

EUI WORKING PAPERS

LAW No. 2006/07



Les émanations engagent-elles
la responsabilité des Etats?
Etude de droit international des investissements.

PIERRE-MARIE DUPUY



EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

Department of Law

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE
DEPARTMENT OF LAW

Les émanations engagent-elles la responsabilité des Etats?
Etude de droit international des investissements.

PIERRE-MARIE DUPUY

This text may be downloaded only for personal research purposes. Any additional reproduction for such purposes, whether in hard copies or electronically, require the consent of the author. If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper, or other series, the year and the publisher.

ISSN 1725-6739

© 2006 Pierre-Marie Dupuy

Printed in Italy
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

<http://www.iue.it/>
<http://cadmus.iue.it/dspace/index.jsp>

ABSTRACT

When having established a contract with a foreign private investor, State "emanations" endowed with their own legal personality are able to be involved in international arbitral proceedings. This raises in particular the issue of how to define and identify such "emanations" of a sovereign State and whether the purported breaches by these entities of that State's international legal obligations in the field of investments are to be attributed to the State or to themselves. Although there is currently a growing application of public international law rules and criteria in particular by ICSID Tribunals, some diversity remains in the answers given by different tribunals, may it be within the ICSID, the NAFTA or other systems of arbitration. This may be explained by the specificities of each case, both factual and legal; but it may also raise at times the issue of whether all arbitrators apply the same rules in the same way.

KEYWORDS

international arbitration - state contracts - international responsibility - attribution - legal personality

Les émanations engagent-elles la responsabilité des Etats ?

Etude de droit international des investissements.

Rapport de synthèse par

Pierre-Marie Dupuy

Professeur, Université de Paris II – Institut Universitaire Européen de Florence.

La question soumise à notre attention est à la fois très classique et très actuelle. De longue date, en effet, les Etats ont été amenés à agir dans le cadre des relations économiques internationales, notamment celles ayant trait aux investissements, par le biais d'entités distinctes d'eux-mêmes mais qu'ils persistent à contrôler, plus ou moins directement suivant les cas. Ils peuvent agir par l'intermédiaire des organes des pouvoirs publics, centraux ou décentralisés; ils peuvent aussi le faire par l'intermédiaire d'entités auxquelles ils ont conféré des prérogatives de puissance publique; ils sont, enfin, susceptibles d'opérer par l'intermédiaire d'entités ou de personnes privées agissant en fait pour leur compte. On constate ainsi d'emblée l'extrême généralité du concept d' « émanation », appliqué aussi bien à des Etats fédérés, des Provinces et des établissements publics qu'à des sociétés de droit privé. Il n'est pas interdit, dans de telles conditions, de poser la question de la rigueur intellectuelle sinon de l'efficacité pratique du recours à une notion aussi imprécise; à moins, précisément, que la plasticité du concept soit un gage du succès persistant de l'usage qu'on en fait.

Dans chacun des cas ainsi concernés, en effet, comme l'a rappelé d'emblée le professeur Fadlallah, ces différentes entités partagent un caractère commun, élément majeur d'identification, sinon toujours d'autonomie : elles possèdent toutes une personnalité juridique propre. Celle-ci, en principe ou en apparence, en droit et en fait, est destinée à conférer à ces émanations une identité *distincte* de l'Etat : elles, ce n'est pas lui, et c'est même bien souvent pour cela qu'elles ont été créées comme telles! L'interrogation porte dès lors sur le point de savoir à quelles conditions on peut, d'une part, assimiler les émanations de l'Etat à l'Etat lui-même et, d'autre part, attribuer à ce dernier des actions ou omissions pourtant formellement imputables non pas à l'Etat mais aux entités qu'il a créées.

Soit qu'ils restent marqués par un passé encore récent d'économie dirigée, soit qu'ils aient la volonté persistante de garder la main sur la gestion de secteurs d'intérêt général, beaucoup d'Etats ont, aujourd'hui encore, recours à des émanations dans le contexte des relations qu'ils établissent avec des investisseurs privés étrangers. Ces émanations engagent-elles la responsabilité de l'Etat ? L'analyse de la jurisprudence des différents tribunaux arbitraux, qu'il s'agisse de ceux du CIRDI, de ceux constitués dans le cadre de la CCI ou d'autres, respectivement examinée avant moi par MM. Fadlallah, Silva Romero et Legum, incite à des conclusions nuancées sur le point de savoir si les réponses apportées aujourd'hui à cette question sont convergentes et reposent des normes désormais totalement unifiées.

D'une part, en effet, on observe une simplification croissante des solutions retenues par les arbitres. Elle est largement due à l'applicabilité croissante des règles tirées du droit international public quant à l'imputation à l'Etat des violations du droit international commises par ses émanations.

D'autre part, on constate néanmoins la survivance ou le maintien de raisonnements voire de problématiques plus complexes dans un certain nombre de sentences; elles semblent alors s'écarter en tout ou partie des solutions classiquement retenues en droit international public. L'unification jurisprudentielle ne paraît, dès lors, que partielle. On peut se demander s'il s'agit là d'un état transitoire dans une évolution à plus long terme; ou si, au contraire, la conjonction de cultures juridiques différentes et de situations spécifiques au règlement arbitral des différends relatifs aux investissements devrait maintenir une certaine autonomie du droit qui les régit par rapport aux solutions retenues en droit international général.

I. Un mouvement général de simplification.

Ce mouvement est caractérisé par l'unification des solutions retenues, par application des règles du droit international public; les sentences rendues dans le cadre du CIRDI mais aussi par d'autres arbitres en apportent illustration.

A. Le droit international public reconnu comme droit applicable.

1. Il y a encore vingt ans, ou même moins, les colloques et rencontres académiques sur le droit international des investissements en venaient pratiquement toujours, à l'instar de la jurisprudence arbitrale qu'ils commentaient, à se focaliser sur la question du droit applicable. Droit applicable à l'arbitrage, certes, mais surtout droit applicable au fond du litige. C'était, alors, l'occasion de joutes quasi homériques (notamment dans les pays de traditions juridiques héritées du droit romain, dans lesquelles la distinction entre droit public et droit privé demeure forte) entre « publicistes » et « privatistes »¹. Les uns et les autres excipaient de principes ou d'arguments tous plus subtiles les uns que les autres. Certains, partant des solutions classiques retenues de longue date par la Cour permanente de justice internationale, disaient que tout « contrat d'Etat » conclu entre une puissance souveraine et une personne

¹ Sur l'ensemble de cette évolution, voir en particulier Ch. Leben *La théorie des contrats d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, *RCADI* 2003, vol. 302, pp. 197-386; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Dijon, CNRS et Litec, 2004.

