Nations Unies A/CN.9/WG.III/WP.220

Assemblée générale

Distr. limitée
5 juillet 2022
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)
Quarante-troisième session
Vienne, 5-16 septembre 2022

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

Évaluation des dommages et indemnisation

Note du Secrétariat

Table des matières

Page

I. Introduction . . . 3
II. Évaluation des dommages et détermination de l'indemnisation dans le RDIE . . . 5
A. Cadre existant . . . 5
1. Expropriation légale . . . 5
2. Expropriation illégale . . . 6
3. Violations d'autres obligations conventionnelles . . . 6
4. Limitation de l'indemnisation . . . 7
B. Questions clefs . . . 7
1. Méthode d'évaluation . . . 7
2. Lien de causalité – attribuer la perte subie par un investisseur au manquement de l'État . . . 10
3. Charge de la preuve ; critère d'établissement de la preuve . . . 10
4. Octroi d'intérêts et mode de calcul des intérêts . . . 11
5. Rôle des experts . . . 13
6. Autres facteurs limitant le montant de l'indemnisation . . . 13
C. Questions à examiner et travaux éventuels . . . 15
1. Complexité et incertitude des pratiques actuelles . . . 15
2. Montants élevés – et en augmentation – des indemnisations . . . 16

V.22-10340 (F)

Merci de recycler

3. Moyens de combler l'écart entre le préjudice invoqué et les dommages accordés, y compris les demandes d'indemnisation exagérées 17

4. Divergences entre les calculs de dommages effectués par les experts 18

D. Lien avec d'autres options de réforme 18

I. Introduction

1. À sa trente-quatrième session, en 2017, le Groupe de travail a examiné les questions de la cohérence et de la constance des décisions rendues par des tribunaux de RDIE et noté qu'il y avait eu des décisions incohérentes au sujet de l'application des règles de droit à l'évaluation des dommages et à l'indemnisation (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 30).

2. À la trente-septième session du Groupe de travail, en 2019, on s'est inquiété du montant élevé des indemnisations accordées par des tribunaux de RDIE, dont il a été estimé qu'il minait l'aptitude des États à réglementer (A/CN.9/970, par. 36 à 38).

3. À sa trente-huitième session, en 2019, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat d'examiner les modalités d'éventuels travaux sur les dommages-intérêts et l'indemnisation (A/CN.9/1004*, par. 104). Il a été estimé que tout travail mené sur ce sujet impliquerait d'examiner de près la phase au cours de laquelle les tribunaux évaluent les dommages et déterminent l'indemnisation, les exigences en matière de preuve, les normes comptables et financières applicables et le lien avec la répartition des coûts (A/CN.9/1004*, par. 102). On a également mentionné les incidences du financement par des tiers sur le montant de l'indemnisation réclamée (A/CN.9/1004*, par. 80).

4. Les communications reçues des gouvernements (« communications ») relevaient que la question de l'évaluation des dommages et de l'indemnisation constituait une source de préoccupation et soulignaient l'incohérence et l'imprévisibilité des sentences rendues dans ce domaine[1].

5. Une communication évoquait les « écarts extraordinaires entre les montants investis et les montants attribués à titre d'indemnisation » ; notait que les tribunaux de RDIE ne prenaient « généralement pas les facteurs contextuels en considération » ; et soulignait que les montants élevés accordés pourraient entraîner un « gel réglementaire »[2]. Une autre communication notait que les demandeurs avaient tendance à présenter des demandes d'indemnisation exagérées « dans l'espoir qu'un montant moins exagéré mais toujours indéfendable semblerait raisonnable en comparaison »[3]. Celle-ci faisait également référence à l'écart important entre les évaluations des dommages effectuées par les demandeurs et par les défendeurs et appelait de ses vœux l'adoption d'une méthode d'évaluation claire pour réduire le risque d'abus.

6. Cette communication soulignait que d'éventuelles « lignes directrices relatives à l'indemnisation » devraient prévoir « un mécanisme de contrôle des réclamations, une méthode d'évaluation des entreprises conforme aux normes internationales reconnues d'information financière, (…) et un mécanisme permettant de rejeter les réclamations abusives à un stade précoce »[4].

7. Une autre communication encore proposait d'établir des critères objectifs et transparents pour déterminer l'indemnisation et soulignait qu'il importait que le montant accordé soit proportionnel au préjudice effectif[5].

8. Par conséquent, la présente note expose les principales questions relatives à l'évaluation des dommages et à la détermination de l'indemnisation dans le cadre de

---

[1] Les communications présentées par les gouvernements suivants faisaient référence aux dommages : Indonésie (A/CN.9/WG.III/WP.156), Union européenne et ses États membres (A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1), Colombie (A/CN.9/WG.III/WP.173), Équateur (A/CN.9/WG.III/WP.175), Afrique du Sud (A/CN.9/WG.III/WP.176), Chili, Israël, Japon, Mexique et Pérou (A/CN.9/WG.III/WP.182), et Burkina Faso (A/CN.9/WG.III/WP.199).

[2] A/CN.9/WG.III/WP.199, par. 7, 9 et 10.

[3] A/CN.9/WG.III/WP.156, par. 8 et 9.

[4] Ibid. ; A/CN.9/WG.III/WP.176, par. 73.

[5] A/CN.9/WG.III/WP.161, par. 14 ; A/CN.9/WG.III/WP.199, par. 11.

traités d'investissement[6], y compris les principes juridiques sous-jacents et les méthodologies à examiner par le Groupe de travail[7].

9. De même que d'autres documents soumis au Groupe de travail, la présente note a été établie sur la base d'informations publiées sur le sujet[8] et ne se prononce pas au

---

[6] Les termes « dommage » et « indemnisation » sont utilisés dans la présente note conformément à la terminologie adoptée dans le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001 (articles de la CDI avec commentaires), disponible à l'adresse suivante : https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf, et qui fait généralement référence au « dommage » dans le sens d'un préjudice ou d'un manque à gagner et à l'« indemnisation » comme terme générique pour désigner les montants payables à la partie lésée en cas de préjudice. Les articles de la CDI, rédigés en 2001, ont été recommandés à l'attention des États par une résolution de l'Assemblée générale en 2019 (voir la résolution de l'Assemblée générale A/RES/74/180, datée du 27 décembre 2019, disponible sur https://undocs.org/fr/A/RES/74/180). Ils ne sont pas contraignants pour les États mais sont largement reconnus et appliqués par les tribunaux de RDIE.

[7] Si la présente note utilise divers termes, tels que « principes » et « normes », elle ne se prononce pas sur la question de savoir si ceux-ci peuvent effectivement être qualifiés en tant que tels.

