taux d'intérêt appliqués par les tribunaux d'investissement aient varié considérablement, un consensus semblait avoir émergé autour du principe du coût d'opportunité du demandeur »²¹⁶.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a déclaré que l'article 38 des articles sur la responsabilité de l'État faisait « autorité » quant à « l'obligation légale internationale substantielle et bien établie qui était faite de payer des intérêts sur les sommes dues »²¹⁷, et s'est appuyé sur le commentaire se rapportant à cet article pour examiner le versement d'intérêts simples ou composés²¹⁸.

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

Dans l'affaire *Murphy Exploration and Production Company International v. The Republic of Ecuador*, le tribunal arbitral s'est référé à l'article 38 et au commentaire y relatif au moment de « décider qu'il était approprié d'accorder des intérêts pour dommages et intérêts au demandeur afin de lui garantir une réparation intégrale »²¹⁹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a noté que, « selon les critères posés par le droit international coutumier, l'article 38 du projet d'articles de la CDI dispose que “le taux d'intérêt et le mode de calcul sont fixés de façon à assurer la réparation intégrale” »²²⁰.

²¹³ CEDH, Grande Chambre, Requête n° 19867/12, arrêt, 11 juillet 2017, par. 3 et note 6.

²¹⁴ CIRDI, affaire n° ARB/11/26, sentence, 29 janvier 2016, par. 575.

²¹⁵ Ibid., par. 576.

²¹⁶ Ibid., par. 577.

²¹⁷ CIRDI, affaire n° ARB(AF)/11/2, sentence, 4 avril 2016, par. 849 et 850.

²¹⁸ Ibid., par. 935 et note 1319.

²¹⁹ CPA, affaire n° 2012-16, sentence finale partielle, 6 mai 2016, par. 511 à 513.

²²⁰ CIRDI, affaire n° ARB/12/13, décision relative à la responsabilité et aux principes d'évaluation du quantum, 30 décembre 2016, par. 876.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

En l'affaire *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, le tribunal arbitral a accordé des intérêts composés au demandeur, s'écartant ainsi du commentaire relatif à l'article 38 des articles sur la responsabilité de l'État, arguant que « ce type d'intérêts étaient plus à même de se traduire par une réparation intégrale que des intérêts simples »²²¹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, le tribunal arbitral, citant l'article 38, « a fait remarquer que, dans les articles de la CDI, le versement d'intérêts était considéré comme relevant également de l'obligation qui incombait aux États de réparer intégralement le préjudice causé »²²², ajoutant qu'« il n'avait aucune hésitation à accepter que le paiement d'intérêts fasse partie intégrante de l'obligation de l'État responsable de réparer intégralement tout préjudice causé par la violation d'une obligation internationale »²²³.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, le tribunal arbitral a fait observer que « ni le traité d'investissement bilatéral ni les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État ne prévoyaient de règles spécifiques concernant la manière dont les intérêts devaient être déterminés »²²⁴.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, le tribunal arbitral a déclaré que l'article 38 des articles sur la responsabilité de l'État confirmait le principe général selon lequel « l'attribution d'intérêts indemnise le demandeur pour la perte d'usage de son argent causée par un fait illicite commis par le défendeur. La durée de la réparation ne pouvait dès lors être limitée à une période inférieure à celle de la privation que dans des cas exceptionnels »²²⁵. Le tribunal a accordé des intérêts en concluant qu'« il n'y avait aucune raison de s'écarter des principes généraux énoncés à l'article 38 des articles de la CDI »²²⁶.

Cour internationale de Justice

Dans l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour internationale de Justice a invoqué l'article 38 et au commentaire y relatif pour rappeler que « selon la pratique des juridictions internationales, des intérêts compensatoires p[ouvaient] être alloués s'ils [étaient] nécessaires pour assurer la réparation intégrale du préjudice causé par un fait internationalement illicite [mais que] les intérêts ne constitu[ai]ent cependant pas une

²²¹ CIRDI, affaire n° ARB/08/5, décision (révision) et sentence, 7 février 2017, par. 540.

²²² CIRDI, affaire n° ARB/09/1, sentence, 21 juillet 2017, par. 1120.