privée étrangère ne pouvait par définition relever que du droit interne de l'Etat considéré². D'autres affirmaient au contraire, comme ce fut le cas d'abord en doctrine puis ensuite en jurisprudence, que le « droit international des contrats d'Etat » était une branche spécifique du droit international public, et que c'était ce dernier qui devait s'appliquer, chaque fois, tout au moins, que la clause de droit applicable dans le contrat en litige laissait la possibilité d'une « délocalisation », totale ou partielle, du rapport juridique entre partenaires hétérogènes par nature, puisque l'un national et public, l'autre étranger et privé³. Faute de temps mais aussi parce que ces débats sont bien connus, on n'évoquera pas ici les autres solutions proposées dont celles de l'existence d'un « tiers ordre juridique » et/ou d'une « *lex mercatoria* » ne sont ni les moins attractives ni les moins ingénieuses⁴. On notera toutefois dès l'abord qu'une bonne part de ces discussions avait directement trait à la relation *contractuelle* établie entre l'investisseur privé et l'Etat hôte⁵. La question était alors celle de savoir à quelles conditions et dans quelle mesure les arbitres pouvaient sans excès de pouvoir « délocaliser » le contrat, qu'il soit en tout ou en partie soumis à l'empire du droit international public ou seulement à certains de ces principes, dont on trouve au demeurant l'équivalent dans la plupart des autres systèmes de droit (tels le principe « *pacta sunt servanda* » ou celui de la bonne foi)⁶.

² “Any contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country.”, *Serbian Loans Case (France v. Serbia)*, 1929 P.C.I.J. 5, Series A, No 21 and 22 (July 12, 1929, judgment no 14), p.41.

³ See *Texaco Overseas Petroleum Company / California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 17 I.L.M. 3 [1978], p. 13, para 32 (René-Jean Dupuy, arbitrator): “For the time being, it will suffice to note that the evolution which has occurred in the old case law of the Permanent Court of International Justice is due to the fact that, while the old case law viewed the contract as something which could not come under international law because it could not be regarded as a treaty between States, under the new concept treaties are not the only type of agreements governed by such law. And it should be added that, although they are not to be confused with treaties, contracts between States and private persons can, under certain conditions, come within the ambit of a particular and new branch of international law: the international law of contracts.” (we underline). Criticized by François Rigaux, « *Des dieux et des héros – Réflexions sur une sentence arbitrale* », [1978] *Revue critique de droit international privé*, 435, p. 446.

⁴ Prosper Weil, “*Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*”, (1969) *Recueil des Cours III*, tome 128, 95, p.130.

⁵ « *La théorie de M. Weil repose sur une distinction qui lui semble fondamentale entre « l'ordre juridique de base » d'un contrat d'Etat à rattachement multiples, et le « le droit applicable » à celui-ci (2); le droit applicable se concrétisant, soit, dans la choice of law, s'il en existe, soit, à défaut, par la recherche de la proper law, de la lex contractus (3). La juridicité de l'autonomie de la volonté, autrement dit la force obligatoire ou le fondement obligatoire du contrat, son pacta, relève de l'ordre juridique de base, appelé également la « Grundlegung ». (...) « ...C'est à un second stade seulement – c'est-à-dire une fois réglé le problème de l'ordre juridique servant de fondement au contrat – qu'interviendra la détermination des règles de fond appelées, sur renvoi de l'ordre juridique de base, à gouverner matériellement le contrat » (1). C'est ce dernier qui détermine si l'acte est ou n'est pas un acte juridique international, un « contrat de droit international ». L'identification de cet ordre juridique de base du contrat dépendrait des facteurs objectifs. Ainsi, l'ordre juridique de base serait l'ordre juridique international lorsqu'un contrat de longue durée entre Etat et personne privée étrangère se situerait dans un climat économique-politique international. (...) » (we underline) in Lankarani El-Zein, Leila, “*Les contrats d'Etat à épreuve du droit international*”, Editions Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p.12-13..*

⁶ Ch. Leben, « *L'évolution de la notion de contrat d'Etat – Les Etats dans le contentieux économique international, I. Le contentieux arbitral* », (2003) *Revue de l'arbitrage* No.3 629, p.634. Idem p. 636: « Comment reconnaît-on que le contrat a été conclu en dehors de l'ordre étatique de l'Etat co-contractant et qu'il s'agit donc d'un contrat d'Etat? C'est là, évidemment, le point le plus délicat de la théorie du contrat d'Etat. La pratique contractuelle dessine une sorte d'éventail. A l'une des extrémités on rencontre des contrats conclus avec un Etat, pour lesquels le droit applicable est purement et simplement celui de cet Etat, et les juridictions compétentes, également, celles de cet Etat. On est clairement en présence de contrats administratifs, ou de contrats ordinaires, pour les ordres qui ne connaissent pas cette catégorie, ou de contrats de droit privé conclus par l'Etat agissant *jure gestionis*. A l'autre extrémité, on rencontre des contrats avec un

La question du droit applicable était et reste encore, du moins dans une certaine mesure, liée à celle établissant le mode de règlement des différends relatifs aux investissements étrangers; selon, notamment, que cette clause prévoit la compétence des tribunaux internes de l'Etat d'accueil de l'investissement ou qu'elle renvoie au contraire à un mode de règlement international, qu'il s'agisse du CIRDI ou d'un autre type d'arbitrage international. Ce type de clause peut se trouver, comme chacun sait, soit dans le contrat liant l'Etat à l'investisseur étranger soit dans le traité bilatéral de protection des investissements passé entre ce même Etat et l'Etat national de l'investisseur, soit en certains cas dans un traité multilatéral. En pratique, il se trouve d'ailleurs que deux clauses existent souvent conjointement à chacun de ces niveaux et qu'elles n'ont pas le même contenu; la première, dans le contrat, renvoie aux tribunaux internes, la seconde, dans le traité, à l'arbitrage international, CIRDI en particulier. Ceci pose des problèmes particuliers que l'on aura l'occasion de mentionner sinon de traiter ultérieurement.

Le débat, doctrinal ou arbitral, sur le droit applicable au règlement des différends entre Etats et investisseurs étrangers, couve toujours, comme la braise sous la cendre, ainsi que l'illustre encore une étude récente, à la fois intéressante et contestable⁷. Il s'est toutefois beaucoup apaisé depuis 1990, en particulier dans le cadre des différends susceptibles de relever d'un règlement CIRDI, mais pas seulement. Il y a à l'origine de ceci, la rencontre de deux séries de causalités, trop bien connues pour qu'on s'y attarde ici. La première tient à l'innovation apportée par la sentence *AAPL/Sri Lanka* en 1990. Elle a permis à l'investisseur de saisir le CIRDI même en l'absence de tout lien contractuel avec l'Etat d'accueil et sur la seule base du traité de protection⁸. La seconde, complémentaire, est liée à la croissance presque vertigineuse du nombre des traités, bilatéraux pour la plupart, de protection des investissements dont un grand nombre contient précisément une clause de règlement CIRDI.⁹ Qui plus est, la présence fréquente dans les traités bilatéraux de « clauses de couverture », dites aussi « clauses parapluie » ou « clauses ascenseur », autant d'expressions imagées pour dire que la violation du contrat est assimilée à une violation du traité international vient se joindre aux raisons précitées pour expliquer cette fortune nouvelle du droit international dans le

Etat où le droit applicable est le droit international, sous une forme ou une autre, et les juridictions compétentes des juridictions arbitrales elles-mêmes internationales, parce que mises en place par un traité international. On pense naturellement aux tribunaux CIRDI. ». Also see: Pierre Mayer, « *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat* », 113 J.D.I. 5 (1986).

