



Assemblée générale

Distr. limitée
24 juin 2025
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail III (Réforme du règlement
des différends entre investisseurs et États)
Cinquante-deuxième session
Vienne, 22-26 septembre 2025

Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)

Projet de lignes directrices sur le calcul des réparations et de l'indemnisation dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États

Note du Secrétariat

1. Au cours de ses délibérations antérieures, le Groupe de travail a recensé plusieurs sources de préoccupation : l'incohérence et l'imprévisibilité des sentences sur les réparations¹, le fait que l'indemnisation élevée accordée par les tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) affecte l'aptitude des États à réglementer et leur capacité à fournir des biens et des services publics², la complexité du calcul des réparations, qui contribue à accroître les coûts et la durée des procédures³, et les écarts extraordinaires entre les montants investis et les montants attribués à titre d'indemnisation⁴.

2. À la trente-huitième session, en octobre 2019, le Secrétariat a été prié d'examiner les modalités d'éventuels travaux sur les réparations et l'indemnisation⁵. Il a donc établi une note sur l'évaluation des dommages et l'indemnisation⁶. À la quarante-troisième session, un appui a été exprimé en faveur de la poursuite des travaux sur le sujet, et le Secrétariat a été prié d'élaborer un projet de texte comprenant des dispositions et des lignes directrices qui permettraient de répondre aux préoccupations que soulèvent les dommages et indemnités en ce qui concerne l'exactitude et la cohérence, ainsi que les coûts et la durée⁷.

¹ A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 30.

² A/CN.9/970, par. 36 à 38. A/CN.9/1160, par. 99.

³ A/CN.9/1124, par. 91.

⁴ A/CN.9/WG.III/WP.220, par. 5.

⁵ A/CN.9/1004*, par. 104.

⁶ A/CN.9/WG.III/WP.220, par. 10.

⁷ A/CN.9/1124, par. 100.



3. À la quarante-neuvième session, en septembre 2024, il a été redit que l'on pourrait établir des lignes directrices pour aider les tribunaux à décider des réparations et de l'indemnisation, et que l'on pourrait élaborer celles-ci en parallèle avec le projet de disposition sur l'évaluation des réparations et de l'indemnisation⁸.
4. Un projet de lignes directrices sur le calcul des réparations et de l'indemnisation dans le cadre du RDIE a donc été établi, et il est joint en annexe à la présente note.
5. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le document [A/CN.9/WG.III/WP.253](#) contient une version révisée du projet de disposition sur l'évaluation des réparations et de l'indemnisation (projet de disposition 20). Plusieurs autres projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales ont un rapport avec le calcul des réparations, notamment ceux qui concernent la preuve, la bifurcation, la garantie du paiement des frais, la répartition des frais, les demandes reconventionnelles, le financement par des tiers et les demandes présentées par des actionnaires.

⁸ [A/CN.9/1194](#), par. 104.

Annexe

Projet de lignes directrices sur le calcul des réparations et de l'indemnisation dans le cadre du règlement des différends entre investisseurs et États

1. L'évaluation et le calcul des réparations et de l'indemnisation comportent des aspects procéduraux, juridiques et quantitatifs. Exercice intrinsèquement économique, ce processus repose largement sur des analyses d'experts. Il est donc essentiel de faire appel à des outils procéduraux pour définir le rôle des experts et le recours à leurs services. D'un point de vue juridique, les réparations obéissent aux principes et à la pratique arbitrale qui régissent le droit à la réparation, les exigences en matière de preuve et les limites de l'indemnisation. Pour ce qui est de l'évaluation, si le calcul des réparations s'effectue conformément aux normes et pratiques du secteur, il reste soumis au cadre juridique applicable. Les lignes directrices visent à aider les tribunaux à prendre en compte ces éléments.

2. Au début des lignes directrices sont présentés le cadre analytique et les évolutions du droit. Il est ensuite question des principaux enjeux auxquels sont confrontées les personnes appelées à trancher les différends et des meilleures pratiques qui ressortent des procédures d'arbitrage. Il est également précisé dans quels domaines des réformes pourraient être menées et sous quelle forme, dans la mesure où elles s'écartent ou vont au-delà des principes applicables et de la pratique arbitrale.

3. Ces questions sont aussi examinées par d'autres instances internationales en ce moment. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) mène par exemple une initiative importante : elle a publié en septembre 2024 une note thématique sur les accords internationaux d'investissement qui propose des stratégies relatives à l'indemnisation et aux réparations dans le cadre de ce type d'accords⁹. La CNUCED y décrit plusieurs méthodes que les États peuvent appliquer en réponse aux préoccupations que soulèvent les montants élevés des réparations accordées et les lacunes des règles d'indemnisation prévues par les accords internationaux d'investissement ; les États peuvent par exemple clarifier les liens de causalité et les facteurs d'atténuation, prescrire des orientations sur les techniques d'évaluation, ou encore décourager les demandes excessives. La Commission du droit international (CDI) mène elle aussi des travaux dans ce domaine, et elle a inscrit la question de l'indemnisation des dommages causés par un fait internationalement illicite à son programme de travail¹⁰. Les sujets possibles comprennent les conditions de l'indemnisation, les types de dommages, la causalité, la situation financière de l'État responsable, la pertinence de l'équité et des principes généraux du droit, les intérêts, la faute concurrente et les pratiques des différentes juridictions en matière de détermination de l'indemnisation¹¹. La coordination de ces initiatives en cours pourrait permettre d'éviter la fragmentation des approches.

4. Chaque section des lignes directrices est suivie d'une série de recommandations destinées à favoriser le bon déroulement des procédures. Ces recommandations doivent aider les tribunaux à gérer la procédure avec plus d'efficacité, à la rationaliser dans la mesure du possible, à sensibiliser les parties aux questions susceptibles de présenter un intérêt particulier pour le tribunal et à encourager l'utilisation des outils procéduraux disponibles. Elles sont conçues pour promouvoir clarté et prévisibilité grâce à la mise en place de normes procédurales claires – dans l'idéal convenues avec les parties et acceptées par elles – tout en renforçant l'économie judiciaire. Compte

⁹ CNUCED, « IIA Issues Note: Compensation and Damages in Investor-State Dispute Settlement Proceedings », disponible en anglais à l'adresse suivante : https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2024d3_en.pdf.

¹⁰ A/80/10, par. 23 et 437.

¹¹ A/79/10, annexe I.

tenu de la jurisprudence arbitrale qui prévaut et des divergences observées dans l'application de certaines approches – notamment en ce qui concerne les procédures de décaissement ou le calcul et l'octroi des intérêts – les recommandations visent aussi à promouvoir cohérence et harmonisation dans la pratique, le but étant d'arriver à des résultats plus homogènes et transparents.

A. Organisation de la procédure arbitrale

5. Après être arrivé à une conclusion sur la responsabilité, le tribunal se penche normalement sur le lien de causalité et sur les réparations. Bien que ces questions soient traitées vers la fin de la procédure, les parties et le tribunal peuvent prendre certaines mesures en amont pour aider le tribunal à rendre son jugement.

6. Réunion procédurale initiale et conférences de gestion d'instance : les parties fixent normalement les règles de la procédure lors de la première réunion procédurale. Dès ce stade, les parties et le tribunal devraient décider quelles procédures sont les mieux adaptées pour obtenir les rapports des experts en réparations, circonscrire les questions en litige et traiter les questions préliminaires. L'International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) suggère que les questions de fait et de droit liées aux réparations soient examinées préliminairement avec les parties pendant cette réunion, dans le cadre de discussions sur les preuves de la responsabilité, sur les liens avec les réparations et sur la théorie du préjudice¹². Cela pourrait contribuer à préciser et circonscrire les questions, ainsi qu'à aider le tribunal à mieux comprendre et traiter l'affaire. Il peut néanmoins s'avérer difficile en pratique d'engager des discussions significatives à un stade aussi précoce, avant même que la nature et la teneur de la demande en réparation n'aient été bien définies par les parties. Des réunions de gestion d'instance peuvent donc être organisées en complément, après que les spécificités de l'espèce ont été clarifiées, afin de permettre au tribunal de traiter les principales questions en litige, y compris celles qui concernent la quantification des réparations. De telles réunions de gestion d'instance pourraient être organisées aux étapes importantes de la procédure, par exemple entre les phases écrites et avant l'audience.

7. Bifurcation de la phase d'évaluation des réparations : dans certains cas, il peut être approprié de scinder la procédure afin de permettre au tribunal de trancher d'abord les questions qui pourraient être déterminantes ou l'aideraient à passer à la phase suivante. Bien que dans la pratique on procède plus couramment à la bifurcation pour les questions de compétence, il est arrivé que certains tribunaux choisissent cette solution pour l'évaluation des réparations¹³. La bifurcation des procédures est prévue dans plusieurs règlements d'arbitrage. De même, dans les Règles de l'International Bar Association sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (Règles de l'IBA), les tribunaux sont encouragés à « identifier et à soumettre aux Parties, dès [qu'ils l'estiment] approprié, toute question ... pour laquelle il pourrait être opportun de prendre une décision préliminaire » (article 2-3-b). L'un des principaux avantages de la bifurcation est le gain d'efficacité auquel elle donne lieu. En traitant la question de la compétence et/ou les questions de fond dès le départ, les parties peuvent gagner du temps et réduire les coûts en évitant des réunions sur l'évaluation des réparations si la demande est rejetée¹⁴, en précisant le cadre du litige

¹² Comité international d'arbitrage du CPR, « Protocol on Determination of Damages in Arbitration » (2010), disponible en anglais à l'adresse suivante : <https://static.cpradr.org/docs/CPR-Protocol-on-Determination-of-Damages-in-Arbitration-fnl.pdf>, p. 3.

¹³ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/19, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, par. 272 à 275 ; *Electrabel SA c. Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/19, ordonnance préparatoire n° 3, 27 mars 2009, par. 3 ; *Glencore Finance (Bermudes) Ltd. c. État plurinational de Bolivie*, affaire CPA n° 2016-39 (*Glencore Finance c. État plurinational de Bolivie*), ordonnance préparatoire n° 2 (décision sur la bifurcation), 31 janvier 2018, par. 56.

¹⁴ *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI, sentence finale, 3 août 2005, par. 32.

pour la phase d'évaluation des réparations et en parvenant plus rapidement à un règlement.

8. Cependant, la bifurcation n'a pas toujours l'efficacité escomptée. En effet, elle n'est pas indiquée pour les affaires dans lesquelles les questions de responsabilité sont étroitement liées à des questions telles que les liens de causalité, l'atténuation ou l'existence d'une expropriation assimilable à une violation. Dans de tels cas, la bifurcation peut donner lieu à des redondances dans l'analyse des éléments de preuve et des dépositions des témoins des faits, ce qui limite les gains de temps et d'argent. En outre, afin de déterminer s'il y a lieu de soumettre la demande et/ou d'obtenir des fonds, les investisseurs font normalement appel assez tôt à des spécialistes techniques et à des experts de l'évaluation des réparations chargés d'étayer leurs demandes et d'estimer les montants. La décision de procéder ou non à une bifurcation doit être prise au cas par cas, en fonction i) de considérations relatives au calendrier et aux coûts, ii) du gain d'efficacité escompté par le tribunal pour la procédure, et iii) de l'utilité des rapports des experts en évaluation des réparations après que le tribunal est arrivé à une conclusion sur la responsabilité¹⁵. Si la quantification des réparations est différée, le tribunal pourra proposer un ensemble de paramètres non contraignants en l'absence d'une sentence partielle fondée sur les phases antérieures de l'instance. Cela ne devrait toutefois pas empêcher une partie de présenter également tout son argumentaire afin de sauvegarder ses droits à une procédure régulière.

9. Écritures : il est crucial que les parties s'assurent que le tribunal dispose des preuves nécessaires et comprenne suffisamment l'affaire pour pouvoir statuer, notamment sur l'existence des dommages et leur quantification. Certains outils et techniques peuvent aider le tribunal à déterminer quelles sont les principales questions en litige, à obtenir des preuves pertinentes et à évaluer les effets des hypothèses des experts sur le montant des réparations.

10. Premièrement, un document d'organisation peut être établi pour recenser et particulariser les réparations demandées en rapport avec les violations alléguées. Les avocats de la défense dans les arbitrages d'investissement ont l'habitude d'utiliser des calendriers pour la production des documents. Par exemple, un système tel qu'un « Scott Schedule » (tableau détaillant les défauts) peut être mis en place pour décrire chaque demande, indiquer le montant demandé et préciser la position des parties sur chaque question¹⁶. Des cadres structurés peuvent favoriser le développement d'un raisonnement systématique et échelonné sur le montant des réparations.

11. Deuxièmement, la production de documents est le moyen habituel par lequel sont obtenues les informations sur l'affaire. Si l'échange de documents a normalement lieu après le premier dépôt de mémoires écrits, il arrive que certains problèmes n'apparaissent qu'à un stade ultérieur de la procédure. Il peut donc être utile de faire en sorte que la première ordonnance de procédure permette au tribunal de réexaminer les décisions sur les demandes de production relatives aux réparations ou d'autoriser une phase ultérieure pour la collecte de preuves supplémentaires sur le montant des réparations. Toute demande doit être appuyée par des justifications solides afin d'éviter les charges excessives et les retards inutiles.

12. Troisièmement, des rapports conjoints d'experts sont souvent utilisés pour circonscrire les points litigieux, bien qu'ils puissent s'avérer inefficaces si les experts ont des avis fondamentalement divergents. Il peut être plus utile pour le tribunal que les experts communiquent leurs instructions et leurs principales hypothèses (article 5-2-b des Règles de l'IBA), et procèdent à une analyse de sensibilité mettant

¹⁵ *Coropi Holdings Limited, Kalemegdan Investments Limited and Erinn Bernard Broshkov c. République de Serbie*, affaire CIRDI n° ARB/22/14, ordonnance préparatoire n° 4, 21 août 2023, par. 21.

¹⁶ Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, « Using a "Scott Schedule" in Arbitration » (6 décembre 2018), disponible en anglais à l'adresse suivante : <https://adric.ca/using-a-scott-schedule-in-arbitration/>.

en évidence les effets de ces instructions et hypothèses sur le résultat de l'évaluation¹⁷. Souvent, les différences dans les évaluations ont pour origine les instructions et hypothèses fournies aux experts par les avocats mandants, et il est rare qu'elles soient le résultat de divergences réelles. Si toutefois le tribunal décide qu'il est justifié d'apporter des modifications au modèle financier ou considère qu'une autre méthode d'évaluation serait plus appropriée, les parties devraient avoir la possibilité de présenter des observations concernant toute question qui n'aurait pas encore été abordée, ce afin d'éviter que soit accordée une mesure qu'elles n'auraient pas demandée.