²²³ Ibid., par. 1121.

²²⁴ CIRDI, affaire n° ARB/13/1, sentence, 22 août 2017, par. 992 ; voir également l'affaire *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) v. Russia*, CNUDCI, CPA, affaire n° AA 227, sentence finale, 18 juillet 2014, par. 1678.

²²⁵ CIRDI, affaire n° ARB/13/13, sentence du tribunal, 27 septembre 2017, par. 1217 et 1218.

²²⁶ Ibid., par. 1221.

forme autonome de réparation, et [n'étaient] pas non plus nécessairement présents dans le contexte de l'indemnisation »²²⁷.

Chambre de commerce internationale (conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI)

Dans l'affaire *Olin Holdings Limited v. State of Libya*, le tribunal a « renvoyé à l'article 38.1 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, dans lesquels sont énoncées les règles fondamentales du droit international relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite »²²⁸. Le tribunal a en outre pris note de « la position des parties concernant le taux d'intérêt et estimé que l'application du taux d'intérêt commercial de 5 % à Chypre permettrait d'assurer l'indemnisation intégrale conformément aux articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, et ce pour les raisons suivantes :

- 1) Le tribunal reconnaît que ni le traité d'investissement bilatéral conclu entre Chypre et la Libye ni, de manière générale, le droit international ne l'incitent à accorder des intérêts sur la base du taux d'intérêt commercial applicable en Libye ;
- 2) Conscient qu'Olin est une société chypriote et que, pour emprunter le montant lui étant dû auprès de banques chypriotes, elle sera soumise au taux d'intérêt applicable à Chypre, le tribunal estime qu'elle doit elle-même recevoir des intérêts d'un taux identique en vue d'obtenir une réparation intégrale »²²⁹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *UP and CD Holding Internationale v. Hungary*, le tribunal arbitral a invoqué l'article 38 des articles sur la responsabilité de l'État pour déclarer qu'« il fallait s'inspirer du principe de droit international de *restitutio ad integrum* »²³⁰.

Article 39
Contribution au préjudice

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

Dans l'affaire *Copper Mesa Mining Corporation v. The Republic of Ecuador*, le tribunal arbitral, faisant référence aux fautes contributives, a renvoyé à l'article 39 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, intitulé « Contribution au préjudice », qui était déclaratoire du droit international²³¹. Le tribunal a « décidé que le préjudice subi par le demandeur avait été causé à la fois par l'expropriation illégale commise par la défenderesse ainsi que par les actes de négligence, les omissions et les "mains sales" du demandeur lui-même. N'ayant établi aucune distinction entre ces différents concepts en l'espèce, le tribunal a préféré se référer uniquement à l'article 39 des articles de la CDI »²³². Il a par ailleurs fait remarquer qu'au titre de cet article, une évaluation factuelle du comportement du demandeur était exigée...²³³.

²²⁷ Cour internationale de Justice, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, 2 février 2018, par. 151.

²²⁸ CCI, affaire n° 20355/MCP, sentence finale, 25 mai 2018, par. 531.

²²⁹ Ibid., par. 532.

²³⁰ CIRDI, affaire n° ARB/13/35, sentence, 9 octobre 2018, par. 596.

²³¹ CPA, affaire n° 2012-2, sentence, par. 6.102.

²³² Ibid., par. 6.97.