⁷ Voir Z. Douglas, *The Hybrid Foundation of Investment Treaty Arbitration*, *BYBIL*, 2003, pp. 151-289. Voir la réfutation très convaincante apportée par Ch. Leben in *La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traits de promotion et de protection des investissements*, *AFDI* 2004, pp. 683-714, partic. p. 693 et s.

⁸ Patrick Dumbery, « *L'entreprise, sujet de droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements* », (2004) 1 *R.G.D.I.P.* 103. See also Ole Spiermann, "Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties", 20 *Arb. Int'l* 2, 179 (2004), p. 186; J. Paulsson, "Dispute Resolution" in Robert Pritchard (ed.), 1996, "Economic Development, Foreign Investment and the Law" 209, p. 238; J. Paulsson, "Arbitration Without Privity" in Thomas W. Wälde (ed.), "The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade" 1996, 422, p.429 and 441-442.

⁹ Voir notamment W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Université Paris II, thèse, 2003, multigraphiée.

règlement des différends nés entre un Etat et une personne privée étrangère à propos de la mise en œuvre du contrat qui les lie.¹⁰

Il en est résulté un accroissement impressionnant des sentences arbitrales réglant des différends introduits devant le Centre par l'investisseur *privé* mais sur base d'invocation des obligations de droit international *public* auxquelles s'était engagé l'Etat d'accueil de l'investissement à l'égard de son partenaire conventionnel, l'Etat de nationalité de l'investisseur. Les arbitres des tribunaux constitués dans le cadre du CIRDI ont ainsi été amenés à appliquer, sans état d'âme pour la plupart, le droit international public au fond du différend, et, bien souvent, *tout* le droit international, c'est-à-dire non pas seulement certaines règles détachées de l'ordre dont elles proviennent, ou même seulement la *lex specialis* définie dans le traité pertinent dans chaque cas mais aussi la coutume internationale ou « droit international général ». Or, la coutume donne réponse à la question de la définition des « émanations de l'Etat » ainsi qu'aux conditions de l'imputation de leurs actions ou de leurs omissions à la personne de l'Etat.

Est-ce par contagion ou par imitation ? On constate en tout cas, ainsi que l'ont rappelé ce matin successivement MM. Silva Romero et Legum, que la référence au droit international, y compris le droit international général se retrouve aussi de plus en plus fréquemment dans le cadre d'autres tribunaux, y compris ceux de la CCI, que rien, en principe, ne destinait à appliquer par priorité le droit international public.

2. Le phénomène que l'on vient de rappeler pourrait être dit d'« extension du champ d'application des règles pertinentes de droit international en matière d'imputation à l'Etat des actes de ses émanations ». Or, ces règles sont bien établies; elles sont claires; et elles sont généralement d'une assez grande facilité d'application. Ces caractères ont du reste contribué à leur diffusion par la jurisprudence des tribunaux arbitraux, au sein desquels on constate d'ailleurs que siègent un nombre croissant d'internationalistes publicistes, dont plusieurs juges ou anciens juges à la Cour internationale de Justice. Ces règles ont déjà été rappelées lors du présent colloque par l'un d'entre eux, Monsieur le juge Tomka, et je me contenterai ici de quelques observations à leur égard, telles qu'elles sont codifiées respectivement aux articles 4. 5. et 8 du projet établi par la Commission du droit international des Nations Unies en 2001.¹¹

a) En premier lieu, le terme d'« émanation » ne convient pas vraiment pour désigner les cas que recouvre l'article 4, intitulé « comportement des organes de l'Etat ». En effet, les organes de l'Etat, c'est l'Etat lui-même. Ceci est évidemment vrai des organes centraux. Mais c'est également exact pour les organes décentralisés comme les départements, provinces et régions. En droit international, la Province de Tucumàn, c'est l'Etat argentin.

Ce principe, dit de « l'unité de l'Etat », est profondément enraciné dans la coutume internationale et ne souffre pas d'exception. Il a encore été appliqué récemment par la Cour internationale de Justice en deux arrêts successifs, dans les affaires LaGrand et Avena ;¹²

¹⁰ Bernardo M. Cremades, D.J. A. Cairns, "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes" in *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Norbert Horn – Kluwer Law International, The Hague, 2004, 325, p.330.

¹¹ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2002.

¹² Arrêt Lagrand (Allemagne c. Etats-Unis), 27 juin 2001; arrêt Avena (Mexique c. Etats-Unis) 31 mars 2004, icj-cij.org. Dans les deux affaires, les faits illicites déclarés imputables aux Etats-Unis émanaient d'organes

elles opposaient respectivement l'Allemagne fédérale et le Mexique aux Etats-Unis à propos du comportement d'organes, notamment judiciaires, de plusieurs Etats fédérés américains.

Rappelons, à cette occasion, que les organes judiciaires ne bénéficient à cet égard d'aucune identité propre. Ils sont spécifiquement mentionnés à l'article 4, en conformité avec une pratique reconnue comme étant de droit depuis des temps reculés. Toute interrogation relative à l'imputabilité des arrêts d'un tribunal interne à l'Etat, quels que soient sa position hiérarchique ou géographique dans l'organisation interne de la justice du pays considéré manifesterait par conséquent une méconnaissance des règles applicables du droit international public. Les termes de l'article 4 ont précisément été conçus de façon particulièrement large pour bien refléter la généralité de la règle. Toutes les personnes et entités ayant le statut d'organes de l'Etat d'après son droit interne sont l'Etat lui-même et donc, *stricto sensu*, ne devraient pas en être considérées comme des « émanations »¹³. Dans les cas limites où l'arbitre se poserait des questions sur l'appartenance de l'organe considéré à la structure administrative de l'Etat, c'est le droit international qui lui fait alors obligation de consulter le droit interne de cet Etat pour se prononcer sur le statut exact de l'organe en cause. Le renvoi au droit interne comporte cependant des limites strictes. Il ne vise que la détermination de la qualité de l'organe en cas de doutes.