13. Organisation des audiences : le tribunal, en collaboration avec les parties, peut établir des règles de procédure préalablement à l'audience afin d'optimiser la valeur des témoignages d'experts. Par exemple, il peut être demandé aux experts de se réunir afin de se concerter avant l'audience. Dans certains cas, les tribunaux ont chargé les experts des parties d'établir ensemble un rapport écrit sur les points d'accord et de désaccord¹⁸, ceci pouvant contribuer à circonscrire les questions à trancher. Une autre approche consiste à définir les règles qui régissent la présentation des rapports d'experts. Par exemple, avec l'aide du tribunal, les parties peuvent élaborer des règles concernant les présentations des experts, la portée et la durée du contre-interrogatoire, l'ordre des auditions des témoins et des experts, l'audition des co-experts, l'utilisation et l'échange préalable de démonstrations et de supports visuels, le traitement de l'information confidentielle et l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve. Enfin, le tribunal peut décider d'organiser une conférence de témoins (également appelée « conférence d'experts » ; voir article 8-4-f des Règles de l'IBA). Cette conférence permet essentiellement au tribunal d'entendre conjointement les experts qui s'opposent, tout en donnant aux parties la possibilité de poser des questions complémentaires. Les objectifs de la conférence d'experts sont de révéler les points d'accord et de désaccord, de vérifier la solidité des éléments de preuve, de clarifier les questions techniques, d'éliminer les arguments peu convaincants et de stimuler le débat. Préalablement à cette conférence, il est bon de convenir du temps qui lui sera alloué, du degré de participation des parties et des sujets qui seront abordés, afin de garantir des conditions équitables.

14. Après les audiences : une fois les audiences terminées, le tribunal peut encore avoir besoin d'aide pour évaluer les questions relatives à l'évaluation des réparations, auquel cas il peut demander des informations ou des analyses supplémentaires aux parties et à leurs experts.

15. Le tribunal peut aussi procéder lui-même à l'analyse des modèles des parties ou nommer son propre expert. Cette possibilité est prévue dans la plupart des règlements d'arbitrage et dans certains accords internationaux d'investissement. Il est toutefois préférable que les tribunaux décident de nommer un expert à un stade plus précoce de la procédure (en particulier si l'une des parties n'a pas choisi d'expert) ou quand une affaire est complexe, afin de mieux comprendre les hypothèses ou les méthodes sous-jacentes¹⁹. Bien qu'il existe des différences entre les règlements d'arbitrage, il est généralement bon que le tribunal définisse avec les parties le degré de participation de l'expert, la forme que prendra son assistance et le coût de la procédure. En outre, les parties devraient avoir le droit d'examiner et de commenter le rapport de l'expert nommé par le tribunal ainsi que de l'interroger lors d'une audience.

¹⁷ Une approche différente est proposée dans l'article 6-1-a) du document intitulé « Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration » du Chartered Institute of Arbitrators.

¹⁸ *S.D. Myers Inc c. Canada*, CNUDCI, ordonnance préparatoire n° 17, 26 février 2001, par. 12 ; *Achemea BV c. République slovaque*, CNUDCI, affaire CPA n° 2008-12, sentence finale, 7 décembre 2012, par. 61 à 65 ; *Anatolie Stati et al. c. Kazakhstan*, affaire CCS n° V 116/2010 (*Stati et al. c. Kazakhstan*), sentence, 19 décembre 2013, par. 118.

¹⁹ *CMS Gas Transmission Company c. la République argentine*, affaire CIRD I n° ARB/01/8 (*CMS c. Argentina*), sentence, 12 mai 2005, par. 418.

16. Malgré ces mesures, le fait que le tribunal nomme lui-même un expert est souvent perçu comme un risque que celui-ci devienne arbitre de facto. En réponse à ces préoccupations, le rôle de l'expert peut être limité à celui de conseiller technique (voir la Clause type de la CNUDCI sur les conseillers techniques). Il peut par exemple s'en tenir à conseiller les juges au sujet de la conformité du modèle avec les conclusions du tribunal²⁰ ou agir en tant que facilitateur et aider le tribunal à mieux comprendre les facteurs sous-jacents qui ont amené les experts nommés par les parties à avoir des opinions divergentes sur l'évaluation des réparations²¹.

17. Les tribunaux ont à leur disposition toute une série d'outils et de techniques pour traiter les questions des liens de causalité et de l'évaluation des réparations. Tout au long de la procédure, le tribunal, en consultation avec les parties, peut définir une procédure qui non seulement favorise une meilleure compréhension des aspects théoriques et méthodologiques de l'espèce, mais aussi améliore l'efficacité du processus, limitant ainsi les retards et les frais. Les experts jouent un rôle clef dans l'évaluation des réparations et il convient donc d'accorder une attention particulière à leurs interventions dans le cadre de la procédure. En outre, les tribunaux pourront envisager de recourir à de nouvelles techniques pour limiter l'effet d'ancrage, et par exemple procéder à une évaluation en aveugle des réparations. Il pourrait être demandé aux parties de préparer des analyses des réparations et de les échanger, en indiquant sur quelle méthode, quelles hypothèses et quelle logique elles reposent, sans toutefois indiquer le montant final au tribunal. Ce dernier serait ainsi en mesure d'évaluer la logique juridique et économique qui sous-tend la demande sans être influencé par un montant spécifique. Des évaluations en aveugle permettraient aussi la tenue d'un débat raisonné sur la méthode sous-jacente et limiteraient dans le même temps les biais cognitifs dans l'évaluation par le tribunal du montant des réparations.

Recommandations

Les tribunaux devraient organiser une réunion procédurale initiale et des réunions de gestion d'instance ultérieures pour analyser la théorie du préjudice, examiner les preuves et circonscrire les questions relatives aux réparations.

Les tribunaux devraient envisager de recourir à la bifurcation pour la phase d'évaluation des réparations en prenant en compte i) les considérations de temps et de coût, ii) le gain d'efficacité dans la procédure, et iii) l'utilité des rapports des experts sur l'évaluation des réparations après une conclusion sur la responsabilité.

Les tribunaux devraient mettre en place un cadre structuré pour favoriser un raisonnement systématique sur le montant des réparations.

Les tribunaux pourraient envisager de réexaminer les décisions relatives aux demandes de production de documents concernant les réparations ou de consacrer une phase de production de documents distincte à l'évaluation des réparations.

Les tribunaux devraient exiger des experts qu'ils communiquent leurs instructions et leurs principales hypothèses, et qu'ils procèdent à une analyse de sensibilité indiquant quels effets ces instructions et hypothèses ont sur l'évaluation.

²⁰ J.A. Trenor, « Strategic Issues in Employing and Deploying Damages Experts », dans *The Guide to Damages in International Arbitration*, 3^e édition, Trenor (dir. publ.) (2018), p. 169.

²¹ A. Douglas, « Procedural Tools to Facilitate the Quantification of Damages in Investor-State Arbitration », dans *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (dir. publ.) (2018), p. 20.

Le tribunal devrait adapter la procédure pour les témoignages des experts, et par exemple demander à ces derniers de recenser les points litigieux, de fixer des règles spécifiques pour la présentation des rapports d'experts lors de l'audience et de définir une procédure pour la conférence de témoins.

Les tribunaux devraient envisager d'engager leurs propres experts ou conseillers techniques à un stade précoce de la procédure afin d'être en mesure de mieux comprendre les méthodes, les données et les hypothèses sous-jacentes, conformément à l'approche définie dans la Clause type de la CNUDCI sur les conseillers techniques.

B. Charge et critère d'établissement de la preuve

18. Dans le cadre d'une procédure internationale, il incombe à la partie qui affirme un fait de l'établir²². Certains accords internationaux d'investissement stipulent aussi expressément qu'il incombe au demandeur de prouver la propriété ou le contrôle de l'investissement, la nationalité de l'investisseur, les violations de l'accord et les dommages qui en résultent. Ainsi, il revient à l'investisseur demandeur de fournir les preuves qui sous-tendent ses demandes, tandis que l'État défendeur doit apporter la preuve des faits sur lesquels il fonde ses moyens de défense ou les demandes reconventionnelles qu'il introduit²³. En ce qui concerne les dommages, l'investisseur doit établir le fait de la perte ou du dommage subis, sa quantification en termes pécuniaires et le lien de causalité nécessaire entre cette perte ou ce dommage et la violation du traité²⁴. En d'autres termes, l'investisseur doit démontrer i) l'existence du préjudice, ii) le lien de causalité entre ce préjudice et le comportement de l'État, et iii) le montant de la perte. Pour ce qui est de l'État, il lui incombe d'apporter les preuves des moyens de défense qu'il invoque, par exemple d'autres causes du préjudice, des circonstances réduisant l'indemnisation²⁵ ou des défauts dans l'évaluation du demandeur. Si une partie n'est pas en mesure de fournir des preuves, par exemple parce qu'elle n'a plus accès aux documents, le tribunal peut renverser la charge de la preuve en fonction des circonstances de l'espèce²⁶.

²² D. Sandifer, *Evidence Before International Tribunals* (University Press of Virginia) (1939), p. 92 et 93 ; *Temple of Preah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt (fond), 15 juin 1962, p. 16.

²³ *Glencore Finance c. l'État plurinational de Bolivie*, sentence, 8 septembre 2023, par. 268.

²⁴ *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/06/3, sentence, 6 mai 2013, par. 190.

²⁵ T. Wälde et B. Sabahi, « Compensation, Damages, and Valuation », dans *Oxford Handbook of International Investment Law*, Muchlinski *et al.* (dir. publ.) (2008), p. 1111.

²⁶ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkménistan*, affaire CIRDI n° ARB/12/6, sentence, 4 mai 2021, par. 722.

19. En ce qui concerne le critère d'établissement de la preuve, les tribunaux n'ont pas adopté une approche uniforme. Pour l'évaluation des dommages, les tribunaux ont employé des critères variés : « hypothèse la plus probable »²⁷, « certitude suffisante »²⁸, « degré de certitude raisonnable »²⁹, « vraisemblablement »³⁰, « un certain niveau de certitude »³¹ et « non seulement possible mais aussi probable »³². Bien que la diversité des termes employés puisse susciter un débat sur le niveau de preuve requis, les critères recensés semblent indiquer que les tribunaux devraient au moins s'assurer qu'un fait est plus probable qu'improbable³³.

20. La jurisprudence varie également sur la question de savoir si un critère d'établissement de la preuve différent doit être appliqué à l'existence d'un dommage et à la quantification de ce dommage³⁴. Même quand les tribunaux ont appliqué un critère moins strict pour la quantification des dommages, ils ont estimé que cette dernière ne devait pas être fondée sur une « conjecture ou une spéculation »³⁵, mais sur des « probabilités raisonnables »³⁶ et une « base factuelle convaincante »³⁷. Les litiges concernant la suffisance de la preuve surviennent généralement dans le cadre de demandes en réparation pour manque à gagner. Dans le Commentaire sur le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la CDI (Commentaire de la CDI), il est précisé que les indemnités pour perte de profits sont généralement accordées quand « un flux de revenu anticipé [a] acquis des caractéristiques telles qu'il [peut] être considéré comme constituant un intérêt juridiquement protégé suffisamment sûr pour donner lieu à indemnisation », par exemple « à travers des contrats » ou « en vertu d'une longue série de transactions commerciales »³⁸. Compte tenu des divergences de vues, les tribunaux devraient aborder la question avec prudence, et reconnaître qu'il n'existe pas d'approche unique et que le critère d'établissement de la preuve peut varier en fonction de la nature de la demande. Les parties, quant à elles, devraient tenir compte de ces incertitudes dans leurs observations.

²⁷ *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. et Cauc Holding Company Ltd. c. le Gouvernement mongol*, affaire CPA n° 2011-09 (*Khan Resources c. Mongolie*), sentence, 2 mars 2015, par. 375 ; *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, affaire CIRDI n° ARB/16/41 (*Eco Oro c. Colombie*), sentence sur les réparations, 15 juillet 2024, par. 292 ; *Gold Reserve Inc. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/1 (*Gold Reserve c. République bolivarienne du Venezuela*), sentence, 22 septembre 2014, par. 685.

²⁸ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/00/5, sentence, 23 septembre 2003, par. 351.

²⁹ *Rudloff Case*, commission mixte des réclamations, 9 U.N.R.I.A.A. 225 (*États-Unis c. République bolivarienne du Venezuela*), décision (fond), 17 février 1903, p. 258.

³⁰ *Bilcon of Delaware Inc. c. Canada*, affaire CPA n° 2009-04, sentence sur les réparations, 10 janvier 2019, par. 168 ; *Usine de Chorzów*, CPJI, Série A, n° 17 (*Allemagne c. Pologne*), arrêt (fond), 13 septembre 1928, p. 47.

³¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine (I)*, affaire CIRDI n° ARB/97/3 (*Vivendi c. Argentine I*), sentence II, 20 août 2007, par. 8.3.3.

³² *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) c. République de Sri Lanka*, affaire CIRDI n° ARB/87/3 (*AAPL c. Sri Lanka*), sentence finale, 27 juin 1990, par. 104.

³³ S. Ripinsky et K. Williams, *Damages in International Investment Law* (2008) (Ripinsky/Williams), p. 165.

³⁴ *Watkins Holdings S.à r.l. et autres c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/44, sentence, 21 janvier 2020, par. 684 et 685. Cf. *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, affaire CIRDI n° ARB/16/41 (*Eco Oro c. Colombie*), sentence sur les réparations, 5 juillet 2024, par. 292.

³⁵ *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. la République du Tadjikistan*, affaire CCS n° V064/2008 (*Al-Bahloul c. Tadjikistan*), sentence finale, 8 juin 2010, par. 39.

³⁶ *Impregilo S.p.A. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/17, sentence, 21 juin 2011, par. 371.

³⁷ *Al-Bahloul c. Tadjikistan*, par. 39.

³⁸ Commentaire de la CDI, article 36, commentaire 27.