[8] Par exemple, les études, rapports et autres informations générales suivants : C. L. Beharry, dir. publ., *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration* (Leyde, Pays-Bas, Brill, 2018) ; 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.). (Springer Singapour, 2021) ; J. Bonnitcha, M. Langford, J. M. Alvarez-Zarate, Daniel Behn, Damages and ISDS Reform: Between Procedure and Substance, 2021, *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, 00, 1-34, https://doi.org/10.1093/jnlids/idab034 (étude du Forum académique) ; M. Hodgson, Y. Kryvoi, D. Hrcka, 2021 *Empirical Study : Costs, Damage and Duration in Investor-State Arbitration* (juin 2021) (étude du BIICL) ; J. Y. Gotanda, Compound Interest in International Disputes Vol. 34 (2002-03) *Law & Policy in International Business*, p. 394 (Gotanda) ; T. H. Hart et R. Velez, « Study of Damage Awards in Investor-State Cases », *Transnational Dispute Management*, (janvier 2021), disponible à l'adresse : https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=1870 (étude Hart/Velez) ; Institut international du développement durable (par J. Bonnitcha, S. Brewin), Série des bonnes pratiques de l'IISD : L'indemnisation en vertu des traités d'investissement, disponible à l'adresse : https://www.iisd.org/system/files/2021-01/compensation-treaties-best-practicies-fr.pdf (« IISD ») ; J. E. Kalicki, A. Joubin-Bret, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Nijhoff International Investment Law Series, Band : 4 (BRILL, 2015) ; Kantor, The Impact of Contributory Investor Conduct: Only with Difficulty Commensurable, in M. Kinnear, G. R. Fischer, *et al.*, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, 2015 (Kantor) ; M. Kantor, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (Kluwer Law International, 2008) ; R. Knieper, *Rethinking Investment Arbitration* (München, SchiedsVZ, 2015), p. 25 à 32 ; I. Marboe Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2017) (Marboe, Calculation) ; I. Marboe, *Damages in Investor-State Arbitration: Current Issues and Challenges* (Leyde (Pays-Bas), Brill, 2018), p. 39 à 86 (Marboe, Damages) ; P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, dir. publ., *Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008) (« Schreuer ») ; Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2012/03, Investor-State Dispute Settlement, D. Gaukrodger, K. Gordon, disponible à l'adresse http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf (document de travail de l'OCDE) ; PriceWaterhouseCoopers LLP (PWC), « International Arbitration damages research, Closing the gap between claimants and respondents » (étude PWC 2015), disponible à l'adresse https://www.pwc.com/sg/en/publications/assets/international-arbitation-damages-research-2015.pdf ; PWC, « Dispute perspectives, Tribunals' conflicts of interest » (étude PWC 2016), disponible à l'adresse https://www.pwc.co.uk/tax/assets/tribunals-conflicts-on-interest-new.pdf ; PWC, « PwC International Arbitration damages research, 2017 update » (étude PWC 2017), disponible à l'adresse https://www.pwc.co.uk/forensic-services/assets/pwc-international-arbitration-damages-research-2017.pdf ; S. H. Reisberg, K. M. Pauley, « An Arbitrator's Authority to Award Interest on an Award Until "Date of Payment": Problems and Limitations », Int. A. L. R., iss. 1 (2013), p. 25, disponible à l'adresse https://www.willkie.com/-/media/files/publications/2013/04/an-arbitrators-authority-to-award-interest-on-an__/files/anarbitratorauthoritytoawardpdf/fileattachment/an_arbitrator_authority_to_award.pdf ; B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice* (New York, Oxford University Press, 2011) ; K. Sachs et

sujet des options de réforme possibles, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

II. Évaluation des dommages et détermination de l'indemnisation dans le RDIE

A. Cadre existant

10. Dans le but d'attirer les investissements et de renforcer la prévisibilité et la stabilité de l'environnement juridique, les traités d'investissement offrent une protection aux investisseurs étrangers par le biais de garanties et de normes fondamentales, telles que la protection contre l'expropriation, le traitement juste et équitable, une protection et une sécurité pleines et entières, la liberté de transfert des fonds et la non-discrimination. Les traités d'investissement permettent également aux investisseurs de demander réparation en cas de violation de ces obligations par le biais d'une procédure de RDIE.

11. Si les traités d'investissement contiennent des normes d'indemnisation pour l'expropriation légale, les indemnisations en cas d'expropriation illégale et de manquement à d'autres obligations de fond sont généralement fondées sur le principe de la réparation intégrale en vertu du droit international coutumier[9].

1. Expropriation légale

12. Les traités d'investissement prévoient généralement le versement d'une indemnisation comme condition de la légalité d'une expropriation, qui doit également être effectuée dans le respect des formes régulières, à des fins d'intérêt public et de manière non discriminatoire[10]. Ils stipulent généralement que l'indemnisation doit être équivalente à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié avant que l'expropriation n'ait lieu (ou avant qu'elle ne soit connue), majorée des intérêts[11], être versée sans délai dans une monnaie convertible ou librement utilisable[12].

N. Schmidt-Ahrendts, « Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence », in *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series*, vol. 15, A. J. Berg, dir. publ. (Kluwer Law International, 2011) ; Ratner, « Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction », 111 American Journal of International Law 1 (2017), disponible à l'adresse https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/compensation-for-expropriations-in-a-world-of-investment-treaties-beyond-the-lawfulunlawful-distinction/2F9D90327EC113E12FB7EDD415BBC935 ; S. W. Schill, « Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodical Foundations of a New Public Law Approach », *Va. J. Int'l L.*, vol. 52, nº 57 (2011-2012) ; M. W. Swinehart, « Reliability of Expert Evidence in International Disputes », *Mich. J. Int'l L.*, vol. 38, iss. 2 (2017), p. 287 ; UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Expropriation: A Sequel (2013) (CNUCED) ; 2013-02-19 J. M. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2012) ; A. C. Weber, C. A. Pascuzzo S., *et al.*, « Challenging the "Splitting the Baby" Myth in International Arbitration », Journal of International Arbitration, Volume 31, iss. 6 (2014), p. 720 ; The World Bank Group, *Legal framework for the treatment of foreign investment (Vol. 2) : Guidelines*. (Washington) (Banque mondiale, Vol.2), disponible à l'adresse http://documents.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/Guidelines.

[9] Voir également le document de travail de l'OCDE, p. 29.

[10] Voir, par exemple, le traité d'investissement bilatéral Japon-Maroc (2020), article 9 ; le traité d'investissement bilatéral Brésil-Inde (2020), article 6.

[11] Par exemple, à un « taux commercial normal » (traité d'investissement bilatéral Pakistan-Royaume-Uni (1994), article 5-1), ou à un « taux commercial raisonnable » (traité d'investissement bilatéral États-Unis d'Amérique-République populaire du Congo (1990), article III-1), « jusqu'à la date de paiement » (traité d'investissement bilatéral Chili-RAS de Hong Kong (2016), article 10 ; Accord de partenariat transpacifique (2016), article 9.8 ; Traité sur la Charte de l'énergie (1994), article 13).

[12] CNUCED, p. 40.

13. Certains traités d'investissement mentionnent d'autres éléments[13], notamment une compensation équitable et adéquate et des facteurs contextuels[14].

2. Expropriation illégale

14. Les traités d'investissement ne prévoient généralement pas de norme d'indemnisation en cas d'expropriation illégale. Certains soutiennent que les normes relatives à l'expropriation légale devraient s'appliquer de la même manière, d'autres que le principe de la réparation intégrale devrait s'appliquer[15].

a) Principe de la réparation intégrale

15. Le principe de la « réparation intégrale » a été utilisé et développé pour la première fois dans un arrêt de 1928 de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans l'affaire relative à l'*usine de Chorzów*. La Cour a jugé que la réparation devait « effacer » toutes les conséquences de l'acte illicite commis par un État[16]. Ce principe a ensuite été inclus à l'article 31 des articles de la CDI, qui oblige l'État responsable à réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.

b) Restitution ou indemnisation

16. Afin d'« effacer » toutes les conséquences d'un acte illicite, i) la situation prévalant après l'acte illicite doit être comparée à celle qui aurait existé si ledit acte n'avait pas été commis ; et ii) une réparation effective doit être prévue. La Cour dans l'affaire de l'*usine de Chorzów* a souligné la primauté de la restitution sur l'indemnisation, à condition que celle-ci soit réalisable[17]. L'article 34 des articles de la CDI prévoit trois formes de réparation : la restitution, l'indemnisation et la satisfaction. L'article 35 prévoit l'indemnisation uniquement en cas d'impossibilité ou de caractère disproportionné de la restitution[18]. La grande majorité des tribunaux de RDIE accordent cependant des dommages pécuniaires plutôt qu'une restitution.

