



Assemblée générale

Distr. générale
21 avril 2016
Français
Original : anglais/espagnol/français

Soixante et onzième session
Point 74 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 invoquant les articles sur la responsabilisation de l'État pour fait internationalement illicite	6
Observations d'ordre général	6
Première partie	
Le fait internationalement illicite de l'État	7
Chapitre I. Principes généraux	7
Article 1. Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite	7
Article 2. Éléments du fait internationalement illicite de l'État	8
Article 3. Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite	9
Chapitre II. Attribution d'un comportement à l'État	12
Observations d'ordre général	12
Article 4. Comportement des organes de l'État	13

* A/71/50.



Article 5. Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique	17
Article 6. Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État . . .	18
Article 7. Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions	19
Article 8. Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État	19
Article 10. Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre	22
Article 11. Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien	22
Chapitre III. Violation d'une obligation internationale	23
Article 12. Existence de la violation d'une obligation internationale	23
Article 13. Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État	23
Article 14. Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale	24
Article 15. Violation constituée par un fait composite	25
Chapitre IV. Responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État	25
Article 16. Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite . . .	25
Chapitre V. Circonstances excluant l'illicéité	25
Article 20. Consentement	25
Article 25. État de nécessité	26
Article 26. Respect de normes impératives	26
Deuxième partie	
Contenu de la responsabilité internationale de l'État	27
Chapitre I. Principes généraux	27
Article 28. Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite	27
Article 30. Cessation et non-répétition	27
Article 31. Réparation	28
Article 32. Non pertinence du droit interne	31
Article 33. Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie	32
Chapitre II. Réparation du préjudice	32
Observations d'ordre général	32
Article 34. Formes de la réparation	33
Article 35. Restitution	34
Article 36. Indemnisation	35
Article 37. Satisfaction	38
Article 38. Intérêts	38
Article 39. Contribution au préjudice	40

Troisième partie	
Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État	41
Chapitre I. Invocation de la responsabilité de l'État	41
Article 43. Notification par l'État lésé	41
Article 44. Recevabilité de la demande	41
Article 45. Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité	41
Quatrième partie	
Dispositions générales	42
Article 55. <i>Lex specialis</i>	42
Article 58. Responsabilité individuelle	42

Abréviations

CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Convention CIRDI	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États
CDI	Commission du droit international
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
OMC	Organisation mondiale du commerce

I. Introduction

1. La Commission du droit international ayant adopté le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite à sa cinquante-troisième session, en 2001, l'Assemblée générale, par sa résolution 56/83, prendra note desdits articles (ci-après les articles sur la responsabilité de l'État), dont le texte est reproduit en annexe à ladite résolution, articles qu'elle recommandera à l'attention des gouvernements, sans préjudice de leur adoption éventuelle ou de toute autre mesure appropriée.

2. L'Assemblée générale le lui ayant demandé dans la résolution 59/35, le Secrétaire général établira, en 2007, une première compilation de décisions de juridictions internationales et d'autres organes internationaux se rapportant aux articles sur la responsabilité de l'État¹, puis deux autres en 2010 et 2013, comme suite à la demande que l'Assemblée générale lui a faite dans ses résolutions 62/61² et 65/19, respectivement³.

3. Dans sa résolution 68/104, l'Assemblée générale, reconnaissant l'intérêt des articles sur la responsabilité de l'État, les a recommandés une fois de plus à l'attention des gouvernements, sans préjuger de leur future adoption ni de toute autre suite qui pourrait leur être donnée. L'Assemblée a 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 et onzième session.

4. Par note verbale datée du 10 janvier 2014, le Secrétaire général a invité les gouvernements à lui présenter d'ici au 1^{er} février 2016 des informations concernant la jurisprudence de juridictions internationales et autres organes internationaux ayant trait aux articles pour insertion dans une mise à jour de la compilation, invitation qu'il renouvellera par note verbale datée du 21 janvier 2015.

5. La présente compilation intéresse 72 nouvelles décisions intervenues pendant la période allant du 1^{er} février 2013⁴ au 31 janvier 2016 à l'occasion desquelles les articles sur la responsabilité de l'État ont été invoqués, ces décisions émanant de la Cour internationale de Justice, du Tribunal international du droit de la mer, de l'Organe d'appel de l'OMC, de tribunaux arbitraux internationaux, de la Commission africaine des droits de l'homme, de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et du Tribunal spécial pour le Liban.

6. Venant compléter les trois dernières établies par le Secrétariat sur le sujet, la présente compilation reproduit des extraits de décisions dans le domaine public intéressant chacun des articles invoqués par des juridictions internationales ou d'autres organes internationaux, selon l'économie et l'ordre numérique des articles,

¹ A/62/62, Corr.1 et Add.1.

² A/65/76.

³ A/68/72.

⁴ Les jonctions d'instance sanctionnées par la même décision sont considérées comme une seule affaire. Les affaires ayant suscité des décisions sensiblement similaires sont classées séparément, pouvant cependant être regardées comme une seule et même affaire dès lors que les décisions sont identiques quant au fond.

les décisions étant rangées dans l'ordre chronologique. Vu le nombre et la longueur de ces décisions, on a retenu les seuls extraits dignes d'intérêt, sommairement replacés dans leur contexte.

7. Aux fins de la compilation, on a retenu des extraits visant les articles sur la responsabilité de l'État comme fondement de la décision ou l'expression du droit positif en la matière, à l'exclusion des conclusions des parties invoquant les articles sur la responsabilité de l'État et des opinions de juges jointes à telle ou telle décision.

II. Extraits de décisions invoquant les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

Observations d'ordre général

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

8. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *The Rompetrol Group N. V. c. Roumanie* a reconnu que si le texte des articles sur la responsabilité de l'État demeure à l'état de projet, leur consécration par l'Assemblée générale des Nations Unies et par la pratique internationale postérieure justifiait amplement de voir dans lesdits articles des principes directeurs aux fins de la présente affaire⁵.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

9. De l'avis du tribunal arbitral saisi de l'affaire *ConocoPhillips Petrozuata B. V., et autres c. République bolivarienne du Venezuela*, la jurisprudence postérieure, y compris les sentences et décisions de la CIRDI, viendra plus d'une fois dire des articles sur la responsabilité de l'État qu'ils viennent codifier ou consacrer le droit international coutumier⁶.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

10. Selon le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. La Fédération de Russie*, le droit substantiel dont il fait application relève également de principes du droit international, y compris ceux dûment consacrés dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international de l'ONU⁷.

⁵ CIRDI, affaire n° ARB/06/3, sentence, 6 mai 2013, par. 189 (notes de bas de page omises).

⁶ CIRDI, affaire n° ARB/07/30, décision sur la compétence et le fond, 3 septembre 2013, par. 339.

⁷ CNUDCI, CPA, affaire n° AA 226, Sentence finale, 18 juillet 2014, par. 113, visant spécialement les articles 1 à 11, 28 à 39 et 49 à 54. L'affaire *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. La Fédération de Russie* invoque deux sentences sensiblement identiques (à l'exception de la quantification du préjudice) suivantes : *Yukos Universal Limited (île de Man) c. La Fédération de Russie*, CNUDCI, CPA, affaire n° AA 227, sentence définitive, 18 juillet 2014 et *Veteran Petroleum Limited (Chypre) c. La Fédération de Russie*, CNUDCI, CPA, affaire n° AA 228, sentence définitive, 18 juillet 2014.

Cour européenne des droits de l'homme

11. Dans l'affaire *Samsonov c. Russie*, la Cour dira que les articles sur la responsabilité de l'État sont venus codifi[er] les principes dégagés par le droit international moderne concernant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁸.

Cour européenne des droits de l'homme

12. Dans l'affaire *Liseytseva et Maslov c. Russie*, la Cour verra dans les articles sur la responsabilité de l'État et leurs commentaires des principes dégagés par le droit international moderne concernant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁹.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

13. D'après le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Electrabel S. A. c. République de Hongrie*, les articles sur la responsabilité de l'État opèrent codification du droit international coutumier¹⁰.

Première partie**Le fait internationalement illicite de l'État****Chapitre I****Principes généraux****Article premier****Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite***Tribunal international du droit de la mer*

14. À l'occasion de l'affaire *du navire Virginia G (Panama/Guinée-Bissau)*, le Tribunal fera observer que les articles premier et 31, paragraphe 1 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État viennent préciser que « tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale »¹¹. Il relèvera qu'il résulte de l'avis consultatif sur les *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone* de sa Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins que l'article 31 relève du droit international coutumier¹² et ajoutera que l'article premier « reflète également le droit international coutumier »¹³.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

15. Le tribunal arbitral en l'affaire *Gold Reserve Inc. c. République bolivarienne du Venezuela* conviendra avec le défendeur que les articles sur la responsabilité de

⁸ CEDH, première section, requêtes n° 2880/10, décision, 16 septembre 2014, par. 45.

⁹ CEDH, première section, requêtes n°s 39483/05 et 40527/10, arrêt, 9 octobre 2014, par. 128.

¹⁰ CIRDI, affaire n° ARB/07/19, sentence, 25 novembre 2015, par. 7.60.

¹¹ Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 14 avril 2014, par. 429.

¹² Tribunal international du droit de la mer, Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, avis consultatif du 1^{er} février 2011, par. 194.

¹³ Voir *supra*, note 11, par. 430.

l'État intéressent principalement les faits internationalement illicites commis contre l'État, non par opposition à des particuliers ou d'autres acteurs non étatiques, certains éminents auteurs ayant mis en garde contre l'amalgame des deux¹⁴.

Tribunal international du droit de la mer

16. À l'occasion de la demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches, le Tribunal estimera que les articles 1 et 2 ainsi que le paragraphe 1 de l'article 31 « sont les règles du droit international général pertinentes pour l'examen de la deuxième question », à savoir dans quelle mesure l'État du pavillon peut-il être tenu responsable de la pêche illicite, non déclarée et non réglementée pratiquée par les navires battant son pavillon¹⁵.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

17. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. République d'Argentine*, s'autorisera du commentaire de l'article premier pour dire que l'expression « responsabilité internationale » s'applique aux relations juridiques nouvelles qui naissent en droit international du fait internationalement illicite d'un État¹⁶. Il observera en outre que par suite de son fait internationalement illicite faite par elle d'avoir respecté les obligations mises à sa charge par les trois traités d'investissement bilatéraux, l'Argentine est assujettie à une nouvelle relation vis-à-vis des demandeurs¹⁷.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

18. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Quiborax S. A., Non Metallic Minerals S. A. et Allan Fosk Kaplún c. État plurinational de Bolivie*, fera observer que le principe consacré par l'article premier, qui veut que tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale, est un principe fondamental du droit international¹⁸.

Article 2¹⁹

Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Cour européenne des droits de l'homme

19. À l'occasion de l'affaire *Likvidējamā p/s Selga et Vasiļevska c. Lettonie*, la Cour verra dans l'article 2 des articles sur la responsabilité de l'État et des extraits du commentaire y relatif des dispositions pertinentes du droit international²⁰. En appréciant la responsabilité de la Lettonie, elle s'autorisera de l'article 2, pour dire

¹⁴ CIRDI, affaire n° ARB(AF)/09/1, sentence arbitrale du 22 septembre 2014, par. 679.

¹⁵ Tribunal international du droit de la mer, avis consultatif du 2 avril 2015, par. 144.

¹⁶ CIRDI, affaire n° ARB/03/19, sentence arbitrale du 9 avril 2015, par. 25. Ci-après, cette référence à *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. République Argentine* comprend la référence à la sentence identique rendue en l'affaire *AWG Group Ltd. c. République d'Argentine* le 9 avril 2015.

¹⁷ Ibid., par. 25.

¹⁸ CIRDI, affaire n° ARB/06/2, sentence arbitrale du 16 septembre 2015, par. 327.

¹⁹ Voir aussi la demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches mentionnée à propos de l'article premier, l'affaire *Jaloud c. Pays-Bas* mentionnée à propos de l'article 6 et l'affaire *The Rompetrol Group N. V. c. Roumanie* mentionnée à propos de l'article 31.

²⁰ CEDH, Section IV, requêtes n°s 17126/02 et 24991/02, décision du 1^{er} octobre 2013, par. 64 et 65.

que les deux conditions que sont l'attribution de tel comportement et de telle violation à un État forment l'une des pierres angulaires de la responsabilité de l'État en droit international²¹.

Cour interaméricaine des droits de l'homme

20. À l'occasion de l'affaire *Gutierrez et famille c. Argentine*, la Cour, invoquant l'article 2, rappellera que pour établir s'il y a eu violation des droits consacrés dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme, il n'est pas nécessaire d'apprécier comme en droit pénal interne, la culpabilité ou l'intention des auteurs ni davantage d'identifier personnellement les agents auxquels on impute les violations. Il suffit que l'État ait failli à telle obligation mise à sa charge ou, autrement dit, que le fait illicite lui soit attribué²².