21. Dans la pratique, au moment d'évaluer les preuves à l'appui d'une demande, les tribunaux devraient veiller à ce qu'il y ait une cohérence interne entre : l'investissement défini à des fins juridictionnelles, les violations qui auraient été commises en rapport avec cet investissement et le préjudice économique qui aurait été occasionné à l'investissement par ces violations. L'affaire *Pey Casado I* est un exemple dans lequel l'indemnisation accordée n'était pas spécialement liée à la violation établie par le tribunal. La sentence a été annulée parce que le tribunal avait accordé des réparations pour une violation du traitement juste et équitable sur la base d'un calcul qui supposait une expropriation³⁹. Un tribunal reconstitué par la suite a rejeté cette méthode d'évaluation, estimant que les demandeurs n'avaient pas démontré « quel préjudice et dommage particulier pouvait leur avoir été causé par la violation de la garantie d'un traitement juste et équitable »⁴⁰. De même, dans l'affaire *Eco Oro*, le tribunal a rejeté la méthode des transactions comparables proposée par le demandeur sur la base d'une perte totale de valeur, estimant que cette méthode n'était pas appropriée pour évaluer le préjudice résultant de la violation de la norme minimale de traitement par la Colombie en ce qui concernait la possibilité de demander des licences environnementales⁴¹.

22. En résumé, s'il existe une jurisprudence en ce qui concerne la charge de la preuve, il n'y a pas de pratique harmonisée pour ce qui est du critère d'établissement de la preuve, en dehors du fait que les dommages doivent être raisonnablement certains et non spéculatifs. Pour déterminer si la quantification des dommages répond à ce critère, il convient de prendre en compte la nature de la demande, la disponibilité et la suffisance des preuves, et la méthode d'évaluation appliquée. Compte tenu de la pertinence de cette question dans le contexte de la défense des États et de l'évaluation, elle est aussi abordée dans les sections E et F.

Recommandations

Les tribunaux devraient exiger que les demandeurs apportent la preuve des faits sur lesquels ils fondent leurs demandes, y compris en ce qui concerne l'existence du dommage, sa quantification et le lien de causalité entre la violation et le dommage.

Les tribunaux devraient exiger des demandeurs qu'ils établissent clairement les dommages. Ils doivent en particulier démontrer i) l'existence du préjudice, ii) le lien de causalité entre le préjudice et le comportement de l'État, et iii) le montant de la perte. Si les États invoquent des circonstances atténuantes ou d'autres facteurs réduisant l'indemnisation, il leur incombe de prouver leur existence.

Les tribunaux devraient envisager d'exiger un niveau de preuve élevé quand ils évaluent les demandes en réparations. Ce faisant, ils devraient tenir compte des implications potentielles plus larges en matière d'intérêt général et de la nécessité d'un examen rigoureux des demandes présentées.

Les tribunaux devraient adopter un critère d'établissement de la preuve fondé au moins sur l'« hypothèse la plus probable » au moment de déterminer l'existence du préjudice et le lien de causalité (en d'autres termes, il doit être établi que les faits sont plus probables qu'improbables, quels que soient les termes employés dans les diverses affaires).

³⁹ *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. République du Chili (I)*, affaire CIRDI n° ARB/98/2 (*Pey Casado c. Chili*), décision sur la demande d'annulation, 18 décembre 2012, par. 261 et 285.

⁴⁰ *Pey Casado c. Chili*, sentence, 13 septembre 2016, par. 244.

⁴¹ *Eco Oro c. Colombie*, par. 292 et 302 à 305.

Les tribunaux devraient envisager d'appliquer le même critère d'établissement de la preuve pour déterminer l'existence des dommages et leur quantification. Même quand un critère moins strict est appliqué pour la quantification, les tribunaux devraient veiller à ce que les évaluations ne reposent pas sur des spéculations et exiger une base factuelle convaincante reposant sur des probabilités raisonnables.

Les tribunaux ne devraient conclure à un manque à gagner que quand l'existence d'un flux de revenus constituant un intérêt juridiquement protégé a été établie avec une certitude suffisante.

C. Causalité

23. Pour obtenir réparation, un investisseur demandeur doit pouvoir prouver l'existence d'un lien de causalité entre ses pertes et la violation commise par l'État⁴². Les avis divergent sur la question de savoir si la causalité doit être considérée comme une partie intégrante de l'évaluation de la responsabilité, comme un élément de l'analyse du montant des réparations⁴³ ou comme une phase analytique distincte, située à mi-chemin entre responsabilité et préjudice⁴⁴. Si cette distinction ne porte pas à conséquence dans certains cas, il s'est souvent avéré important de traiter la causalité comme un élément distinct, en particulier quand des tribunaux avaient conclu à la responsabilité mais refusé l'indemnisation parce que le demandeur n'avait pas réussi à établir de lien de causalité entre la violation et les dommages allégués⁴⁵.

24. En substance, l'analyse de la causalité vise à déterminer quels préjudices sont indemnisables en recensant les pertes qui peuvent être attribuées à la violation commise par l'État. Le concept correspond à un principe général du droit⁴⁶ et il est énoncé dans les Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (les Articles sur la responsabilité), selon lesquels un État est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite⁴⁷. Le terme « préjudice » désigne les dommages matériels ou moraux causés par le fait illicite de l'État. Cependant, les Articles sur la responsabilité et le Commentaire de la CDI n'offrent que peu d'indications sur la manière d'appliquer l'exigence de lien de causalité, car les critères ne sont pas nécessairement les mêmes pour toutes les violations d'une obligation internationale⁴⁸. Il est également rare que le lien de causalité soit couvert dans les accords internationaux d'investissement.

25. Pour établir le lien de causalité, l'investisseur demandeur doit démontrer l'existence d'un lien factuel et juridique entre ses pertes et la violation commise par l'État. Pour établir la causalité factuelle, il faut que l'investisseur démontre qu'il n'aurait pas subi le préjudice invoqué *en l'absence de* la violation alléguée du traité. La causalité factuelle étant par définition une question fondée sur les faits, les tribunaux l'ont examinée sous différents angles, en se demandant si le fait illicite était

⁴² *Blusun S.A., et al. c. Italie*, affaire CIRDI n° ARB/14/3, sentence, 27 décembre 2016, par. 394.

⁴³ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. République-Unie de Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22 (*Biwater c. Tanzanie*), opinion concordante et dissidente de Gary Born, par. 16 à 29 ; *Khan Resources c. Mongolie*, par. 376 à 378.

⁴⁴ P. Pearsall, « Causation and the Draft Articles on State Responsibility », *ICSID Review*, volume 37, numéro 1-2 (2022), p. 193 et 194.

⁴⁵ *Nordzucker AG c. la République de Pologne*, CNUDCI (*Nordzucker c. Pologne*), troisième sentence partielle et sentence finale (dommages et coûts), 23 novembre 2009, par. 64 ; *Cervin Investissements S.A. et Rhone Investissements S.A. c. République du Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/13/2, sentence, 7 mars 2017, par. 664 et 703.

⁴⁶ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953), p. 241 et suiv.

⁴⁷ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 31-1 et articles 34, 36-1 et 37-1.

⁴⁸ Commentaire de la CDI, article 31, commentaire 10.

« nécessairement » la cause des pertes⁴⁹, s'il en constituait un acte « sine qua non »⁵⁰ ou s'il en avait été la cause « sous-jacente ou dominante »⁵¹.

26. En ce qui concerne la causalité juridique, un investisseur demandeur ne peut obtenir réparation que pour les pertes qui ont des liens « immédiats », « prévisibles » ou « directs » avec la violation commise par l'État, ce qui exclut les pertes trop « éloignées » ou « indirectes »⁵². Ces critères limitent le niveau auquel il faut remonter dans l'enchaînement des faits pour trouver l'origine d'une perte⁵³. La pertinence de la causalité juridique est notée dans le Commentaire de la CDI, sans toutefois qu'aucun critère particulier ne soit prescrit⁵⁴. Dans la pratique, les tribunaux ont suivi des approches diverses, exerçant leur pouvoir discrétionnaire pour déterminer le critère approprié. Certains tribunaux se sont attachés à déterminer si les actes d'un État étaient la cause immédiate de la perte⁵⁵, si celle-ci était une conséquence prévisible de ces actes⁵⁶ ou s'il existait un lien direct entre le fait illicite et le préjudice allégué⁵⁷. D'autres ont appliqué plusieurs de ces critères en combinaison⁵⁸. Adoptant une approche légèrement différente, le tribunal chargé de l'affaire *S.D. Myers c. Canada* a appliqué un paradigme de droit des contrats/délits civils pour évaluer les concepts de prévisibilité et d'éloignement⁵⁹. Bien que ces critères soient parfois utilisés sans distinction, ils ne devraient pas être considérés comme équivalents parce que le caractère direct est plus restrictif que la proximité ou la prévisibilité⁶⁰. Dans la pratique, la proximité et la prévisibilité donnent souvent les mêmes résultats, mais ce n'est pas toujours le cas. Les tribunaux devraient donc appliquer le critère jugé le plus approprié au regard des faits spécifiques de l'affaire et de la nature de la violation alléguée. Si un État considère qu'un critère plus strict devrait s'appliquer pour établir le caractère direct, il peut inclure un libellé à cet effet dans ses accords internationaux d'investissement ou envisager de publier une interprétation conjointe avec l'autre État Partie.

27. Le préjudice peut également avoir pour origine une combinaison de facteurs (surdétermination causale). Les Articles sur la responsabilité disposent qu'il n'y a pas de réduction ou d'atténuation de la réparation pour des causes concomitantes, sauf dans les cas de faute ayant contribué au dommage⁶¹ (fautes concurrentes). Il arrive toutefois qu'une cause intervenante puisse rompre la chaîne causale⁶². Dans ce cas, l'État défendeur doit prouver que c'est un tel facteur (et non une violation qu'il a commise) qui a causé l'échec de l'investissement. Certains événements sont si

⁴⁹ *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, CNUDCI (*Lauder c. République tchèque*), sentence finale, 3 septembre 2001, par. 234.

⁵⁰ *Biwater c. Tanzanie*, sentence, 24 juillet 2008, par. 786.

⁵¹ *Nordzucker c. Pologne* par. 63.

⁵² V. Lanovoy, « Causation in the Law of State Responsibility », *The British Yearbook of International Law*, volume 90 (2022) (Lanovoy), p. 37.

⁵³ B. Sabahi *et al.*, « Principles Limiting the Amount of Compensation », dans *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (dir. publ.) (2018), p. 329.

⁵⁴ I. Marboe, « Damages in Investor-State Arbitration: Current Issues and Challenges », dans *International Investment Law and Arbitration* (2018) (Marboe), p. 39.

⁵⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1 (*LG&E c. Argentine*), sentence finale, 25 juillet 2007, par. 50 ; *Pey Casado c. Chile*, sentence, 13 septembre 2016, par. 218.

⁵⁶ *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie*, affaire CIRDI n° ARB/81/1 (*Amco c. Indonésie*), sentence de procédure soumise à nouveau, 31 mai 1990, par. 172 ; *Burlington Resources, Inc. c. République de l'Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/08/5 (*Burlington c. Équateur*), décision (révision) et sentence, 7 février 2017, par. 333.

⁵⁷ *Archer Daniels Midland et Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. États-Unis du Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/5 (*ADM c. Mexique*), sentence, 21 novembre 2007, par. 282.

⁵⁸ *Joseph Charles Lemire c. Ukraine (II)*, affaire CIRDI n° ARB/06/18, sentence, 28 mars 2011, par. 170.

⁵⁹ *S.D. Myers c. Canada*, seconde sentence partielle, 21 octobre 2002, par. 154 et 159.

⁶⁰ Lanovoy, p. 46 et 57.

⁶¹ Commentaire de la CDI, article 31, commentaire 12.

⁶² *Ibid.*, par. 13. Pour les affaires dans lesquelles le lien de causalité n'a pas été établi, *Lauder c. République tchèque*, par. 234 ; *Biwater c. Tanzanie*, par. 790 et 798.

impérieux qu'ils rompent le lien de causalité, rendant les actes de l'État trop éloignés⁶³. Il incombe alors à l'État de prouver que le préjudice subi par l'investisseur est imputable à d'autres causes, par exemple la faute concurrente ou la négligence de l'investisseur⁶⁴. En cas de faute concurrente ou de négligence, il est arrivé que des tribunaux réduisent le montant de l'indemnisation due au demandeur⁶⁵. Quand un tribunal juge approprié de réduire les réparations, il peut demander aux parties de fournir des preuves ou des observations supplémentaires, et solliciter l'aide des experts en évaluation des réparations afin de faire en sorte que la réduction soit fondée sur des bases plus objectives et méthodiques. La question de la faute concurrente est traitée plus en détail dans la section E ci-après, qui est consacrée à la défense des États.

Recommandations

Les tribunaux devraient faire la distinction entre causalité factuelle (l'investisseur n'aurait pas subi la perte en l'absence de la violation) et causalité juridique (la perte indemnifiable est liée de façon suffisamment étroite à la violation).

Les tribunaux devraient analyser soigneusement le lien de causalité entre la violation établie et le préjudice invoqué, en s'assurant que les dommages ne sont pas trop éloignés ou spéculatifs.

Dans la mesure du possible, les tribunaux devraient user de circonspection quand ils accordent des réparations pour des pertes indirectes et pour des conséquences approximatives ou imprévisibles de la violation.

Dans leur évaluation du montant des réparations, les tribunaux devraient prendre en compte toute faute concurrente de l'investisseur ou le fait qu'il n'ait pas cherché à atténuer le dommage. Les tribunaux pourront demander des observations ou des rapports d'experts supplémentaires afin de faire en sorte que la réduction repose sur des bases objectives et méthodiques.

Quand un défendeur allègue qu'une cause intervenante a rompu la chaîne de causalité, les tribunaux devraient déterminer si le facteur intervenant était prédominant ou imprévisible, rendant la violation commise par l'État trop éloignée pour justifier la responsabilité.

D. Norme d'indemnisation

28. La quantification des réparations est fonction de la norme d'indemnisation. L'accord international d'investissement applicable est le point de départ logique de cette analyse, car il définit les obligations de l'État. Cependant, la question de l'indemnisation n'est souvent abordée qu'en rapport avec l'expropriation. Certains traités limitent également l'indemnisation aux violations d'obligations spécifiques. Pour toutes les autres violations (y compris l'expropriation illégale), les tribunaux auront recours aux règles de droit international coutumier, telles qu'elles ont été élaborées dans le cadre de l'affaire relative à l'usine de Chorzów et codifiées dans les

⁶³ *Ioan Micula, et al. c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/20, sentence, 11 décembre 2013, par. 926 à 927.