3. Violations d'autres obligations conventionnelles

17. En cas de violations d'autres obligations fondamentales, telles que le traitement juste et équitable ou la norme de protection et de sécurité pleines et entières, et en l'absence d'indications des traités relatives à l'indemnisation, les tribunaux de RDIE appliquent aussi généralement le principe de la réparation intégrale exposé dans l'affaire de l'*usine de Chorzów* et les articles de la CDI relatifs à l'indemnisation. Le principe de la réparation intégrale exige l'indemnisation des pertes réelles encourues par la partie lésée. Les tribunaux appliquent aussi généralement la norme de la juste valeur marchande aux expropriations indirectes ou aux actes commis par un État qui équivalent à une expropriation.

---

[13] Par exemple, la détermination de la juste valeur marchande peut inclure la valeur d'exploitation, la valeur des actifs, y compris la valeur fiscale déclarée des biens corporels, et d'autres critères, le cas échéant (voir, par exemple, le traité d'investissement bilatéral Indonésie-Suisse (2022), article 7-4, et l'accord de protection des investissements UE-Singapour, article 2-6.

[14] L'indemnisation doit traduire « un équilibre équitable entre l'intérêt public et l'intérêt des personnes concernées, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes et en prenant en considération l'utilisation actuelle et passée du bien, l'historique de son acquisition, la juste valeur marchande du bien, le but de l'expropriation, l'importance des bénéfices antérieurs réalisés par l'investisseur étranger grâce à l'investissement et la durée de l'investissement » (voir, par exemple, le modèle de traité bilatéral d'investissement de la SADC (2012), article 6.2 ; voir également l'Accord d'investissement de la zone commune d'investissement du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) et le Code panafricain d'investissements.

[15] Beharry/Bräutigam, p. 11 et 12.

[16] Usine de Chorzów, *Allemagne* c. *Pologne*, 1928 CPJI (série A) nº 17 (13 septembre).

[17] Ibid., par. 118.

[18] L'article 34 des articles de la CDI énumère la « satisfaction » comme forme de réparation, qui peut, selon l'article 37-2 constituer en « une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée ».

4. Limitation de l'indemnisation

18. L'application de la norme de la juste valeur marchande est remise en question : i) lorsque l'investisseur n'est pas définitivement et entièrement privé du titre de propriété et de la valeur du bien ; ii) lorsque l'investisseur continue d'exploiter son investissement mais avec un rendement réduit ; et iii) lorsque la capacité de l'investisseur à utiliser ou à contrôler son bien de manière satisfaisante n'est pas altérée[19].

19. Certains traités d'investissement et traités types conclus récemment ont adopté une approche plus détaillée et plus restrictive de l'indemnisation pour les dommages causés. Ils incluent des dispositions sur les dommages qui i) excluent certains types de dommages-intérêts, comme les dommages-intérêts punitifs[20] ; ii) prévoient des limites à l'indemnisation susceptible d'être accordée (par exemple, le montant de l'indemnité ne doit pas être supérieur à la perte subie par l'investisseur et doit être réduite du montant de toute indemnisation antérieure)[21] ; iii) exigent que la violation ait un lien suffisamment étroit avec le préjudice[22] ; ou iv) prévoient des facteurs d'atténuation dans le calcul de l'indemnisation[23].

B. Questions clefs

1. Méthode d'évaluation

20. Il existe plusieurs méthodes pour calculer le montant de l'indemnisation[24]. Ni le droit international coutumier ni les traités d'investissement n'exigent l'application

---

[19] Beharry/Bräutigam, p. 14 et 15.

[20] Accord économique et commercial global (AECG) conclu entre le Canada et l'Union européenne, article 8.39-4 ; modèle de traité bilatéral d'investissement néerlandais (2019), article 22-4 ; Accord de protection des investissements Union européenne-Singapour (2018), art. 3.18 ; modèle de traité bilatéral d'investissement de la SADC, article 29.19.

[21] Voir modèle de traité bilatéral d'investissement néerlandais (2019), article 22-3 ; Accord de protection des investissements Union européenne-Singapour (2018), art. 3.18 ; Accord de protection des investissements Union européenne-Viet Nam (2019), art. 3.53 ; AECG, article 8.12-3 et 8.39-3 ; modèle de traité bilatéral d'investissement indien (2015), article 26.3 ; traité d'investissement bilatéral Inde-Kirghizistan (2019), article 23-3 ; traité d'investissement bilatéral Inde-Bélarus (2015), article 26.3 ; modèle d'accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers du Canada (APIE, 2021), article 40-5.

[22] Accord de partenariat transpacifique, article 9.29-4 : « (…) les dommages intérêts pouvant être accordés se limitent aux dommages que le demandeur a subis en tentant de faire l'investissement et dont il peut faire la preuve, à condition que le demandeur prouve aussi que le manquement était la cause immédiate de ces dommages. (…) » ; modèle d'APIE Canada 2021, article 40-5.

[23] Modèle de traité bilatéral d'investissement indien (2015), article 26.3 ; traité d'investissement bilatéral Inde-Bélarus (2015), article 26.3.

[24] L'utilisation de méthodes d'évaluation différentes peut conduire à des résultats très différents. Par exemple, les affaires *Tethyan Copper Company PTY Limited* c. *République islamique du Pakistan* (affaire CIRDI ARB/12/1, sentence du 12 juillet 2019) et *Bear Creek Mining Corporation* c. *République du Pérou* (CIRDI ARB 14/21, sentence du 30 novembre 2019) concernent toutes deux des projets miniers au stade de l'exploration/approbation. Dans l'affaire *Tethyan Copper*, l'État n'a pas délivré la concession minière requise, et dans l'affaire *Bear Creek*, l'État a annulé l'autorisation accordée à l'investisseur de construire une mine. Dans les deux affaires, les mines n'ont pas été construites, de sorte que les investissements n'étaient pas rentables. Les deux tribunaux concernés ont estimé qu'il s'agissait d'une expropriation indirecte et que les dommages-intérêts devaient correspondre à la juste valeur marchande. Dans l'affaire *Tethyan Copper*, le tribunal a effectué une analyse des flux de trésorerie actualisés et estimé la quantité de cuivre et d'or dans le gisement que l'investisseur allait exploiter et le prix du marché de ce gisement pendant toute sa durée de vie, et déduit les coûts probables que l'investisseur aurait dépensés pour l'exploiter au cours de sa durée de vie, y compris en tenant compte du risque d'exploitation de la mine. Le Pakistan a été condamné à payer quelque 4 milliards de dollars des États-Unis, plus les intérêts et les frais (les dépenses réellement engagées par l'investisseur se montant à environ 200 millions de dollars). Le tribunal dans l'affaire *Bear Creek* n'a pas procédé à une analyse de ce type, mais s'est fondé sur les dépenses réellement engagées par l'investisseur, qui étaient d'environ 18 millions de dollars des États-Unis. Voir aussi Bonnitcha, Brewin, Note de politique

d'une méthode particulière, et les tribunaux de RDIE sont généralement libres de choisir parmi les méthodes proposées par les parties.

21. Les méthodologies utilisées par les tribunaux de RDIE pour déterminer les dommages peuvent être regroupées en deux grandes catégories : les approches rétrospectives et les approches prospectives.

a) Approche rétrospective

Approche fondée sur les actifs

22. L'approche fondée sur les actifs utilise soit la valeur comptable, soit la valeur de remplacement des actifs concernés. La valeur comptable est une méthode de comptabilité qui considère la valeur de tous les actifs, après déduction de l'amortissement cumulé et des pertes de valeur, moins le total du passif, tandis que la valeur de remplacement est le montant que l'investisseur devrait payer pour remplacer l'actif concerné.