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

21. Le tribunal arbitral en l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. République d'Argentine*, précisera que l'article 2 est généralement considéré comme consacrant le droit international coutumier²³.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

22. Le tribunal saisi de l'affaire *Bernhard von Pezold et al. c. République du Zimbabwe*, considérera que toute violation du traité d'investissement bilatéral constituerait un fait internationalement illicite au sens de l'article 2 du projet d'articles de la CDI en tant que violation d'une obligation internationale, pouvant d'être d'origine conventionnelle²⁴.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

23. Saisi d'une requête en annulation de la sentence en l'affaire *Tulip Real Estate and Development Netherlands B. V c. République turque*, le tribunal arbitral fera observer que l'article 2 sur la responsabilité de l'État codifie le droit international coutumier²⁵.

Article 3

Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

24. Le tribunal arbitral en l'affaire *Luigiterzo Bosca c. Lituanie*, invoquera l'article 3 pour expliquer avoir dû fonder ses conclusions sur les dispositions de fond de l'accord de 1994 entre le Gouvernement lituanien et le Gouvernement italien sur la promotion et la protection des investissements²⁶.

²¹ Ibid., par. 95.

²² Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 25 novembre 2013, par. 78, note 163 (notes de bas de page omises).

²³ Voir *supra*, note 16, par. 24.

²⁴ CIRDI, affaire n° ARB/10/15, sentence arbitrale du 28 juillet 2015, par. 722. Voir également *infra*, la référence à l'article 2 dans la note 189.

²⁵ CIRDI, affaire n° ARB/11/28, décision sur l'annulation du 30 décembre 2015, par. 183.

²⁶ CNUDCI, CPA, affaire n° 2011-05, sentence du 17 mai 2013, par. 199.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

25. À l'occasion de l'affaire *The Rompetrol Group N. V. c. Roumanie*, le tribunal arbitral invoquera l'article 3 et le commentaire y relatif pour dégager deux propositions élémentaires, à savoir : premièrement, qu'il est bien établi que la violation de la législation interne qui cause préjudice à un ressortissant étranger ne vaut pas en soi violation du droit international et, deuxièmement, que les dispositions ou prescriptions de droit interne ne sauraient justifier l'inobservation d'une obligation internationale²⁷.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

26. À l'occasion de l'affaire *Convial Callao S. A. et CCI c. Pérou*, le tribunal arbitral invoquant l'article 3, dira qu'il est un principe bien établi du droit international, qu'il s'agisse de la responsabilité internationale de l'État ou de la validité de règles ou d'institutions juridiques de droit interne en droit international, que l'ordre international est indépendant de l'ordre interne s'agissant d'apprécier la validité et la portée internationales du droit interne ou de comportements de l'État dans l'ordre interne. Ainsi, en matière de responsabilité, toute violation du droit interne n'emporte pas nécessairement violation du droit international. Les règles et institutions juridiques internes ne sont pas non plus nécessairement pleinement applicables en droit international ni opposables à d'autres États²⁸.

Cour interaméricaine des droits de l'homme

27. À l'occasion de l'affaire *des Massacres d'Ituango c. Colombie*, la Cour, dans une ordonnance concernant le respect par l'État de sa précédente décision, a rapproché les projet d'articles sur la responsabilité de l'État du principe posé par l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui veut qu'« une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »²⁹.

Cour européenne des droits de l'homme

28. Dans l'affaire *Anchugov et Gladkov c. Fédération de Russie*, la Cour verra dans l'article 3 et des extraits du commentaire y relatif des dispositions applicables du droit international³⁰.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

29. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *ECE Projektmanagement c. République tchèque*, fera observer que le principe selon lequel tel fait illicite au regard du droit interne ne l'est pas nécessairement au regard du droit international est intrinsèque au principe général consacré par l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et, plus généralement, par l'article 3 des articles de la CDI sur la

²⁷ Voir *supra*, note 5, par. 174, note 299.

²⁸ CIRDI, affaire n° ARB/10/2, sentence finale du 21 mai 2013, par. 405, note 427 (notes de bas de page omises).

²⁹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 21 mai 2013, par. 27, note 20 (citation de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

³⁰ CEDH, Section I, requête n° 11157/04, arrêt du 4 juillet 2013, par. 37.

responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, d'où il résulte que la qualification d'un fait donné comme internationalement illicite est indépendante de la qualification de ce même fait comme licite en vertu du droit interne de l'État concerné³¹. Le tribunal arbitral fera observer également que, comme il ressort du commentaire de la CDI, le principe comporte deux éléments : premièrement, seule la violation d'une obligation internationale peut être qualifiée d'internationalement illicite; deuxièmement, « un État ne peut pas éviter, en faisant valoir que son comportement est conforme aux dispositions de son droit interne, que ce comportement soit qualifié d'illicite selon le droit international »³².

Cour interaméricaine des droits de l'homme

30. Dans l'affaire *Gutiérrez et famille c. Argentine*, la Cour, invoquant l'article 3 rappellera qu'en présence d'affaires du genre de la présente espèce, elle doit se prononcer sur la conformité des agissements de l'État à la Convention américaine relative aux droits de l'homme³³.

Cour interaméricaine des droits de l'homme

31. Dans son avis consultatif sur les garanties et droits des enfants en cas de migrations ou de besoin de protection internationale, la Cour, invoquant l'article 3, dira avoir essentiellement pour mandat d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ou d'autres traités relevant de sa compétence, pour apprécier la responsabilité internationale de l'État au regard du droit international³⁴.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

32. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Perenco Ecuador c. République de l'Équateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, s'autorisera du principe bien établi consacré par l'article 3, pour dire que le droit international prime en cas de conflit avec le droit interne³⁵. Il dira également que, selon des principes bien établis du droit international, tel que codifiés à l'article 3 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, le fait que telle loi ait été déclarée constitutionnelle par les tribunaux internes, même par la plus haute juridiction du pays, n'épuise pas la question de savoir si la loi en question est conforme au droit international³⁶.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

33. Le tribunal arbitral en l'affaire *Vigotop Limited c. Hongrie*, invoquant l'article 3, conviendra avec le demandeur que, même si constater que la résiliation du contrat de concession viole les clauses dudit contrat ou les dispositions de la législation hongroise pourrait présenter quelque intérêt s'agissant de l'examen de la

³¹ CNUDCI, CPA, affaire n° 2010-5, sentence du 19 septembre 2013, par. 4.749.

³² Ibid., par. 4.750 (citation du paragraphe 1 du commentaire de l'article 3).

³³ Voir *supra*, note 22, note 242.

³⁴ Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif du 19 août 2014, note 52 (notes de bas de page omises).

³⁵ CIRDI, affaire n° ARB/08/6, décision sur les questions de compétence et de responsabilité en suspens, 12 septembre 2014, par. 534.

³⁶ Ibid., par. 583.

question de l'expropriation, ce n'est pas là une constatation nécessaire ou suffisante pour conclure que l'article 4 du Traité a été violé³⁷.

Cour internationale de Justice

34. À l'occasion de l'affaire dite de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la Cour fera observer que « dans l'une et l'autre de ces situations [où elle doit démontrer qu'un génocide, tel que défini dans la Convention, a été commis], la Cour applique les règles du droit international général relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. En particulier, aux termes de l'article 3 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, qui reflète une règle coutumière, "la qualification du fait d'un État comme internationalement illicite relève du droit international" »³⁸.

Chapitre II Attribution d'un comportement à l'État

Observations d'ordre général

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

35. Le tribunal arbitral en l'affaire *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Fédération de Russie* fera observer que « [l]es articles de la CDI sur la responsabilité de l'État sont, à cet égard, pertinents. [...] Le commentaire introductif du chapitre II intitulé "Attribution d'un comportement à l'État", précise que "la règle générale est donc que le seul comportement attribué à l'État sur le plan international est celui de ses organes de gouvernement ou d'autres entités qui ont agi sous la direction, à l'instigation ou sous le contrôle de ces organes, c'est-à-dire en qualité d'agents de l'État" »³⁹.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

36. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Tulip Real Estate and Development Netherlands B. V. c. République de Turquie*, acceptera que les articles de la CDI opèrent codification du droit international coutumier de l'attribution de comportement à l'État et trouvent application en l'espèce⁴⁰. Le Comité spécial saisi par la suite de la requête en annulation de la sentence fera observer que « [l]e droit international comporte des règles relatives à l'attribution que la CDI a codifiées et précisées au chapitre II de ses articles sur la responsabilité de l'État (art. 4 à 11) »⁴¹.

Cour européenne des droits de l'homme

37. Dans sa décision *Tagayeva et autres c. Russie*, la Cour, prenant note des articles sur la responsabilité de l'État, en particulier du principe énoncé au paragraphe 3 du commentaire relatif au chapitre II, déclarera que « le comportement

³⁷ CIRDI, affaire n° ARB/11/22, sentence arbitrale du 1^{er} octobre 2014, par. 327.

³⁸ Cour internationale de Justice, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt du 3 février 2015, par. 128.

³⁹ Voir *supra*, note 7, par. 1466.

⁴⁰ CIRDI, affaire n° ARB/11/28, sentence du 10 mars 2014, par. 281.

⁴¹ Voir *supra*, note 25, par. 184.

de particuliers n'est pas en tant que tel attribuable à l'État ». Ainsi, « les violations des droits de l'homme commises par des particuliers ne relèvent pas de la compétence *ratione personae* de la Cour⁴².

Article 4⁴³

Comportement des organes de l'État

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

38. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Corporation c. République de l'Équateur*, confirmera en les réitérant les termes de sa troisième ordonnance portant mesures provisoires⁴⁴ d'où il résulte que « d'après le droit international, un État peut être responsable du comportement de ses organes, notamment judiciaires, ainsi qu'il est énoncé au chapitre II de la Première Partie [des articles sur la responsabilité de l'État] [...] S'il était établi qu'une décision rendue par un tribunal équatorien dans l'affaire *Lago Agrio* violait une obligation due aux demandeurs par la défenderesse en vertu du droit international, le tribunal donne acte que toute perte qui résulterait de l'exécution d'une telle décision (à l'intérieur comme à l'extérieur de l'Équateur) peut être de celles dont la défenderesse serait tenue responsable envers les demandeurs d'après le droit international, comme le dispose la Deuxième partie des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État »⁴⁵.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

39. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Franck Charles Arif c. République de Moldova*, déclarera que « par principe, ainsi qu'il résulte de l'article 4 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, les décisions de justice peuvent engager la responsabilité de l'État, y compris en cas d'expropriation illicite, sans qu'il soit nécessaire d'épuiser les voies de recours internes (sauf le cas d'actions en déni de justice) »⁴⁶.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

40. Le tribunal arbitral en l'affaire *Le Groupe Rompetrol N.V. c. Roumanie* invoquera les articles 4 et 7 des articles sur la responsabilité de l'État pour déclarer qu'il n'est pas douteux que toutes les autorités et agences en question étaient à l'époque des faits des organes de l'État roumain, et que leur comportement était par conséquent attribuable audit État d'après le droit de la responsabilité des États⁴⁷.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

41. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *TECO Guatemala Holdings LLC c. République du Guatemala* invoquant l'article 4 *in extenso*, reconnaîtra que « [l]

⁴² CEDH, première section, requête n° 26562, décision du 9 juin 2015, par. 581.

⁴³ Voir également *Valeri Belokon c. République kirghize*, visé à l'article 30.

⁴⁴ CNUDCI, CPA, affaire n° 2009-23, Troisième ordonnance portant mesures provisoires, 28 janvier 2011, par. 2 et 3.

⁴⁵ CNUDCI, CPA, affaire n° 2009-23, Quatrième sentence provisoire ordonnant des mesures conservatoires, 7 février 2013, par. 55 et 77.

⁴⁶ CIRDI, affaire n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, par. 347.

⁴⁷ Voir *supra*, note 5, par. 173, note 298.

comportement d'un organe de l'État tel que la CNEE [Commission nationale de l'énergie électrique] est bel et bien attribuable à l'État⁴⁸.

Cour européenne des droits de l'homme

42. À l'occasion de l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, la Cour, voyant dans l'article 4 une disposition applicable du droit international⁴⁹, déclarera que « les Projets d'articles sur la responsabilité, quant à eux, prévoient l'attribution à l'État des faits accomplis [...] par les organes de celui-ci, tels que définis à l'article 4 »⁵⁰.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

43. Le tribunal arbitral en l'affaire *Renee Rose Levy de Levi c. République du Pérou* jugera important de reproduire l'article 4 1) du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite élaboré par la Commission du droit international⁵¹.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

44. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. République de Turquie*, citera le paragraphe 2 de l'article 4, aux termes duquel un « "organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État" »⁵² et conviendra avec la défenderesse qu'il n'existe pas de "quasi organe de l'État" aux fins de l'article 4⁵³.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

45. À l'occasion de l'affaire *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Fédération de Russie*, le tribunal arbitral dira que l'argument de la défenderesse selon lequel les actes d'un organe de l'État n'étaient pas contraires aux dispositions du Traité sur la Charte de l'énergie puisque ledit organe agissait uniquement dans le cadre de ses activités commerciales va à l'encontre... des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. S'agissant du texte de l'article 4, le tribunal arbitral dira également que « [l]e commentaire de cet article précise que "[p]eu importe, aux fins de l'attribution, que le comportement d'un organe de l'État soit qualifié "commercial" ou *acta jure gestionis*" »⁵⁴.