b) En second lieu, le terme d' « émanation » paraît en revanche approprié pour désigner les situations visées à l'article 5 du texte de codification établi par la C.D.I. Ce dernier vise le « comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique ». Ces « entités » peuvent être de nature variées. Le commentaire de la Commission dit à juste titre qu'il peut s'agir « d'entreprises publiques, d'institutions publiques diverses, voire, dans certains cas particuliers, de sociétés privées »¹⁴. Le critère de reconnaissance de telles émanations identifiables à l'Etat est celui de la jouissance et de l'exercice par l'entité considérée de « prérogatives de puissance publique ». Dès lors, ainsi qu'y souscrivent le texte de l'article 5 comme son commentaire, c'est au droit interne de déterminer les organes en cause. Le critère est ici essentiellement fonctionnel mais il peut également être celui du contrôle. Le Tribunal des réclamations irano américain a eu l'occasion d'appliquer ce second critère à propos d'une fondation autonome créée par un Etat à des fins caritatives, ce qui ne le distinguait pas forcément d'une personne privée. Cette fondation était toutefois placée sous le contrôle de l'Etat. On voit cependant réapparaître le critère fonctionnel, associé au précédent dans la même affaire, dans la mesure où cette fondation avait notamment pour prérogative d'identifier les biens à saisir et de les administrer.

c) C'est, en troisième lieu, le cas évoqué à l'article 8 qui s'avère en pratique le plus difficile;¹⁵ c'est, du moins, lui qui ménagera à l'arbitre une marge d'appréciation sans doute plus grande que les cas visés aux articles 4, très certainement, mais également 5. Il vise le « comportement d'une personne » considéré comme un fait de l'Etat si cette personne agit en fait « sur les instructions » ou « sous le contrôle » de cet Etat. On rencontre ici des cas dans lesquels une personne juridique distincte de l'Etat n'est pas, *prima facie*, susceptible d'être identifiée comme une émanation. Elle ne pourra s'avérer telle que dans la mesure où il deviendrait patent, après examen des faits de l'espèce, que c'était en réalité l'Etat qui « tirait

administratifs et/ou judiciaires des Etats fédérés des Etats-Unis, circonstance inopérante pour écarter la responsabilité des Etats-Unis eux-mêmes. Le présent auteur était respectivement conseil de l'Allemagne et du Mexique dans l'un et l'autre cas.

¹³ Voir commentaire J. Crawford, *op.cit.* supra note 11, p. 94 et s.

¹⁴ *Ibid.* p. 100

¹⁵ Voir J. Crawford, *op.cit.* supra note 11, p. 110.

les ficelles » à l'origine de l'action imputée spontanément à l'entité considérée. L'étude très circonstanciée des faits propre à chaque affaire s'imposera ainsi à l'arbitre pour déterminer s'il y avait ou non « contrôle » de l'Etat.

Il est devenu à ce propos, dès que l'on parle du « contrôle » exercé par l'Etat sur une entité qui en est distincte, presque un lieu commun de souligner la divergence de jurisprudence existant entre la Cour internationale de Justice, d'une part, et le Tribunal constitué « ad hoc » par le Conseil de sécurité des Nations Unies pour juger des crimes commis dans l'ex-Yougoslavie (TPIY) d'autre part.¹⁶ Il est exact que ce dernier a retenu une conception plus large que la Cour de la notion de « contrôle ». Toutefois, les commentateurs ont tendance à méconnaître le fait que les circonstances et les enjeux de la reconnaissance du contrôle n'étaient pas exactement les mêmes dans l'une et l'autre affaire. En réalité, il ne faut pas s'embarasser outre mesure de cette relative dissonance jurisprudentielle. Il appartiendra à chaque arbitre, statuant *in concreto*, de déterminer exactement la localisation du pouvoir ou, si l'on préfère, le centre effectif des décisions exécutées par l'entité privée considérée. Se situait-il dans l'Etat ou dans la personne susceptible d'apparaître comme une de ses « émanations » ? La composition et le statut juridique de l'entité en droit interne, ses fonctions effectives, son degré de dépendance directe ou indirecte à l'égard de la puissance publique dans l'accomplissement de ses tâches seront autant d'éléments à prendre en considération pour parvenir à une conclusion sur ce point.

Dans chacune des situations respectivement couvertes par les articles 4, 5 et 8 du texte de codification de la C.D.I., on a pu constater une référence sinon un renvoi au droit interne de l'Etat dont la responsabilité est mise en cause. Cette dépendance du droit international à l'égard du droit interne est relativement faible dans le premier des trois cas, car l'identification d'un organe de l'Etat est généralement simple et spontanément effectuée par le juge ou l'arbitre. Elle devient en revanche beaucoup plus forte dans les deux cas suivants, qu'il s'agisse de voir si l'entité en cause dispose de privilèges de puissance publique ou, plus encore, de déterminer si elle opérait sous le contrôle effectif de l'Etat. La dépendance à l'égard du droit interne reste toutefois limitée. Ce dernier reste, en effet, impuissant à déterminer le caractère licite ou illicite du fait dont l'imputation est en cause, uniquement déterminé, quant à lui par référence au droit international (art. 3 du texte de codification de la C.D.I.). Le droit interne est également dépourvu de pertinence pour justifier de la part de l'Etat responsable un manquement aux obligations qui lui incombent à raison de sa responsabilité internationale (art. 32). Cette dernière règle a, du reste, fait l'objet d'une application rigoureuse par un tribunal CIRDI dans l'affaire *American Manufacturing & Trading Inc. V. Republic of Zaïre*, du 21 février 1997.¹⁷

B. Illustrations jurisprudentielles du phénomène.

La jurisprudence arbitrale permet de rencontrer de plus en plus d'affaires dans lesquelles les règles qui précitées ont été utilisées en tant que telles, c'est-à-dire par référence directe au droit international public, lui-même considéré comme le droit applicable au fond du litige.

¹⁶ Pour un résumé de cette opposition de jurisprudence, voir P.M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 7^{ème} édition, p. 476, §469; K. Kress, *L'organe de facto en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents*, *RGDIP* 2001, n°1, p. 93 et s.

¹⁷ *I.L.M.* 1997, vol. 36, p. 1548.

1. C'est particulièrement le cas des sentences rendues dans le cadre du CIRDI à propos desquelles il convient d'apporter certaines précisions. A l'inverse du traité instituant l'ALENA (ou NAFTA), la convention de Washington ne comporte pas de définition de l'« émanation » de l'Etat. Son article 25.1 permet seulement à l'Etat membre de désigner « telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre » aux fins du règlement par un tribunal CIRDI du différend qui l'oppose à une personne privée étrangère ressortissant d'un autre Etat membre. Ce pouvoir conventionnel correspond au demeurant à celui que détient en droit international général tout Etat « de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social », ainsi que la Cour internationale de Justice avait eu l'occasion de le rappeler lors de l'affaire jugée en 1985 qui opposait le Nicaragua aux Etats-Unis.¹⁸ Les travaux préparatoires de la Convention de Washington indiquent que ce qui importe est le fait que l'entité « performs public functions on behalf of the Contracting State »¹⁹. Critère fonctionnel, par conséquent.