⁶⁴ *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/14/21 (*Bear Creek c. Pérou*), sentence, 30 novembre 2017, par. 568 ; *Stati et al. c. Kazakhstan*, par. 1332.

⁶⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, affaire CIRDI n° ARB/01/7 (*MTD c. Chili*), sentence, 25 mai 2004, par. 242 et 243 ; *Copper Mesa Mining Corporation c. République de l'Équateur*, affaire CPA n° 2012-02 (*Copper Mesa c. Équateur*), sentence, 15 mars 2016, par. 6.100 à 6.102 ; *STEAG GmbH c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/4 (*STEAG c. Espagne*), décision sur la compétence, la responsabilité et le montant de l'indemnisation, 8 octobre 2020, par. 794 à 796.

Articles sur la responsabilité. Ainsi, la norme d'indemnisation est définie en fonction de la violation alléguée.

29. Les réparations sont de nature compensatoire. Leur octroi n'a donc pas pour but de punir l'État⁶⁶. Les tribunaux devraient plutôt chercher à placer la partie lésée dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du préjudice.

30. Expropriation légale : la plupart des accords internationaux d'investissement définissent les conditions que doit remplir une expropriation pour être considérée comme légale. L'action de l'État doit i) être conforme à une procédure régulière, ii) être non discriminatoire, iii) servir un intérêt public, et iv) prévoir le versement d'une indemnité. Quand ces conditions n'étaient pas remplies, les tribunaux ont considéré que l'expropriation était illégale et appliqué le principe de la réparation intégrale en vertu du droit international coutumier. Il est néanmoins arrivé que des tribunaux estiment qu'une expropriation était légale malgré le non-paiement d'une indemnité⁶⁷.

31. Il est aussi généralement prévu dans les accords internationaux d'investissement « le versement rapide et effectif d'une indemnisation appropriée ». C'est ce qu'on appelle la « formule ou la règle de Hull ». De telles dispositions constituent des orientations sur la mesure de l'indemnisation (c'est-à-dire la juste valeur marchande), la date d'évaluation (c'est-à-dire la date précédant l'expropriation) et, parfois, le taux d'intérêt applicable. Même quand les termes employés dans les traités sont vagues (« valeur marchande », « valeur réelle » ou indemnisation « adéquate », etc.), ils sont généralement interprétés par rapport au critère de la juste valeur marchande⁶⁸. Ce critère définit la valeur comme « le prix ... auquel un bien ferait l'objet d'un transfert entre un acheteur hypothétique consentant et informé et un vendeur hypothétique consentant et informé, agissant sans lien de dépendance et dans un libre marché, lorsqu'aucun d'entre eux n'est contraint à acheter ou à vendre et lorsqu'ils ont tous deux une connaissance raisonnable des faits pertinents »⁶⁹. On trouve dans certains traités des orientations supplémentaires concernant l'évaluation, par exemple des références à la valeur d'exploitation, à la valeur des actifs, à la valeur fiscale déclarée et à d'autres critères. Cette analyse aboutit généralement à l'octroi d'une indemnité égale à la juste valeur marchande des biens expropriés juste avant l'expropriation, majorée des intérêts applicables. Selon les dispositions du traité concerné, les tribunaux peuvent être amenés à prendre en compte d'autres facteurs dans l'évaluation de l'indemnisation.

32. Expropriation illégale : en ce qui concerne les expropriations non conformes, les tribunaux appliqueront le principe de la réparation intégrale en vertu du droit international coutumier, comme envisagé à l'article 31 des Articles sur la responsabilité. L'article 34, selon lequel la réparation intégrale peut prendre « la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction », fournit des orientations supplémentaires. Bien que la norme de la réparation intégrale ait été établie dans le contexte des différends entre États, les tribunaux des investissements ont repris ce principe par analogie pour le calcul des réparations dans le cadre des différends entre investisseurs et États.

⁶⁶ Commentaire de la CDI, article 36, commentaire 4.

⁶⁷ *Tidewater c. la République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/10/5 (*Tidewater c. République bolivarienne du Venezuela*), sentence, 13 mars 2015, par. 140 ; *Venezuela Holdings, B.V., et al c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/07/27, sentence, 9 octobre 2014, par. 301 et 306.

⁶⁸ Marboe, p. 23 et 24 ; CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (2007), p. 48 ; Banque mondiale, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* (World Bank Guidelines), Guideline IV.3.

⁶⁹ American Society of Appraisers, *ASA Business Valuation Standards* (2008), p. 23 ; World Bank Guidelines, Guideline IV.5.

33. La Cour permanente de justice internationale a proposé des orientations supplémentaires sur le principe de la réparation intégrale pour l'affaire relative à l'usine de Chorzów :

La réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature⁷⁰.

34. L'affaire relative à l'usine de Chorzów établit deux grandes conséquences à la violation d'un fait internationalement illicite. La première est que l'obligation première d'un État est de procéder à une restitution, qu'elle soit matérielle (par exemple, en restituant des biens saisis illégalement) ou juridique (par exemple, en annulant un acte de puissance publique). Si la restitution est impossible ou excessivement lourde, l'État peut verser des réparations au lieu de restituer les biens. C'est la solution employée quand le bien a été perdu, détruit ou modifié, par exemple⁷¹. Certains accords internationaux d'investissement permettent à un tribunal d'accorder des réparations ou une restitution, et quand c'est la restitution qui est ordonnée, un État peut choisir de verser des réparations correspondant à la juste valeur marchande du bien exproprié. Néanmoins, les tribunaux accordent rarement une restitution⁷², probablement parce que ce type de réparation peut être interprété comme une usurpation de la souveraineté de l'État et que son exécution peut poser problème.

35. La seconde conséquence est que les réparations devraient « autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite »⁷³. Dans la pratique, les tribunaux calculent les réparations en comparant la juste valeur marchande qu'aurait eu le bien *en l'absence de* la violation avec celle qu'il a en réalité, la valeur de la perte correspondant à la différence entre les deux. Comme la valeur réelle après expropriation est habituellement nulle, les réparations équivalent généralement à la juste valeur marchande du bien *en l'absence de* l'expropriation. Cette approche est aussi celle suivie pour les expropriations légales, à la différence près qu'elle peut également prendre en compte les augmentations de valeur après la dépossession et les dépenses accessoires⁷⁴. Néanmoins, seuls quelques tribunaux ont accordé des réparations prenant en compte des augmentations de valeur postérieures à la violation, probablement parce que ces augmentations sont rares⁷⁵. Ainsi, dans la plupart des cas, l'indemnisation au titre des accords internationaux d'investissement produit un résultat comparable à l'indemnisation évaluée conformément au droit international coutumier⁷⁶.

⁷⁰ *Usine de Chorzów*, p. 47.

⁷¹ Commentaire de la CDI, article 35, commentaire 4.

⁷² Affaires pour lesquelles la restitution a été accordée : *Antoine Goetz et consorts c. République de Burundi*, affaire CIRDI n° ARB/95/3, sentence, 10 février 1999, par. 135 et 136 ; *Mr. Franck Charles Arif c. République de Moldova*, affaire CIRDI n° ARB/11/23 (*Arif c. République de Moldova*), sentence, 8 avril 2013, par. 571.

⁷³ *Usine de Chorzów*, p. 47 ; *CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, CNUDCI (*CME c. République tchèque*), sentence partielle, 13 septembre 2001, par. 618 ; *Tenaris S.A. et Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/23, sentence, 12 décembre 2016, par. 396.

⁷⁴ *Usine de Chorzów*, p. 50 ; cf. Opinion dissidente de Lord Finlay, p. 70 et 71 ; *Hulley Enterprises Ltd. c. Fédération de Russie*, affaire CPA n° 2005-03/AA226, sentence finale, 18 juillet 2014, par. 1769 ; *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/03/16 (*ADC c. Hungary*), sentence, 2 octobre 2006, par. 496 et 497 ; *Siemens A.G. c. la République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/8 (*Siemens c. Argentine*), sentence, 6 février 2007, par. 352.

⁷⁵ *ADC c. Hongrie*, par. 497 ; *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/07/30, décision sur la compétence on Jurisdiction et sur le fond, 3 septembre 2013, par. 343 et 401 ; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. et Allan Fosk Kaplún c. État plurinational de Bolivie*, affaire CIRDI n° ARB/06/2, sentence, 16 septembre 2015, par. 422.

⁷⁶ *Ripinsky/Williams*, p. 88.

36. La restitution peut également être associée à d'autres formes de réparation, y compris l'indemnisation de dommages non couverts par la restitution⁷⁷. Les tribunaux devraient néanmoins veiller à ce que les réparations conjointes ne donnent pas lieu à un double recouvrement. La déclaration réparatoire est également un recours largement employé. Elle prend la forme d'une déclaration de responsabilité lorsqu'il est établi qu'un État a violé une obligation découlant d'un accord international d'investissement. Il est précisé dans le Commentaire de la CDI que ces déclarations peuvent « être considérées comme une forme de satisfaction » mais « ne sont pas intrinsèquement associées à la satisfaction »⁷⁸. Il s'agit plutôt d'une partie nécessaire du processus visant à déterminer la licéité d'un comportement.

37. Autres violations du traité : il y a d'autres disciplines des accords internationaux d'investissement dont la violation déclenche l'application du principe de la réparation intégrale en l'absence d'orientations spécifiques sur l'indemnisation en cas de violation, par exemple le traitement juste et équitable, le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée (NPF), les clauses parapluie et les prescriptions en matière de performance⁷⁹. Quand ces violations ont eu le même effet qu'une expropriation (c'est-à-dire que l'investisseur a été entièrement et définitivement privé de la propriété, de la valeur du bien ou de la capacité d'utiliser ou de contrôler son bien de manière efficace), les tribunaux ont calculé les réparations en se fondant sur les mêmes bases que pour une expropriation illégale⁸⁰. Cependant, le fait d'octroyer des réparations pour des violations non expropriatoires en suivant la même méthode que pour les cas d'expropriation engendre le risque que des préjudices qui sont distincts sur le plan conceptuel soient amalgamés. Par exemple, une violation du traitement juste et équitable qui affecte la continuité d'activité peut nécessiter une norme d'indemnisation différente de celle de la juste valeur marchande. Par conséquent, il serait logiquement rare qu'un tribunal conclue à une violation non expropriatoire entraînant une dépossession permanente de biens sans conclure à une expropriation.

38. Pour les violations qui ne sont pas de nature expropriatoire, les tribunaux devraient analyser le préjudice spécifique causé par la violation du traité afin d'indemniser l'investisseur pour les pertes effectives subies⁸¹. En ne faisant pas bien la distinction, le tribunal risque d'appliquer une méthode d'évaluation inadaptée, car une violation non expropriatoire ne donne pas toujours directement lieu à une diminution de la valeur de l'investissement, comme l'indique une comparaison entre la juste valeur marchande qu'aurait l'investissement *en l'absence de* l'expropriation et celle qu'il a dans la réalité⁸². Pour déterminer le montant approprié des réparations, il faut tenir compte de divers facteurs, notamment des intérêts lésés (actions, dettes, droits contractuels, etc.), de la violation alléguée et de la nature du préjudice (par exemple, l'investissement a-t-il été détruit ou temporairement déprécié ?)⁸³. Cette

⁷⁷ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 34.

⁷⁸ Commentaire de la CDI, article 37, commentaire 6.

⁷⁹ *Glencore International A.G., C. I. Prodeco S.A. et Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. c. République de Colombie (II)*, affaire CIRDI n° ARB/19/22 (*Glencore c. Colombie II*), sentence, 19 avril 2024, par. 325 ; *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, et NovEnergia II Italian Portfolio SA c. République italienne*, affaire CCS n° V 2015/095, sentence, 23 décembre 2018, par. 548.

⁸⁰ *Murphy Exploration & Production Company International c. République de l'Équateur*, affaire CPA n° 2012-16, sentence finale partielle, 6 mai 2016, par. 482 ; *Gemplus, S.A., SLP, S.A. et Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. États-Unis du Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/3, sentence, 16 juin 2010, par. 12 à 26 ; *Talsud S.A. c. les États-Unis du Mexique, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/4, sentence, 16 juin 2010, par. 12 à 52* ; *CMS c. Argentine*, par. 410.

⁸¹ Commentaire de la CDI, article 36, commentaire 4 ; M. Kinnear, « Damages in Investment Treaty Arbitration », in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, K. Yannaca-Small (dir. publ.) (2010), p. 561 et 562 ; A. Cohen Smutny, « Some Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context », *ICSID Review*, volume 22 (2007), p. 19 et 20.

⁸² *PSEG Global et Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Türkiye*, affaire CIRDI n° ARB/02/5 (*PSEG c. Türkiye*), sentence, 19 janvier 2007, par. 308.

⁸³ Ripinsky/Williams, p. 90.

évaluation repose fondamentalement sur les faits spécifiques de l'espèce. Les tribunaux devraient donc veiller à ce que les demandes d'indemnisation soient fondées sur des analyses solides en exigeant des parties qu'elles présentent le calcul des préjudices spécifiques qui sont directement liés à la violation du traité.

Recommandations

Les tribunaux devraient déterminer quelle norme d'indemnisation appliquer en commençant par examiner les clauses de l'accord international d'investissement applicable. Quand la norme d'indemnisation n'est pas expressément traitée pour la violation alléguée dans le traité sous-jacent, les tribunaux devraient l'établir en se fondant sur le droit international coutumier, sur les principes généraux du droit international, sur les Articles sur la responsabilité et sur l'affaire relative à l'usine de Chorzów.

Les tribunaux devraient appliquer le principe de la réparation intégrale en cas d'expropriation illégale, celui-ci prévoyant la restitution quand cela est possible ou une indemnisation équivalente à la valeur qu'aurait eu l'investissement perdu *en l'absence de* l'expropriation.

Les tribunaux devraient veiller à ce que les réparations accordées soient compensatoires et non à caractère punitif. Le but de l'indemnisation devrait être de placer l'investisseur dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait internationalement illicite et non de nécessairement punir l'État pour ce fait.