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

46. À l'occasion de l'affaire *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*, la Cour s'autorisera de l'article 4 pour conclure que « le comportement des juridictions burkinabé est pleinement imputable à l'État défendeur »⁵⁵.

⁴⁸ CIRDI, affaire n° ARB/10/23, sentence du 19 décembre 2013, par. 479.

⁴⁹ CEDH, quatrième section, requête n°s 34356/06 et 40528/06, arrêt du 14 janvier 2014, par. 107.

⁵⁰ Ibid., par. 207.

⁵¹ CIRDI, affaire n° ARB/10/17, sentence, 26 février 2014, par. 157.

⁵² Voir *supra*, note 41, par. 285 (citant l'article 4).

⁵³ Ibid., par. 288.

⁵⁴ Voir *supra*, note 7, par. 1479 (citant le par. 6 du commentaire de l'article 4).

⁵⁵ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, requête n° 004/2013, arrêt du 5 décembre 2014, par. 170, note 36 (citant l'article 4).

Cour européenne des droits de l'homme

47. À l'occasion de l'affaire *Čikanović c. Croatie*, la Cour verra dans l'article 4 un élément de droit international applicable⁵⁶. À l'appui de son affirmation selon laquelle que « [l]es municipalités sont des entités de droit public qui exercent l'autorité publique et dont les actes ou omissions, quelle que soit l'étendue de leur autonomie vis-à-vis des organes centraux, peuvent engager la responsabilité de l'État en vertu de la Convention », elle invoquera les articles sur la responsabilité de l'État, en particulier l'article 4, qui étaient, à ses yeux, l'expression du droit international coutumier⁵⁷.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

48. Le tribunal arbitral en l'affaire *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. et Alfa El Corporation c. Roumanie* conclura que « les actes accomplis par AVAS [Autorité de recouvrement des avoirs de l'État] en vertu du contrat sont attribuables à l'État en droit international au regard de l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État⁵⁸.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

49. À l'occasion de l'affaire *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware Inc. c. Gouvernement du Canada*, le tribunal arbitral déclarera, à propos des articles 4 et 5, que « lorsqu'il s'agit d'établir la responsabilité d'un État à l'égard d'un autre État, les articles de la CDI cités ici sont considérés comme l'expression du droit international coutumier en matière d'attribution et sont applicables par analogie à la responsabilité des États envers des parties privées⁵⁹ ». Le tribunal fera observer qu'« [u]n organe qui juge de manière impartiale, toutefois, peut très bien être un organe de l'État, sachant que l'article 4 des articles de la CDI, qui vient d'être cité, fait expressément mention de ces organes qui exercent des fonctions "judiciaires" »⁶⁰. Citant en outre le commentaire de l'article 4, il précisera qu'« "un État ne saurait, pour se soustraire à sa responsabilité du fait d'une entité qui agit véritablement en tant qu'un de ses organes, se contenter de dénier ce statut à l'entité en cause en invoquant son droit interne" »⁶¹.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

50. Le tribunal arbitral en l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. République argentine*, le tribunal arbitral invoquera l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État pour conclure que les faits illicites en cause, dans la mesure où il s'agissait d'actes accomplis par des organes de l'État, étaient manifestement attribuables à l'État argentin⁶².

⁵⁶ CEDH, première section, requête n° 27630/07, arrêt du 5 février 2015, par. 37.

⁵⁷ Ibid., par. 53.

⁵⁸ CIRDI, affaire n° ARB/10/13, sentence, 2 mars 2015, par. 323.

⁵⁹ CNUDCI, CPA, affaire n° 2009-04, sentence sur la compétence et la responsabilité du 17 mars 2015, par. 306 et 307.

⁶⁰ Ibid., par. 308.

⁶¹ Ibid., par. 315 (citant le par. 11 du commentaire de l'article 4).

⁶² Voir *supra*, note 16, par. 25, note 14.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

51. Le tribunal arbitral en l'affaire *Bernhard von Pezold et al. c. République du Zimbabwe* dira qu'« [i]l ressort clairement de l'article 4 des articles de la CDI et du commentaire y relatif que, comme l'ont affirmé les requérants, les organes de l'État, aux fins de l'attribution, comprennent notamment le Président, les ministres, les autorités provinciales, le corps législatif, la banque centrale, les forces de défense et la police », et que la « [r]esponsabilité encourue pour les actes de ces organes est illimitée dès lors qu'ils sont accomplis à titre officiel (ce qui inclut donc les abus de pouvoir accomplis à titre officiel). Seuls les actes accomplis à titre purement privé ne leur seraient pas attribuables »⁶³. Le tribunal fera observer de surcroît que « des actes accomplis par des tiers peuvent engager indirectement la responsabilité de l'État en vertu de l'article 4 – par exemple, faute par lui d'empêcher quiconque de violer telle obligation. Peu importe que l'action ait été effectivement commise par un tiers, dès lors qu'un organe de l'État (par exemple la police) en avait connaissance et n'a rien fait pour l'empêcher »⁶⁴.

Cour interaméricaine des droits de l'homme

52. À l'occasion de l'affaire *Ruano Torres et autres c. El Salvador*, la Cour invoquera les articles sur la responsabilité de l'État pour conclure que « dans l'ordonnement institutionnel salvadorien, l'Office de défense du citoyen (Unidad de Defensoría Pública) relève du Parquet général (Procuraduría General de la República) et peut s'assimiler à un organe de l'État, si bien que ses actes doivent être regardés comme étant ceux de l'État au sens du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites imputables à des auxiliaires de la justice »⁶⁵.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

53. Le tribunal arbitral en l'affaire *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d'Oman*, le tribunal arbitral s'autorisera de l'article 4 pour dire que l'attribution à l'État du comportement de ses organes « suscite une large adhésion en droit international »⁶⁶.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

54. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Electrabel S. A. c. République de Hongrie* invoquera l'article 4 pour conclure qu'il n'est pas douteux que les actes du Parlement hongrois sont attribuables à l'État hongrois⁶⁷.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

55. Le tribunal arbitral en l'affaire *Tenaris S. A. and Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda c. République bolivarienne du Venezuela* conclura au vu de toutes les pièces dont il est saisi... que CVG FMO [Ferrominera del Orinoco] n'est pas un organe de l'État aux fins de l'article 4 des articles de la CDI⁶⁸.

⁶³ Voir *supra*, note 24, par. 443 et 444.

⁶⁴ *Ibid.*, par. 445.

⁶⁵ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 5 octobre 2015, par. 160.

⁶⁶ CIRDI, affaire n° ARB/11/33, sentence du 3 novembre 2015, par. 344, note 706.

⁶⁷ Voir *supra*, note 10, par. 7.89.

⁶⁸ CIRDI, affaire n° ARB/12/23, sentence du 29 janvier 2016, par. 412 et 413.

Article 5⁶⁹**Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique**

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

56. Dans l'affaire *Luigiterzo Bosca c. Lituanie*, le tribunal arbitral a considéré que le Fonds des biens de l'État était une entité habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique au sens de l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État. La question qui se posait au tribunal était donc celle de savoir si le Fonds avait agi dans l'exercice de telles prérogatives⁷⁰.

Cour européenne des droits de l'homme

57. Dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a visé l'article 5 parmi les éléments de droit international pertinents⁷¹ et a considéré que les faits accomplis par « les personnes habilitées par le droit de [l']État à exercer des prérogatives de puissance publique et agissant en cette qualité, comme le définit l'article 5 de ces Projets d'articles » pouvaient être attribués à l'État⁷².

Cour européenne des droits de l'homme

58. Dans l'affaire *Samsonov c. Russie*, la Cour européenne des droits de l'homme a cité l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État parmi les dispositions pertinentes du droit international⁷³.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

59. Dans l'affaire *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware Inc. c. Gouvernement du Canada*, le tribunal arbitral a invoqué l'article 5 et donné raison à l'investisseur qui affirmait que, même si le Groupe d'étude conjoint n'était pas un organe à part entière de l'administration du Canada, il était habilité à exercer des prérogatives de puissance publique⁷⁴.

Tribunal arbitral international CIRDI

60. Dans l'affaire *Dan Cake S. A. c. Hongrie*, le tribunal arbitral international a jugé qu'il était sans intérêt, dans l'espèce, de savoir si le liquidateur était, au sens de l'article 5 des articles sur la responsabilité de l'État, une personne ou une entité habilitée par la loi de l'État à exercer des prérogatives de puissance publique⁷⁵.

⁶⁹ Voir aussi CEDH, affaire *Liseyeva et Maslov c. Russie*, citée dans le cadre de l'article 8.

⁷⁰ Voir *supra*, note 16, par. 127 (erreur de numérotation).

⁷¹ Voir *supra*, note 49, par. 107 à 109.

⁷² *Ibid.*, par. 207.

⁷³ Voir *supra*, note 8, par. 30 à 32 pour d'autres renvois aux articles sur la responsabilité de l'État.

⁷⁴ Voir *supra*, note 59, par. 308. Voir également la référence à l'article 5 à la note 59 *supra*.

⁷⁵ Tribunal CIRDI, affaire n° ARB/12/19, décision sur la compétence et la responsabilité, 24 août 2015, par. 158 (citant l'article 5).

Cour interaméricaine des droits de l'homme

61. Dans l'affaire *Gonzales Lluy et autres c. Équateur*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a cité l'affaire *Ximenes Lopes c. Brésil* et relevé que, dans cette espèce, elle avait considéré que les cas de responsabilité de l'État pour violation des droits reconnus dans la Convention pouvaient inclure le comportement, décrit dans la résolution de la Commission du droit international, d'une personne ou entité qui, sans être un organe de l'État, est autorisée par la loi de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, et qu'un tel comportement, qu'il soit le fait d'une personne physique ou morale, devait être regardé comme un acte de l'État, à condition que cette personne ait agi en cette qualité⁷⁶.

Tribunal arbitral international CIRDI

62. Dans l'affaire *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d'Oman*, le tribunal arbitral international a estimé que l'article 5 donnait des indications utiles sur la distinction entre les actes de souveraineté et les actes de gestion⁷⁷.

Tribunal arbitral international CIRDI

63. Dans l'affaire *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. République turque*, le tribunal arbitral international a considéré que, pour pouvoir attribuer la gestion d'Emlak à la Turquie conformément à l'article 5, il fallait établir à la fois : 1) qu'Emlak était habilité par la loi turque à exercer des prérogatives de puissance publique; 2) que le comportement reproché à Emlak par la partie demanderesse était lié à l'exercice de prérogatives de puissance publique⁷⁸.

Tribunal arbitral international CIRDI

64. Dans l'affaire *Tenaris S. A. et Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda c. République bolivarienne du Venezuela*, le tribunal arbitral international a cherché à déterminer si la CVG Ferrominera del Orinoco était habilitée par le Venezuela à exercer des prérogatives de puissance publique et si elle les avait exercées dans le cadre du contrat d'approvisionnement et, plus particulièrement, de l'approvisionnement discriminatoire de boulettes, de telle manière que ces faits puissent être attribués au Venezuela conformément à l'article 5 des articles de la Commission du droit international⁷⁹.

Article 6**Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État***Cour européenne des droits de l'homme*

65. Dans l'affaire *Jaloud c. Pays-Bas*, la Cour européenne des droits de l'homme a cité les articles 2, 6 et 8 des articles sur la responsabilité de l'État, ainsi que les commentaires s'y rapportant, parmi les éléments de droit international à prendre en

⁷⁶ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 1^{er} septembre 2015, note 205 (citant l'affaire *Ximenes Lopes c. Brésil*, fond, réparations et dépens, arrêt du 4 juillet 2006, par. 86).

⁷⁷ Voir *supra*, note 66, par. 324.

⁷⁸ Voir *supra*, note 40, par. 292.

⁷⁹ Voir *supra*, note 68, par. 414.

considération⁸⁰. En établissant la juridiction des Pays-Bas, la Cour a considéré qu'elle ne pouvait conclure que « les forces néerlandaises étaient mises “à la disposition” d'une puissance étrangère, qu'il s'agisse de l'Irak, du Royaume-Uni, ou d'une quelconque autre puissance, ni qu'elles se trouvaient “sous la direction et le contrôle exclusifs” d'un quelconque autre État (voir, à titre de comparaison, *mutatis mutandis*, article 6 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État) »⁸¹.

Tribunal arbitral international CIRDI

66. Dans l'affaire *Electrabel S. A. c. République de Hongrie*, le tribunal arbitral a considéré que, si l'Union européenne n'était pas un État en droit international, elle pouvait néanmoins être regardée par analogie comme une partie contractante au Traité sur la Charte de l'énergie aux fins de l'application de l'article 6 à la présente affaire⁸².

Article 7⁸³

Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

Cour européenne des droits de l'homme

67. Dans l'affaire *Jones et autres c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a visé l'article 7 au titre du droit international pertinent⁸⁴.

Cour européenne des droits de l'homme

68. Dans l'affaire *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, la Cour européenne des droits de l'homme a cité les articles 7, 14, 15 et 16 parmi les éléments de droit international pertinents⁸⁵.