A ceci, la jurisprudence a apporté des précisions. Quoiqu'elles ne concernent par définition pas encore le fond du litige et, donc, la responsabilité éventuelle de l'Etat pour les faits de ses émanations, plusieurs sentences CIRDI relatives à la compétence méritent d'être consultées. Ainsi d'une sentence rendue en 2000 dans l'affaire CSOB²⁰; elle a permis de préciser que la compétence de l'Etat pour désigner les organes qui relèvent de son contrôle n'est pas totalement discrétionnaire. Elle doit respecter certaines exigences : l'Etat concerné ne pourrait pas, en particulier, désigner comme son émanation une entité qui ne disposerait pas de liens effectifs avec lui.²¹ Le même tribunal a considéré que l'entité considérée ne pouvait pas être assimilée à l'Etat « unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function »²².

D'une façon générale, on trouve maints exemples dans la jurisprudence arbitrale du CIRDI de l'articulation de deux séries de critères : celui de la fonction et celui de la structure (elle-même révélatrice du contrôle) appliqués à une entité pour déterminer si, juridiquement distinguée de l'Etat par la possession d'une personnalité propre, elle en constitue néanmoins une émanation. Pour s'en tenir à des exemples récents, dans deux affaires, *Salini contre Royaume du Maroc*²³ et *Maffezzini*,²⁴ il a été fait conjointement usage de ces deux critères pour identifier, dans les deux cas, des émanations de l'Etat. Elles ont été révélées à la fois par leur mode de création, le contrôle de leur capital, leur direction (ceci pour la structure et le contrôle) mais aussi à raison de la nature de leurs tâches, considérées par les arbitres comme relevant de la fonction étatique (cela pour le critère de la fonction).

¹⁸ Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, arrêt du 27 juin 1986, Rec. CIJ, p. 131, § 258.

¹⁹ Voir Ch. Schreuer, *Commentary on the ICSID convention* : article 25, ICSID Rev., 1996, p. 383, § 148.

²⁰ Voir E.Gaillard, *La jurisprudence CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 577.

²¹ Il s'agit de l'application du principe d'effectivité, dégagé notamment par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice à propos de l'octroi de la nationalité aux personnes physiques.

²² Voir *Ceskoslovenska obchodni banka A.S. c/ République Slovaque*, décision sur la compétence, 1^{er} décembre 2000, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 2000, p. 48, § 3. Le tribunal a considéré que la société considérée ne pouvait être assimilée à l'Etat, « unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function ». Pour d'autres exemples de sentences sur la compétence précisant les critères d'assimilation d'une entité distincte à l'Etat lui-même, voir Yves Nouvel, *L'arbitre à la recherche du fait étatique* (Etat, démembrements, personnes publiques et imputabilité à l'Etat, in Ch. Leben et J.Verhoeven, *Nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international, à paraître*).

²³ Sentence du 3 juin 2002 sur la compétence, *JDI*, 2002, p. 204, § 33 et E.Gaillard, op.cit.supra note 20, p. 621.

²⁴ *E.A. Maffezzini c. Royaume d'Espagne*, décision sur la compétence, ICSID Rep., vol. 5, p. 434, § 74.

Notons toutefois que ces décisions ont ainsi procédé non encore pour attribuer ou imputer un fait illicite à l'Etat, mais, en amont d'une telle opération, ayant à vérifier dans les deux cas si les conditions étaient remplies pour que le tribunal saisi soit compétent, afin de déterminer si on pouvait bien assimiler l'entité considérée à une « émanation » de l'Etat, c'est-à-dire, en définitive, à cet Etat lui-même.

2. Hors du cadre du CIRDI, Monsieur Silva Romero a mentionné notamment, à propos de sentences rendues dans le cadre de la CCI, différentes espèces confirmant la même démarche. Il arrive ainsi que les arbitres, confrontés à une partie publique au différend, n'hésitent pas à se référer aux règles coutumières de droit international public; par exemple, pour relever qu'on ne peut établir de distinction entre l'Etat et ses organes, même si ces derniers sont dotés d'une personnalité juridique propres.

On doit toutefois se séparer de Monsieur Silva Romero, non sur le fond de ses analyses de la jurisprudence CCI mais de la qualification qu'il emploie à propos de certaines des sentences relevées. C'est le cas lorsqu'il qualifie d'*indirecte* la responsabilité de l'Etat pour la conduite de son « émanation » à raison d'un manquement de sa part à la diligence due.²⁵ En effet, précisément parce que l'obligation de diligence repose sur l'Etat lui-même et non sur son émanation, il s'agit en réalité bel et bien, ainsi que le reconnaît le droit international coutumier le mieux établi, d'une responsabilité *directe* de l'Etat pour défaut de vigilance. Nulle trace, ici, de responsabilité pour le fait d'autrui. L'action de l' « émanation » constitue en l'occurrence le fait condition qui révèle l'illicite de l'Etat lui-même. Ce dernier, par sa négligence propre, a laissé se produire un acte qui n'aurait pas dû avoir lieu. Toutefois, on touche ici, au-delà d'une question d'imputation, à un problème de fond du droit et l'on n'ira pas au-delà de la remarque qui précède.

Enfin, Barton Legum, après avoir rappelé la sentence *Hyatt International Corporation v. Iran* déjà citée, a lui aussi relevé plusieurs précédents récents dont l'un, en particulier, dans le cadre de la Charte de l'Energie, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia*. Le critère du contrôle y a été employé par les arbitres pour constater que l'entité considérée ne jouissait d'aucune liberté par rapport à l'Etat dont elle relevait et devait par conséquent être considérée comme son émanation.²⁶

Cet emprunt de plus en plus fréquent et délibéré aux règles de droit international public en particulier pour identifier l' « émanation » de l'Etat a de quoi frapper. Il manifeste à n'en pas douter non pas seulement une utilisation occasionnelle du droit international public mais, bel et bien, une reconnaissance de moins en moins réticente du fait que, dans un grand nombre de cas, le droit reconnu comme applicable est bien le droit international, y compris la coutume. C'est en tout cas la situation qui se présente lorsqu'on est en présence de « *treaty claims* », ou requêtes introduites par la personne privée mais sur le fondement de la méconnaissance par l'Etat d'accueil des obligations internationales publiques qui sont les siennes en vertu du traité de protection (BIT) l'unissant à l'Etat national de l'investisseur,

Quoiqu'il en soit, on doit bel et bien constater que l'unification sous l'égide du droit international des solutions retenues en matière de responsabilité encourue par l'Etat pour les faits illicites de ses émanations n'est encore que partielle. Dans bien des cas, on doit relever la persistance, pas toujours aisément justifiable au regard du droit international classique, de

²⁵ Ibid., II, § 28 et s.

²⁶ Sentence du 16 décembre 2003. Citée supra.

solutions particulières. Révèlent-elles le maintien d'une réticence chez certains arbitres ou la démonstration d'une spécificité de la matière, liée notamment à la dualité des types de requêtes soumises à l'arbitrage.