Pour les violations qui touchent par exemple le traitement juste et équitable, le traitement national, la nation la plus favorisée, les clauses parapluie ou les prescriptions en matière de performance, les tribunaux devraient éviter de recourir systématiquement aux mêmes normes d'indemnisation que pour l'expropriation. Ils devraient éviter d'appliquer automatiquement la juste valeur marchande, à moins que la violation n'ait entraîné une dépossession totale et permanente. Les réparations devraient plutôt correspondre au préjudice réel subi, compte tenu de sa nature et des intérêts lésés de l'investisseur.

Les tribunaux devraient demander aux parties de présenter des analyses du préjudice qui soient solides et factuelles, et exiger des éléments de preuve crédibles qui établissent un lien entre la violation du traité et des pertes spécifiques. Les tribunaux devraient rejeter les demandes spéculatives ou non fondées et encourager le recours à des évaluations d'experts le cas échéant.

E. Moyens de défense des États face aux demandes en réparation

39. Un État peut invoquer diverses circonstances qui limitent le montant de l'indemnisation due en réponse à une demande en réparation. Les moyens de défense les plus courants sont les suivants : i) la faute concurrente de l'investisseur ; ii) la non-atténuation du préjudice par l'investisseur ; iii) l'état de nécessité ; iv) le non-respect par l'investisseur de la législation locale ; et v) l'interdiction d'accorder des réparations spéculatives.

40. Faute concurrente : les Articles sur la responsabilité disposent que la réparation est déterminée compte tenu « de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée »⁸⁴. Cette disposition a pour origine la notion bien établie selon laquelle les accords internationaux d'investissement ne sont pas des polices d'assurance destinées à prémunir les investisseurs contre les décisions stratégiques malencontreuses⁸⁵.

41. Une fois que l'investisseur a prouvé qu'il existait un lien de causalité entre le comportement illégal de l'État et le préjudice subi, il incombe à l'État de prouver que l'investisseur a matériellement contribué à son propre préjudice⁸⁶. L'investisseur doit avoir agi de manière « intentionnelle ou par négligence » et son action doit avoir « contribué matériellement aux dommages »⁸⁷. La faute concurrente couvre également l'évaluation inadéquate du risque par l'investisseur ou sa prise de risque volontaire⁸⁸. Une fois la faute concurrente établie, les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire de déterminer l'ampleur de la réduction de l'indemnisation accordée⁸⁹. Ils peuvent s'informer auprès des experts des parties pour déterminer le montant de la réduction.

42. Non-atténuation : conformément à un principe général du droit international, la partie lésée est tenue d'agir raisonnablement pour atténuer ses pertes⁹⁰, et ceci est aussi valable dans le contexte du droit de l'investissement⁹¹. L'objectif est d'éviter que la partie lésée ne se contente d'attendre d'être indemnisée pour un préjudice qu'elle aurait pu éviter et atténuer⁹². Cette obligation d'atténuer le dommage s'impose à partir du moment où l'investisseur a connaissance des circonstances qui sont à l'origine de la violation⁹³.

⁸⁴ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 39.

⁸⁵ *Emilio Agustín Maffezini c. le Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/97/7 (*Maffezini c. Espagne*), sentence, 13 novembre 2000, par. 64 ; *MTD c. Chili*, sentence, par. 178 ; *El Paso Energy International Company c. la République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15 (*El Paso c. Argentine*), sentence, 31 octobre 2011, par. 401.

⁸⁶ *LSF-KEB Holdings SCA et consorts c. République de Corée*, affaire CIRDI n° ARB/12/37, sentence, 30 août 2022, par. 809 et 810 ; *Copper Mesa c. Équateur*, par. 6.88 ; *Stati et al. c. Kazakhstan*, par. 1454.

⁸⁷ Commentaire de la CDI, article 39, commentaires 1 et 5 ; *Burlington c. Équateur*, par. 576 ; (DS)2, *S.A., Peter de Sutter et Kristof De Sutter c. République de Madagascar (II)*, affaire CIRDI n° ARB/17/18, 17 avril 2020, par. 461 ; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. la République de l'Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/06/11 (*Occidental c. Équateur II*), sentence, 5 octobre 2012, par. 666 à 670.

⁸⁸ Ripinsky/Williams, p. 315.

⁸⁹ *MTD c. Chili*, décision d'annulation, 21 mars 2007, par. 101 ; *STEAG c. Espagne*, par. 795 ; *UAB E energija c. République de Lettonie*, affaire CIRDI n° ARB/12/33 (*UAB c. Lettonie*), décision d'annulation, 8 avril 2020, par. 197 ; *Caratube International Oil Company LLP et Devincci Salah Hourani c. République du Kazakhstan (II)*, affaire CIRDI n° ARB/13/13 (*Caratube c. Kazakhstan II*), sentence, 27 septembre 2017, par. 1192 ; *Occidental c. Équateur II*, par. 670 ; section C ci-avant.

⁹⁰ Commentaire de la CDI, article 31, commentaire 11 ; *Hrvatska Elektroprivreda d.d. c. République de Slovénie*, affaire CIRDI n° ARB/05/24, sentence, 17 décembre 2015, par. 215.

⁹¹ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/99/6, sentence, 12 avril 2002, par. 167 ; *Bridgestone Licensing Services, Inc. et Bridgestone Americas, Inc. c. République du Panama*, affaire CIRDI n° ARB/16/34, sentence, 14 août 2020, par. 565.

⁹² *La République islamique d'Iran c. les États-Unis d'Amérique*, sentence n° 604-A15 (II:A)/A26 (IV)/B43-FT du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis (*République islamique d'Iran c. États-Unis*), 10 mars 2020, par. 1797.

⁹³ *CME c. République tchèque*, sentence finale, 14 mars 2003, par. 303.

43. Pour établir la non-atténuation, le défendeur doit démontrer que le demandeur a fait preuve d'une inaction déraisonnable ou adopté un comportement déraisonnable après la violation⁹⁴. En application de l'obligation d'atténuer le dommage, l'investisseur peut donc être forcé à vendre des produits, à cesser la prestation de ses services, à tenter de renégocier un contrat ou à renoncer à un projet non rentable⁹⁵. Certains tribunaux se sont montrés prudents dans l'application de ce principe, estimant que les efforts d'atténuation de l'investisseur ne devaient être raisonnables que compte tenu de l'ensemble des circonstances⁹⁶. Par exemple, dans l'affaire de la *SPP*, le tribunal a estimé que le demandeur n'avait pas pour obligation d'accepter une alternative inappropriée⁹⁷, et le tribunal chargé de l'affaire de l'*AIG* a noté que forcer un investisseur à accepter une solution plus favorable à l'État hôte pourrait permettre aux États de violer leurs obligations internationales en toute impunité⁹⁸. Il s'ensuit que les frais engagés par l'investisseur pour atténuer les pertes sont recouvrables pour autant qu'ils ont des justifications raisonnables et ne dépassent pas le montant des dommages évités grâce à l'atténuation⁹⁹. Les réparations accordées devraient, en principe, correspondre à la différence entre le montant total de la perte occasionnée par le préjudice et le montant des pertes évitées grâce à l'atténuation, à quoi s'ajoutent les frais liés à l'atténuation elle-même. Les tribunaux disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de déterminer l'ampleur de cette réduction¹⁰⁰.

44. État de nécessité : l'état de nécessité est une circonstance excluant l'illicéité en droit international coutumier et peut être invoqué quand la mesure prise par l'État est pour lui le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent¹⁰¹. Ce moyen de défense permet l'inexécution d'une obligation pendant le temps que dure l'état de nécessité. Cet état est interprété de manière restrictive pour désigner des « cas exceptionnels » et il ne peut être invoqué que sous certaines conditions. Il faut notamment que l'État n'ait pas contribué à la survenance de la situation de nécessité¹⁰². Les Articles de la CDI laissent ouverte la possibilité qu'une indemnisation soit due pour une « perte effective » même quand l'argument de l'état de nécessité a été retenu¹⁰³, bien que les conditions dans lesquelles cela se produirait ne soient pas claires¹⁰⁴.

45. Dans certains accords internationaux d'investissement, l'état de nécessité fait partie des moyens de défense prévus dans les dispositions sur les mesures non contraires ou dans les clauses sur l'exception relative à la sécurité fondamentale. La question de savoir si ces dispositions ont la même portée et le même effet que l'état de nécessité comme moyen de défense prévu par le droit international coutumier reste controversée¹⁰⁵. Ces clauses et l'état de nécessité comme moyen de défense ont été largement débattues dans le cadre des affaires d'arbitrage relatives à la loi d'urgence

⁹⁴ *William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware, Inc. c. Gouvernement canadien*, affaire CPA n° 2009-04, sentence sur les réparations, 10 janvier 2019, par. 204 ; *Cairn Energy PLC et Cairn UK Holdings Limited c. la République de l'Inde*, affaire CPA n° 2016-07 (*Cairn Energy c. Inde*), sentence finale, 21 décembre 2020, par. 1887.

⁹⁵ Marboe, p. 55.

⁹⁶ *Iran c. États-Unis*, par. 1797 et 1798.

⁹⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/84/3 (*SPP c. Égypte*), sentence, 20 mai 1992, par. 172.

⁹⁸ *AIG Capital Partners, Inc. et CJSK Tema Real Estate Company Ltd. c. la République du Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/01/6, sentence, 7 octobre 2003, par. 10.6.4-5.

⁹⁹ *Hydro Energy 1 S.à r.l. et Hydroxana Sweden AB c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/42, sentence, 5 août 2020, par. 117.

¹⁰⁰ *MTD c. Chili*, décision d'annulation, 21 mars 2007, par. 101 ; *STEAG c. Espagne*, par. 795 ; *UAB c. Lettonie*, par. 197 ; *Caratube c. Kazakhstan II*, par. 1192 ; *Occidental c. Équateur II*, par. 670.

¹⁰¹ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 25-1 ; Ripinsky/Williams, p. 339.

¹⁰² Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 25-2.

¹⁰³ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 25-b ; Commentaire de la CDI, article 27, commentaires 1 et 4.

¹⁰⁴ F. Paddeu, « Circumstances Precluding Wrongfulness », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par. 22 à 29.

¹⁰⁵ Ripinsky/Williams, p. 340.

argentine, promulguée en réponse à la crise financière du pays au début des années 2000. Les tribunaux étaient partagés dans leur interprétation, la plupart rejetant le moyen de défense de l'Argentine¹⁰⁶ et quelques-uns considérant qu'il était conforme au droit international coutumier ou aux dispositions conventionnelles¹⁰⁷.

46. De par sa nature, l'état de nécessité en tant que moyen de défense pourrait protéger de nombreux intérêts qui sont souvent en jeu dans les différends relatifs aux investissements. En effet, il a déjà été invoqué dans des affaires concernant l'armée¹⁰⁸ ou la protection de l'environnement et la santé publique¹⁰⁹. Pourtant, son interprétation restrictive par les tribunaux a jusqu'à présent largement limité son application.

47. Respect de la législation locale : les accords internationaux d'investissement restreignent souvent la protection des traités aux investissements établis en conformité avec la législation locale. Le respect de cette législation par l'investisseur peut être pris en compte à tous les stades de la procédure, y compris au moment de l'évaluation des réparations. Par exemple, un tribunal peut ne pas être compétent si l'investisseur a violé la législation locale au moment où l'investissement a été réalisé¹¹⁰, ou il peut rejeter une demande au fond s'il estime que la mesure prise par l'État était une réponse légitime au comportement illégal de l'investisseur¹¹¹. Le non-respect de la législation locale peut également entrer en compte dans le calcul des réparations, par exemple dans le contexte de la faute concurrente (voir par. 40 et 41 ci-avant)¹¹².

48. Certains accords internationaux d'investissement d'ancienne génération contiennent des dispositions sur le respect de la législation locale, que les tribunaux ont régulièrement interprétées comme n'excluant que les investissements *établis* en violation de la législation locale¹¹³. Même en l'absence d'une exigence explicite de légalité, certains tribunaux ont estimé que la protection des accords internationaux d'investissement ne devrait pas être accordée pour les investissements réalisés illégalement¹¹⁴. Certains nouveaux modèles d'accords internationaux d'investissement vont plus loin en encourageant les investisseurs à se conformer à des normes internationales et sectorielles telles que les principes de la responsabilité sociale des entreprises, la gouvernance d'entreprise, les principes des droits humains et les normes écologiques. Pour clarifier l'applicabilité de ces normes et critères aux investisseurs, il a été choisi dans certains accords internationaux d'investissement de les leur imposer directement. D'autres accords encouragent les investisseurs à adopter ces normes et critères dans leurs pratiques et politiques internes, ou exigent qu'ils se

¹⁰⁶ *El Paso c. Argentine*, par. 665 ; *CMS c. Argentine*, par. 331 ; *Sempra Energy International c. la République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, par. 346.

¹⁰⁷ *LG&E c. Argentine*, par. 258 et 259 ; *Continental Casualty Company c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence, 5 septembre 2008, par. 265.

¹⁰⁸ *AAPL c. Sri Lanka*, par. 63 et 64.

¹⁰⁹ *Michael Anthony Lee-Chin c. République dominicaine*, affaire CIRDI n° UNCT/18/3, sentence finale, 6 octobre 2023, par. 265.

¹¹⁰ *Alvarez and Marin Corporation S.A. c. la République du Panama*, affaire CIRDI n° ARB/15/14, sentence, 12 octobre 2018, par. 135 ; *Cairn Energy c. Inde*, par. 709.

¹¹¹ *Bear Creek c. Pérou*, par. 335 ; *Worley International Services Inc. c. République de l'Équateur*, affaire CPA n° 2019-15, sentence finale, 22 décembre 2023, par. 314 ; *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. la République d'Indonésie*, sentence finale, 15 décembre 2014, par. 645.

¹¹² *Copper Mesa c. Équateur*, par. 6.99 à 6.102 ; *Occidental c. Équateur II*, par. 679, 680 et 687.

¹¹³ *Khan Resources c. Mongolie*, décisions sur la compétence, 25 juillet 2012, par. 383 et 384 ; *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. la République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/26, décisions sur la compétence, 19 décembre 2012, par. 260 ; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. la République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/09/1, décisions sur la compétence, 21 décembre 2012, par. 257, citing *Gustav F.W. Hamster GmbH & Co. KG c. République du Ghana*, affaire CIRDI n° ARB/07/24, sentence, 18 juin 2010, par. 96.