Article 8⁸⁶

Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

69. Dans l'affaire *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Fédération de Russie*, le tribunal arbitral a cité à nouveau le texte de l'article 8 et souligné que le commentaire s'y rapportant faisait remarquer que « le comportement des sociétés ou des entreprises qui appartiennent ou sont contrôlées par l'État soulève des questions. Le fait que l'État a été à l'origine d'une société [...] n'est pas une base suffisante pour lui attribuer le comportement ultérieur de cette entité. Dès lors que l'on considère que les sociétés, même si elles appartiennent à l'État et sont en ce sens soumises à son contrôle, ont un statut séparé, leur comportement dans l'exécution de leurs activités n'est pas *prima facie* attribuable à l'État, à moins

⁸⁰ CEDH, Grande Chambre, requête n° 47708/08, arrêt du 20 novembre 2014, par. 98.

⁸¹ Ibid., par. 151.

⁸² Voir *supra*, note 10, par. 6.74.

⁸³ Voir aussi tribunal CIRDI, affaire *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie*, évoquée en rapport à l'article 4, et CEDH, affaire *Al Nashiri c. Pologne*, citée dans le cadre de l'article 16.

⁸⁴ Voir *supra*, note 49, par. 108.

⁸⁵ CEDH, ancienne quatrième section, requête n° 7511/13, arrêt du 24 juillet 2014, par. 201.

⁸⁶ Voir aussi CEDH, affaire *Jaloud c. Pays-Bas*, citée dans le cadre de l'article 6, et tribunal CNUDCI, affaire *Valeri Belokon c. République kirghize*, citée dans le cadre de l'article 30.

qu'elles n'exercent des prérogatives de puissance publique [...] les instructions, les directives ou le contrôle doivent être en rapport avec le comportement qui est censé avoir constitué un fait internationalement illicite »⁸⁷.

Cour européenne des droits de l'homme

70. Dans l'affaire *Samsonov c. Russie*, la Cour européenne des droits de l'homme a visé l'article 8 et le commentaire s'y rapportant parmi les dispositions applicables du droit international⁸⁸. Pour déterminer si le comportement d'une société pouvait être attribué à l'État, la Cour a considéré qu'elle « [devait] examiner de manière effective le contrôle que l'État a exercé dans les circonstances de l'espèce » et estimé que « cette approche [était] conforme tant à sa jurisprudence antérieure [...] qu'à l'interprétation donnée par la Commission du droit international à l'article 8 des articles sur la responsabilité de l'État »⁸⁹.

Cour européenne des droits de l'homme

71. Dans l'affaire *Liseytseva et Maslov c. Russie*, la Cour européenne des droits de l'homme a cité l'article 5 ainsi que l'article 8 et le commentaire s'y rapportant parmi le droit international pertinent⁹⁰. La Cour a aussi relevé que la question de l'indépendance des municipalités devait être déterminée au regard du contrôle de fait exercé sur elles par l'État en l'espèce, et a considéré que ce point de vue était conforme à l'interprétation donnée par la Commission du droit international à l'article 8 des articles sur la responsabilité de l'État⁹¹.

Tribunal arbitral international CIRDI

72. Dans l'affaire *Lao Holdings N.V. c. République démocratique populaire lao*, le tribunal arbitral a invoqué le commentaire de l'article 8 pour soutenir qu'une participation minoritaire dans une société n'était pas suffisante, en droit international comme en droit interne, pour attribuer les actes d'une société à ses actionnaires, et a considéré qu'il en allait ainsi quand l'actionnaire minoritaire était un État⁹². Le tribunal s'est aussi partiellement fondé sur l'article 8 pour conclure que les actes d'une société pouvaient être attribués à l'État si celui-ci dirigeait et contrôlait ses activités⁹³.

Tribunal arbitral international CIRDI

73. Dans l'affaire *Bernhard von Pezold et autres c. République du Zimbabwe*, le tribunal arbitral a jugé que le simple fait pour un État d'encourager des particuliers, en l'absence de preuve d'ordre direct ou de contrôle, ne répondait pas aux critères énoncés à l'article 8⁹⁴.

⁸⁷ Voir *supra*, note 7, par. 1466 (citant le par. 6 du commentaire de l'article 8).

⁸⁸ Voir *supra*, note 8, par. 30 à 32, pour d'autres renvois aux articles sur la responsabilité de l'État.

⁸⁹ *Ibid.*, par. 73.

⁹⁰ Voir *supra*, note 9, par. 128.

⁹¹ *Ibid.*, par. 205 (voir aussi par. 130, dans lequel la Cour fait référence à l'arrêt rendu le 3 avril 2012 par la Grande Chambre dans l'affaire *Kotov c. Fédération de Russie*, requête n° 54522/00, par. 30 à 32, pour un résumé d'autres dispositions pertinentes des articles sur la responsabilité de l'État).

⁹² Tribunal CIRDI, affaire n° ARB(AF)/12/6, décision sur le fond, 10 juin 2015, par. 81.

⁹³ *Ibid.*, par. 82.

⁹⁴ Voir *supra*, note 24, par. 448.

Tribunal arbitral international CIRDI

74. Dans *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d'Oman*, le tribunal arbitral a relevé que les articles sur la responsabilité de l'État envisageaient un certain nombre de cas d'attribution d'un comportement à l'État. Il a considéré que, selon les articles de la Commission du droit international, la responsabilité de l'État pouvait être engagée lorsque les actes d'une personne ou d'une entité étaient étroitement dirigés ou contrôlés par l'État, mais que les conditions d'attribution dans ce cas demeuraient sujet à débat⁹⁵.

Tribunal arbitral international CIRDI

75. Dans l'affaire *Electrabel S. A. c. République de Hongrie*, le tribunal arbitral s'est fondé sur le commentaire de l'article 8 pour retenir que le fait qu'un État agisse par l'intermédiaire d'une société détenue ou contrôlée par lui État et sur laquelle il exerce une certaine influence est en soi insuffisant pour que les actes d'une telle société puissent lui être attribués⁹⁶. Le tribunal a considéré qu'une invitation à négocier ne pouvait être assimilée à une instruction au sens de l'article 8, ce qui aurait permis d'imputer les actes de la société en question à la Hongrie⁹⁷. Citant l'article 8, il a aussi jugé que la Hongrie n'avait pas utilisé sa position de propriétaire ou de contrôle d'une société dans le but précis d'obtenir un résultat particulier⁹⁸.

Tribunal arbitral international CIRDI

76. Dans l'affaire *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. République turque*, le tribunal arbitral a considéré que les mots « instructions », « direction » et « contrôle » employés à l'article 8 devaient manifestement être lus séparément et qu'il suffisait que l'un de ces éléments soit présent pour qu'il y ait attribution conformément à l'article 8⁹⁹. Le tribunal a donné raison au défendeur qui affirmait que le critère à retenir était celui du « contrôle réel »¹⁰⁰. Il a confirmé qu'il ne suffisait pas, aux fins de l'attribution conformément à l'article 8, d'établir simplement qu'Emlak appartenait majoritairement à TOKI et donc à l'État¹⁰¹. Le Tribunal a également relevé que, pour attribuer un comportement à l'État conformément à l'article 8, il fallait qu'il soit démontré que celui-ci avait utilisé son contrôle comme un moyen d'obtenir un résultat particulier dans son intérêt souverain¹⁰². Le comité ad hoc créé ultérieurement pour statuer sur la demande en annulation de la sentence a confirmé cette interprétation en renvoyant au commentaire de l'article 8¹⁰³.

⁹⁵ Voir *supra*, note 66, par. 673 (citant le par. 6 du commentaire de l'article 8) (note de bas de page omise).

⁹⁶ Voir *supra*, note 10, par. 7.95 (voir aussi par. 7.63 à 7.71, citant l'article 8 et le commentaire s'y rapportant en détail).

⁹⁷ *Ibid.*, par. 7.111.

⁹⁸ *Ibid.*, par. 7.137 (citant le par. 6 du commentaire de l'article 8).

⁹⁹ Voir *supra*, note 40, par. 303.

¹⁰⁰ *Ibid.*, par. 304.

¹⁰¹ *Ibid.*, par. 306 (citant le par. 6 du commentaire de l'article 8).

¹⁰² *Ibid.*, par. 326.

¹⁰³ Voir *supra*, note 25, par. 187 à 189.

Article 10**Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre***Cour internationale de Justice*

77. Dans l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, la Cour internationale de Justice a considéré que : « [M]ême si le paragraphe 2 de l'article 10 pouvait être regardé comme déclaratoire du droit international coutumier à l'époque des faits, ladite disposition ne concerne que l'attribution d'actes à l'État nouvellement constitué; elle n'engendre pas d'obligations s'imposant à ce dernier ou au mouvement qui est parvenu à le créer. Elle est par ailleurs sans effet sur le principe énoncé à l'article 13 des mêmes Articles »¹⁰⁴.

Article 11**Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien***Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)*

78. Dans l'affaire *Luigiterzo Bosca c. Lituanie*, le tribunal arbitral a considéré, paraphrasant l'article 11, que, lorsque l'État approuve l'action comme dans l'espèce, il engage sa responsabilité au regard du droit international¹⁰⁵.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

79. Dans l'affaire *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware Inc. c. Gouvernement du Canada*, le tribunal arbitral a jugé qu'au regard des faits de l'espèce, l'article 11 établirait la responsabilité internationale du Canada même si le Groupe d'étude conjoint n'était pas l'un de ses organes¹⁰⁶. Le tribunal a précisé qu'aucun élément ne démontrait l'existence d'une enquête, analyse juridique ou autre délibération indépendante du Gouvernement du Canada qui contredirait l'idée selon laquelle le Canada acceptait et adoptait le raisonnement et les conclusions essentielles du Groupe d'étude conjoint¹⁰⁷.

Tribunal arbitral international CIRDI

80. Dans l'affaire *Bernhard von Pezold et autres c. République du Zimbabwe*, le tribunal arbitral n'a pas considéré que l'article 11 des articles sur la responsabilité de l'État était applicable en l'espèce¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Voir *supra*, note 38, par. 104.

¹⁰⁵ Voir *supra*, note 26, note 114.

¹⁰⁶ Voir *supra*, note 59, par. 321 et 322.

¹⁰⁷ *Ibid.*, par. 323.

¹⁰⁸ Voir *supra*, note 24, par. 449.

Chapitre III

Violation d'une obligation internationale

Article 12

Existence de la violation d'une obligation internationale

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

81. Le tribunal arbitral en l'affaire *ConocoPhillips Petrozuata B.V. et consorts c. République bolivarienne du Venezuela*, invoquera le commentaire de l'article 12 pour dire qu'il n'y a pas violation de telle obligation tant que la loi en cause n'a pas été appliquée en violation de ladite obligation, ce qui ne peut se produire tant que la loi en question n'est pas entrée en vigueur¹⁰⁹.

Tribunal spécial pour le Liban

82. Dans l'affaire *Le Procureur c. Salim Jamil Ayyash et consorts*, le Tribunal s'autorisera de l'article 12 et du commentaire y relatif pour préciser que « le critère applicable pour établir le manquement d'un État à ses obligations peut être objectif » mais que « [d]e toute évidence, l'interprétation dépend des circonstances »¹¹⁰.

Article 13¹¹¹

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

Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

83. À l'occasion de l'affaire *Al-Asad c. Djibouti*, la Commission verra dans l'article 13 la consécration d'un principe simple clairement formulé¹¹².

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

84. Le tribunal arbitral en l'affaire *Renee Rose Levy et Gremcitel S. A. c. République du Pérou*, le tribunal arbitral invoquera l'article 13 à l'appui du principe de non-rétroactivité des traités¹¹³.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

85. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Ping An Life Insurance Company, Limited et Ping An Insurance (Group) Company, Limited c. Gouvernement belge* dira que l'article 13 est venu codifier le principe général (ou plus précisément, la présomption) de non-rétroactivité des traités¹¹⁴. Il s'autorisera spécialement de cet article pour dire que l'on ne saurait invoquer les dispositions de fond de tel traité d'investissement bilatéral s'agissant de faits et omissions antérieurs à l'entrée en vigueur dudit traité (sauf le cas de faits continus ou composites), même lorsque

¹⁰⁹ Voir *supra*, note 6, par. 289, note 308.

¹¹⁰ Tribunal spécial pour le Liban, (STL-11-01) Décision relative à la requête actualisée en constat judiciaire de non-respect d'ordonnances, 27 mars 2015, par. 43 à 45.

¹¹¹ Voir également l'affaire dite de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, évoquée à propos de l'article 10.

¹¹² Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication 383/10, décision d'irrecevabilité, 12 mai 2014, par. 130.

¹¹³ CIRDI, affaire n° ARB/11/17, sentence du 9 janvier 2015, par. 147, note 170.

¹¹⁴ CIRDI, affaire n° ARB/12/29, sentence du 30 avril 2015, par. 168 et 169.

– comme en l’espèce – le traité s’applique à des investissements réalisés avant son entrée en vigueur, ou lorsque le différend est postérieur à son entrée en vigueur¹¹⁵.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

86. Le tribunal arbitral en l’affaire *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d’Oman* fera observer que l’article 13 sur la responsabilité de l’État vient confirmer que tel fait de l’État n’emporte violation de telle obligation internationale que si l’État était tenu à ladite obligation au moment où le fait s’est produit¹¹⁶.