II. Le maintien de solutions spécifiques.

La spécificité de certaines solutions rendues dans les sentences arbitrales par rapport à ce à quoi l'on aurait pu s'attendre en application pure et simple des règles du droit international général apparaît au moins pour deux séries de raisons distinctes. La première est liée au jeu des normes conventionnelles invocables; la seconde est due au raisonnement des arbitres notamment en considération de la nature des requêtes qui leur sont adressées.

A. Les dispositions conventionnelles (*lex specialis*).

1. En application du jeu, il est vrai rarement employé en pratique, de la possibilité offerte à l'Etat par l'article 25.1 de la Convention de Washington de désigner lui-même « telle collectivité publique ou tel organisme dépendant » comme susceptible d'être partie au litige l'opposant à un investisseur étranger, l'« émanation » ainsi identifiée sera placée dans la même situation que celle où aurait été l'Etat lui-même. C'est un cas de substitution conventionnelle de l'« émanation » à l'Etat membre. Dans une telle hypothèse, le comportement de l'entité considérée n'aura plus besoin d'être envisagé en relation avec celui de l'Etat dont elle émane puisqu'elle lui est purement et simplement substituée. On peut alors parler d'*imputation directe* des faits en cause puisque directement établie à la charge de l'entité partie au procès; l'entité ne pourra invoquer le fait de l'Etat dont elle procède pour s'exonérer de sa responsabilité sauf à démontrer qu'en l'occurrence, c'était bien l'Etat lui-même, et non pas elle, qui était à l'origine du fait illicite dont se plaint le requérant privé étranger.²⁷

2. D'une façon plus générale, certains traités bilatéraux de protection des investissements (BIT) pourront influencer sur l'opération d'imputation des actions de l'« émanation » à l'Etat dont elle procède. Le modèle conventionnel français prévoit que l'Etat partie est responsable pour les actions et omissions de toute entité sur laquelle il exerce une « tutelle », expression qui doit s'entendre ici comme désignant la subordination de l'entité considérée à l'autorité publique dont elle émane.²⁸

De la même manière, plusieurs traités bilatéraux conclus par les Etats-Unis comportent une clause relative aux « entreprises d'Etat ». Elles visent ainsi les entités contrôlées par le biais d'une participation ou par d'autres moyens, faisant alors obligation à l'Etat de veiller à ce que ces émanations agissent conformément aux principes auxquels il a lui-même souscrit dans le BIT concerné. L'application de cette disposition a donné lieu en jurisprudence, dans l'affaire Alex Genin et al./République d'Estonie, à l'assimilation quasi complète de la Banque d'Estonie, en tant qu'organe des pouvoirs publics, à l'Etat estonien lui-même.²⁹

²⁷ Voir sentence Himpurana California Energy Ltd. c/PT Perusahaan Listrik Negara du 4 mai 1999, § 89, Mealey's International Arbitration Report, 1999, cité par Y. Nouvel, op.cit supra.

²⁸ COMPLETER.

²⁹ Sentence du 25 juin 2001, www.worldbank.org/icsid/cases.htm, 79, § 327.

3. Dans le traité établissant l'ALENA (NAFTA), on trouve également des dispositions du même type, d'ailleurs directement dérivées de traités bilatéraux passés par les Etats-Unis. C'est également le cas dans la Charte de l'Energie. Quoique en des termes distincts, ces deux traités multilatéraux imposent à chaque Etat membre l'obligation de répondre devant les arbitres des agissements de leurs « émanations », qu'il s'agisse des subdivisions territoriales (art. 105 NAFTA; 23 Charte de l'Energie), des entreprises d'Etat (art. 1503 NAFTA; art. 22.1 Charte de l'Energie), ou d'entités disposant de privilèges de puissance publique (Art. 1502.3 NAFTA; Art. 22.3, 4, 5 Charte de l'Energie). Ces dispositions sont intéressantes pour deux raisons. Elles offrent une définition juridique des entités considérées (à l'inverse, on l'a vu, de la Convention CIRDI). De plus, en mettant à la charge des Etats membres une obligation de veiller au respect par ces entités des obligations auxquelles ils ont eux-mêmes souscrit, elles influent directement sur les conditions de prise en compte des agissements des émanations. Il s'agit, certes, de règles primaires posant une obligation « de faire »; mais elles permettent de parvenir à des conclusions simples du point de vue de leur imputation puisqu'elles sont explicitement à la charge non de l'entité considérée mais de l'Etat lui-même. La situation est en effet beaucoup plus simple que dans le cadre de la Convention de Washington. D'abord, parce que l'assimilation de l'entité considérée à l'Etat est rendue très aisée pour peu qu'elle réponde à l'une ou l'autre des définitions conventionnelles précitées; ensuite, parce que la question de l'imputation, à proprement parler, ne se pose plus aux arbitres. Ils n'auront à considérer qu'une action ou omission de l'Etat à l'égard de son émanation, pour voir si il a bien déployé la diligence requise par l'obligation qu'il avait souscrite, cette obligation étant d'ailleurs, du moins en certains cas, analysée par certains auteurs comme une véritable obligation non plus seulement de moyens mais de résultat, interprétation qui nous paraît au demeurant très radicale.³⁰

Dans les situations qui précèdent, en tout cas, les arbitres n'ont qu'à s'en tenir à l'application des règles conventionnelles pertinentes. Celles-ci sont plus précises que le droit international coutumier; elles autorisent, par conséquent, l'application de l'adage selon lequel « les règles spéciales dérogent aux règles générales ». Toutefois, en l'absence de précisions conventionnelles de cet ordre, les arbitres sont en quelque sorte laissés à eux-mêmes pour appliquer le droit international général. Ils le font alors, parfois, selon des raisonnements et des méthodes aboutissant à des solutions partiellement hétérodoxes.

B. Le raisonnement des arbitres.

En théorie du moins, deux opérations sont clairement à distinguer en droit international lorsqu'un acte (ou une omission) dont la licéité est en cause n'a pas été directement produit par l'Etat. Ces deux opérations répondent à deux questions différentes : a) quelle est la nature de l'entité auteur de l'acte ? b) l'acte dont cette entité est l'auteur est-il attribuable à l'Etat ? On distingue ainsi, en principe, d'une part, l'*identification* de la situation propre à l'entité auteur de l'acte par rapport à l'Etat; d'autre part, l'*attribution* éventuelle de cet acte à l'Etat

³⁰ Voir, sur l'ensemble de cette question, W. Ben Hamida, L'arbitrage transnational unilatéral, Thèse Université de Paris II, multigraphiée, 2002, pp. 223-247. La détermination de la nature exacte de l'obligation souscrite dépend en premier lieu de sa formulation mais aussi du contexte général de son application; la démonstration du caractère strict de l'obligation en tant qu'obligation de résultat devra en tout cas être faite par la partie qui l'invoque et ce n'est pas une preuve forcément aisée.

lui-même.³¹ Quoique restant généralement implicite, la décomposition de l'élément subjectif du fait générateur en deux temps d'analyse successifs, l'un se rapportant à l'organisation de l'Etat, l'autre à l'attribution du fait de l' « émanation » à cet Etat lui-même fut dûment notée lors des travaux initiaux de la C.D.I.³². Toutefois, en pratique et même en doctrine, il faut bien constater que ces deux temps *ne sont généralement pas distingués l'un de l'autre* par les internationalistes. Ces derniers les désignent conjointement sous le terme unique d' « imputation ».