Approche historique

23. L'approche historique prend en compte le montant initialement investi par l'investisseur avant le manquement (également appelé coût irrécupérable).

b) Approche prospective

24. L'approche prospective cherche à déterminer le rendement attendu de l'investissement et à prédire comment celui-ci aurait évolué à l'avenir si l'acte illicite n'avait pas été commis par l'État. Cette approche reconnaît que la valeur d'une entreprise est basée sur sa capacité à dégager des bénéfices. Les approches fondées sur le marché et sur le revenu sont des exemples d'approche prospective.

Approche fondée sur le marché

25. L'approche fondée sur le marché compare l'intérêt de l'entreprise concernée avec la valeur d'entreprises similaires sur le marché et détermine le prix qu'un acheteur hypothétique aurait été disposé à payer pour l'investissement en question avant la commission de l'acte. Cette méthode nécessite que l'on dispose de données comparables (soit des transactions comparables, soit des sociétés comparables cotées en bourse). Toutefois, elle peut soulever des difficultés car les investissements en jeu sont souvent uniques et il n'existe pas toujours de données comparables.

Approche fondée sur le revenu

26. L'approche fondée sur le revenu convertit les avantages économiques attendus en valeur actuelle avec la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie. Cette approche est de loin la méthode la plus couramment utilisée pour calculer la valeur actuelle des flux de trésorerie futurs attendus, de manière à déterminer les bénéfices ou le rendement futurs. Pour ce faire, elle estime les flux de trésorerie futurs, puis ajuste le montant en fonction d'un taux qui tient compte des risques et du passage du temps.

c) Choix de la méthode d'évaluation

27. Lors du choix de la méthode d'évaluation, les tribunaux de RDIE prennent généralement en compte l'entreprise concernée ou le secteur dans lequel elle exerce ses activités. Par exemple, l'approche fondée sur le revenu est jugée appropriée lorsque la valeur de l'entreprise provient en grande partie de sa valeur sous-jacente et non de ses bénéfices. Le choix dépend également des informations et des preuves

---

IISD, « L'indemnisation en vertu des traités d'investissement : Quels sont les problèmes et qu'est-il possible de faire ? », p. 4.

mises à disposition par les parties[25]. Dans la pratique, les tribunaux de RDIE ont souvent recours à une combinaison de méthodes d'évaluation.

28. L'approche à adopter peut également dépendre de la performance passée d'une entreprise et de la possibilité ou non de déterminer les intrants de manière fiable. Lorsqu'une entreprise peut démontrer, par sa performance passée, qu'elle a des chances de réaliser des bénéfices à l'avenir, une approche prospective peut être appropriée. Dans d'autres cas, lorsque les investissements n'ont pas véritablement démontré leur capacité de production de revenus et n'ont pas d'antécédents de rentabilité, l'approche rétrospective a l'avantage d'offrir une plus grande certitude.

d) Application appropriée de la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie

29. La méthode de l'actualisation des flux de trésorerie cherche à déterminer la valeur d'une entreprise en se fondant sur sa capacité à dégager des bénéfices dans le futur, montant qui est ensuite ajusté compte tenu de la valeur temporelle de l'argent et des risques. Par conséquent, elle dépend d'hypothèses et d'informations sur les dépenses, les conditions du marché (y compris l'inflation, les taux d'intérêt et les prix des produits de base), les risques politiques et financiers (y compris les risques sur le marché de l'État d'accueil), les forces concurrentielles et les perspectives du secteur. L'application de cette méthode pour les actifs hors exploitation, pour les entreprises ayant un historique d'exploitation limité et dans les cas où les informations générées par le marché sont limitées (en particulier lorsqu'il s'agit d'un investissement unique), a été remise en question[26].

30. Les différences d'hypothèses et de projections futures conduisent souvent à des évaluations très différentes et les taux d'actualisation censés tenir compte des incertitudes et des risques futurs sont une source importante de désaccord[27]. Pour prévoir le rendement futur d'un investissement, les tribunaux de RDIE doivent évaluer diverses variables pendant toute la période pendant laquelle l'investissement était censé dégager des flux de trésorerie, y compris tous les revenus et dépenses futurs, les dépenses d'investissement et d'exploitation, les besoins en capitaux supplémentaires et d'autres éléments. La difficulté d'estimer correctement ces valeurs et le risque de spéculation augmentent d'autant plus que les projections sont à long terme.

31. Par conséquent, tant les commentaires relatifs aux articles de la CDI[28] que les principes directeurs de la Banque mondiale[29] adoptent une approche prudente à l'égard de la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie.

32. Malgré ces appels à la prudence, la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie est la méthode d'évaluation la plus utilisée par les tribunaux de RDIE. Il ressort d'une étude qui a analysé 95 sentences accessibles au public que les tribunaux s'appuient de plus en plus sur une approche fondée sur le revenu, en particulier sur la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie. Entre 2011 et 2015, celle-ci a été utilisée dans 69 % des affaires dans lesquelles une indemnisation a été évaluée, pourcentage qui n'était que de 17 % avant 2000. Cette évolution se traduit par une augmentation des montants d'indemnisation[30], qui peuvent largement dépasser le montant investi par l'investisseur.

---

[25] Voir Beharry/Bräutigam, p. 17.

[26] Ibid.

[27] Voir l'étude PWC 2015, p.3

[28] Commentaire de la CDI sur l'article 36, par. 26 et 27.

[29] Groupe de la Banque mondiale, vol. 2, par. 42.

[30] Étude PWC 2015, p.3. Voir également l'étude Hart/Velez (2021), p. 47, 50 et 51, qui n'analyse pas le recours à la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie dans le temps mais calcule une moyenne générale. Selon elle, la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie est celle qui a été la plus fréquemment utilisée pour évaluer le montant à accorder, à savoir dans 30,3 % des cas (coûts investis dans 23,0 %, valeur de marché dans 5,7 % et manque à gagner dans 4,9 % des cas).

e) Date d'évaluation

33. Le choix de la date d'évaluation peut également avoir une incidence importante sur le montant de l'indemnisation. Dans les cas d'expropriation légale, la date d'évaluation se situe généralement immédiatement avant l'expropriation ou avant que l'expropriation imminente ne soit devenue publique, puisque la connaissance publique a une influence immédiate sur la valeur. Dans les cas d'expropriation illégale ou d'autres manquements à des obligations conventionnelles, il existe généralement deux dates d'évaluation possibles que le tribunal peut prendre en considération en fonction des circonstances de l'espèce : i) la date du manquement ; et ii) la date de la sentence définitive[31].

2. Lien de causalité – attribuer la perte subie par un investisseur au manquement de l'État

34. Pour être indemnisable, la perte invoquée par l'investisseur doit être imputable à un acte illicite de l'État. En général, les traités d'investissement ne prévoient pas de normes ou de critères appropriés pour prouver le lien de causalité. Seuls quelques traités comportent des dispositions en ce sens, prévoyant par exemple que les investisseurs peuvent uniquement être indemnisés pour les pertes qui se produisent « en raison » ou « par suite » de la violation[32]. Des formulations plus précises exigent « que l'investissement, ou l'investisseur en ce qui concerne son investissement, ait subi des pertes réelles et non spéculatives en raison de la violation (…) (et) que ces pertes étaient prévisibles et directement causées par la violation »[33].

