



Abus de procédure, fraude et *forum shopping* dans l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements

Athénaïs Morales

Mémoire de Master 2 recherche Droit privé international et comparé

*Sous la direction du Professeur Malik Laazouzi
Université Jean Moulin Lyon 3 – Centre de recherche sur le droit international privé*

N° 11

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185
Lyon – 2016

Le présent ouvrage peut être utilisé, par de courtes citations, pour un usage personnel et non destiné à des fins commerciales.

Il doit être cité comme suit :

Morales (Athénaïs). – *Abus de procédure, fraude et forum shopping dans l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements.* – Mémoire de Master 2 recherche Droit privé international et comparé / sous la direction du Professeur Malik Laazouzi. – Lyon : Équipe de Droit International, Européen et Comparé, 2016. – 107 p.
– (Les Mémoires de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé : n°11). – Document disponible sur le site web de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé, à l'adresse : <http://ediec.univ-lyon3.fr/publications>.

Directrice de publication : Frédérique Ferrand, Professeur des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé

Responsable d'édition : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit

Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – Tél. : ++ 00 / 33 478 787 251

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr – Web : <http://ediec.univ-lyon3.fr>



Abus de procédure, fraude et *forum shopping* dans l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements

Athénaïs Morales

Mémoire de Master 2 recherche Droit privé international et comparé

*Sous la direction du Professeur Malik Laazouzi
Université Jean Moulin Lyon 3 – Centre de recherche sur le droit international privé*

N° 11

**Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185
Lyon – 2016**

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur le Professeur Malik Laazouzi pour avoir accepté de diriger mon mémoire et pour toute l'aide qu'il m'a apportée dans cette tâche.

Je tiens également à remercier l'ensemble de l'équipe enseignante du Master 2 Droit privé international et comparé de l'Université Jean Moulin Lyon 3, et notamment Madame le Professeur Frédérique Ferrand, pour ses précieux conseils.

TABLE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

AECG	Accord économique et commercial global
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
BIICL	British Institute of International and Comparative Law
Bull. civ.	Bulletin de la Cour de cassation, Chambres civiles
CAFTA	Central America Free Trade Agreement
CEDEAO	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
Cass. Civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Cass. Soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
CCI	Chambre de commerce internationale
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CIJ	Cour internationale de justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPJI	Cour permanente de justice internationale
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IIA	International Investment Agreement
IISD	International Institute for Sustainable Development
ISDS	Investor-State dispute settlement
JDI	Journal de droit international
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OUP	Oxford University Press
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses Universitaires de Rennes
Rev. crit. Lég. et jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
SADC	Southern African Development Community
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UNASUR	Union des nations sud-américaines
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE – L'IDENTIFICATION DE L'ABUS DE PROCÉDURE, DE LA FRAUDE ET DU *FORUM SHOPPING* DANS LE CONTENTIEUX ARBITRAL EN DROIT DE L'INVESTISSEMENT

CHAPITRE 1 – L'OBSERVATION DE L'HABILETÉ PROCÉDURALE DE L'INVESTISSEUR : ENTRE USAGE ET MANIPULATION DE L'ACCÈS A UN TRIBUNAL ARBITRAL

CHAPITRE 2 – L'APPRECIATION DE L'HABILETÉ PROCÉDURALE DE L'INVESTISSEUR : ENTRE ABUS DE PROCÉDURE, FRAUDE ET *FORUM SHOPPING*

DEUXIÈME PARTIE – LES CONSÉQUENCES DE L'ABUS DE PROCÉDURE, DE LA FRAUDE ET DU *FORUM SHOPPING* SUR LE RÈGLEMENT ARBITRAL DES DIFFÉRENDS EN DROIT DE L'INVESTISSEMENT

CHAPITRE 1 – LA RÉACTION DES TRIBUNAUX ARBITRAUX : LES SANCTIONS DU COMPORTEMENT DE L'INVESTISSEUR

CHAPITRE 2 – LA RÉACTION DES ACTEURS DU DROIT DE L'INVESTISSEMENT : LA RÉFORMATION DES ACCORDS INTERNATIONAUX

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Les anciens besoins qui étaient satisfaits par les produits nationaux font place à de nouveaux besoins qui réclament pour leur satisfaction les produits des pays et des climats les plus lointains. L'autosuffisance et l'isolement régional d'autrefois ont fait place à une circulation générale, à une interdépendance générale des nations »¹.