Article 14¹¹⁷

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

Cour interaméricaine des droits de l’homme

87. À l’occasion de l’affaire *Osorio Rivera and Family members c. Pérou*, la Cour s’autorisera de l’article 14 pour déclarer que, étant donné leurs caractéristiques, les faits continus ou permanents qui perdurent après l’entrée en vigueur de tout traité peuvent faire naître des obligations internationales à la charge de l’État partie, sans qu’il y ait là violation du principe de non-rétroactivité des traités¹¹⁸. Et la Cour de préciser s’être déjà déclarée compétente pour connaître de violations continues ou permanentes qui, ayant commencé avant que l’État défendeur n’ait accepté sa compétence contentieuse, subsistent après cette acceptation, puisque les violations en question persistent et, le principe de non-rétroactivité n’est ainsi pas violé¹¹⁹.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

88. Le tribunal arbitral saisi de l’affaire *Cervin Investissements S. A. et Rhone Investissements c. République du Costa Rica*, s’autorisera de l’article 14 pour déclarer que la responsabilité internationale de l’État doit s’apprécier de fait à la date à laquelle il a commis le fait générateur de responsabilité¹²⁰.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

89. Le tribunal arbitral en l’affaire *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d’Oman* invoquera le commentaire de l’article 14 pour dire que tel fait ne revêt pas un caractère continu du simple fait que ses effets ou ses conséquences s’étendent dans le temps¹²¹.

¹¹⁵ Ibid., par. 172.

¹¹⁶ Voir *supra*, note 66, par. 395.

¹¹⁷ Voir également les affaires *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, évoquée à propos de l’article 7, et *Al Nashiri c. Pologne*, évoquée à propos de l’article 16.

¹¹⁸ Cour interaméricaine des droits de l’homme, arrêt du 26 novembre 2013, par. 30.

¹¹⁹ Ibid., par. 32, évoquant les causes ci-après: Cour interaméricaine des droits de l’homme, *Affaire Serrano Cruz Sisters c. El Salvador, Exceptions préliminaires*, arrêt du 23 novembre 2014, par. 65 et 66, et Cour interaméricaine des droits de l’homme, *Affaire Radilla Pacheco c. Mexique, Exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens*, arrêt du 23 novembre 2009, par. 24.

¹²⁰ CIRDI, affaire n° ARB/13/2, décision sur la compétence du 15 décembre 2014, par. 278.

¹²¹ Voir *supra*, note 66, par. 417, note 850 (citation du par. 6 du commentaire de l’article 14).

Article 15¹²²**Violation constituée par un fait composite**

Comité ad hoc (faisant application de la Convention CIRDI)

90. De l'avis du comité ad hoc saisi de l'affaire *El Paso Energy International Company c. République argentine*, le tribunal arbitral s'était fondé notamment sur l'article 15 pour exposer quant au fond le problème qui le conduira à conclure que telle série de mesures qui, prises individuellement, peuvent être inoffensives et légales pourraient, par leur effet cumulé, modifier la situation mondiale et le cadre juridique d'une manière que l'investisseur n'aurait pu légitimement avoir prévu¹²³.

Chapitre IV**Responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État****Article 16**¹²⁴**Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite**

Cour européenne des droits de l'homme

91. À l'occasion de l'affaire *Al Nashiri c. Pologne*, la Cour verra dans les articles 7, 14, 15 et 16 des dispositions pertinentes du droit international¹²⁵.

Chapitre V**Circonstances excluant l'illicéité****Article 20****Consentement**

Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce

92. À l'occasion de l'affaire *Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles*, l'Organe d'appel de l'OMC dira que sans aller jusqu'à se demander si les articles 20 et 45 de la CDI sont des « règle[s] [...] de droit international applicable[s] dans les relations entre les parties » au sens de l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne, il n'est pas d'accord avec le Pérou que ces articles sont des « règle[s] pertinente[s] de droit international » au sens du même article de la Convention de Vienne¹²⁶. Il dira ainsi que, ayant conclu que les articles 20 et 45 de la CDI ne sont pas "pertinents" aux fins de l'interprétation de l'article 4.2 de l'Accord sur l'agriculture et de l'article II:1 b) du GATT de 1994 au sens de l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne, il n'était pas nécessaire qu'il examine la question de savoir si les articles 20 et 45 de la CDI sont des « règle[s] [...] de droit international applicable[s] dans les relations entre les parties » ni qu'il

¹²² Voir également les affaires *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, évoquée à propos de l'article 7, et *Al Nashiri c. Pologne*, évoquée à propos de l'article 16.

¹²³ CIRDI, affaire n° ARB/03/15, décision du comité ad hoc saisi du recours en annulation formé par la République argentine, 22 septembre 2014, par. 284.

¹²⁴ Voir également l'affaire *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, évoquée à propos de l'article 7.

¹²⁵ CEDH, ancienne quatrième section, requête n° 28761/11, arrêt du 24 juillet 2014, par. 207.

¹²⁶ OMC, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS457/AB/R et Add.1, 20 juillet 2015, par. 5.104 (tel que réaffirmé aux par. 5.118 et 6.4)

s'interroge sur le sens du terme « parties » figurant à l'article 31.3 a) et c) de la Convention de Vienne¹²⁷.

Article 25

État de nécessité

Comité ad hoc (faisant application de la Convention CIRDI)

93. Le comité ad hoc saisi du recours argentin en annulation de la sentence rendue en l'affaire *Impregilo S.p.A. c. République argentine* conclura qu'en prenant en considération l'article 25 sur la responsabilité de l'État notamment le tribunal arbitral avait fondé sa décision sur plusieurs sources solides¹²⁸.

Comité ad hoc (faisant application de la Convention CIRDI)

94. Le comité ad hoc saisi de l'affaire *El Paso Energy International Company c. République argentine* considérant que le tribunal arbitral avait recensé aux paragraphes 621 à 623 de sa sentence les autres règles résultant du projet d'articles de la CDI et des Principes d'UNIDROIT qui envisageaient l'exclusion de responsabilité et le niveau de contribution de l'État à l'existence de l'état de nécessité¹²⁹, conclura que le tribunal arbitral avait procédé à une analyse claire, exposé son raisonnement et dûment motivé ses décisions en l'espèce¹³⁰.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

95. Le tribunal arbitral en l'affaire *Bernhard von Pezold et consorts c. République du Zimbabwe*, déclarera que le critère d'appréciation de l'existence d'un état d'urgence en droit interne est sans incidence sur l'appréciation faite en droit international (sous l'empire de l'article 25 de la CDI) et que, par suite, le fait que l'état d'urgence soit déclaré dans tel pays servirait uniquement à prouver l'existence d'un état d'urgence susceptible de donner prise à une excuse de nécessité en droit international¹³¹.

Article 26

Respect de normes impératives

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

96. Le tribunal arbitral en l'affaire *Bernhard von Pezold et consorts c. République du Zimbabwe*, considérera que pour avoir violé son obligation *erga omnes*, le Zimbabwe a enfreint l'article 26 de la CDI, étant en conséquence irrecevable à invoquer l'excuse de nécessité s'agissant de l'un quelconque des faits liés à l'application du programme accéléré de réforme agraire¹³².

¹²⁷ Ibid., par. 5.105 (tel que réaffirmé aux par. 5.118 et 6.4)

¹²⁸ CIRDI, affaire n° ARB/07/17, décision du comité ad hoc saisi du recours en annulation, 24 janvier 2014, par. 203.

¹²⁹ Voir *supra*, note 123, par. 254 (certains passages sont en caractères gras dans l'original).

¹³⁰ Ibid., par. 256.

¹³¹ Voir *supra*, note 24 par. 624.

¹³² Ibid., par. 657.

Deuxième partie

Contenu de la responsabilité internationale de l'État

Chapitre I

Principes généraux

Article 28

Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

97. Le tribunal arbitral en l'affaire *Ioan Micula et autres c. Roumanie* s'autorisera du commentaire de l'article 28 pour dire que les conséquences juridiques du fait internationalement illicite ne visent pas, du moins directement, les personnes ou entités autres que l'État¹³³. Il soulignera toutefois que les articles de la CDI consacrent le droit international coutumier de responsabilité de l'État et qu'en l'absence de dispositions conventionnelles applicables à l'espèce et d'indication contraire, il se guidera sur ces articles pour se prononcer¹³⁴.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

98. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Quiborax S. A, Non Metallic Minerals S. A. et Allan Fosk Kaplún c. État plurinational de Bolivie*, le tribunal, recherchant si la deuxième partie des articles sur la responsabilité des États trouve application en cas de différends opposant tout investisseur à l'État, fera observer que les articles de la CDI viennent réaffirmer le droit international coutumier et que nombre de tribunaux se sont guidés sur ses dispositions concernant la réparation en présence de ce genre de litiges¹³⁵, même si d'après le commentaire de l'article 28, la deuxième partie des articles « ne s'applique pas aux obligations de réparation dans la mesure où celles-ci s'exercent envers une personne ou une entité autre qu'un État ou sont invoquées par cette personne ou cette entité »¹³⁶.

Article 30

Cessation et non-répétition

Tribunal arbitral international (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

99. Le tribunal arbitral en l'affaire *Valeri Belokon c. République kirghize*, constatant que le demandeur invoque les dispositions des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État traitant de la matière de l'attribution (art. 4 et 8), sans viser le pouvoir qui appartient au tribunal d'accorder satisfaction (art. 37) ou d'offrir des assurances (art. 30) du type demandé¹³⁷, débouter le demandeur de son action, au motif qu'il n'est pas suffisamment établi en droit international qu'il a le pouvoir d'y faire droit¹³⁸.

¹³³ CIRDI, affaire n° ARB/05/20, sentence arbitrale du 11 décembre 2013, par. 172.

¹³⁴ Ibid., note 172.

¹³⁵ Voir *supra*, note 18, par. 555.

¹³⁶ Ibid., par. 555 (citation du paragraphe 3 du commentaire de l'article 8).

¹³⁷ CNUDCI, sentence du 24 octobre 2014, par. 275.

¹³⁸ Ibid., par. 276.

Article 31¹³⁹**Réparation**

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

100. Le tribunal arbitral en l'affaire *Franck Charles Arif c. République de Moldova* dira que l'article 31 consacre l'obligation générale de l'État responsable de tout fait internationalement illicite de réparer le préjudice qui en est résulté¹⁴⁰.

101. Le tribunal arbitral en l'affaire *Romp petrol Groupe NV c. Roumanie* déclarera ce qui suit au sujet de l'article 31 :

Sans rejeter la prétention du demandeur que d'après le projet d'articles, la violation d'une obligation internationale entraîne des conséquences allant au-delà de la seule obligation de réparer le préjudice qui en serait résulté, le tribunal considère (sauf si des faits nouveaux se font jour) avoir été, en définitive, essentiellement d'une action en dommages-intérêts. La clef réside donc dans le projet d'article 31, et plus précisément dans le commentaire y relatif (rapproché du commentaire du projet d'article 2). La CDI précise dans l'un et l'autre commentaires, qu'aucune règle générale n'érige le préjudice en élément nécessaire du fait internationalement illicite donnant prise à la responsabilité de l'État. Elle ajoute que le caractère nécessaire ou non du préjudice dépend de la nature de l'obligation primaire applicable. Elle explique que l'on a érigé la règle en obligation automatique mise à la charge de l'État fautif pour éluder les problèmes qui auraient pu résulter de ceci que l'on pourrait se trouver en présence de plus d'un État « spécialement atteint par la violation », formule usitée dans le projet d'articles, tout comme l'expression « État lésé », pour désigner tout État qui a subi un préjudice direct suffisamment grave pour pouvoir invoquer la responsabilité de l'État fautif. Transposant ces dispositions du contexte « État à État » à celui des traités d'investissement, le tribunal conclut que le point de départ de tout examen doit être, comme le souligne la CDI, la nature de la violation de l'obligation internationale en question (« obligation primaire ») qui est invoquée¹⁴¹.

102. Le tribunal s'autorisera également de l'article 31 pour dire que le droit international général admet incontestablement la réparation du préjudice moral¹⁴².

103. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Ioan Micula et autres c. Roumanie* dira que l'article 31 et le commentaire y relatif mettent en évidence le principe qu'il doit exister un lien de causalité entre le fait internationalement illicite et le préjudice dont la réparation est demandée¹⁴³. S'agissant du caractère direct du lien de causalité, le tribunal dira également que d'après les articles de la CDI, les événements survenus entre la commission du fait illicite et l'apparition du préjudice

¹³⁹ Voir aussi la demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches, mentionnée à l'article premier.

¹⁴⁰ Voir *supra*, note 46 par. 559.

¹⁴¹ Voir *supra*, note 5, par. 189 et 190, visant également la troisième partie des articles sur la responsabilité de l'État dans la note 314 (notes de bas de page omises).

¹⁴² *Ibid.*, par. 289.

¹⁴³ Voir *supra*, note 133, par. 923.

ne viennent pas nécessairement tous briser la chaîne de causalité et caractériser des causes intermédiaires¹⁴⁴.