35. L'article 31 des articles de la CDI stipule que le préjudice doit être « causé par » le fait internationalement illicite. Selon le commentaire, le lien de causalité entre la violation et le préjudice invoqué ne doit pas être trop spéculatif, éloigné ou incertain. De nombreuses expressions sont utilisées pour décrire le lien qui doit exister entre le fait illicite et le préjudice pour que naisse l'obligation de réparer[34]. Les termes généralement utilisés sont l'éloignement, le caractère direct, la proximité et la prévisibilité. Les articles de la CDI n'expriment pas de préférence pour un critère juridique de causalité particulier[35], mais notent que l'exigence d'un lien de causalité n'est pas nécessairement identique pour chaque violation d'une obligation internationale[36].

3. Charge de la preuve ; critère d'établissement de la preuve

36. Selon un principe de droit généralement admis, la partie qui invoque un fait a le devoir de le prouver[37]. En conséquence, il revient généralement à l'investisseur de prouver le montant de la perte et le lien de causalité, tandis que l'État défendeur doit apporter la preuve des faits sur lesquels il fonde ses moyens de défense, tels que les circonstances limitant le lien de causalité ou le montant de la perte[38].

37. La plupart des règlements d'arbitrage sont silencieux au sujet du critère d'établissement de la preuve et accordent généralement aux tribunaux arbitraux un large pouvoir discrétionnaire dans l'évaluation des preuves. Par exemple, l'article 27-4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et l'article 9-1 des Règles de

---

[31] La date de la sentence n'est pas couramment appliquée. Elle ne l'est généralement que lorsque l'actif a augmenté depuis la date du manquement en raison des forces du marché (par exemple, de la hausse des prix des produits de base) ou du comportement de l'État.

[32] Traité d'investissement bilatéral Canada-Costa Rica (1998), article XII-2 ; Traité d'investissement bilatéral Chine-Corée (2007), article 9-1 ; modèle de traité bilatéral d'investissement des États-Unis (2004), article 24-1 ; Accord d'investissement de la zone commune d'investissement du COMESA (2007), article 28-1 ; AECG, art. 8.18 ; modèle d'APIE Canada 2021, article 40-5.

[33] Voir le modèle de traité bilatéral d'investissement de l'Inde (2003), article 23-2.

[34] Commentaire de la CDI sur l'article 31, par. 10.

[35] Marboe, Damages, p. 39 à 86.

[36] Voir *supra* note 34.

[37] Voir l'article 27-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et l'article 36-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

[38] Beharry/Bräutigam, p. 7.

l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international prévoient tous deux que le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence, et de la force des preuves présentées. L'article 36-1 du Règlement d'arbitrage du CIRDI (2022) stipule également que « le Tribunal est juge de la recevabilité et de la valeur probatoire de tous moyens de preuve invoqués ».

38. L'article 36-2 des articles de la CDI précise que l'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi. En ce qui concerne le manque à gagner, le commentaire relatif à ces articles indique que des indemnités sont souvent accordées dans les cas où un flux de revenu anticipé a acquis des caractéristiques telles qu'il peut être considéré comme constituant un intérêt juridiquement protégé suffisamment sûr. Le commentaire indique en outre que la probabilité de profits futurs anticipés doit être démontrée par des preuves documentaires suffisantes ou autres preuves appropriées, par exemple par des accords contractuels ou un historique bien établi de transactions commerciales[39].

4. Octroi d'intérêts et mode de calcul des intérêts

39. Les intérêts font partie intégrante de l'indemnisation. Compte tenu de la durée des procédures de RDIE, les intérêts peuvent constituer une part importante de celle-ci et revêtent donc une importance économique essentielle[40].

40. Les intérêts compensent le demandeur pour la perte de l'utilisation de son argent. Ils le compensent pleinement en le rétablissant dans la position dont il aurait bénéficié si la violation n'avait pas eu lieu.

41. Toutefois, le principe général de la réparation intégrale ne définit pas tous les éléments nécessaires au calcul des intérêts, notamment le taux d'intérêt et la question de savoir si les intérêts doivent être composés ou non, deux éléments qui ont une incidence sur le montant qui sera accordé.

42. Certains traités d'investissement mentionnent les intérêts dans le contexte de l'expropriation et indiquent que ceux-ci doivent être accordés « à un taux commercial raisonnable », ou selon une formule légèrement différente de ce taux[41], courus depuis la date de l'expropriation jusqu'à la date du paiement. Certains traités prévoient des intérêts pour compenser les dommages résultant d'actes autres que l'expropriation[42]. Ils n'abordent généralement pas toutefois la question de l'intérêt simple ou composé ni de la fréquence de composition.

43. L'article 38 des articles de la CDI aborde la question des intérêts mais se contente de prévoir la norme selon laquelle « le taux d'intérêt et le mode de calcul [doivent être] fixés de manière à atteindre ce résultat ». En ce qui concerne la période sur laquelle les intérêts courent, l'article 38 prévoit que le délai court « à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer est exécutée ».

a) Taux antérieur au jugement

44. Une fois que la date d'évaluation a été décidée, le tribunal détermine le taux d'intérêt antérieur au jugement. Les tribunaux appliquent souvent un taux interbancaire, car celui-ci permet d'obtenir des résultats plus objectifs et plus prévisibles qu'un taux basé sur la solvabilité d'un investisseur individuel. Ils

---

[39] Commentaire de la CDI sur l'article 36, par. 27.

[40] Les intérêts représentent en moyenne 24 % de la valeur d'indemnisation, et dans plusieurs affaires, le montant des intérêts accordés a même dépassé le montant des dommages, voir l'étude PWC 2016, p. 1.

[41] Parmi ces formules, citons le « taux commercial normal » (AECG, article 8.12-3) et un « taux déterminé selon les conditions du marché » (traité d'investissement bilatéral Brésil-Inde 2020, article 6.2)). Dans d'autres cas, les traités vont au-delà d'un « taux commercial raisonnable » (traité d'investissement bilatéral Cabo Verde-Hongrie 2019, article 6.3).

[42] Voir, par exemple, le traité d'investissement bilatéral Cabo Verde-Hongrie (2019), article 5.2.

appliquent aussi fréquemment une prime supplémentaire au taux interbancaire pour refléter la valeur marchande de l'argent dans une devise particulière. D'autres options de taux d'intérêt peuvent être appliquées, comme le taux d'intérêt des dépôts bancaires, le taux « sans risque », le coût moyen pondéré du capital (CMPC), le rendement de l'investissement, le taux du coût de la dette, la valeur absolue (par exemple, taux légaux) et le taux contractuel, dont certains sont rarement utilisés.

b) Taux postérieur au jugement – possibilité de fixer un taux supérieur

45. Le taux d'intérêt postérieur au jugement est déterminé principalement en fonction de trois facteurs : i) la préservation de la juste valeur marchande du montant alloué ; ii) une indemnisation pour les risques liés au recouvrement du montant, y compris tout risque de défaillance ; et iii) la volonté de décourager les retards de paiement et l'utilisation du montant alloué comme source de financement peu coûteuse.

46. Pour déterminer le taux d'intérêt postérieur au jugement, les tribunaux de RDIE adoptent des approches différentes en ce qui concerne la date à partir de laquelle les intérêts commencent à courir, le taux d'intérêt à appliquer et le mode de calcul. Si ces intérêts courent normalement à partir de la date de prononcé de la sentence, certains tribunaux optent pour un délai de grâce afin de permettre aux parties de prendre les mesures internes nécessaires au paiement. De plus, certains choisissent d'appliquer un taux plus élevé pour les intérêts postérieurs au jugement, afin de décourager les retards de paiement. Suivant le même raisonnement, certains tribunaux décident que seuls les intérêts postérieurs au jugement seront composés ou adoptent une fréquence de composition plus courte pour les intérêts postérieurs au jugement[43].

c) Intérêt simple ou composé

47. Un autre aspect du calcul du montant des intérêts implique de choisir entre l'intérêt simple et l'intérêt composé, et de déterminer la fréquence à laquelle les intérêts doivent courir.