Ainsi en est-il dans la présentation de l'article 2 de la dernière version du texte de codification établi par la C.D.I. Intitulé « Eléments du fait internationalement illicite de l'Etat », il n'opère de distinction qu'entre l'imputation et la violation d'une obligation internationale. Il ne se livre pas explicitement au dépeçage de l'imputation dans les deux opérations successives que l'on vient de rappeler.³³ Ces dernières sont généralement perçues par la doctrine dans un seul et même mouvement : il apparaîtrait comme une vaine redondance de dire d'un comportement qu'il est un fait de l'Etat s'il a déjà été établi, en amont, que l'entité à laquelle il est attribué était l'Etat lui-même. Pour les internationalistes, ordinairement du moins, si c'est l'un, c'est également l'autre ! Sauf exception, la révélation de l'entité comme une émanation de l'Etat entraîne ainsi, *ipso facto*, que ses actions soient imputables à l'Etat.

Une autre question demeure toutefois celle de savoir si l'activité ainsi imputée à l'Etat présente elle-même les caractères d'une activité publique, exercée « *jure imperii* », ou privée, au sens où, de pur caractère commercial, elle serait accomplie « *jure gestionis* » c'est-à-dire dans les mêmes conditions que celles qu'auraient conduites une personne privée; distinction au demeurant pas toujours aisée mais sur laquelle on ne peut s'étendre ici. Quoi qu'il en soit, cette dernière analyse ne regarde pas l'attribution de l'action mais sa qualification, opération substantielle qui regarde la question de savoir si la question de la responsabilité de l'Etat se posera en droit international ou non.³⁴

A l'inverse, on rencontre dans certaines des sentences intervenues en droit des investissements, une distinction explicite et marquée des deux opérations couvertes par le seul terme d'imputation en droit international public. Cette distinction va même, chez certains

³¹ En d'autres termes, deux opérations successives s'enchaînent. Si, sur la base de critères fonctionnels et structurels, il apparaît que les liens sont suffisamment intenses entre l'entité et la puissance publique, la première apparaîtra généralement comme une « émanation » de la seconde. Une fois cette analyse achevée, il restera toujours à s'interroger sur la question de savoir si une action de l'émanation ainsi identifiée est imputable à l'Etat. La responsabilité de l'Etat ne sera ensuite engagée en droit international que si, de plus, cette action s'avère illégale au regard des obligations internationales de cet Etat (conventionnelles ou coutumières). Voir P.M.Dupuy, *Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats*, *RCADI* t. 188, (1984), pp. 28 et s. et, du même auteur, *Droit international public*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2004, pp. 460-480. Précisons que si un fait en lui-même illicite était imputé à une entité qui n'est pas une personne de droit international public, par défaut d'élément objectif, il n'y aurait pas fait générateur de responsabilité et donc pas de responsabilité, du moins en droit international public.

³² Voir Roberto Ago, rapporteur spécial à la Commission du Droit International, Troisième rapport sur la responsabilité des Etats, *A.C.D.I.*, 1971, vol; II, 1^{ère} partie, § 110.

³³ Identification de l'organe + attribution de son action à l'Etat.

³⁴ Si tel est bien le cas, cette responsabilité sera alors due par l'Etat à l'investisseur privé étranger soit parce que son « émanation », auteur véritable de l'acte qui lui est imputé, se confond avec lui et que l'acte en cause s'avère illicite au regard de ses obligations conventionnelles ou coutumières; soit, plus simplement, parce que cet Etat a manqué à son obligation de diligence à l'égard de l'investisseur étranger en ne prévenant pas la réalisation de l'action illicite dont ce dernier a subi préjudice. Voir en ce sens l'arrêt d'une Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A.*, (Etats-Unis c. Italie), arrêt du 20 juillet 1989, *Rec. C.I.J.*, 1989, p. 65, §108. Voir aussi *AAPL c. Sri Lanka*, sentence du 27 juin 1990, *ICSID Rep.*, vol. 4, p. 271, § 53.

arbitres, jusqu'à méconnaître la logique, classique en droit international, selon laquelle si l'entité s'avère être une émanation, cela entraînera par le fait même l'attribution de ses actes à l'Etat dont elle émane. Il y a, selon nous, au moins deux types de causes à cette spécificité relative du droit des investissements. La première est technique; la seconde revient à l'identification par l'arbitre du droit applicable au fond du différend.

1. La cause technique de cette originalité arbitrale, même si elle est loin de se vérifier dans chaque affaire, est due, tout particulièrement dans le droit spécial établi par la Convention de Washington, aux conditions nécessaires à l'établissement de la compétence du tribunal. Celui-ci ne saurait, en effet, connaître d'un litige opposant deux Etats l'un à l'autre. Il ne pourrait pas davantage régler un différend entre deux personnes privées. Le but de la Convention, et c'est tout ce qui fait la spécificité du système CIRDI, est de permettre la solution d'un conflit entre deux entités hétérogènes par nature, un Etat, d'un côté, une personne privée étrangère, de l'autre. Il est donc nécessaire, lorsque, par exemple, entrent en conflit deux personnes dotées chacune dans son ordre juridique national d'une personnalité juridique propre, l'une apparemment investisseur privé, l'autre, de prime abord société non étatique, de rapporter la preuve que l'une des deux est en réalité une « émanation » de l'Etat,³⁵ sauf à retomber dans un conflit commercial ordinaire entre deux personnes privées de nationalités différentes. Ce n'est qu'au terme de cette vérification par le tribunal qu'il sera assuré de pouvoir connaître du différend qui lui est soumis.

De la même manière, et symétriquement, si le demandeur au titre d'une « *treaty claim* » dirigée contre l'Etat d'accueil apparaissait *prima facie* lui-même comme une entité assimilable à un autre Etat, il lui faudrait d'abord aborder la preuve qu'il n'en est rien et qu'il n'est ni indissolublement lié à l'autorité publique ni chargé par elle d'une mission de « service public » ou d'intérêt général, ou encore qu'il ne dispose d'aucun privilège de puissance publique.³⁶ Ce n'est, en d'autres termes, que lorsque le rapport d'hétérogénéité juridique entre les deux parties au différend aura été avéré (Etat d'un côté, personne privée étrangère, de l'autre) que la compétence du tribunal arbitral pourra être assurée. Ceci explique que nombre de sentences soient amenées à examiner la question du lien entre l'Etat et l'entité concernée d'une façon distincte de la question de l'attribution éventuelle de son comportement à ce même Etat.