²³³ Ibid., par. 6.98.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, le tribunal arbitral, citant l'article 39 et le commentaire y relatif, a noté qu'il « était incontestable que le comportement du demandeur pouvait justifier la suppression ou la réduction des dommages et intérêts lui étant dus si celui-ci avait contribué au préjudice »²³⁴, mais a « rejeté l'argument de l'Équateur selon lequel Burlington avait contribué à ses propres pertes »²³⁵.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, le tribunal arbitral, souscrivant aux décisions relatives aux articles 31, 36 et 39 des articles sur la responsabilité de l'État prises dans des affaires arbitrales antérieures, a déterminé que « la défenderesse était à l'origine des pertes subies par les demandeurs sur lesquelles portait cette sentence, sans aucune réduction pour "négligence contributive" ou d'autres fautes, contrairement aux affirmations de la défenderesse »²³⁶.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, le tribunal arbitral, se référant à l'article 39 des articles sur la responsabilité de l'État, a conclu que « les dommages et intérêts accordés à la compagnie pour rembourser ses coûts d'investissement irrécouvrables ne pouvaient pas être réduits pour faute contributive »²³⁷.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, le tribunal a estimé que « le demandeur ne pouvait demander réparation à la défenderesse, dans la mesure où celui-ci n'avait déraisonnablement pas tenté de limiter ses pertes, conformément au droit international. De l'avis du tribunal, le critère juridique est fondé sur une norme raisonnable et non absolue, comme l'ont confirmé le commentaire (11) se rapportant à l'article 31 des articles de la CDI et l'article 39 des articles de la CDI »²³⁸.

Chapitre III

Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général

Article 40

Application du présent chapitre

Cour européenne des droits de l'homme

Dans l'affaire relative à l'*Affaire Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme s'est référée aux articles 40 et 41, ainsi qu'au

²³⁴ CIRDI, affaire n° ARB/08/5, décision (révision) et sentence, 7 février 2017, par. 572.

²³⁵ Ibid., par. 585.

²³⁶ CIRDI, affaire n° ARB/12/25, sentence du tribunal, 18 avril 2017, par. 280. Voir également *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, CNUDCI, sentence partielle, 13 septembre 2001, par. 583 ; *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Republic of Kazakhstan*, Chambre de commerce de Stockholm, affaire n° V (116/2010), sentence, 19 décembre 2013, par. 1330 à 1332 ; *Gemplus, S.A., SLP, S.A., Gemplus Industrial, S.A. de C.V. and Talsud S.A. v. United Mexican States* (CIRDI, affaires n°s ARB(AF)/04/03 et ARB(AF)/04/), sentence, 16 juin 2009, par. 11.12.

²³⁷ CIRDI, affaire n° ARB/13/13, sentence du tribunal, 27 septembre 2017, par. 1195.

²³⁸ CIRDI, affaire n° ARB/14/4, sentence, 31 août 2018, par. 10.124 et 10.125.

commentaire relatif à l'article 41, en tant qu'éléments de droit international pertinents²³⁹.

Article 41

Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre

Cour pénale internationale

Dans l'affaire *Prosecutor (on the application of Victims) v. Bosco Ntaganda*, la Cour pénale internationale, citant le paragraphe 2 de l'article 41 des articles sur la responsabilité de l'État, a indiqué qu'aux termes des principes généraux de droit, il ne fallait pas reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave du droit international²⁴⁰.

Troisième partie

Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'état

Chapitre premier

Invocation de la responsabilité de l'État

Article 43

Notification par l'État lésé

Cour internationale de Justice

Dans les affaires des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)* et (*Îles Marshall c. Inde*), la Cour internationale de Justice a cité le commentaire se rapportant à l'article 44 des articles sur la responsabilité de l'État pour rejeter l'argument du défendeur, selon lequel une notification ou des négociations préalables étaient requises, conformément à l'article 43 des articles sur la responsabilité de l'État. La Cour internationale de Justice a en outre fait observer que « la jurisprudence de la Cour trait[ait] la question de l'existence d'un différend comme une question afférente à la compétence qui impos[ait] de rechercher s'il exist[ait] un différend au fond, et non quelle [était] la forme que pren[ait] ce différend ou s'il a[vait] été notifié au défendeur²⁴¹ ».

Article 44²⁴²

Recevabilité de la demande

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, le tribunal arbitral a fait remarquer

²³⁹ CEDH, Grande Chambre, Requête n° 36925/07, arrêt, 29 janvier 2019, par. 157 et 158.

²⁴⁰ Cour pénale internationale, Chambre de première instance VI, Deuxième décision sur la contestation par la défense de la compétence de la Cour en ce qui concerne les chefs d'accusation 6 et 9, affaire n° ICC-01/04-02/06-1707, ICL 1730, 4 janvier 2017, paragraphe 53 et note 131.