La mondialisation décrite par Karl Marx et Friedrich Engels en 1848 se comprend toujours comme une interdépendance entre les États du monde. Celle-ci alimente et est alimentée par la circulation des capitaux et par l'investissement international. Cette interdépendance s'analyse en un ensemble d'accords entre États, un labyrinthe de traités internationaux, dans lequel l'investisseur, habité par une soif de profits sans limite, circulera librement et en tirera le meilleur parti, quitte à frauder ou à abuser du système.

Le droit international des investissements contemporain, dont l'instrument majeur est le traité de protection des investissements, a été façonné par trois siècles de lutte entre États et intérêts opposés. Dès le XVII^e siècle, les prémices du droit international apparaissent dans la volonté des États de protéger leurs nationaux situés à l'étranger. Offenser le citoyen, c'est offenser son État². Mais comment protéger son national lorsqu'il se trouve sous l'influence du droit d'un autre État souverain ? La diplomatie s'est avérée être le moyen le plus rentable d'assurer la protection des citoyens et de leurs biens³. Des traités d'amitié, de commerce et de navigation font leur apparition entre les États-Unis et les États européens, comme la France en 1778⁴.

Au XIX^e siècle, les flux d'investissements étrangers se font de plus en plus importants. Le développement des chemins de fer, sur le continent américain notamment, fait appel, pour moitié au moins, à des capitaux étrangers⁵. Pour les États, la nécessité d'une protection efficace de leurs ressortissants et de leurs biens à l'étranger devient une problématique fondamentale. Pourquoi l'investisseur a-t-il spécifiquement besoin d'être protégé ? L'investissement ne peut être assimilé à une simple opération d'achat et de revente car elle s'inscrit dans la durée. L'investisseur entreprend une activité coûteuse dans un État étranger et fera fructifier les capitaux engagés des années durant. Il est exposé aux changements économiques, sociaux et politiques des États d'accueil de l'investissement. Au risque économique inhérent à toute opération d'investissement s'ajoute le risque politique⁶. C'est à cette époque que la substance du droit international des investissements apparaît : le standard de traitement. Dans un premier temps, il se manifeste de manière indirecte. Grâce aux clauses de la nation la plus favorisée et aux clauses de traitement national, l'investisseur étranger ne doit pas être moins bien traité qu'un autre étranger ou qu'un national de l'État hôte. Puis, au XX^e siècle, le traitement juste et équitable fait émerger un standard de traitement direct.

Mais la protection connue aujourd'hui a été profondément façonnée par la géopolitique du

¹ K. Marx, F. Engels, *Manifeste du parti communiste*, 1848, p. 56.

² E. de Vattel, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758, Titre I, Livre II, Chap. XVIII, p. 534.

³ C. Leben, « Droit international des investissements : un survol historique », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, sous la dir. de C. Leben, Pedone, 2015, p. 7 : « Mais si l'intervention armée a été finalement mise hors la loi internationale, la légitimité de la protection diplomatique, au sens restreint, débouchant sur un mode pacifique de règlement des différends, bien qu'elle aussi ait été contestée, a été réaffirmée car elle offre la seule alternative pacifique et efficace à l'usage de l'armée ».

⁴ Traité d'Amitié et de Commerce entre la France et les États-Unis, conclu à Paris le 6 février 1778.

⁵ V. K. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, OUP, 2010, p. 26s.

⁶ C. Leben, « Droit international des investissements : un survol historique », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, sous la dir. de C. Leben, Pedone, 2015, p. 6.