48. Les tribunaux accordent de plus en plus souvent des intérêts composés[44]. Selon une étude, la proportion de tribunaux de RDIE accordant des intérêts composés est passée de 50 % avant 2005 à 87 % entre 2011 et 2015[45]. C'est principalement le paiement d'intérêts composés qui donne lieu à une allocation d'intérêts extrêmement importante, qui peut même excéder le principal[46].

49. Dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, les intérêts composés ne sont pas autorisés, et le commentaire relatif à l'article 38 des articles de la CDI indique qu'en l'absence d'une raison impérieuse d'accorder des intérêts composés, l'octroi d'intérêts simples est plus approprié[47]. Les partisans de l'intérêt composé font valoir que le montant de l'indemnisation devrait refléter le degré de sophistication des entreprises qui pratiquent des échanges internationaux à notre époque. Ils soutiennent en outre que l'octroi d'intérêts composés est approprié lorsque le fait que le défendeur n'ait pas rempli ses obligations en temps opportun a eu pour conséquence que le demandeur soit a encouru des charges financières incluant des intérêts composés, soit a dû renoncer à des opportunités qui auraient eu un effet composé sur son investissement.

---

[43] Beharry/Bräutigam, p. 30.

[44] Ibid., p. 29 et 30.

[45] Étude PWC 2016, p. 2.

[46] Voir par exemple l'affaire *Compañía Del Desarrollo De Santa Elena, S.A.* c. *Costa Rica* : 4,15 millions de dollars des États-Unis de dommages-intérêts en principal et 11,85 millions de dollars d'intérêts, sur la base d'un taux composé semestriellement (contre 5,7 millions de dollars si le tribunal avait accordé des intérêts simples), voir les paragraphes 85 et 107, sentence disponible à l'adresse http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539_En.pdf.

[47] Commentaire de la CDI sur l'article 38, par. 8 à 12.

50. En ce qui concerne la fréquence d'accumulation, les tribunaux de RDIE considèrent souvent la période sur laquelle les intérêts doivent courir et les intervalles auxquels les intérêts doivent s'accumuler comme des questions distinctes. Par exemple, les tribunaux peuvent décider que les intérêts sont composés annuellement, sur une période de six mois ou, à l'inverse, qu'ils sont composés semestriellement sur un an. Dans certains cas, les tribunaux de RDIE ont réduit la fréquence de composition lorsque le montant absolu des intérêts qui en résultait était trop élevé[48], tandis que dans d'autres, ils ont estimé qu'il fallait augmenter cette fréquence pour tenir compte de la durée pendant laquelle le demandeur n'avait pas été indemnisé[49].

5. Rôle des experts

51. Pour quantifier l'indemnisation, les parties demandent généralement l'aide d'experts. Le choix et l'application d'une méthodologie, ainsi que le calcul de l'indemnisation, nécessitent souvent des connaissances spécialisées et techniques, en particulier lorsque la méthode d'évaluation exige des informations approfondies sur le secteur ou la pratique concerné.

52. Un certain nombre de règlements d'arbitrage prévoient la participation d'un ou de plusieurs experts à la procédure arbitrale et reconnaissent les experts nommés par les parties ou le tribunal. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit expressément ces deux types d'experts[50]. Le Règlement d'arbitrage du CIRDI prévoit que les parties peuvent se fonder sur des preuves fournies par un expert et que le tribunal peut nommer un ou plusieurs experts indépendants[51]. Si les tribunaux de RDIE ont le pouvoir discrétionnaire de nommer leurs propres experts, ils le font rarement[52].

53. Les Règles de l'IBA abordent également la question des experts nommés par les parties ou les tribunaux. L'article 5.2 e) prévoit que le rapport d'expertise doit comporter « une description des éléments de preuve et des informations sur lesquels il s'est appuyé et des méthodes employées pour y parvenir », afin que la partie adverse et le tribunal puissent évaluer utilement le rapport. Par ailleurs, ce dernier doit contenir une déclaration d'indépendance de l'expert. L'article 5.4 des Règles de l'IBA permet au tribunal d'ordonner que les experts désignés par les parties qui ont soumis des rapports d'expertise sur une même question se rencontrent pour examiner ceux-ci et présenter des rapports conjoints, afin de déterminer les points d'accord et de désaccord. Cela peut rendre la procédure moins onéreuse, car les experts d'une même discipline sont en mesure d'identifier assez rapidement les considérations qui les conduisent à des conclusions divergentes et de travailler à la recherche d'un terrain d'entente[53].

6. Autres facteurs limitant le montant de l'indemnisation

54. Les États peuvent avoir invoquer des moyens de défense pour éviter d'être en infraction avec une obligation conventionnelle. Par exemple, l'état de nécessité fait référence à une situation dans laquelle le seul moyen de protéger un intérêt national/public essentiel contre un péril grave et imminent consiste à adopter des mesures incompatibles avec les obligations qui découlent d'un traité d'investissement[54].

---

[48] Étude PWC 2016, p. 5.

[49] Voir Gotanda, p. 394.

[50] Voir les articles 27-2 et 29.

[51] Voir les articles 38 et 39.

[52] Toutefois, le CIRDI a récemment noté que les experts nommés par des tribunaux étaient de plus en plus souvent utilisés.

[53] Commentaire de la version révisée des Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010), p. 20.

[54] Beharry/Bräutigam, p. 25. En vertu de l'article 27 des articles de la CDI, l'état de nécessité exclut l'illicéité du comportement de l'État, même si une indemnisation peut être accordée. Plusieurs

55. Il peut y avoir des cas où une action ou une omission de l'investisseur doit être prise en compte dans le calcul du montant de l'indemnisation, comme indiqué ci-dessous. Il peut par exemple s'agir du cas où l'investisseur est en faute, ou du cas où ce dernier ne prend pas les mesures appropriées pour limiter les pertes. Il peut y avoir d'autres facteurs qui limitent le montant de l'indemnisation[55].

a) Faute concurrente

56. Bien que les traités d'investissement ne traitent généralement pas de cette question, le montant de l'indemnisation peut être réduit si le propre comportement du demandeur a contribué à la perte subie. Ceci est conforme au principe selon lequel la partie lésée doit obtenir une réparation intégrale, mais rien de plus que le préjudice causé par l'autre partie.

57. La notion de faute concurrente est reflétée à l'article 39 des articles de la CDI, qui stipule qu'une « contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de la [partie] lésé[e] » doit être prise en compte dans la détermination de la réparation. Le même principe est consacré dans d'autres domaines du droit (notamment à l'article 80 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (« CVIM ») ou à l'article 7.4.7 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (« Principes d'UNIDROIT »)).

58. Des tribunaux de RDIE ont reconnu la notion de faute concurrente lors de l'octroi d'une indemnisation[56]. La faute concurrente peut inclure la violation du droit interne de l'État[57] et l'augmentation de la perte par l'investisseur, par exemple en raison du risque commercial[58]. Les tribunaux ont généralement le pouvoir discrétionnaire de déterminer dans quelle mesure la faute concurrente de l'investisseur aura des incidences sur le montant de l'indemnisation[59].

b) Non-atténuation de la perte

59. Le principe d'atténuation traduit le devoir de la partie lésée de prendre des mesures raisonnables pour réduire la perte causée par la partie en défaut. Si la partie lésée n'en prend pas, elle ne pourra pas recouvrer la partie de la perte imputable à l'absence de mesures prises pour atténuer le préjudice.