¹¹⁴ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. République des Philippines (II)*, affaire CIRDI n° ARB/11/12, sentence, 10 décembre 2014, par. 332 ; *SAUR International S.A. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité, 6 juin 2012, par. 308.

conformement aux lois et réglementations nationales, y compris en ce qui concerne les droits humains, la protection de l'environnement et le droit du travail.

49. Interdiction d'accorder des réparations spéculatives : comme pour le critère d'établissement de la preuve (voir par. 20 à 22 ci-avant), le droit international énonce pour principe établi que les États ne peuvent être condamnés à verser une indemnisation pour des dommages spéculatifs¹¹⁵. Le refus par les tribunaux des réparations spéculatives s'est manifesté de plusieurs manières. Conformément au principe de la réparation intégrale, les tribunaux n'ont accordé de réparations que pour des pertes réelles, et non pour des préjudices hypothétiques¹¹⁶. Par exemple, pour l'affaire *Mobil (I)*, le tribunal a refusé d'accorder des réparations qu'il considérait prématurées, estimant que les pertes envisagées par les investisseurs ne s'étaient pas encore matérialisées au moment de l'arbitrage¹¹⁷. Le tribunal a conclu qu'il était toutefois possible pour les investisseurs de demander une indemnisation pour ces pertes dans le cadre d'un nouvel arbitrage¹¹⁸. De même, les tribunaux se sont montrés réticents à reconnaître des manques à gagner à moins qu'un flux de revenu anticipé n'ait été démontré avec une certitude raisonnable. Ce cas de figure se présente dans le contexte des demandes en réparation calculées sur la base du modèle des flux de trésorerie actualisés et peut entraîner leur rejet (voir par. 53 à 55 ci-avant).

50. En résumé, il existe plusieurs moyens de défense que les États peuvent invoquer dans les différends relatifs aux investissements. Habituellement, ces moyens de défense ne sont pas énoncés dans les accords internationaux d'investissement, en particulier dans ceux dits d'ancienne génération, mais émanent du droit international coutumier, des principes généraux du droit international ou de la pratique arbitrale. Dans ce contexte, les tribunaux devraient faire davantage appel aux experts des parties pour calculer les réductions de réparations fondées sur la faute concurrente ou la non-atténuation, de manière à promouvoir une rigueur et une précision économique accrues dans leurs sentences.

Recommandations

Les tribunaux devraient évaluer les moyens de défense qui visent à limiter l'indemnisation. Quand une faute concurrente ou la non-atténuation est établie, les tribunaux devraient évaluer les réparations en en tenant compte. Ils devraient également veiller à ce que les réparations correspondent à un préjudice réel (et non spéculatif) et appliquer un critère d'établissement de la preuve élevé pour les manques à gagner et les revenus futurs.

Les tribunaux devraient prendre en compte le respect de la législation locale et des normes internationales pertinentes par l'investisseur, et ce non seulement aux stades relatifs à la compétence et au fond, mais aussi au stade relatif à l'évaluation du montant des réparations.

Les tribunaux devraient tenir compte des principes d'équité et des principes de proportionnalité pour évaluer les réparations, en prenant en considération des facteurs tels que la situation économique des États

¹¹⁵ *Amoco International Finance Corporation c. le Gouvernement de la République islamique d'Iran*, n° 310-56-3, sentence partielle, 14 juillet 1987, Tribunal des différends irano-américains, par. 238 ; M. Kantor, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (2008), p. 71.

¹¹⁶ Commentaire de la CDI, article 36, commentaire 27 ; *Usine de Chorzów*, p. 57.

¹¹⁷ *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Gouvernement canadien (I)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité et les principes de détermination du quantum, 22 mai 2012, par. 469 à 473 ; *PJSC DTEK Krymenergo c. Fédération de Russie*, affaire CPA n° 2018-41, sentence, 1^{er} novembre 2023, par. 841 et 842.

¹¹⁸ L'un des investisseurs a d'ailleurs tiré parti de cette possibilité. Après le rejet par le tribunal des exceptions d'incompétence du Canada fondées sur la prescription et l'autorité de la chose jugée, les parties ont réglé l'affaire : *Mobil Investments Canada Inc. c. Canada (II)*, affaire CIRDI n° ARB/15/6, sentence, 4 février 2020.

défendeurs, la situation des demandeurs et d'autres circonstances pertinentes.

F. Méthodes d'évaluation

51. Les tribunaux ont fait appel à un éventail de méthodes d'évaluation prospectives ou rétrospectives pour déterminer la juste valeur marchande d'un investissement¹¹⁹. Les méthodes prospectives se concentrent sur le potentiel de génération de bénéfices de l'actif et suivent une approche fondée soit sur le revenu, soit sur le marché¹²⁰. Les méthodes rétrospectives, quant à elles, suivent une approche fondée sur les actifs, se concentrant sur leur valeur historique.

52. Le choix de la méthode d'évaluation appropriée doit s'appuyer sur les faits et dépend généralement d'un ensemble de paramètres tels que le secteur ou le domaine de l'investissement, le type d'actif, le stade de développement du projet ainsi que la qualité et la quantité des informations disponibles. Il est à noter que chaque méthode d'évaluation peut produire des résultats différents. Les tribunaux doivent donc choisir celle qui reflète le plus fidèlement la juste valeur marchande de l'investissement. L'objectif est de placer l'investisseur dans une situation équivalente à celle dans laquelle il se trouvait au moment de l'acte illicite¹²¹. Il est donc bon de demander aux experts d'employer plusieurs méthodes d'évaluation pour déterminer les dommages¹²². L'absence de fondement de certaines hypothèses peut donner lieu à des différences importantes, qui nécessitent de demander des explications aux parties.

1. Approche fondée sur le revenu

53. Dans l'approche fondée sur le revenu, la valeur d'un actif est évaluée d'après son potentiel de génération de revenus futurs. La méthode la plus couramment utilisée est celle des flux de trésorerie actualisés, qui consiste à calculer la valeur actuelle des flux de trésorerie attendus de l'entreprise¹²³. En bref, il s'agit de calculer les flux de trésorerie anticipés de l'entreprise et d'appliquer au résultat un taux d'actualisation correspondant à la valeur temporelle de l'argent et au risque qu'il peut y avoir à investir dans un État¹²⁴. Le taux d'actualisation choisi est généralement une source importante de désaccord entre les experts en réparation, et il peut avoir des incidences considérables sur le résultat final¹²⁵. Ce taux doit refléter le niveau de risque réel auquel l'investissement était exposé avant l'acte illicite¹²⁶. À cet égard, la question de savoir si la prime de risque-pays devrait être considérée comme un risque d'expropriation général peut être débattue. D'une part, les investisseurs devraient être protégés contre la propension d'un État à exproprier, et l'État ne devrait pas pouvoir tirer parti des actes illicites qu'il commet¹²⁷. D'autre part, la juste valeur marchande

¹¹⁹ Ripinsky/Williams, p. 193. [A/CN.9/WG.III/WP.220](#), par. 20 à 26.

¹²⁰ C.L. Beharry et E. Méndez Bräutigam, « Damages and Valuation in International Investment Arbitration » (Beharry/Bräutigam), dans *Handbook of International Investment Law and Policy*, J. Chaisse, L. Choukroune, S. Jusoh (dir. publ.) (2021), p. 1438 et 1439.

¹²¹ Wälde/Sabahi, p. 1064 et 1065.

¹²² *Crystallex International Corporation c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2 (*Crystallex c. République bolivarienne du Venezuela*), sentence, 4 avril 2016, par. 916 à 918 ; *Rusoro Mining c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/5 (*Rusoro c. République bolivarienne du Venezuela*), sentence, 22 août 2016, par. 787 à 790 ; *Windstream Energy c. Canada*, affaire CPA n° 2013-22 (*Windstream Energy c. Canada*), sentence, 27 septembre 2016, par. 481 ; *Guris et al. c. République arabe syrienne*, affaire CCI n° 21845/ZF/AYZ, sentence finale, 31 août 2020, par. 338 ; *Mason Capital L.P. et Mason Management LLC c. République de Corée*, affaire n° 2018-55, sentence finale, 11 avril 2024, par. 1034 ; *Marboe*, p. 50 et 51.

¹²³ Beharry/Bräutigam, p. 1439.

¹²⁴ *Marboe*, p. 47 ; Beharry/Bräutigam, p. 1439.

¹²⁵ Beharry/Bräutigam, p. 1439.

¹²⁶ Wälde/Sabahi, p. 1077.

¹²⁷ *Gold Reserve c. République bolivarienne du Venezuela*, par. 814.

devrait correspondre à ce qu'un acheteur consentant sur le marché aurait pris en compte, tout en étant conscient du risque général d'être exproprié¹²⁸. Dans la pratique, il est souvent difficile d'un point de vue empirique d'isoler ou de calculer l'impact de ce facteur sur la prime de risque-pays¹²⁹.

54. La méthode des flux de trésorerie actualisés est un outil d'évaluation très délicat car des modifications même légères des données peuvent avoir des incidences majeures sur les résultats¹³⁰. Sa fiabilité varie donc en fonction de la quantité et de la qualité des informations disponibles, par exemple en ce qui concerne la performance des actifs, les dépenses de l'entreprise, les conditions du marché, le financement, les forces concurrentielles et les perspectives du secteur¹³¹. Par conséquent, il est important que les paramètres reposent sur des données fiables et que les hypothèses soient raisonnables et réalistes. Les tribunaux se sont rarement fiés aux évaluations fondées sur les flux de trésorerie actualisés quand les demandeurs ne parvenaient pas à prouver la rentabilité future de leurs actifs avec suffisamment de certitude¹³², notamment quand l'entreprise n'était pas en activité ou ne pouvait pas établir d'historique de rentabilité¹³³. Dans le Commentaire de la CDI, il est aussi noté que la certitude suffisante est normalement établie « à travers des contrats ou dans certains cas, en vertu d'une longue série de transactions commerciales »¹³⁴.

55. Pour veiller à ce que les réparations pécuniaires soient accordées sur la base de preuves satisfaisantes et ne soient pas intrinsèquement spéculatives, les tribunaux ne devraient appliquer la méthode des flux de trésorerie actualisés que sous réserve de certaines conditions. Pour déterminer si la méthode des flux de trésorerie actualisés est appropriée, on peut se baser sur i) l'existence d'un historique de la performance financière, ii) la fiabilité des projections concernant les flux de trésorerie, iii) l'existence d'un marché établi pour l'investissement, iv) la faisabilité du calcul d'un coût moyen pondéré du capital significatif, et v) le fait que l'investissement opère sur un marché réglementé¹³⁵. Pour limiter encore davantage les spéculations quand ils ont recours au modèle des flux de trésorerie actualisés, les tribunaux pourraient demander aux experts nommés par les parties de présenter et de justifier les principales hypothèses qui sous-tendent leurs évaluations. Les tribunaux pourraient également désigner leurs propres experts ou conseillers pour évaluer ces hypothèses et leur impact sur le calcul des réparations.

2. Approche fondée sur le marché

56. Les méthodes d'évaluation fondées sur le marché consistent à évaluer la valeur d'un actif sur la base d'informations publiquement disponibles concernant des

¹²⁸ *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/13, décision sur la responsabilité et les principes du quantum, 30 décembre 2016, par. 717 à 723.

¹²⁹ J. Searby, « Measuring Country Risk in International Arbitration », dans *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (dir. publ.) (2018), p. 255 et 256.

¹³⁰ *OI European Group B.V. (OIEG) c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/11/25, sentence, 10 mars 2015, par. 663 ; *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/36 (*Eiser c. Espagne*), sentence, 4 mai 2017, par. 465 ; Commentaire de la CDI, article 36, commentaire 26.

¹³¹ Beharry/Bräutigam, p. 1439.

¹³² *Vivendi c. Argentine I*, par. 8.3.5 ; *SPP c. Égypte*, par. 188 ; *Metalclad Corporation c. les États-Unis du Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1 (*Metalclad c. Mexique*), sentence, 30 août 2000, par. 120 ; *NextEra Energy Global Holdings B.V. et NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/14/11, décision sur la compétence, la responsabilité et les principes de détermination du quantum, 12 mars 2019, par. 647.

¹³³ *Deutsche Telekom AG c. République de l'Inde*, affaire CPA n° 2014-10, sentence finale, 27 mai 2020, par. 200 et 209 ; *Rand Investments Ltd. et consorts c. République de Serbie*, affaire CIRDI n° ARB/18/8, sentence [rédigée], 29 juin 2023, par. 684 à 687.

¹³⁴ Commentaire de la CDI, article 36, commentaire 27, citant Washington, United States Government Printing Office, *Damages in International Law*, volume III (1943), p. 1837.

¹³⁵ *Rusoro c. République bolivarienne du Venezuela*, par. 759.

sociétés cotées en bourse ou des transactions comparables¹³⁶. Il s'agit d'une approche prospective car elle rend compte de la perception par le marché des revenus que pourrait générer l'investissement¹³⁷. Les experts en évaluation des réparations s'appuient sur plusieurs sources d'informations pour déterminer la valeur marchande d'un actif, mais ils se basent le plus souvent sur des entreprises ou des transactions comparables (méthode des comparables), ou sur des points de mesure utilisés pour l'investissement (indicateurs d'évaluation propres à l'actif).

57. Méthode des comparables : cette méthode consiste à évaluer l'actif en question sur la base de la valeur de sociétés détenant des actifs analogues ou de transactions réalisées aux conditions du marché, portant sur des actifs ou des entreprises comparables à la date d'évaluation ou à une date proche, puis à procéder à des ajustements pour prendre en compte toute différence raisonnable¹³⁸. En règle générale, les tribunaux ne basent leur jugement que sur des entreprises comparables et à condition qu'il existe un nombre suffisant d'entreprises raisonnablement analogues par leurs produits, leur taille, leur zone géographique et leur profil financier¹³⁹. Les évaluations basées sur des transactions comparables sont peu courantes car les informations sur les ventes sont plus difficiles à se procurer. Néanmoins, cette méthode est depuis longtemps la norme pour l'évaluation des actifs dans certains secteurs (par exemple, l'immobilier). Elle donne une idée d'une transaction réalisée dans les conditions du marché, les actifs présentent des caractéristiques comparables et elle apporte les preuves d'évaluation les plus fiables¹⁴⁰.