Tribunal international du droit de la mer

104. À l'occasion de l'affaire *M/V Virginia G (Panama c. Guinée-Bissau)*, le Tribunal fera observer que selon le paragraphe 1 de l'article 31 « l'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite »¹⁴⁵.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

105. À l'occasion de l'affaire *Enkev Beheer BV c. République de Pologne*, la cour conclura que l'article 31 et son commentaire ne lui sont d'aucun secours décisif, l'indemnisation en cas d'expropriation illégale pouvant emporter davantage de conséquences que l'indemnisation pour expropriation légale¹⁴⁶.

106. À l'occasion de l'affaire *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Fédération de Russie*, la Cour, s'étant proposée d'évaluer le préjudice au regard des principes acceptés du droit international précités, notamment ceux résultant des articles 31, 36 et 39¹⁴⁷. Appréciant la faute imputable au demandeur, elle invoquera le commentaire de l'article 31 pour dire qu'il est en effet des cas où tel élément identifiable du préjudice peut être légitimement attribué à telle ou telle cause parmi plusieurs causes concomitantes, mais qu'à moins qu'il ne soit possible de prouver qu'une partie du préjudice peut être distinguée du point de vue de la cause de celui attribué à l'État responsable, ce dernier est tenu responsable de toutes les conséquences qui ne sont pas trop lointaines de son comportement illicite¹⁴⁸. En ce qui concerne la quantification du préjudice en présence de causes multiples, la Cour invoquera également le commentaire de l'article 31 pour souligner que, comme il en ressort, le simple fait que le préjudice ait été causé par quelque violation, mais aussi par quelque action simultanée n'ayant pas le caractère de violation, n'interrompt pas, en soi, la relation de causalité qui existe par ailleurs entre la violation et le préjudice. Il incombe en revanche au défendeur de prouver que telle conséquence de ses actions est, quant à la causalité détachable (en raison de l'intervention du demandeur ou d'une tierce partie) ou trop éloignée pour donner prise à toute obligation de réparation à sa charge¹⁴⁹.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

107. Le tribunal arbitral en l'affaire *Gold Reserve Inc. c. République bolivarienne du Venezuela* fera observer que le principe énoncé dans les articles sur la responsabilité de l'État, en particulier à l'article 31 qui veut que (« l'État

¹⁴⁴ Ibid. par. 925, visant les commentaires 12 et 13 de l'article 31.

¹⁴⁵ Voir *supra*, note 11, par. 429 (citant l'article 31). Voir également le renvoi à l'article 31 à la note 11.

¹⁴⁶ Cour permanente d'arbitrage, affaire n° 2013-01, première sentence partielle, 29 avril 2014, par. 363.

¹⁴⁷ Voir *supra*, note 7 par. 1593.

¹⁴⁸ Ibid., par. 1598 (citant le paragraphe 13 du commentaire de l'article 31).

¹⁴⁹ Ibid., par. 1775.

responsable répare intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite »)¹⁵⁰, consacre le droit international coutumier.

108. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Flughafen Zurich A. G. et Gestión Ingeniería IDC S. A. c. République bolivarienne du Venezuela* s'autorisera notamment des articles sur la responsabilité de l'État pour déclarer qu'en vertu d'un principe bien établi du droit international coutumier, la victime de tout fait illicite commis par l'État a droit à une réparation intégrale qui efface toute conséquence dudit fait¹⁵¹.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

109. À l'occasion de l'affaire *British Caribbean Bank Limited c. Gouvernement bélizien*, le tribunal arbitral dira qu'en l'absence de disposition conventionnelle spéciale (*lex specialis*) venant fixer la norme de réparation, la norme applicable en la matière est celle du droit international coutumier, telle que consacrée par la Cour permanente de justice internationale en l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* et les articles 31, 34 et 35 des articles sur la responsabilité de l'État visés par le tribunal¹⁵².

110. Le tribunal arbitral dira également être conduit par le parti qu'il a pris de faire application de la norme résultant de l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* et des articles sur la responsabilité de l'État qui prescrit la réparation intégrale du préjudice causé à rétablir le demandeur dans la situation qui aurait été la sienne si le fait illicite n'avait pas été commis et, par suite, à appliquer le taux d'intérêt ordinaire prévu par le contrat et non le taux de pénalisation¹⁵³.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

111. Le tribunal arbitral en l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. République argentine* fera observer qu'au regard de l'article 31, l'État est tenu de réparer intégralement tout préjudice causé par son fait internationalement illicite et qu'il doit exister un lien de causalité entre ledit fait et le préjudice donnant lieu à la demande de réparation. L'existence d'un tel lien établi, l'Argentine est tenue de « réparer intégralement » le préjudice causé¹⁵⁴.

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

112. À l'occasion de l'affaire dite des *Ayants droit de feus Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema dit Ablasse, Ernest Zongo et Blaise Ilboudo & Le Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso*, la Cour s'autorisera du paragraphe 1 de l'article 31¹⁵⁵ pour dire que « pour qu'il y ait lieu à réparation en droit international, il faut qu'il y ait un lien de causalité entre le fait illicite établi et le préjudice allégué »¹⁵⁶. La Cour précisera que « l'article 31 2) du projet d'articles sur la responsabilité de l'État précité parle en effet de "préjudice

¹⁵⁰ Voir *supra*, note 14, par. 679.

¹⁵¹ CIRDI, affaire n° ARB/10/19, arrêt du 18 novembre 2014, par. 746.

¹⁵² CNUDCI, CPA, affaire n° 2010-18, arrêt du 19 décembre 2014, par. 287 à 291.

¹⁵³ *Ibid.*, par. 299.

¹⁵⁴ Voir *supra*, note 16, par. 26 (citant l'article 31).

¹⁵⁵ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, requête n° 013/2011, arrêt sur les réparations du 5 juin 2015, par. 21.

¹⁵⁶ *Ibid.*, par. 24.

[...] résultant du fait internationalement illicite de l'État" »¹⁵⁷, invoquant le paragraphe 2 de l'article 31 elle déclarera que, « selon le droit international, tant le préjudice matériel que le préjudice moral doivent être réparés »¹⁵⁸.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

113. Le tribunal arbitral en l'affaire *Bernhard von Pezold and others c. République du Zimbabwe* conclura du paragraphe 1 de l'article 31 que les articles de la CDI viennent confirmer que la restitution est la principale forme de réparation en droit international¹⁵⁹. Il invoquera encore l'article 31 et son commentaire pour dire que l'obligation faite à l'État de réparer le préjudice causé vise « tout dommage matériel ou moral », le « dommage moral » pouvant inclure « les souffrances causées à l'individu, la perte d'êtres chers ou une injure personnelle associée à une intrusion dans le domicile ou une atteinte à la vie privée ». Cependant, le préjudice moral n'est pris en considération que dans des circonstances exceptionnelles¹⁶⁰.

114. À l'occasion de l'affaire *Quiborax S. A., Non Metallic Minerals S. A. et Allan Fosk Kaplún c. État plurinational de Bolivie*, le tribunal arbitral fera observer que toute réparation pour expropriation illégale est régie par le principe de réparation intégrale dégagé par la Cour permanente de justice internationale en l'affaire *Usine de Chorzów* que viendra codifier le projet d'articles de la CDI¹⁶¹, et s'autorisera de l'article 31 pour déclarer que l'État responsable de tout fait internationalement illicite doit réparer tout préjudice qui en est résulté¹⁶².

115. Le tribunal arbitral en l'affaire *Hrvatska Elektroprivreda d. d. c. République de Slovénie* dira que, pris ensemble, l'article 31 1) et la jurisprudence de l'*Usine de Chorzów* prescrivent de rétablir le demandeur dans la situation qui aurait vraisemblablement été la sienne si le fait internationalement illicite n'avait pas été commis, et de réparer toutes pertes subies¹⁶³. Le tribunal conclura que, conformément aux principes précités, la formule préférable pour calculer le facteur X est celle du coût de remplacement. L'article 31 et l'arrêt *Usine de Chorzów* mettent l'un et l'autre l'accent sur la perte subie par la partie lésée¹⁶⁴.

Article 32

Non-pertinence du droit interne

Cour interaméricaine des droits de l'homme

116. Dans une décision rendue en l'affaire *Gelman c. Uruguay*, la Cour s'autorisera des articles sur la responsabilité de l'État pour déclarer que l'on ne saurait invoquer des motifs d'ordre interne pour se soustraire à telle responsabilité internationale déjà établie¹⁶⁵.

¹⁵⁷ Ibid., par. 24.

¹⁵⁸ Ibid., par. 26.

¹⁵⁹ Voir *supra*, note 24, par. 684. Voir également le renvoi à l'article 31, *infra*, note 177.

¹⁶⁰ Ibid., par. 908 (citant le paragraphe 5 du commentaire de l'article 31).

¹⁶¹ Voir *supra*, note 18, par. 326.

¹⁶² Ibid., par. 327.

¹⁶³ CIRDI, affaire n° ARB/05/24, arrêt du 17 décembre 2015, par. 363 (citant la Cour permanente de justice internationale, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (demande en indemnité)*, Série A, n° 17, p. 47).

¹⁶⁴ Ibid., par. 364.

¹⁶⁵ Cour interaméricaine des droits de l'homme, décision du 20 mars 2013, par. 59, note 38.

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

117. À l'occasion de l'affaire *Tanganyika Law Society et le Révérend Christopher R. Mtikila c. République de Tanzanie*, la Cour déclarera qu'aux termes de l'article 32 « l'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent [...] »¹⁶⁶.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

118. Le tribunal arbitral en l'affaire *Bernhard von Pezold et autres. c. République du Zimbabwe* fera observer que, selon l'article 32, ni le droit interne, ni des obstacles d'ordre administratif ou politique ne peuvent justifier l'inobservation de l'obligation de réparation. Selon le principe de proportionnalité, seule une grave disproportion entre la réparation envisagée et l'infraction en cause ferait obstacle à la restitution¹⁶⁷. Le tribunal déclarera également que l'article 32 interdit à l'État de se prévaloir de dispositions de son droit interne pour se soustraire à ses obligations internationales¹⁶⁸.

Article 33**Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie***Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)*

119. À l'occasion de l'affaire *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Fédération de Russie*, la Cour constatera que la deuxième partie du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, consacrée aux conséquences des faits internationalement illicites, traite des différends entre États et ne s'applique pas directement aux affaires concernant des personnes ou entités autres que l'État. Cela étant dit, lesdits articles consacrent le droit international coutumier de la responsabilité de l'État et dans le silence du Traité sur la Charte de l'énergie sur telle ou telle question et, sauf indication contraire, le tribunal se guidera sur les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État¹⁶⁹.

Chapitre II**Réparation du préjudice****Observations d'ordre général***Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)*

120. Selon le tribunal arbitral en l'affaire *Bernhard von Pezold et autres c. République du Zimbabwe*, la solution retenue en droit international coutumier en matière de réparation repose sur les principes dégagés en l'affaire de l'Usine de Chorzów, tels que consacrés dans les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, requêtes n^{os} 009/2011 et 011/2011, arrêt du 14 juin 2013, par. 108 (citant l'article 32).

¹⁶⁷ Voir *supra*, note 24, par. 690 (citant le paragraphe 11 du commentaire de l'article 35).

¹⁶⁸ *Ibid.*, par. 725.

¹⁶⁹ Voir *supra*, note 7, note 10.

¹⁷⁰ Voir *supra*, note 24, par. 761.

Article 34¹⁷¹**Formes de la réparation***Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)*

121. Le tribunal arbitral en l'affaire *Mr Franck Charles Arif c. République de Moldova* trouvera les principes du droit international consacrés dans les articles 34, 35 et 36 sur la responsabilité de l'État de la Commission du droit international¹⁷² utiles s'agissant d'apprécier la réparation à octroyer.

122. Le tribunal arbitral en l'affaire *Ioan Micula et autres c. Roumanie* conclura des articles 34 et 36 que l'obligation de réparation intégrale d consiste, dans la plupart des cas, dans l'octroi d'une indemnisation¹⁷³. Il relèvera également que selon le commentaire desdits articles de la CDI, l'indemnisation est limitée au « préjudice effectivement subi à raison du fait internationalement illicite, et exclut tout préjudice indirect, ou éloigné »¹⁷⁴.

123. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. République d'Argentine*, s'autorisera de l'article 34 pour dire que la réparation du préjudice prend « la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement »¹⁷⁵.

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

124. À l'occasion de l'affaire dite des *Ayants droit de feus Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema dit Ablasse, Ernest Zongo et Blaise Ilboudo & le Mouvement Burkinabe des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso*, la Cour invoquera le texte de l'article 34 pour dire que « la réparation peut prendre plusieurs formes »¹⁷⁶.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

125. Le tribunal arbitral en l'affaire *Bernhard von Pezold et autres c. République du Zimbabwe* dira que l'article 34 vient expliciter le principe énoncé à l'article 31¹⁷⁷. Invoquant le commentaire de l'article 34, il précisera que la réparation vise à « rétablir la situation antérieure à la violation » et que la restitution n'en est qu'une forme parmi tant d'autres, ajoutant que si la restitution ne suffit pas à rétablir véritablement le demandeur dans sa situation antérieure à la violation, il y aurait alors sans doute lieu à d'autres formes de réparation¹⁷⁸.

