



# Sentence CIRDI Du 27 juin 1990 Société Asian Agricultural Products Ltd (A.A.P.L) c. Sri Lanka

Jurisprudence publié le 24/12/2012, vu 14085 fois, Auteur : [Le journal d'une doctorante](#)

## Sentence CIRDI Du 27 juin 1990 Société Asian Agricultural Products Ltd (A.A.P.L) c. Sri Lanka

Il y a qq années déjà, on assistait à l'impuissance des investisseurs face aux états en cas de litiges les opposant, c'est ce que soulignait en 1959 Geneviève Guyomar dans l'annuaire français de droit international intitulé « *l'arbitrage concernant les rapports entre état et particuliers* », qui relatent précisément, les insuffisances des moyens procéduraux dont disposent les personnes privées face aux Etats.

En effet, Si un arbitrage était organisé entre une personne privée et un état, il était forcément soumis au droit interne de cet état intéressé ... ainsi la procédure de règlement des différends transnationaux était le recours à la protection diplomatique lorsque l'état dont la personne était ressortissante acceptait d'endosser sa réclamation.

Depuis le droit en la matière a évolué pour améliorer la situation « anormale » de la personne privée, l'évolution du droit international de l'investissement a permis à l'investisseur étranger pour de se prévaloir justement et équitablement de ses droits plus précisément lorsqu'il est face à un litige l'opposant un état ! dès lors le rôle de l'investisseur est renforcé !

En effet, à coté de l'arbitrage traditionnel fondé sur une clause compromissoire ou un compromis, on voit apparaître dès la fin des années 80, un nouveau type d'arbitrage fondé sur une offre publique d'arbitrage exprimée *erga omnes* dans une loi nationale ou un traité bilatéral ou multilatéral d'investissement.

En 1990, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour trancher un litige opposant la société AAPL au Sri Lanka, sur le seul fondement du traité bilatéral de protection des investissements conclus entre le Royaume-Uni et le Sri Lanka qui contenait une disposition renvoyant à l'arbitrage du CIRDI.

Sentence qui nous intéresse particulièrement...en 1987, la société *Asian Agricultural Products Ltd* (AAPL), immatriculé à Hong Kong qui avait pris une participation minoritaire dans le capital d'une entreprise du Sri Lanka, *Serendib Seafood Ltd*, a saisi le CIRDI d'une demande tendant à voir condamner la République du Sri Lanka du fait de la destruction du centre d'élevage au cours d'une opération militaire dirigée par les forces sri lankaises contre les rebelles qui s'y étaient réfugiés.

Sa requête était dès lors, fondée sur l'article 8 du Traité de protection des investissements conclu en 1980 entre le Sri Lanka et le Royaume –uni.

Le requérant appuie sa réclamation non seulement sur le dudit traité, mais également sur les règles du droit international qui établissent l'obligation qu'a l'état de réparer les dommages que l'investisseur a subis du fait de l'action ou l'inaction de celui-ci.

Le Sri Lanka s'oppose à cette observation, en disposant que la destruction de l'installation était intervenues dans des circonstances de nature à l'exonérer de toute responsabilité quelconque.

La grande difficulté que posait cette sentence est que la convention bilatérale ne précisait aucunement le droit applicable à l'espèce : quel est le droit applicable en l'espèce ?

: Dès lors le tribunal arbitral déduit de « l'observation et de l'interprétation de l'attitude des parties au cours de la procédure arbitrale » qu'elles s'accordaient à considérer que les dispositions de la convention bilatérale étaient la principale source de droit applicable à la cause, et que cette dudit convention faisait elle-même référence à des sources complémentaire :

- Le droit international général ;
- La clause de la nation la plus favorisée ;
- Le droit interne du Sri Lanka.

#### **1. I. La responsabilité de l'Etat sur le fondement des Accords Internationaux d'investissement :**

Dans cette sentence, la responsabilité de l'état est engagé alors qu'aucun liens n'existe entre celui-ci et AAPL (**A**) et ce grâce à l'arbitrage « *without privity* » (**B**)

#### **1. A. Absence du consentement de l'état à l'arbitrage du CIRDI :**

C'est la première fois que la saisine du Centre s'effectue sur la base d'un traité et non d'un contrat conclu entre un état et une personne privée contenant une clause de règlement des différends: c'est un véritable bouleversement de la jurisprudence du CIRDI dès lors qu'il s'écarte de l'arbitrage classique à savoir la clause compromissoire ou le compromis d'arbitrage.