58. Si la méthode des comparables permet d'obtenir rapidement et facilement un point de données, elle ne fait que donner la valeur intrinsèque d'actifs qui, bien que comparables à ceux de l'investisseur, ne correspondent pas toujours exactement à ces actifs. Cette méthode tend donc à engendrer un biais du survivant inévitable quand la valeur d'un actif est comparée à celle de projets établis et générant des bénéfices depuis longtemps. Pour les projets en phase de démarrage, notamment, il existe un risque que l'investissement n'atteigne pas les rendements des entreprises comparables qui ont réussi sur le marché. Pour remédier à cette incertitude, les tribunaux peuvent appliquer un facteur d'actualisation ou comparer des projets qui se trouvent à des stades de développement analogues.

59. En outre, certains tribunaux se sont montrés sceptiques à l'égard de cette méthode en raison du haut degré de subjectivité qu'implique le choix des entreprises ou des transactions comparables. Du fait de ces préoccupations, les tribunaux ont eu tendance à utiliser la méthode des comparables comme un outil de vérification secondaire plutôt que comme principale méthode d'évaluation¹⁴¹.

¹³⁶ Beharry/Bräutigam, p. 1440 ; Beharry, p. 205.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Wälde/Sabahi, p. 1062 et 1063.

¹³⁹ *Crystallex c. République bolivarienne du Venezuela*, par. 901 ; *CMS c. Argentine*, par. 412 ; *Khan Resources c. Mongolie*, par. 399 ; S. P. Pratt et A. V. Niculita, *Valuing a business: the analysis and appraisal of closely held companies*, 5^e édition, (2008) (Pratt/Niculita), p. 262 ; Wälde/Sabahi, p. 1070 et 1071.

¹⁴⁰ Pratt/Niculita, p. 310 ; *Vestey Group Ltd c. République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/06/4 (*Vestey c. République bolivarienne du Venezuela*), sentence, 15 avril 2016, par. 352 à 354 ; *Windstream Energy c. Canada*, par. 476 ; *Occidental c. Équateur*, par. 787 et 788 ; *Crystallex c. République bolivarienne du Venezuela*, par. 909 ; Wälde/Sabahi, p. 1071.

¹⁴¹ *Gold Reserve c. République bolivarienne du Venezuela*, par. 832 ; PwC, « International arbitration damages research: Closing the Gap between Claimants and Respondents », *Journal of Damages in International Arbitration*, volume 3, n° 1 (PwC) (2015), p. 8.

60. Indicateurs de valorisation propres à l'actif : une autre méthode fondée sur le marché consiste à examiner les indicateurs de valeur de l'investissement, par exemple le cours des actions, les transactions passées ou les offres d'achat antérieures. Cette méthode peut être indiquée, par exemple, quand l'investissement est le seul actif d'une société cotée en bourse. Dans ce cas, on peut déterminer la valeur de l'actif en examinant sa capitalisation boursière à une date donnée. Néanmoins, cette méthode peut s'avérer moins instructive quand les actions de l'entreprise ne sont pas négociées assez régulièrement ou dans des volumes suffisants. De même, quand le contexte factuel ne permet pas de définir de date d'évaluation « nette », comme c'est souvent le cas pour les expropriations indirectes et progressives, cette approche ne rend pas toujours bien compte des pertes réelles de l'investisseur¹⁴². Les récentes offres d'achat ou les transactions aux conditions du marché qui portent sur l'actif peuvent constituer des preuves significatives de la valeur de l'actif, en particulier lorsqu'elles ont eu lieu à une date proche de la date d'évaluation. Par exemple, dans l'affaire *Kahn Resources c. Mongolie*, le tribunal s'est appuyé sur une offre d'achat récente, qu'il a ajustée pour prendre en compte l'acte illicite de l'État¹⁴³.

3. Approche fondée sur les actifs

61. L'approche fondée sur les actifs est une méthode d'évaluation rétrospective qui vise à déterminer la valeur d'une entreprise en additionnant ses actifs corporels et incorporels. L'approche fondée sur les actifs la plus courante consiste à calculer les dépenses afférentes à l'investissement engagées avant le fait illicite. Pour se voir accorder des réparations sur cette base, l'investisseur doit démontrer que les dépenses i) étaient liées à l'investissement, ii) avaient été engagées par l'investisseur, iii) n'étaient pas manifestement déraisonnables et iv) étaient appuyées par des éléments de preuve suffisants¹⁴⁴. D'autres méthodes fondées sur les actifs consistent à évaluer la valeur comptable de l'entreprise (total de l'actif net moins total du passif après déduction de l'amortissement cumulé et des pertes de valeur ainsi que des dépréciations)¹⁴⁵, la valeur de liquidation (prix estimé dans des conditions de liquidation)¹⁴⁶ et la valeur de remplacement (montant nécessaire pour remplacer les actifs dans leur état réel avant la date d'évaluation par des actifs de même nature)¹⁴⁷.

62. Par rapport aux méthodes d'évaluation prospectives, les approches fondées sur les actifs, comme les coûts d'investissement, demandent des calculs plus simples, qui reposent sur des informations plus faciles à obtenir. Ces chiffres étant basés sur des données produites à des fins non contentieuses, ils sont moins susceptibles d'être biaisés¹⁴⁸, et les dommages calculés à l'aide de ces méthodes offrent donc un degré de certitude relativement élevé. Néanmoins, si la simplicité et l'absence d'ambiguïté sont des avantages majeurs, il arrive que les approches fondées sur les actifs donnent lieu à une sous-indemnisation (si l'actif de l'investisseur est particulièrement rentable) ou à une surindemnisation (quand l'actif du demandeur vaut moins que ses coûts d'investissement)¹⁴⁹.

¹⁴² *Crystallex c. République bolivarienne du Venezuela*, par. 889 à 895 ; *Rusoro c. République bolivarienne du Venezuela*, par. 767 à 769 et 789.

¹⁴³ *Khan Resources c. Mongolie*, par. 419 et 420 ; *OAO « Tatneft » c. Ukraine*, affaire CPA n° 2008-8, sentence sur le fond, 29 juillet 2014, par. 608 et 609 (concernant des transactions portant sur des actions).

¹⁴⁴ Ripinsky/Williams, p. 266 et 271 ; Beharry/Bräutigam, p. 1443.

¹⁴⁵ *Libyan American Oil Company c. le Gouvernement de la République arabe libyenne*, arbitrage ad hoc, sentence, 12 avril 1977, par. 320 ; *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3, sentence, 22 mai 2007, par. 382 ; *Tidewater c. République bolivarienne du Venezuela*, par. 165.

¹⁴⁶ *CME c. République tchèque*, sentence finale, par. 612.

¹⁴⁷ *Petrolane, Inc., et al. c. République islamique d'Iran et al.*, Tribunal des différends irano-américains, affaire n° 131, sentence, 14 août 1991, par. 106 à 108 ; *Vestey c. République bolivarienne du Venezuela*, par. 400 à 414 et 424 à 426 ; *Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. Congo*, affaire CIRDI n° ARB/10/4, sentence, 7 février 2014, par. 572.

¹⁴⁸ Wälde/Sabahi, p. 1072.

¹⁴⁹ Wälde/Sabahi, p. 1072 ; Beharry/Bräutigam, p. 1443.

63. Les tribunaux sont susceptibles de recourir à une évaluation fondée sur les coûts quand i) le projet n'est pas encore en phase de production, ii) il n'y a pas d'éléments suffisants pour établir des projections fiables sur les flux de trésorerie, iii) la société n'est pas en exploitation et les revenus et coûts futurs sont incertains, et iv) il existe une disparité importante entre les investissements réalisés et l'indemnisation demandée¹⁵⁰. Par ailleurs, les coûts d'investissement doivent être présentés nets de recouvrement (c'est-à-dire en tenant compte de toute somme récupérée).

64. La question de savoir si les réparations devraient se limiter au montant investi par le demandeur ou si elles peuvent être calculées sur la base des flux de trésorerie attendus fait encore l'objet de débats. Les préoccupations liées aux réparations excessives et à la nécessité d'éviter les résultats qui pourraient être spéculatifs sont au cœur de ces débats. En se basant uniquement sur les coûts d'investissement d'un investisseur, on risque de ne pas entièrement dissiper les préoccupations que suscitent les indemnités disproportionnées. En effet, avec cette approche, les demandes d'indemnisation peuvent toujours être élevées, en particulier pour les projets à forte intensité de capital qui sont encore à un stade précoce, et dont les coûts initiaux peuvent dépasser la valeur marchande du projet au moment de l'expropriation. Les tribunaux devraient plutôt se baser sur des facteurs spécifiques pour déterminer la méthode d'évaluation la plus appropriée au cas par cas. Le choix de la méthode à adopter doit reposer sur les informations disponibles, sur la probabilité qu'un investissement soit rentable et sur la nature du préjudice subi.

Recommandations

Les tribunaux devraient inviter les parties à fonder leur évaluation et les preuves à l'appui de celle-ci sur une méthode qui corresponde à la nature de l'investissement, à ses performances, à son stade de développement et à la nature du préjudice subi.

Quand l'investissement est en exploitation et génère des revenus, les tribunaux devraient inviter les parties à justifier le recours à la méthode des flux de trésorerie actualisés en démontrant que les éléments suivants sont réunis : i) un historique des performances ; ii) des projections fiables concernant les flux de trésorerie ; iii) un marché établi pour l'investissement ; iv) la faisabilité du calcul d'un coût moyen pondéré du capital significatif ; et v) l'exploitation de l'investissement sur un marché réglementé. Les tribunaux devraient indiquer clairement que la méthode des flux de trésorerie actualisés n'est appropriée que quand des bases factuelles et financières suffisamment solides ont été établies.

Les tribunaux devraient inviter les parties à faire appel à des méthodes fondées sur le marché pour les investissements qui sont matures et dont la continuité peut être établie, et souligner l'importance de la transparence et de l'objectivité dans le choix des données et hypothèses qui sous-tendent l'évaluation. Les données subjectives ou sélectives devraient être considérées avec prudence.

Les tribunaux devraient expliquer clairement que les évaluations fondées sur les coûts sont plus appropriées quand les conditions suivantes sont réunies : i) le projet n'est pas encore en phase de production ; ii) il n'y a pas d'éléments suffisants pour établir des projections fiables sur les flux de trésorerie ; iii) la société n'est pas en exploitation et les revenus et coûts futurs sont incertains ; et iv) il existe une disparité importante entre les investissements réalisés et l'indemnisation demandée.

¹⁵⁰ *SAS c. État plurinational de Bolivie*, par. 859.

G. Intérêts

65. La détermination des intérêts est de plus en plus considérée comme un élément clef de l'évaluation des réparations. La plupart des accords internationaux d'investissement ne mentionnent pourtant les intérêts que dans le contexte d'une expropriation légale. De même, l'article 38-1 des Articles sur la responsabilité confère aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation, en disposant que des intérêts « sont payables dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale »¹⁵¹. Par conséquent, des pratiques différentes se sont développées en ce qui concernait l'application des intérêts. La principale raison des divergences est à trouver dans les points de vue différents qu'ont les tribunaux sur l'objet des intérêts. En termes juridiques, ceux-ci sont destinés à compenser le fait qu'une somme n'ait pas pu être utilisée dans l'attente de son versement¹⁵². En termes économiques, la fonction des intérêts est de faire progresser la valeur de l'argent dans le temps.

66. Bien qu'ils soient généralement considérés du point de vue des investisseurs, les intérêts ne sont pas seulement un élément des réparations qui peuvent être dû à ces derniers. Ils sont tout aussi importants pour les États, qui peuvent aussi chercher à en obtenir pour les frais d'arbitrage et les honoraires d'avocat quand ils obtiennent gain de cause lors de la procédure¹⁵³.

1. Intérêts antérieurs à la sentence

67. Période couverte : les intérêts sont appliqués entre une date précise et la date de la sentence (intérêts antérieurs à la sentence), et à partir de cette date jusqu'au paiement (intérêts postérieurs à la sentence), ce que traduit l'article 38-2 des Articles sur la responsabilité : « les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer est exécutée ». Les intérêts antérieurs à la sentence compensent le retard de paiement des sommes dues du fait de la violation, tandis que les intérêts postérieurs à la sentence favorisent le paiement dans les délais.

68. La date initiale prise en compte pour le calcul des réparations peut varier. Les tribunaux se sont par exemple basés sur la date de la violation¹⁵⁴, sur la date de commencement de la procédure d'arbitrage¹⁵⁵ ou sur la date de la sentence¹⁵⁶. Dans la pratique, les intérêts courent généralement à partir de la date de la violation, ce afin d'éviter un délai entre cette période et la date de la sentence¹⁵⁷. Cependant, la situation peut se compliquer quand plusieurs violations du traité sont alléguées pour des faits différents. Le cas échéant, un tribunal peut utiliser une date initiale différente pour chaque mesure ou préjudice subi¹⁵⁸. Pour ce qui est de la date de fin, il s'agit normalement de la date du paiement.

¹⁵¹ C.L. Beharry et J.P. Hugues, « Article 38: The Treatment of Interest in International Investment Arbitration », *ICSID Review*, volume 37, issue 1-2 (2022), p. 339 à 358.

¹⁵² *Illinois Central Railroad Co. (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, Commission générale des réclamations, sentence, 6 décembre 1926, par. 5.

¹⁵³ *Gabriel Resources Ltd. et Gabriel Resources (Jersey) c. Roumanie (I)*, affaire CIRDI n° ARB/15/31, sentence, 8 mars 2024, par. 1358-2-b et c ; *Peteris Pildegovics et SIA North Star c. Royaume de Norvège*, affaire CIRDI n° ARB/20/11, sentence, 22 décembre 2023, par. 626-3 à 5 ; *Marko Mihaljevic c. République de Croatie*, affaire CIRDI n° ARB/19/35 (*Mihaljevic c. Croatie*), sentence, 19 mai 2023, par. 152-b et c.

¹⁵⁴ *MTD c. Chili*, sentence, par. 247 ; *AAPL c. Sri Lanka*, par. 114 ; *Metalclad c. Mexique*, par. 128.

¹⁵⁵ *SwemBalt AB, Suède c. la République de Lettonie*, CNUDCI, décision de la Cour d'arbitrage, 23 octobre 2000, par. 47 ; *Amco c. Indonésie*, sentence, 20 novembre 1984, par. 281.

¹⁵⁶ *Arif c. Moldova*, par. 618 ; *ADC c. Hongrie*, par. 520 et 522.