126. Le tribunal arbitral en l'affaire *Quiborax S. A., Non Metallic Minerals S. A. et Allan Fosk Kaplún c. État plurinational de Bolivie*, viendra préciser que l'article 34 des articles de la CDI envisage la satisfaction comme forme de réparation¹⁷⁹.

¹⁷¹ Voir également l'affaire *British Caribbean Bank Limited c. Gouvernement bélizien* évoquée à propos de l'article 31.

¹⁷² Voir *supra*, note 46, par. 560.

¹⁷³ Voir *supra*, note 133, par. 917.

¹⁷⁴ *Ibid.*, par. 1009 (citant le paragraphe 5 du commentaire de l'article 34).

¹⁷⁵ Voir *supra*, note 16, par. 27, note 16 (citant l'article 34).

¹⁷⁶ Voir *supra*, note 155, par. 29.

¹⁷⁷ Voir *supra*, note 24, par. 684.

¹⁷⁸ *Ibid.*, par. 686 (citant le paragraphe 2 du commentaire de l'article 34).

¹⁷⁹ Voir *supra*, note 18, par. 554, et note 701.

Article 35¹⁸⁰**Restitution***Cour européenne des droits de l'homme*

127. À l'occasion de l'affaire *Savridin Dzhurayev c. Russie*, la Cour conclura de l'article 35 que, conformément aux principes applicables du droit international, les mesures individuelles à prendre pour donner suite à l'arrêt ont pour but premier « de mettre un terme à la violation de la Convention et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci »¹⁸¹. Elle invoquera également l'article 35 pour dire que « si la restitution est la règle, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles l'État responsable se voit exonéré – en tout ou en partie – de l'obligation de restituer, à condition toutefois qu'il établisse dûment l'existence de ces circonstances »¹⁸².

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

128. À l'occasion de l'affaire *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Fédération de Russie*, la Cour conclura que les principes gouvernant la réparation de tout préjudice consacrés dans les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État trouvent application en l'espèce. Aux termes de l'article 35, l'État responsable d'un acte d'expropriation illicite a avant tout l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement, pour la partie lésée, de la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis. L'obligation de restitution prend effet à compter de la date de la décision. Ce n'est que dans la mesure où il n'est pas possible de réparer le dommage causé par la restitution que l'État est tenu de verser une indemnisation à raison dudit dommage en application de l'article 36 des articles sur la responsabilité de l'État¹⁸³.

Cour européenne des droits de l'homme

129. À l'occasion de l'affaire *Davydov c. Russie*, la Cour, invoquant l'article 35, redira que tout arrêt dans lequel elle conclut à l'existence de quelque violation entraîne pour l'État défendeur l'obligation juridique de mettre un terme à la violation en cause et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci. [...] Cette obligation repose sur les principes du droit international selon lesquels l'État responsable de tout fait internationalement illicite est tenu de procéder à la restitution qui consiste à rétablir la situation antérieure à la commission du fait illicite, dès lors qu'une telle restitution n'est pas « matériellement impossible » et « n'impos[e] pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution par opposition à l'indemnisation »¹⁸⁴.

130. À l'occasion de l'affaire *Kudeshkina c. Russie (n° 2)*, la Cour s'autorisera de l'article 35 pour déclarer que les États devraient organiser leurs systèmes et procédures judiciaires de manière à permettre d'obtenir ce résultat [la *restitutio in*

¹⁸⁰ Voir également l'affaire *British Caribbean Bank Limited c. Gouvernement bélizien* évoquée à propos de l'article 31.

¹⁸¹ CEDH, Première Section, requête n° 71386/10, arrêt du 25 avril 2013, par. 248.

¹⁸² Ibid., par. 248.

¹⁸³ Voir *supra*, note 7, par. 1766.

¹⁸⁴ CEDH, Première Section, requête n° 18967/07, arrêt (au principal et satisfaction équitable) du 30 octobre 2014, par. 25 (citant l'article 35).

integrum]¹⁸⁵ Elle invoquera également l'article 35 pour redire que si la restitution est la règle, il est des circonstances où l'État responsable est exonéré – en tout ou en partie – de l'obligation de restitution, à condition toutefois qu'il rapporte la preuve de l'existence de ces circonstances¹⁸⁶.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

131. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Bernhard von Pezold et autres c. République du Zimbabwe*, fera observer que les articles sur la responsabilité de l'État viennent consacrer la restitution comme principale forme de réparation en droit international¹⁸⁷. Citant le commentaire de l'article 35, il reconnaîtra que la restitution consiste à rétablir « la situation qui existait avant la survenance du fait illicite »¹⁸⁸. Invoquant l'article 2, il précisera que la violation d'une norme impérative pourrait également emporter restitution¹⁸⁹. Il conclura du texte des articles, que la restitution peut revêtir diverses formes dans la pratique¹⁹⁰, comprenant toute mesure que l'État responsable doit prendre pour rétablir la situation primitive¹⁹¹.

132. En ce qui concerne les limitations mises à la restitution par les alinéas a) et b), le tribunal arbitral dira qu'il est fait application d'un critère strict s'agissant d'apprécier l'impossibilité matérielle de toute restitution au regard de l'alinéa a) de l'article 35¹⁹². D'après le commentaire de l'article 35, « la restitution n'est pas impossible uniquement du fait de difficultés juridiques ou pratiques, même si l'État responsable peut avoir à faire des efforts particuliers pour les surmonter »¹⁹³. S'agissant de la deuxième limitation, qui résulte de l'alinéa b), le tribunal arbitral estimera qu'il n'est pas disproportionné d'ordonner l'attribution de territoires expropriés illégalement¹⁹⁴.

Article 36¹⁹⁵

Indemnisation

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

133. Le tribunal arbitral en l'affaire *Ioan Micula et autres c. Roumanie*, observera qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 36, « l'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi »¹⁹⁶.

¹⁸⁵ CEDH, Première Section, requête n° 28727/11, décision du 17 février 2015, par. 55.

¹⁸⁶ Ibid., par. 55.

¹⁸⁷ Voir *supra*, note 24 par. 684.

¹⁸⁸ Ibid., par. 686 (citant le paragraphe 2 du commentaire de l'article 35).

¹⁸⁹ Voir *supra*, note 24, par. 722.

¹⁹⁰ Ibid., par. 687.

¹⁹¹ Ibid., par. 740.

¹⁹² Ibid., par. 725.

¹⁹³ Ibid., par. 725 (citant le paragraphe 8 du commentaire de l'article 35).

¹⁹⁴ Ibid., par. 734 à 735 [citant l'article 35 b)].

¹⁹⁵ Voir également l'affaire *Mr Franck Charles Arif c. République de Moldova* évoquée à propos de l'article 34.

¹⁹⁶ Voir *supra*, note 133, par. 920 [citant l'article 36 (en gras dans l'original)].

Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm

134. À l'occasion de l'affaire *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S. A. et Terra Raf Trans Trading Ltd c. Kazakhstan*, l'Institut d'arbitrage conviendra que, ainsi qu'il est dit aux articles 36 et 39, c'est au demandeur qu'il incombe de démontrer que l'indemnisation demandée correspond à un préjudice causé par l'État hôte¹⁹⁷. Il dira également que le défendeur était fondé à invoquer les commentaires des articles sur la responsabilité de l'État et les avis exprimés sur la question dans des sentences antérieures selon lesquels l'investisseur doit satisfaire une stricte norme de preuve pour démontrer un manque à gagner, compte tenu surtout des risques d'ordre économique, politique et social inhérents à tous projets d'investissement à long terme. Ainsi, l'investisseur doit démontrer que son projet est une entreprise rentable de longue date ou est assujéti à des obligations contractuelles de profits par intervalles d'années déterminés. Il en est ainsi même s'agissant de projets qui en sont à leurs débuts¹⁹⁸.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

135. Le tribunal arbitral en l'affaire *SAUR International S. A. c. République d'Argentine* invoquera le paragraphe 2 de l'article 36 en parlant d'un « principe international bien établi et que les deux parties reconnaissent : une fois les violations avérées, l'investisseur affecté doit obtenir une réparation intégrale qui soit équivalente au paiement d'une indemnisation incluant à la fois le dommage réel et le manque à gagner »¹⁹⁹.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

136. Pour décider s'il y a eu violation du Traité sur la Charte de l'énergie à l'occasion de l'affaire *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Fédération de Russie*, la Cour invoquera le principe énoncé à l'article 6 et citera le commentaire dudit article d'où il résulte que « l'indemnisation a pour fonction de remédier aux pertes effectives subies en conséquence du fait internationalement illicite. L'indemnisation correspond au dommage susceptible d'évaluation financière [...] Elle n'a pas pour but de punir [...] et n'a pas non plus un caractère "expressif" ou "exemplaire" »²⁰⁰. La Cour permanente a indiqué que, si tels événements imprévus ont pour effet d'amoindrir la valeur du droit à la restitution (et, partant, du droit à l'indemnisation en lieu et place de la restitution), ils sont sans incidence sur le droit de l'investisseur à une indemnisation à raison du préjudice qui n'aurait pas été « réparé par restitution » au sens de l'article 36 1) des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État²⁰¹.

¹⁹⁷ Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, affaire n° V (116/2010), sentence du 19 décembre 2013, par. 1330 et 1452.

¹⁹⁸ Ibid., par. 1688.

¹⁹⁹ CIRDI, affaire n° ARB/04/4, sentence, 22 mai 2014, par. 160, note 105 (note de bas de page omise).

²⁰⁰ Voir *supra*, note 7, par. 1590 (citant le paragraphe 4 du commentaire de l'article 36). Voir également les renvois à l'article 36 dans les notes 147 et 183.

²⁰¹ Ibid., par. 1768.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

137. Le tribunal arbitral en l'affaire *Tidewater Investments SRL et Tidewater Caribe C. A c. République bolivarienne du Venezuela* trouvera dans le commentaire de l'article 36 le fondement de la norme d'indemnisation applicable en matière d'indemnisation légale (lorsque l'investisseur était en activité au moment de la saisie) précisant que les directives (de la Banque mondiale) prescrivent de retenir la juste valeur marchande de l'actif saisi, celle-ci étant calculée juste avant la saisie²⁰².

138. Le tribunal arbitral en l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. République d'Argentine* s'autorisera de l'article 36 pour dire que la norme de base à appliquer est celle de l'indemnisation intégrale (*restitutio in integrum*) du manque à gagner causé par le fait internationalement illicite, qui est la norme acceptée par le droit international coutumier²⁰³.

139. Le tribunal arbitral en l'affaire *Quiborax S. A., Non Metallic Minerals S. A. et Allan Fosk Kaplún c. État plurinational de Bolivie*, invoquant l'article 36, déclarera que si la restitution en nature est impossible ou peu pratique, l'indemnisation accordée en lieu et place doit effacer toutes les conséquences de l'acte illicite, l'indemnisation devant couvrir « tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi »²⁰⁴. Il fera également observer que le manque à gagner doit s'apprécier de façon raisonnablement certaine²⁰⁵.

140. Le tribunal arbitral en l'affaire *Hrvatska Elektroprivreda d. d. c. République de Slovénie* verra dans l'article 36 la consécration du principe dégagé dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* s'en autorisant pour déclarer qu'il va sans dire que le demandeur ne peut prétendre à quelque indemnisation que pour autant qu'il ait effectivement subi quelque préjudice²⁰⁶.

141. Le tribunal arbitral en l'affaire *Tenaris S. A. et Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda c. République bolivarienne de Venezuela* dira que les articles sur la responsabilité de l'État désormais regardés comme l'expression la plus achevée du droit international coutumier aux fins de l'évaluation et du calcul de toute indemnisation²⁰⁷. S'agissant d'apprécier la juste valeur marchande des actifs, le tribunal arbitral fera observer que chaque tribunal doit s'attacher à la fois aux dispositions du traité pour déterminer la date présumée de l'évaluation, à la norme énoncée à l'article 36 de la CDI et à la décision rendue par la CPJI en l'affaire de l'*Usine de Chorzów*²⁰⁸.

²⁰² CIRDI, affaire n° ARB/10/5, sentence, 13 mars 2015, par. 153, note 241.

²⁰³ Voir *supra*, note 16, par. 27.

²⁰⁴ Voir *supra*, note 18, par. 328 (citant l'article 36).

²⁰⁵ Ibid., par. 384.

²⁰⁶ Voir *supra*, note 165, par. 238, note 19.

²⁰⁷ Voir *supra*, note 68, par. 515.

²⁰⁸ Ibid., par. 543 (notes de bas de page omises).

Article 37 Satisfaction

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

142. Le tribunal arbitral en l'affaire *Quiborax S. A., Non Metallic Minerals S. A. et Allan Fosk Kaplún c. État Plurinational de Bolivie*, s'étant longuement arrêté sur la question de la satisfaction en droit international, conclura que les recours organisés par les articles de la CDI pourraient être empruntés en cas d'arbitrage entre un investisseur et un État, selon la nature du litige et du préjudice dont il est demandé réparation²⁰⁹. Il dira en outre que l'absence de certaines formes de satisfaction ne l'empêcherait pas de rendre un jugement déclaratoire à des fins de satisfaction en vertu de l'article 37, s'il l'estimait nécessaire²¹⁰.