60. Le principe d'atténuation est largement reconnu dans différents domaines du droit, comme en témoignent l'article 77 de la CVIM et l'article 7.4.8 des Principes d'UNIDROIT. Dans une décision concernant l'indemnisation du manque à gagner escompté, le Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies a reconnu l'obligation incombant au demandeur de réduire au minimum les pertes chaque fois que cela était possible[60]. Par conséquent, un demandeur a non seulement le droit, mais aussi est tenu, de prendre les mesures nécessaires à cet effet.

---

traités d'investissement prévoient l'état de nécessité comme moyen de défense, qui a pour but d'excuser une violation.

[55] Parmi les autres facteurs limitant celle-ci figurent les dommages ou indemnisations reçus précédemment pour le même préjudice, ainsi que les restitutions de biens, ou l'annulation ou la modification de la mesure ayant entraîné la violation.

[56] Voir *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A.* c. *République du Chili*, affaire *CIRDI* nº ARB/01/7 (*MTD* c. *Chili*) ; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company* c. *République de l'Équateur*, affaire *CIRDI* nº ARB/06/11 (*Occidental* c. *Équateur*) ; *Yukos Universal Limited (Isle of Man)* c. *Fédération de Russie*, CNUDCI, affaire *CPA* nº 2005-04/AA227 (*Yukos* c. *Russie*).

[57] Voir *Occidental* c. *Équateur* ; *Yukos* c. *Russie* ; *Copper Mesa* c. *Ecuador Copper Mesa Mining Corporation* c. *République de l'Équateur*, affaire *CPA* nº 2012-2.

[58] Kantor, p. 535 ; *Emilio Agustín Maffezini* c. *Royaume d'Espagne*, affaire *CIRDI* nº ARB/97/7.

[59] *Occidental* c. *Équateur* ; Kantor, p. 540.

[60] Décision 15 du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation en date du 18 décembre 1992.

61. Le commentaire relatif à l'article 31 des articles de la CDI aborde également la question de l'atténuation du dommage, en précisant qu'il ne s'agit pas d'une obligation d'ordre juridique qui engage la responsabilité, mais que la partie lésée peut perdre son droit à indemnisation dans la mesure où elle n'a pas atténué le dommage[61].

62. L'obligation d'atténuation et son effet de limitation du montant des dommages susceptibles d'être recouvrés sont acceptés par les tribunaux de RDIE en tant que principe de droit international. En ce qui concerne l'étendue de l'obligation d'atténuation, les tribunaux ont toujours considéré que la partie lésée devait satisfaire à une obligation de moyens et prendre des mesures raisonnables et prudentes pour atténuer la perte[62].

C. Questions à examiner et travaux éventuels

63. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il serait souhaitable d'entreprendre des travaux, par exemple, en i) élaborant des dispositions pertinentes, éventuellement de nature contraignante, sur les questions de procédure liées à l'évaluation des dommages et à l'indemnisation, à inclure dans les traités d'investissement, les règlements d'arbitrage ou un instrument multilatéral de réforme procédurale ; et ii) élaborant des lignes directrices et des normes à fournir aux tribunaux de RDIE sur le sujet.

1. Complexité et incertitude des pratiques actuelles

64. Comme le montre la section B, la pratique actuelle de l'évaluation de l'indemnisation présente un degré élevé de complexité, qui peut partiellement s'expliquer par l'absence de réglementation des principaux paramètres du calcul des dommages ainsi que par les différentes circonstances factuelles. Cette complexité contribue à l'augmentation des coûts des procédures de RDIE et peut avoir des incidences négatives sur l'exactitude[63], la cohérence[64] et la prévisibilité des sentences liées au calcul de l'indemnisation[65].

Domaines dans lesquels des travaux pourraient être entrepris

65. Le Groupe de travail pourrait envisager d'établir un projet de dispositions conventionnelles ou de lignes directrices sur les questions suivantes :

- La norme d'indemnisation, en particulier pour les cas d'expropriation illégale et de violations autres que l'expropriation ;
- La méthode d'évaluation (y compris la question de savoir si la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie est appropriée et y compris l'utilisation d'une analyse de sensibilité ou d'hypothèses alternatives) ;
- La date d'évaluation ;
- Le comportement du demandeur, qui limiterait le montant de l'indemnisation ;
- Le lien de causalité entre le manquement et le préjudice ;
- Les exigences en matière de preuve, y compris le critère d'établissement de la preuve ;
- Les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement (le taux d'intérêt, le mode de calcul et la composition éventuelle des intérêts) ;

[61] Commentaire de la CDI sur l'article 31, par. 11.
[62] Beharry/Bräutigam, p. 24.
[63] Voir l'étude du Forum académique, chiffre 4.2.
[64] Ibid., chiffre 4.1.
[65] Voir, par exemple, IISD, p. 30 ; étude du BIICL, p. 26 et 29.

- Le bien-fondé des demandes de majoration fiscale visant à augmenter le montant des dommages accordés, au motif que ceux-ci seront imposables ;
- Le rôle potentiel des organismes nationaux et du droit interne dans le calcul des dommages ;
- Le rôle des experts dans l'évaluation des dommages, y compris les modes de nomination et le régime éthique qui leur est applicable ; et
- La répartition des coûts, avec divers facteurs susceptibles d'être pris en compte tels que l'issue de l'affaire, le comportement des parties et le caractère raisonnable[66].

2. Montants élevés – et en augmentation – des indemnisations

66. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se pencher sur la question des montants élevés, et en constante augmentation, des indemnisations réclamées – et obtenues – par des investisseurs dans le cadre de procédures de RDIE.

67. En août 2019, on comptait 44 affaires connues dans lesquelles un tribunal avait attribué une indemnisation égale ou supérieure à 100 millions de dollars des États-Unis, et 9 avec une indemnisation supérieure à 1 milliard de dollars[67]. Depuis la première affaire, en 1981, il a fallu 21 ans d'indemnisations cumulées pour atteindre 10 milliards de dollars. En 2006, le montant cumulé avait doublé pour atteindre 20 milliards de dollars et, quatre ans plus tard, le montant avait encore doublé pour atteindre 40 milliards de dollars en 2010[68].

68. En outre, des commentateurs ont noté que les montants accordés dépassaient souvent largement les dépenses engagées par les investisseurs, et que ni le bénéfice de l'investissement pour l'État d'accueil ni l'éventuelle faute de l'investisseur, telle qu'une atteinte aux droits de la personne, n'étaient pris en considération lors du calcul de l'indemnisation[69].

Domaines dans lesquels des travaux pourraient être entrepris

69. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'élaborer un projet de dispositions conventionnelles ou de lignes directrices à l'intention des tribunaux de RDIE, en ce qui concerne :

- L'utilisation de méthodes d'évaluation, y compris le taux d'actualisation approprié à appliquer aux calculs effectués avec la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie et le calcul des intérêts ;

---

[66] Voir également A/CN.9/WG.III/WP.219, sect. C.

[67] Voir aussi IISD, p. 29.

[68] L'étude Hart/Velez, p. 13, conclut que le montant des réclamations semble se stabiliser ces dernières années, mais à un niveau élevé. L'étude du Forum académique fait référence à différentes données et études, qui montrent toutes une augmentation significative au cours des dernières décennies. Par exemple, selon les données CNUCED/ITALAW, le montant médian des indemnisations s'élevait à 2 millions de dollars des États-Unis entre 1990 et 1999, à 16,7 millions de dollars entre 2000 et 2009 et à 32,9 millions de dollars entre 2010 et 2019, voir section 2.2. Selon la base de données PluriCourts Investment Arbitration Database (PITAD), le montant médian des montants attribués entre 1980 et 1999 s'élevait à 4,2 millions de dollars des États-Unis, entre 2000 et 2009 à 21,3 millions de dollars et entre 2010 et 2019 à 27,8 millions de dollars, voir section 2.3. Le montant médian n'est pas le montant moyen, mais une valeur intermédiaire qui n'est pas affectée par l'attribution de montants extrêmement faibles ou élevés.