¹⁵⁷ M. Beeley, « Approaches to the Award of Interest », dans *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry, (dir. publ.) (2018), p. 393.

¹⁵⁸ *Strabag SE c. Libye*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/15/1, sentence, 29 juin 2020, par. 964 ; *Siemens c. Argentine*, par. 397.

69. Taux des intérêts : en l'absence d'orientations à ce sujet dans les Articles sur la responsabilité¹⁵⁹ et les accords internationaux d'investissement, les tribunaux ont principalement adopté trois approches sur la question. Selon la première, les coûts d'emprunt de l'investisseur demandeur¹⁶⁰ ou de l'État défendeur¹⁶¹ sont régulièrement examinés par les tribunaux. Ceux-ci peuvent également appliquer les taux de référence interbancaires couramment utilisés sur les marchés financiers. Ces taux remplacent alors les taux effectifs que doit payer un investisseur afin d'éviter des conclusions dépendant de la solvabilité de l'investisseur. Certains tribunaux ont également rejeté le taux d'emprunt souverain¹⁶² en se fondant sur la théorie du prêt forcé, selon laquelle le demandeur est considéré comme un créancier involontaire de l'État¹⁶³. Cette approche est critiquée parce qu'elle met l'accent sur l'enrichissement injustifié de l'État plutôt que sur la perte de l'investisseur, et qu'elle peut pénaliser indûment les États en développement.

70. Selon la deuxième approche, les taux sont basés sur le retour sur investissement de l'investisseur, conformément à la théorie selon laquelle le demandeur aurait investi les fonds dont il a été privé et en aurait tiré un rendement. Cette approche peut donner des taux très variables selon que le calcul est basé sur des investissements à faible risque, tels que les bons de trésor¹⁶⁴, sur des taux interbancaires (souvent assortis d'une surtaxe) ou sur le rendement anticipé de l'investissement du demandeur¹⁶⁵. Compte tenu de l'incertitude liée au retour sur investissement potentiel d'un demandeur, certains tribunaux ont choisi de se baser sur un taux sans risque¹⁶⁶.

71. Selon la troisième approche, les tribunaux ont utilisé des taux fixes, définis sur la base de la législation nationale, de dispositions contractuelles ou de la situation économique du moment, sans donner beaucoup d'explications cependant¹⁶⁷. Quand ils adoptent cette approche, les tribunaux devraient s'assurer que le taux repose sur des bases solides d'un point de vue économique et juridique.

72. Selon une étude, les taux les plus fréquemment appliqués sont les taux interbancaires et les taux sans risque¹⁶⁸. Les tribunaux devraient expliquer les raisons qui les ont amenés à choisir un taux d'intérêt plutôt qu'un autre (avec les surcoûts qu'il peut occasionner), afin de vérifier que ce taux est compatible avec le principe de la réparation intégrale. Par ailleurs, le taux applicable devrait être libellé dans la même devise que le montant des réparations accordées¹⁶⁹.

¹⁵⁹ Commentaire de la CDI, article 38, commentaire 10.

¹⁶⁰ *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. République islamique du Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/13/1, sentence, 22 août 2017, par. 990 et 998 ; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina et Mobil Argentina S.A. c. République argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/16, sentence, 25 février 2016, par. 292.

¹⁶¹ *Eiser c. Espagne*, par. 475 à 478 ; *Bear Creek c. Pérou*, par. 714 à 716 ;

¹⁶² *Tidewater c. République bolivarienne du Venezuela*, par. 205 ; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. la Fédération de Russie*, affaire CPA n° 2005-04/AA227, (*Yukos Universal c. Fédération de Russie*), sentence, 18 juillet 2014, par. 1679.

¹⁶³ M.S. Knoll et J.M. Colon, « The Calculation of Prejudgment Interest », dans *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper No. 06-21 (2005).

¹⁶⁴ *Siemens c. Argentine*, par. 396 ; *ADM c. Mexique*, sentence, 21 novembre 2007, par. 300.

¹⁶⁵ *SAUR International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/4, sentence, 22 mai 2014, p. 430 ; *Vivendi c. Argentine I*, par. 9.2.8.

¹⁶⁶ *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. c. République kirghize*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/06/1, sentence, 9 septembre 2009, par. 194.

¹⁶⁷ *Sunlodge c. Tanzanie*, par. 502 ; *AAPL c. Sri Lanka*, par. 115 (taux de 10 %) ; *Mr. Franz Sedelmayer c. la Fédération de Russie*, SCC, sentence d'arbitrage, 7 juillet 1998, par. 466.

¹⁶⁸ PwC, *International Arbitration Damages Study* (2023), p. 10.

¹⁶⁹ *ADM c. Mexique*, par. 300 ; *S.D. Myers c. Canada*, deuxième sentence partielle, par. 304 ; *Odyssey c. Mexique*, décision sur l'interprétation de la sentence, 16 décembre 2024, par. 57.

73. Modalité de calcul : à l'origine, les intérêts étaient calculés sur une base simple en fonction de la somme principale¹⁷⁰, comme l'indiquent les Articles sur la responsabilité¹⁷¹, mais l'on observe un recul de cette pratique depuis 25 ans, bien que certains tribunaux continuent à utiliser l'intérêt simple¹⁷². D'aucuns considèrent que les intérêts composés reflètent plus fidèlement la valeur temporelle de l'argent et les opérations financières réelles¹⁷³. Malgré sa prévalence dans l'arbitrage d'investissement, on notera que cette pratique n'est pas la norme dans d'autres domaines du règlement des différends internationaux, comme dans l'arbitrage commercial international, par exemple¹⁷⁴.

74. Dans la pratique, les taux d'intérêt commerciaux intègrent souvent des fréquences de composition (annuelle, semestrielle, trimestrielle, mensuelle ou quotidienne) et des différences dans ces fréquences peuvent fausser le taux. Les tribunaux devraient donc veiller à ce que le taux adopté soit correctement appliqué.

2. Intérêts postérieurs à la sentence

75. Les intérêts postérieurs à la sentence sont traités de la même manière que les intérêts antérieurs à la sentence¹⁷⁵. D'ailleurs, certains tribunaux ne font pas la distinction entre les deux lorsqu'ils ordonnent le versement d'intérêts jusqu'à la date de paiement. Ceux qui choisissent de distinguer les intérêts antérieurs à la sentence de ceux postérieurs à la sentence définissent non seulement des dates initiales différentes, mais aussi des taux d'intérêt et/ou des modes de calcul différents. En règle générale, les intérêts postérieurs à la sentence courent à compter de la date de la sentence, bien que certains tribunaux accordent un délai de grâce aux États pour qu'ils prennent des mesures internes afin d'organiser le paiement¹⁷⁶. Il s'agit là d'une bonne pratique car, en réalité, peu d'États sont en mesure d'effectuer le paiement immédiatement. S'agissant du taux, si les tribunaux utilisent souvent le même que pour les intérêts antérieurs à la sentence, il peut être plus élevé pour les intérêts postérieurs à la sentence¹⁷⁷. Les méthodes de calcul diffèrent aussi, certains tribunaux choisissant de n'appliquer que des intérêts composés après la sentence¹⁷⁸ ou d'utiliser des fréquences de composition plus courtes¹⁷⁹. Ces différences s'expliquent par l'objectif distinct qui est recherché avec les intérêts postérieurs à la sentence, à savoir inciter à un paiement rapide.

¹⁷⁰ Commentaire de la CDI, article 38, commentaire 8 ; M. M. Whiteman, 3 *Damages in International Law* (1943).

¹⁷¹ Commentaire de la CDI, article 38, commentaire 9.

¹⁷² *Glencore c. Colombie II*, par. 361-3 ; *Bank Melli Iran et Bank Saderat Iran c. le Royaume de Bahreïn*, affaire CPA n° 2017-25, sentence finale, 9 novembre 2021, par. 836-c ; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC et Schwab Holding AG c. Royaume d'Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/36 (*OperaFund et Schwab Holding c. Espagne*), sentence, 6 septembre 2019, par. 746-5.

¹⁷³ F. A. Mann, « Compound Interest as an Item of Damage in International Law », *UC Davis Law Review*, volume 21 (1988), p. 585.

¹⁷⁴ PwC, *Damages awards in international commercial arbitration: A Study of ICC awards* (2020), p. 20.

¹⁷⁵ *ADM c. Mexique*, par. 304-5 ; *PSEG c. Türkiye*, par. 354-3 ; *MTD c. Chili*, sentence, par. 253-4.

¹⁷⁶ *Tenaris S.A. et Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. République bolivarienne du Venezuela (I)*, affaire CIRDI n° ARB/11/26, sentence, 29 janvier 2016, par. 595 ; *Yukos Universal c. Fédération de Russie*, par. 1691 ; *Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/98/4 (*Wena Hotels c. Égypte*), sentence, 8 décembre 2000, par. 136.

¹⁷⁷ *Gold Reserve c. République bolivarienne du Venezuela*, par. 863-ii et iii ; *Eiser c. Espagne*, par. 486-d ; *Maffezini c. Espagne*, par. 96 et 97.

¹⁷⁸ *OperaFund et Schwab Holding c. Espagne*, par. 746-5 et 6 ; *CMS c. Argentine*, par. 471.

¹⁷⁹ *Metalclad c. Mexique*, par. 131 ; *Maffezini c. Espagne*, par. 96 et 97.

76. Les intérêts peuvent avoir des incidences considérables sur le montant total des réparations accordées, puisqu'ils peuvent égaler ou dépasser la somme principale¹⁸⁰. L'absence de règles à ce sujet a laissé aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire, ce qui a entraîné un manque d'uniformité sur des éléments essentiels tels que le taux, la période couverte et le mode de calcul. Les points de vue divergent d'ailleurs sur ces questions.

Recommandations

Les tribunaux devraient comprendre et expliquer clairement l'objectif et le fondement juridique de l'octroi d'intérêts.

Les tribunaux devraient fixer la date à partir de laquelle les intérêts commencent à courir ainsi que la période sur laquelle ils courent, et justifier leurs choix.

Les tribunaux devraient choisir un taux d'intérêt transparent, raisonnable et conforme au principe de la réparation intégrale.

Les tribunaux devraient indiquer le mode de calcul retenu pour les intérêts et, quand des intérêts composés sont appliqués, préciser la fréquence de composition.

Les tribunaux devraient garder à l'esprit que les intérêts peuvent avoir des incidences considérables sur le montant final accordé, puisqu'ils peuvent égaler ou dépasser la somme principale, et ils devraient veiller au respect du principe de proportionnalité.

H. Répartition des frais

77. Outre les réparations pécuniaires, les tribunaux doivent décider de la répartition des frais entre les parties, c'est-à-dire des frais d'arbitrage (notamment les droits administratifs de l'institution d'arbitrage et les honoraires et dépenses du tribunal) et des frais de justice des parties, (à savoir les frais de conseil et d'expertise, les frais de traduction et les éventuels frais de déplacement). Les frais peuvent représenter une part importante d'une sentence. Ils s'élèvent en moyenne à 6,4 millions de dollars pour les investisseurs et à 4,7 millions pour les États¹⁸¹.

78. Les règlements d'arbitrage laissent généralement aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire s'agissant de la répartition des frais.

79. D'une manière générale, deux approches se dégagent de la pratique de l'arbitrage : i) l'approche « perdant-payeur » selon laquelle les frais suivent le principal, c'est-à-dire que la partie perdante doit rembourser à la partie gagnante les frais occasionnés ; et ii) l'approche « chacun ses frais », dans laquelle chaque partie acquitte ses frais de justice, les frais d'arbitrage étant répartis à parts égales entre les deux parties. Pendant longtemps, l'approche privilégiée en arbitrage d'investissement était que chaque partie s'acquitte de ses propres frais, ce qui correspondait à la pratique des tribunaux internationaux. Cependant, ces dernières années, on a observé un glissement vers l'approche selon laquelle les frais suivent le principal¹⁸². Dérivée de celle-ci, l'approche du succès relatif consiste à répartir les frais en fonction du succès relatif de chacun des arguments des parties à l'arbitrage. Toutefois, il peut être

¹⁸⁰ *Wena Hotels c. Égypte ; Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/96/1, sentence, 17 février 2000 ; *The American Independent Oil Company (AMINOIL) c. le Gouvernement de l'État du Koweït*, sentence finale, 24 mars 1982.

¹⁸¹ M. Hodgson *et al.*, « 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration », p. 10 ; [A/CN.9/WG.III/WP.153](#), par. 17 à 21.

¹⁸² Hodgson *et al.*, p. 16 ; *Georg Gavrilovic et Gavrilovic d.o.o. c. République de Croatie*, affaire CIRDI n° ARB/12/39, sentence, 26 juillet 2018, par. 1316.

compliqué dans la pratique de répartir les frais en fonction des points de litige ou des phases de la procédure¹⁸³.

80. Des orientations plus précises sur la répartition des frais permettraient d'améliorer la transparence, la cohérence et la prévisibilité dans ce domaine¹⁸⁴. La répartition des frais peut également être employée comme un moyen efficace de contrôler la conduite des parties pendant la procédure arbitrale, et de décourager les demandes abusives ou excessives. Au moment de répartir les frais, les tribunaux devraient aussi prendre en considération les incidences qu'a eues le comportement des parties sur ces frais, et par exemple déterminer si le calcul des réparations reposait bien sur des preuves solides, si l'analyse était claire et compréhensible, et non obscure ou excessivement compliquée, et si la procédure d'arbitrage avait pu se dérouler avec célérité.

Recommandations

Les tribunaux devraient répartir les frais en se basant sur les règles applicables, les appliquer de manière cohérente et justifier la méthode employée.

Au moment de répartir les frais, les tribunaux devraient prendre en considération les disproportions entre les réparations qui sont demandées et celles qui sont accordées, la clarté des analyses d'experts, le comportement des parties et le bien-fondé des demandes.

En concertation avec les parties, les tribunaux peuvent convenir dans l'ordonnance de procédure d'appliquer certaines règles sur les frais. Dans le souci d'une maîtrise précoce des coûts, les parties pourraient être tenues de rendre compte périodiquement de leurs frais.

¹⁸³ M. Hodgson et A. Campbell, « The Allocation of Costs in Investment Treaty Arbitration », dans *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (dir. publ.) (2018), p. 403 et 404.

¹⁸⁴ S.D. Franck, *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration* (2019), p. 187.