Dans l'affaire Maffezini, les arbitres ont ainsi nettement distingué l'identification du lien, entre l'entité considéré et l'Etat, de l'imputation de l'action de la première au second :

« the Tribunal has to answer the following two questions: first, whether or not SODIGA is a State entity for the purpose of determining the jurisdiction of the Center and the competence of the Tribunal, and second, whether the actions and omissions complained of by Claimant are imputable to the State.”³⁷

Dans la même affaire, et se posant dans la sentence au fond la question de l'imputation proprement dite de l'action de SODIGA à l'Espagne, le même tribunal va chercher «whether

³⁵ Tel est du moins de l'Etat en l'absence de désignation spontanée par cet Etat, ainsi que l'y autorise l'article 25 alinéa 1^{er}, de l'entité en cause comme d'une de ses émanations, à ce titre assimilable à lui, ce qui permet bien entendu la saisine d'un tribunal CIRDI.

³⁶ A cela s'ajoute bien entendu la condition de non identité de nationalité entre demandeur et défendeur qui découle de l'article 25.

³⁷ Affaire Maffezini c. Royaume d'Espagne, décision sur la compétence, 25 juillet 2000, *ICSID Rep.*, vol. 5, p. 413, § 75.

specific acts or omissions are essentially commercial rather than governmental in nature »³⁸. Les arbitres utiliseront alors les critères structurels et fonctionnels précités pour parvenir à la conclusion que la SODIGA était bel et bien une émanation de l'Etat espagnol. Le débit du compte bancaire de l'investisseur étranger sans son consentement a en effet été considéré comme l'expression d'un privilège exorbitant du droit commun imputable comme tel à l'Etat lui-même.

On trouve une démarche analogue dans l'affaire Salini à propos de la Société nationale des autoroutes du Maroc (ADM) qui avait lancé l'appel d'offre pour la construction d'une autoroute. En l'espèce, les arbitres ne sont toutefois pas allés jusqu'à réserver le second temps de l'analyse à la phase d'examen de l'affaire au fond.³⁹ Toutefois, la même affaire, et elle n'est pas la seule, comporte une particularité qui n'est pas sans provoquer certaine perplexité. Dans l'affaire Salini, en effet, après avoir admis que la Société nationale des autoroutes était une « société de l'Etat, agissant au nom du Royaume du Maroc »⁴⁰, le tribunal conclut tout de même que lorsque « l'Etat a organisé un secteur d'activité par l'intermédiaire d'une personne morale distincte »⁴¹, les contrats passés par cette personne distincte demeurent hors de sa compétence parce qu'ils ne seraient pas des contrats de l'Etat. Tout semble alors, dans l'esprit des arbitres, se passer comme si, par delà l'identification de l'entité à l'Etat, ils continuaient à faire jouer à sa personnalité propre le rôle d'un écran préservant l'Etat de se voir attribuer les contrats que l'émanation a pourtant passés pour la réalisation de ses buts de service public.

2. C'est sans doute à ce stade qu'aux fins de clarification, il est utile sinon même nécessaire de rappeler la distinction entre les « *treaty claims* » et les « *contract claims* ». D'une manière générale, en effet, comme le note à juste titre Emmanuel Gaillard, « le droit contemporain de la protection des investissements internationaux s'articule autour de la distinction, de plus en plus marquée, entre deux plans, celui du contrat, pris en tant que tel, et celui du traité sur lequel est fondée la demande d'arbitrage tendant à voir engagée la responsabilité internationale de l'Etat »⁴².

Si l'arbitre est saisi sur la base d'une violation alléguée du traité bilatéral unissant l'Etat hôte à l'Etat de nationalité de l'investisseur, outre le fait que le tribunal compétent sera déterminé par la clause attributive de compétence du traité, le droit applicable pour apprécier la réalité de l'illicite invoqué sera le droit international public.

En revanche, et sauf disposition contraire dans la clause de règlement des différends présente au contrat, la présomption demeure selon laquelle une requête exclusivement fondée sur la violation du contrat entre l'investisseur et l'Etat hôte sera soumise au droit interne de l'Etat hôte. C'est donc en fonction de cette base de détermination du droit applicable que devra être opérée l'analyse des liens existants entre l'Etat hôte et son émanation.

Ceci a notamment été notamment rappelé très clairement dans la sentence d'annulation en l'affaire *Compania de Aguas des Aconquijas S.A. and Vivendi Universal v. Argentine*

³⁸ Affaire Maffezini c. Royaume d'Espagne, décision au fond, 13 novembre 2000, *ICSID Rep.*, vol. 5, p. 429, § 52, p. 17.

³⁹ Voir commentaire E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 644 et s.

⁴⁰ Affaire Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc, décision sur la compétence du 3 juin 2001, *JDI*, 2002, p. 203, § 35.

⁴¹ *Ibid.* § 61.

⁴² E. Gaillard, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements – les Etats dans le contentieux économique international*, I. Le contentieux arbitral, *Revue de l'arbitrage*, 2003, n°3, p. 853, § 13.

Republic.⁴³ Si une plainte est articulée sur base de l'invocation d'un manquement au traité ou au contrat, la même émanation, en l'occurrence la Province de Tucuman, sera considérée comme assimilée à l'Etat ou non; dans le cadre d'une « *treaty claim* », elle engagera la responsabilité de l'Etat argentin au cas où elle aurait commis des faits illicites au regard du droit international. Dans le cas d'une « *contract claim* », au contraire, conservant sa propre personnalité juridique, la même Province assumera elle-même, sur base du droit interne applicable au contrat, la responsabilité de ses actions ou omissions:⁴⁴

« ...in the case of a claim based on a *treaty*, international law rules of attribution apply, with the result that the state of Argentina is internationally responsible for the acts of its provincial authorities. By contrast, the state of Argentina is not liable for the performance of *contracts* entered into by Tucuman, which possesses separate legal personality under its own law and is responsible for the performance of its own contracts”.⁴⁵

Le respect de cette règle simple de répartition des droits applicables en fonction de la nature des requêtes, même s'il maintient une certaine spécificité de l'opération d'imputation, devrait en tout cas rendre la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement à la fois encore plus cohérente et prédictible, deux conditions nécessaires à l'exercice d'une bonne justice.

⁴³ *Vivendi Universal v. Argentine Republic*, No. ARB/97/3, July 3, 2002 (annulment decision), 41 I.L.M. 1135., para 95-96, p.1154.

⁴⁴ Voir B.Cremades, *Litigating Annulment Proceedings – The Vivendi Matter : Contract and Treaty Claims*, in E.Gaillard and Y.Banifatemi (eds.), *IAI Series on International Arbitration*, n°1, *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, 2004, p. 87-97.

⁴⁵ C'est nous qui soulignons.