Les TBI concernant la sécurité et la protection des investisseurs, c'est une norme internationale

relative aux investisseurs étrangers. Ces traités ont un effet supérieur à celui des contrats d'état puisqu'il n'est pas nécessaire qu'un investisseur étranger ait conclu une entente contractuelle avec l'état d'accueil des investissements pour bénéficier d'un cadre de protection en matière d'investissements.

La signature d'un TBI lie ainsi a priori un état à tous les investisseurs privés originaire du pays cosignataire et non pas simplement à l'autre état.

Dés lors cette nouveauté consacre une personnalité juridique internationale des acteurs privés.

L'investisseur privé, comme c'es le cas dans la sentence AAPL peut se valoir directement des dispositions du TBI et notamment des dispositions relatives à l'arbitrage des différents. Il peut alors porter son litige devant le CIRDI., si cela est prévu dans Le TBI.

En effet, il est nul besoin de conclure une convention d'arbitrage en bonne et due forme entre l'état et l'investisseur, ainsi la saisine du tribunal arbitral se fait sur la seule base d'un TBI conclu entre l'état de territorialité de l'investissement et celui de la nationalité de l'investisseur.

En l'espèce, le centre écarte la solution prévue par la convention à savoir l'application de l'article 42 de la Convention de Washington à savoir « *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière* ».

Il dégage un éventuel accord entre les parties à partir de leur comportement respectif dans les relations contractuelles qui les lie indirectement.

En réalité, c'est à travers le TBI, que la preuve de leur consentement est dégage. Ce qui n'est pas de l'avis de M. Asente arbitre également, selon il y a violation de la convention car a défaut de consentement car le droit applicable est celui prescrit à l'article 42, plus précisément la législation de l'état parti au différent, ou application à défaut du droit international.

Il est bon de savoir que l'utilisation de TBI dans l'arbitrage du CIRDI s'est développé d'avantage suite à l'affaire Maffizini contre Royaume d'Espagne en 2000 avec l'utilisation d'une clause de la nation la plus favorisée contenue dans un accord bilatéral permettant le renvoi à un autre TBI conclu par l'état en litige avec un état tiers et contenant une référence à l'arbitrage CIRDI propre à fonder la compétence du Tribunal.

Le consentement écrit ne doit pas nécessairement être consigné dans le même acte ou en même temps.

C'est pourquoi, la doctrine parle de consentement dissocié, blanc ou comme selon l'expression de Paulsson d' « *arbitration without privity* ».

## 1. B. L'arbitration « *without privity* » :

-

De par son *fondement contractuel*, l'*arbitrage* nécessite la volonté commune des parties à y

recourir. Cette volonté passe par l'incorporation d'une clause d'*arbitrage* dans les contrats liant les investisseurs étrangers à l'Etat hôte. Toutefois, il se trouve que des investissements se réalisent, parfois, *sans* pour autant faire l'objet de contrat avec l'Etat d'accueil. Dans ce cas, comment peut-on assurer la protection de ces investisseurs ?

Afin de remédier à cette insuffisance, les Etats n'ont pas hésité à donner leurs consentements préalables d'aller en *arbitrage* dans leurs législations internes ainsi que dans les traités relatifs à la protection des investissements.

Et cette pratique va donner naissance à l'arbitrage sans convention d'arbitrage, plus connu sous l'expression de Paulsson « *without privity* » compris comme étant un arbitrage en l'absence de clause contractuelle ou de compromis. L'idée est que les investisseurs se voient reconnaître une capacité juridique internationale, laquelle se traduit par des prérogatives que n'ont pas les états pour saisir le tribunal. En effet, l'innovation de ces dernières années en matière d'arbitrage concernant un litige relatif à l'investissement est la possibilité offerte à un investisseur privé étranger d'attirer son cocontractant Etat devant un tribunal arbitral CIRDI sans qu'existe un consentement contractuel de l'état à cet arbitrage, c'est-à-dire en pratique sans compromis et sans clause compromissoire, et c'est ce qu'illustre la sentence AAPL, soit que le consentement de l'état n'a plus besoin de se traduire par une manifestation de volonté expresse et spécifique lorsque le consentement est déjà donné par l'état dans un TBI.

La seule référence au CIRDI suffit, il n'y a donc pas besoin que le consentement soit donné dans le contrat.