²⁴¹ Cour internationale de Justice, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)*, arrêt, 5 octobre 2016, par. 45 ; *Cour internationale de Justice, Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Inde)*, arrêt, 5 octobre 2016, par. 42.

²⁴² Voir également les *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)* et (*Îles Marshall c. Inde*), aux rubriques consacrées aux articles 43 et 48.

que « la référence faite à l'article 44 des articles de la CDI par les demandeurs n'était pas pertinente, dans la mesure où le problème n'était pas lié à un épuisement des voies de recours internes »²⁴³.

Article 45

Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité

Tribunal international du droit de la mer

Dans l'affaire relative à l'*Affaire du navire « Norstar » République du Panama c. République italienne*, le Tribunal international du droit de la mer s'est fondé sur le commentaire se rapportant à l'article 45 des articles sur la responsabilité de l'État pour conclure que « le Panama n'a[vait] pas manqué de faire valoir sa prétention depuis le moment où il l'a[vait] formulée pour la première fois, de telle manière que cela aurait rendu la demande irrecevable »²⁴⁴ et pour « rejeter l'exception relative à la prescription extinctive soulevée par l'Italie »²⁴⁵.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Au moment de statuer sur la compétence et la recevabilité de la requête dans l'affaire *Salini Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, le tribunal arbitral a fait remarquer au sujet de la prescription extinctive en tant que question de droit international que :

celle-ci n'était pas mentionnée dans les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite comme motif distinct de renonciation au droit d'invoquer la responsabilité et que la CDI avait rejeté l'idée selon laquelle le simple écoulement du temps pouvait entraîner l'annulation d'une demande. Il a ajouté que l'article 45 b) disposait d'ailleurs que la responsabilité de l'État ne pouvait être invoquée si l'État lésé avait valablement renoncé à la demande ou devait, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande²⁴⁶.

Compte tenu de toutes ces circonstances, le tribunal arbitral a conclu que « le retard n'était pas déraisonnable et ne donnait nullement à penser que Salini Impregilo avait acquiescé à l'abandon de sa demande et que le principe de la prescription extinctive n'était pas d'application »²⁴⁷.

Article 48

Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé

Cour internationale de Justice

Dans l'affaire des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)* et (*Îles Marshall c. Inde*), la Cour internationale de Justice a déclaré qu'« aux termes du paragraphe 3 de l'article 48, [l'] exigence [s'imposant à un État lésé de notifier sa demande, au titre de l'article 43 des articles sur la responsabilité de

²⁴³ CIRDI, affaire n° ARB/10/7, sentence, 8 juillet 2016, par. 135.

²⁴⁴ TIDM, Exceptions préliminaires, arrêt, 4 novembre 2016, par. 310 et 313.

²⁴⁵ Ibid., par. 314.

²⁴⁶ CIRDI, affaire n° ARB/15/39, décision sur la compétence et la recevabilité, 23 février 2018, par. 85.

²⁴⁷ Ibid., par. 91.

l'État,] s'appliqu[ait] *mutatis mutandis* à l'invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé »²⁴⁸.

Quatrième partie

Dispositions générales

Article 55

Lex specialis

Cour permanente d'arbitrage (conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

Dans l'affaire *Mesa Power Group v. Government of Canada*, le tribunal arbitral a conclu, sur le fondement de l'article 55 des articles sur la responsabilité de l'État, que « l'article 1503(2) de l'ALENA relevait de la *lex specialis* et que l'application de l'article 5 des articles de la CDI était partant exclue »²⁴⁹.

Tribunal arbitral international (conformément à la Convention CIRDI)

Dans l'affaire *Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela*, le tribunal arbitral a jugé sur la base de l'article 55 que « les États étaient libres de déroger au régime général de responsabilité »²⁵⁰.

²⁴⁸ Cour internationale de Justice, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)*, arrêt, 5 octobre 2016, par. 45 ; Cour internationale de Justice, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Inde)*, arrêt, 5 octobre 2016, par. 42.

²⁴⁹ CPA, affaire n° 2012-17, sentence, 24 mars 2016, par. 359, 362 et 365.

²⁵⁰ CIRDI, affaire n° ARB/06/4, sentence, 15 avril 2016, par. 326 et note 307.