[69] Le modèle néerlandais d'accord d'investissement (2019) prévoit à l'article 23 que les tribunaux peuvent, dans leur décision relative au montant de l'indemnisation, tenir compte du « non-respect par l'investisseur de ses engagements au titre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, et des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales » ; voir également C. Baltag (éditrice), « Human Rights and Environmental Disputes in International Arbitration », Kluwer Arbitration Blog, 24 juillet 2018, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/24/humanrights-and-environmental-disputes-in-international-arbitration/.

- Le plafonnement de l'indemnisation, par exemple au montant effectivement investi par l'investisseur ; et
- Les facteurs contextuels, tels que la capacité de l'État d'accueil à payer les montants accordés, les lourdes conséquences qu'une sentence peut avoir sur l'État défendeur, et les avantages que présente l'investissement pour la réalisation des objectifs de développement durable de l'État[70].

3. Moyens de combler l'écart entre le préjudice invoqué et les dommages accordés, y compris les demandes d'indemnisation exagérées

70. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de l'écart important existant entre le montant de l'indemnisation réclamée et celui qui est effectivement accordé.

71. Une étude a calculé que le montant moyen des demandes d'indemnisation s'élevait à 910,6 millions de dollars des États-Unis, et que l'indemnisation moyenne accordée était de 298,3 millions de dollars[71]. En d'autres termes, les investisseurs réclament en moyenne trois fois le montant qui leur est effectivement attribué. Selon une autre étude, à l'exclusion de trois cas aberrants, le montant moyen réclamé était de 275,3 millions de dollars des États-Unis, le montant moyen de l'indemnisation accordée étant de 55,2 millions de dollars[72]. En d'autres termes, les investisseurs réclament en moyenne cinq fois le montant qui leur est effectivement attribué.

Effet d'ancrage et répartition des coûts

72. Une explication possible de l'augmentation du nombre d'indemnisations importantes est l'effet dit « d'ancrage »[73]. Il a été observé que les investisseurs ont tendance à soumettre des demandes exagérées en tant que tactique juridique, en comptant ainsi sur l'éventuelle propension cognitive des tribunaux à utiliser le chiffre exagéré comme base pour le calcul de l'indemnisation[74].

73. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si la répartition des coûts pourrait permettre de remédier au problème de la surévaluation manifeste du montant réclamé (voir A/CN.9/WG.III/WP.219). Par exemple, le demandeur pourrait être tenu d'assumer une fraction plus élevée des coûts si les dommages réclamés dépassent un certain pourcentage de la perte effectivement encourue[75].

---

[70] IISD, p. 31 ; voir aussi M. Paparinskis, A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility, The Modern Law Review, Volume 83, Issue 6 (novembre 2020).

[71] Étude Hart/Velez, p. 7 ; l'étude du BIICL arrive à la conclusion que lorsque l'on compare le montant de l'indemnisation réclamée avec le montant accordé, on constate une modeste augmentation du montant des dommages accordés par rapport au montant réclamé, qui est passé d'un pourcentage médian de 29 % avant juin 2017 à 36 % au cours des trois dernières années, p. 28.

[72] Une étude analysant 241 sentences a révélé que les dommages accordés se sont élevés à près de 71,91 milliards de dollars des États-Unis pour des demandes d'indemnisation se montant à plus de 219 milliards de dollars, ce qui correspond à un pourcentage moyen de 32,8 % du montant réclamé. Toutefois, le montant moyen accordé a été de 298,3 millions de dollars, le montant moyen réclamé s'élevant à 910,6 millions de dollars. Voir étude Hart/Velez, p. 7.

[73] Voir Swinehart, p. 310.

[74] A/CN.9/WG.III/WP.156, par. 8 et 9.

[75] IISD, p. 25 ; voir le modèle de traité bilatéral d'investissement de la Colombie (2017), p. 21, qui prévoit que si l'estimation du montant identifiée par le demandeur dépasse le montant attesté de 50 % ou plus, le tribunal devra attribuer 15 % de la différence qui en résulte au titre des dépens en faveur du défendeur.

4. Divergences entre les calculs de dommages effectués par les experts

74. L'écart entre le montant d'indemnisation réclamé et l'indemnisation accordée peut également s'expliquer par les grandes divergences des montants d'indemnisation présentés par les experts des parties[76].

75. Une étude montre que ces divergences dans les conclusions des experts s'expliquent en partie par le fait que ces derniers reçoivent des instructions des avocats et répondent à des questions différentes en se fondant potentiellement sur des hypothèses factuelles ou juridiques différentes, et traitent les questions factuelles différemment car ils ont véritablement des opinions différentes. Les problèmes de qualité ne sont pas mentionnés comme source de préoccupation fréquente[77].

Domaines dans lesquels des travaux pourraient être entrepris

76. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'entreprendre des travaux en vue d'élaborer un projet de dispositions conventionnelles ou de lignes directrices[78] sur la nomination d'experts pour aider les tribunaux à calculer le montant des dommages. Ceci pourrait renforcer l'impartialité et l'indépendance des experts en dommages. Une telle approche pourrait par ailleurs permettre d'alléger le coût global de la procédure, dont une partie provient de la hausse du coût des experts.

77. Une autre solution consisterait à élaborer des lignes directrices relatives aux experts nommés par les parties qui :

- Permettraient aux experts de travailler sur la base d'un ensemble d'instructions harmonisées, clairement définies et fondées sur des hypothèses similaires ;
- Exigeraient qu'il soit procédé à d'autres calculs en cas de désaccord sur les faits et les approches juridiques ;
- Exigeraient une déclaration commune des experts expliquant les différences en cas de divergence d'opinion ; et
- Prévoiraient l'établissement, par les experts nommés par les parties, d'un rapport conjoint et le droit des tribunaux de donner des instructions aux experts.

D. Lien avec d'autres options de réforme

78. Le Groupe de travail souhaitera peut-être considérer que le sujet des dommages et de l'indemnisation est étroitement lié aux options de réforme suivantes :

- Rejet rapide des demandes spéculatives, non fondées et exagérées (A/CN.9/WG.III/WP.219) ;
- Réglementation du financement par des tiers pour faire face au montant élevé des indemnisations demandées (A/CN.9/WG.III/WP.219) ;
- Création d'un mécanisme d'appel et d'un mécanisme multilatéral permanent afin de garantir la régularité des décisions sur le plan de la procédure et sur le fond et de rectifier les erreurs commises par des tribunaux de RDIE dans leurs décisions (A/CN.9/WG.III/WP.185) ;
- Moyens de faire face au gel réglementaire ; et

[76] Étude PWC 2015, p. 2 : le montant chiffré par les experts des défendeurs se monte en moyenne à 13 % du montant chiffré par les experts des demandeurs ; voir également Beharry, p. 3 à 8.

[77] Ibid., p. 2 et 5.

[78] Ces travaux pourraient tirer parti des instruments existants, par exemple, le Protocole sur la détermination des dommages dans l'arbitrage du Comité international d'arbitrage du CPR (Institut international de prévention et de résolution des conflits).

- Moyens de traiter les procédures multiples, notamment concernant les demandes présentées par des actionnaires et les pertes par ricochet (A/CN.9/WG.III/WP.170 ; A/CN.9/WG.III/WP.193).