Cette position est véritablement une innovation en matière d'investissement internationaux, dès lors que c'est très protecteur de l'investisseur dans la mesure où ce dernier pourra engager la responsabilité internationale de l'état d'accueil devant le CIRDI, sans même que celui-ci n'ait donné son consentement à l'arbitrage du CIRDI dans le contrat litigieux.

Ainsi dans la mesure où la référence à l'arbitrage CIRDI dans le TBI est quasi-systématique, on peut alors admettre que ces derniers ont (je cite) selon les termes de DERAINS « *transformé l'exigence d'un consentement au cas par cas pour fonder la compétence du CIRDI en une compétence automatique* ».

On retrouve également la possibilité pour l'investisseur d'engager la responsabilité de l'état d'accueil sans clause compromissoire dans les Accords multilatéraux de protection des investissements, la prévision dans l'accord du recours à l'arbitrage en cas de différend valant consentement de l'Etat. C'est le cas du traité de l'ALENA, du protocole de Colonia de 1994 pour la promotion et la protection des investissements dans le MERCOSUR, et de la Charte de l'Energie.

## **1. II. La violation d'une obligation internationale mentionnée dans le TBI : fondement de la responsabilité internationale de l'Etat :**

Cette espèce, démontre finalement l'internationalisation du contrat d'état, au regard même de l'évolution des investissements internationaux, qui tendent de plus en plus à asseoir la protection de l'investisseur au regard de la position dominante de l'état (au regard) notamment au vu du principe de souveraineté.

En réalité, selon certains auteurs ( POIRAT) « *l'esprit de telles clauses est d'établir un compromis entre deux principes : la protection de l'Etat hôte contre les prétentions abusives de l'investisseur et la protection de ce dernier contre les manifestations également abusives de la souveraineté du premier* ».

Dans cette sentence, AAPL, demande réparation du dommage sur le contenu même du TBI (**A**), qui internationalisent les obligations contractuelles (**B**).

### **1. A. La responsabilité de l'état Sri lankais sur le fondement de son manquement à l'obligation de diligence:**

Les traités bilatéraux d'investissements internationalisent les rapports entre l'investisseur et l'Etat d'accueil puisqu'ils « *viennent soustraire l'action unilatérale des états d'accueil sous peine de mise en œuvre de leur responsabilité internationale* » (selon LEBEN). Alors l'engagement de la responsabilité internationale de l'état découlera de la violation par lui d'une obligation internationale préalablement assumée dans un accord international d'investissement impliquant l'Etat national de l'investisseur, ce qui est le cas dans la sentence ici commentée puisque le Sri Lanka avait conclu avec le Royaume uni le traité de protection des investissements en 1980.

Le requérant ici invoque l'article 2§2 et l'article 4§2 du Traité :

En effet :

- L'article 2, définit en termes généraux le traitement que l'état d'accueil s'engage à réserver aux investisseurs de l'autre Etat partie, que ceux-ci bénéficieront d'une protection et d'une sécurité complète » « *full protection and security* ».

**pour AAPL**, une telle formule implique une rupture avec le droit international : elle va bien au delà d'une simple obligation de comportement, en effet, l'état assume une obligation inconditionnelle ( RAMBAUD) de couvrir l'investisseur contre l'ensemble des risques menaçant son investissement. Le Traité crée une Responsabilité absolue.

Il assure à l'investisseur une protection directe, dès lors il peut directement se prévaloir de son litige devant les établissements de règlement des différends.

Et de ce fait ce distingue du droit international qui trouve à s'appliquer qu'en matière de responsabilité indirecte, celle dans laquelle un état endosse la réclamation de l'investisseur.

**Le défendeur** objecte en rappelant tout simplement le droit international lequel impose à l'état une obligation de diligence !

**Le CIRDI** quant à lui, tranche la question en se basant sur les règles d'interprétation des traités, et

rejette dès lors une responsabilité absolue : pourquoi : la sentence rappelle l'affaire *SAMBIAGGIO* de 1903 par la Commission mixte des réclamations Italo-vénézuéliennes et l'affaire *ELSI* dans lesquelles la thèse de la responsabilité absolue fut écarté car dépourvue de fondement en droit international.

- L'article 4§2, obligation sanctionnant un comportement étatique illicite : elle impose à l'état d'accueil d'indemniser les pertes subies par l'investisseur au cours des troubles si elle lui sont imputable !: ici incendie de l'installation d'élevage des crevettes et la mort de plusieurs membre du personnel=

**AAPL** soutient que l'action de l'état n'était nullement utile pour chasser les rebelles dès lors qu'elle pouvait avoir des répercussions sur le personnel.