Article 38²¹¹ Intérêts

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

143. Le tribunal arbitral en l'affaire *Franck Charles Arif c. République de Moldova* dira que l'article 38 vient confirmer qu'il y a lieu à paiement d'intérêts « dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale » et que le droit international a tendance à privilégier l'octroi d'intérêts simples aux lieu et place d'intérêts composés, même si selon certains auteurs, les tribunaux arbitraux en matière d'investissement sont plus favorables à l'octroi d'intérêts composés²¹².

144. Le tribunal arbitral en l'affaire *Ioan Micula et autres c. Roumanie* conviendra que dans leur grande majorité, les tribunaux arbitraux en matière d'investissement octroient des intérêts composés et non des intérêts simples, ce qui ne ressort pas du commentaire de l'article 38, invoqué par la partie défenderesse²¹³. Il observera également que, d'après ce commentaire, il n'y a pas lieu à octroi d'intérêts s'il en résulterait un double recouvrement, mais que des « intérêts peuvent être dus sur les profits qui auraient été engrangés, mais dont le propriétaire initial aurait été privé »²¹⁴.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

145. Le tribunal arbitral en l'affaire *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Fédération de Russie* dira que l'article 38 et le commentaire correspondant font partie du cadre juridique relatif à l'octroi d'intérêts²¹⁵, ajoutant qu'aucune disposition des articles sur la responsabilité de l'État ne vient spécialement préciser le mode de calcul des intérêts²¹⁶.

²⁰⁹ Voir *supra*, note 18, par. 555 (voir par. 550 à 560 pour l'ensemble de l'analyse).

²¹⁰ *Ibid.*, par. 560.

²¹¹ Voir également l'affaire *British Caribbean Bank Limited c. Gouvernement bélizien* évoquée à propos de l'article 31.

²¹² Voir *supra*, note 46, par. 617.

²¹³ Voir *supra*, note 133, par. 1266.

²¹⁴ *Ibid.*, par. 1275 (citation du paragraphe 11 du commentaire de l'article 38).

²¹⁵ Voir *supra*, note 7, par. 1652 et 1653.

²¹⁶ *Ibid.*, par. 1678.

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

146. Le tribunal arbitral en l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. et Vivendi Universal S. A. c. République d'Argentine* conclura de l'article 38 que le droit international coutumier autorise le paiement d'intérêts sur le principal à compter de la date à laquelle celui-ci aurait dû être versé jusqu'au jour de l'exécution de l'obligation de payer²¹⁷.

147. Le tribunal arbitral en l'affaire *Bernhard von Pezold et autres c. République du Zimbabwe* s'autorisera de l'article 38 pour préciser que l'octroi d'intérêts compensatoires, aux lieu et place d'intérêts moratoires, a pour but d'assurer une réparation intégrale²¹⁸ et fera remarquer qu'il ne faut pas méconnaître les profits que les demandeurs auraient tiré des placements qu'ils auraient choisi d'effectuer s'ils avaient obtenu réparation immédiate du préjudice subi²¹⁹.

148. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Quiborax S. A., Non Metallic Minerals S.A. et Allan Fosk Kaplún c. État Plurinational de Bolivie*, le tribunal arbitral dira que selon le commentaire de l'article 38 « [l]orsqu'il est tenu compte du manque à gagner dans l'indemnisation du dommage causé par le fait illicite, il est inapproprié que l'État lésé reçoive des intérêts, car cela impliquerait un double recouvrement »; en effet, « un même capital ne peut pas être utilisé pour produire à la fois des intérêts et des profits. Toutefois, des intérêts peuvent être dus sur les profits qui auraient été gagnés, mais dont le propriétaire initial aurait été privé »²²⁰. Le tribunal dira également ne pas ignorer qu'il résulte du commentaire de l'article 38, également invoqué par le défendeur, que « les cours et tribunaux ont généralement pris position contre l'allocation d'intérêts composés ». Il ressort pourtant de l'analyse de la jurisprudence arbitrale que l'octroi d'intérêts composés est réputé mieux correspondre à la pratique financière actuelle et constituer la norme usitée en droit international en matière d'expropriation. Le tribunal souscrit à la thèse largement consacrée par la jurisprudence selon laquelle l'octroi d'intérêts composés permet mieux d'opérer réparation intégrale²²¹.

149. Le tribunal arbitral en l'affaire *Hrvatska Elektroprivreda d. d. c. République de Slovénie* invoquera l'article 38 et le commentaire y relatif pour dire s'être guidé sur le principe de réparation intégrale pour se prononcer sur l'octroi d'intérêts²²².

150. Le tribunal arbitral en l'affaire *Tenaris S. A. et Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda c. République bolivarienne du Venezuela* visera l'article

²¹⁷ Voir *supra*, note 16, par. 27, note 19.

²¹⁸ Voir *supra*, note 24, par. 943.

²¹⁹ *Ibid.*, par. 947.

²²⁰ Voir *supra*, note 18, par. 514 (citation du paragraphe 11 du commentaire de l'article 38).

²²¹ *Ibid.* par. 524 [citation du paragraphe 8 du commentaire de l'article 38, et les affaires *LG&E c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/1, sentence du 25 juillet 2007, par. 103; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S. A. c. République arabe d'Égypte*, CIRDI, affaire n° ARB/99/6, sentence du 12 avril 2002, par. 174; *Occidental c. Équateur II*, CIRDI, affaire n° ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012, par. 840; *El Paso c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, par. 745; *Vivendi c. Argentine II*, CIRDI, affaire n° ARB/97/3, sentence du 20 août 2007, par. 9.2.6; et *Wena c. Égypte*, CIRDI, affaire n° ARB/98/4, sentence du 8 décembre 2000, par. 129 (notes de bas de page omises)].

²²² Voir *supra*, note 163, par. 539 (citation du paragraphe 2 du commentaire de l'article 38).

38 et le commentaire y relatif pour fixer les intérêts dus au titre de l'indemnisation accordée²²³.

Article 39
Contribution au préjudice

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

151. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Ioan Micula et autres c. Roumanie* invoquera l'article 39 et le commentaire y relatif pour conclure que le fait par la partie lésée d'avoir contribué au préjudice emporte uniquement réduction du montant de l'indemnisation²²⁴, sans que l'État fautif s'en trouve déchargé de sa responsabilité.

Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm

152. Le tribunal arbitral en l'affaire *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S. A. et Terra Raf Trans Trading Ltd c. Kazakhstan* conviendra avec les parties que l'article 39 prescrit de prendre en compte le comportement du demandeur pour déterminer la réparation²²⁵ et que l'on peut reporter sur l'État la charge de rapporter la preuve de ce que tel facteur imputable à la victime ou à une tierce partie a contribué au préjudice allégué, sauf à prouver qu'une partie du préjudice est, quant à la cause, détachable de celui attribué à l'État responsable²²⁶.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

153. Pour déterminer la part du dommage imputable au demandeur à l'occasion de l'affaire *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Fédération de Russie*, le tribunal arbitral s'autorisera de l'article 39 et du commentaire y relatif, rapprochés de l'article 31, pour rechercher, au vu de l'ensemble des éléments de preuve dont il est saisi, s'il existe un lien de causalité suffisant entre telle action ou omission intentionnelle ou non intentionnelle du demandeur (ou de Ioukos, se trouvant sous son contrôle) et le préjudice subi par ce dernier lorsque la Fédération de Russie a détruit Ioukos²²⁷. Pour reprendre les termes de l'article 39 et du commentaire y relatif, il appartenait au tribunal de rechercher si les dispositifs d'évasion fiscale mis en place par le demandeur et Ioukos dans certaines régions à faible imposition, y compris leur utilisation douteuse de l'accord Chypre-Russie relatif à la double imposition, évoquée plus haut dans la sentence, avaient contribué de façon substantielle et significative au préjudice par eux subi, ou s'il s'agissait là de facteurs négligeables qui, vu les faits survenus par la suite, dont la destruction de Ioukos par les autorités russes, ne sauraient être regardés en droit comme faisant partie des causes du préjudice²²⁸.

²²³ Voir *supra*, note 68, par. 575 et 576.

²²⁴ Voir *supra*, note 133, par. 926, note 180.

²²⁵ Voir *supra*, note 197, par. 1452. Voir également le renvoi à l'article 39 à la note 197.

²²⁶ *Ibid.*, par. 1452.

²²⁷ Voir *supra*, note 7, par. 1592. Voir également le renvoi à l'article 39 à la note 147.

²²⁸ *Ibid.*, par. 1633.

Troisième partie²²⁹

Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État

Chapitre I

Invocation de la responsabilité de l'État

Article 43

Notification par l'État lésé

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

154. Le tribunal arbitral en l'affaire *Mr Franck Charles Arif c. République de Moldova* invoquera le commentaire de l'article 43 pour dire qu'en général, en droit international, l'État lésé a le droit d'opérer un choix entre les formes de réparation disponibles, pouvant ainsi préférer l'indemnisation à la restitution²³⁰.

Article 44

Recevabilité de la demande

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

155. Le tribunal arbitral en l'affaire *Philip Morris Brands Sàrl et autres c. Uruguay* jugera que les parties demandresses étaient mal fondées à invoquer l'article dans la mesure où le litige en l'espèce ne portait pas sur l'épuisement des voies de recours internes²³¹.

Cour permanente d'arbitrage (faisant application du Règlement de la CNUDCI)

156. Le tribunal arbitral en l'affaire *ST-AD GmbH c. République de Bulgarie*, s'autorisera notamment de l'alinéa b) de l'article 44 pour dire que l'obligation d'épuiser les voies de recours internes a valeur de règle du droit international coutumier, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice²³², précisant que l'article en question parle de l'épuisement de « toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces »²³³.

Article 45

Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité

Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce

157. À l'occasion de l'affaire dite *Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles*, l'Organe d'appel estimera : qu'il n'est pas nécessaire [pour lui d'examiner] la question de savoir si [...] les articles 20 et 45 de la CDI sont des « règle[s] ... de droit international applicable[s] dans les relations

²²⁹ Voir également l'affaire *The Rompetrol Group N. V. c. Roumanie*, évoquée à propos de l'article 31.

²³⁰ Voir *supra*, note 46, note 264.

²³¹ CIRDI, affaire n° ARB/10/7 (anciennement *FTR Holding S.A., Philip Morris Products S. A., et Abal Hermanos S. A. c. République orientale de l'Uruguay*), décision sur la compétence, 2 juillet 2013, par. 135.

²³² CNUDCI, CPA, affaire n° 2011-06, sentence sur la compétence, 18 juillet 2013, par. 365.

²³³ *Ibid.*, note 395.

entre les parties », ou le sens du terme « parties » figurant à l'article 31.3 a) et c) de la Convention de Vienne »²³⁴.

Quatrième partie

Dispositions générales

Article 55²³⁵

Lex specialis

Tribunal arbitral international (faisant application de la Convention CIRDI)

158. Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d'Oman* conviendra avec le défendeur que les parties contractantes à un traité peuvent, par dispositions spéciales (*lex specialis*), limiter les circonstances dans lesquelles les actes de toute entité peuvent être attribués à l'État. Dans la mesure où les parties ont entendu procéder ainsi, les principes généraux de la responsabilité de l'État en droit international coutumier ou tels qu'énoncés dans les articles de la CDI ne trouvent pas à s'appliquer directement²³⁶.

Article 58

Responsabilité individuelle

Cour européenne des droits de l'homme

159. À l'occasion de l'affaire *Jones et autres c. le Royaume-Uni*, la Cour verra dans l'article 58 l'expression d'une règle applicable du droit international en ce qu'il « apporte [une] clarification [...] en matière de responsabilité individuelle simultanée »²³⁷. Elle s'autorisera également de l'article pour conclure qu'il ne fait « aucun doute que des individus peuvent dans certaines circonstances être eux aussi tenus pour personnellement responsables de faits illicites engageant la responsabilité de l'État et que cette responsabilité personnelle est concomitante à la responsabilité de l'État à raison des mêmes faits »²³⁸. S'agissant de l'existence « d'une règle ou exception spéciale en droit international public lorsque des agents d'États étrangers sont assignés au civil pour des actes de torture », la Cour précisera que « [p]our reprendre les arguments les plus convaincants des requérants, il existe des éléments attestant de débats récents sur [...] l'articulation de l'immunité de l'État et des règles d'attribution dans les Projets d'articles sur la responsabilité »²³⁹.

²³⁴ OMC, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS457/AB/R et Add.1, 20 juillet 2015, par. 5.105 (tel que réaffirmé aux paragraphes 5.118 et 6.4); voir aussi *supra*, notes 126 et 127.

²³⁵ Voir également les affaires *Ioan Micula et autres c. Roumanie*, évoquée à propos de l'article 28, et *British Caribbean Bank Limited c. le Gouvernement de Belize*, évoquée à propos de l'article 31.

²³⁶ Voir *supra*, note 66, par. 321 (note de bas de page omise).

²³⁷ Voir *supra*, note 49, par. 109.

²³⁸ *Ibid.*, par. 207.

²³⁹ *Ibid.*, par. 213.