**Le défendeur** : Sri Lanka plaide l'exonération de sa responsabilité, selon le fait litigieux s'étend produit à chaud lors de la lutte engagée contre les rebelles.

**ICI le problème évoqué est la charge de la preuve** : en droit international la charge de la preuve incombe normalement au demandeur : mais selon la jurisprudence tant interne qu'internationale : existe un principe qui tend a renverser cette charge dès lors que le demandeur établi avec vraisemblance suffisante ( *prima facie*) la réalité de ses prétentions !

**LE CIRDI** : face à son impossibilité de rétablir la vérité ou plutôt le déroulement de l'action militaire, décide

que la preuve incombe normalement au demandeur, mais ajoute cependant que les juridictions internationales peuvent parfois se contenter d'une preuve *prima facie*.

Selon le CIRDI l'état a manqué à son obligation de diligence telle que mentionnée dans la convention, dès lors le SRI LANKA s'est rendue coupable de son manquement de diligence en ne prenant pas toutes les précautions nécessaires pour éviter l'accident militaire.

## 1. B. La responsabilité de l'état : une responsabilité régie par le droit international :

L'internationalisation des obligations contractuelles fait l'objet de controverses. En effet, un débat existe autour de l'aptitude du droit international à régir les obligations contractuelles. En effet, comme pour l'application du DIP aux contrats d'état, PIERRE MEYER, maintiens que la nature des rapports *inter partes* demeure inchangée et soumise à la *lex contractus* et que seul le rapport interétatique et soumis au droit international.

La critique la plus virulente vient certainement de Douglas qui selon lui du fait que le litige entre un état et investisseur porteraient toujours sur des intérêts privés de celui-ci , le droit applicable à ce type de litige ne pourrait être le droit international associé au droit interne et non exclusivement le droit international.

Ce point de vue est cependant contestable comme le souligne CHRALES LEBEN, qui écrit que « *la responsabilité des états sur le fondement des traités de protection (n'est qu') un sous système au sein du régime générale de la responsabilité internationale des états*

».

Et cette analyse est confirmée dans cette sentence AAPL, en effet après avoir constaté que les dommages causés à l'investisseur n'étaient pas indemnisables sur la base du traité de protection qui excluait en effet les dommages résultant d'action de combat, le tribunal a recherché s'il existait des règles coutumières en la matière, il en déduit l'existence d'une règle de droit international coutumier qui permet dès lors d'engager la responsabilité internationale de l'état sur le fondement d'un manquement à une obligation de diligence.

® **Quelle conséquence des TBI sur les contrats d'état ?**

- Remise en cause de la souveraineté de l'état : mais en même temps il faut que dans les rapports contractuel état/ partie privé soit équitable : il faut donc une protection de l'investisseur contre les risques découlant du caractère étatique de son cocontractant ! partie dominante dans le contrat !!! idées non récente : « droit inhérent à tout individu » christianisme et philosophie humaniste l'idée est que tout état doit une protection à tout ressortissant d'un autre état et ce devoir est réaffirmé dans la sentence arbitrale de 1928 dans l'affaire des îles de palmas dans laquelle MAX HUBERT admet que « *la souveraineté territoriale ne comporte pas seulement le droit exclusif de l'exercice des activités étatiques, mais aussi le corollaire de l'obligation de protéger sur le territoire étatique les droits des nationaux et des autres états* ».
- Idée de propriété privée : la remise en cause dans l'entre deux guerre va également faire évoluer la situation de l'investisseur : mais même avec l'ère des privatisations des 80' & : on rejette l'idée que l'état n'a pas de droit pour réguler les activités des entreprises établies sur son territoire : les arbitres affirment constamment dans diverses sentences : « *le droit d'un état de procéder à des nationalisations ne fait pas de doute aujourd'hui du fait d'une pratique internationale constante et concordante* » .
- PB de la sentence AAPL : elle signifie tout simplement que tous les investisseurs d'un état dès lors que celui-ci a conclu un TBI avec l'état d'accueil de l'investissement pourra se prévaloir devant le CIRDI ?!!! risque d'un ralentissement des TBI l'état voulant se protéger contre ce type de pratique ! mais bon plus de 900 conclus + clause compromissaire donc....c'est plutôt une limite à l'applicabilité du droit interne. Mais pas une remise en question de ce droit ! idée d'égalité entre les parties.
- TBI nécessaire pour protéger l'investisseur et permettre le développement du droit de l'investissement sur la scène internationale.