xx^e siècle. La révolution Russe de 1917 emporte avec elle une vague de nationalisations qui fait de l'expropriation un phénomène d'ampleur. Le socialisme et le communisme se propagent durant ce siècle également marqué par l'effondrement des empires coloniaux. Un clivage apparaît alors. D'un côté, les États sous régime socialiste et les anciennes colonies remettent en question l'ordre économique interne et international établi. Pour ces États, le changement économique et social prime sur les normes internes et internationales existantes. D'un autre côté, les États majoritairement occidentaux et économiquement puissants souhaitent voir respecter la propriété privée et veulent instaurer une indemnisation en cas d'expropriation⁷. Mais au centre de ces deux conceptions perdurent l'offre et la demande d'investissement. Les pays occidentaux, pour la plupart capitalistes et riches, sont soucieux d'entreprendre et de faire fructifier leurs capitaux. Les États socialistes et les anciennes colonies, qui disposent de ressources naturelles importantes et de main-d'œuvre bon marché, ne peuvent se passer de capitaux étrangers pour exploiter ces ressources. Comment protéger ces investisseurs opérant dans des États parfois anticapitalistes et voulant soustraire leurs ressources de l'emprise occidentale ?

L'arbitrage fait alors peu à peu son apparition dans des contrats conclus entre les États et les investisseurs. Le contrat de *Lena Goldfields* avec l'Union soviétique est un exemple évocateur⁸. Cette entreprise anglaise ne pouvait raisonnablement investir dans une Union soviétique instaurant une dictature du prolétariat avec, pour fondement principal, l'abolition de toute forme de propriété privée. Pour s'assurer une protection effective, il était nécessaire que les investisseurs échappent aux lois du pays d'accueil mais également à ses juridictions⁹. Les contrats d'État avaient alors pour usage d'introduire des clauses compromissoires permettant de faire trancher le litige par un tribunal arbitral. En ce qui concerne la loi applicable, certains contrats s'affranchissaient des normes nationales en demandant aux arbitres de statuer en fonction de grands principes tels que la bonne foi¹⁰. L'arbitrage devient et reste de nos jours un gage d'effectivité de la protection de l'investisseur. Qu'il existe des normes nationales ou internationales de protection est une chose, mais l'important est bel et bien qu'elles soient mises en œuvre. Les États importateurs de capitaux ont souvent un système judiciaire acquis à leur cause et peu de juridictions sauraient être impartiales lorsqu'il s'agit de protéger un étranger face à leur propre État. Le détachement des ordres nationaux est un des nombreux avantages¹¹ de l'arbitrage et incontestablement le plus recherché par les investisseurs. L'arbitrage va se développer entre les opérateurs privés du commerce international durant le xx^e siècle. Mais l'arbitrage en matière d'investissement restera embryonnaire jusqu'à la reconnaissance d'une offre permanente d'arbitrage dans les traités internationaux en 1990¹².

Les traités de protection des investissements font leur apparition durant la deuxième moitié du xx^e siècle. Faute d'accord multilatéral sur l'investissement, le rapport bilatéral va s'imposer¹³. Les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements sont, contrairement aux

⁷ Ibidem, p. 47s.

⁸ A. Nussbaum, Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government, 36 *Cornell L. Rev.* 31 (1950)

⁹ C. Leben, « Droit international des investissements : un survol historique », op. cit., note 6, p. 34s.

¹⁰ A. Nussbaum, Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government, op. cit., note 8, p. 40. Le contrat conclu entre *Lena Goldfields* et l'Union soviétique prévoyait : « The parties base their relations with regard to this agreement on the principle of good will and good faith, as well as reasonable interpretation of the terms of the agreement ».

¹¹ G. Bermann, The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration, *The Yale Journal of International Law*, 2012, v. 37, p. 2 : il résume les bénéfices de l'arbitrage : « *A priori*, at least, all participants—parties, counsel, arbitrators, arbitral institutions—have an interest in ensuring that arbitration delivers the various advantages associated with it, notably speed, economy, informality, technical expertise, and avoidance of national fora, while producing awards that withstand judicial challenge and otherwise enjoy legitimacy ».

¹² A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2014, p. 42.

¹³ S. Bonomo, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements, entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, PUAM, 2012, p. 17.

premiers traités commerciaux, exclusivement réservés à la détermination de normes conventionnelles régissant l'investissement étranger. Cette prolifération des traités bilatéraux fait apparaître un paysage conventionnel complexe et disparate au milieu duquel quelques traités multilatéraux ont été conclus. Les plus importants demeurent l'ALENA¹⁴, instituant une zone de libre-échange entre le Mexique, les États-Unis et le Canada, le CAFTA¹⁵, créant également une zone de libre-échange entre divers États d'Amérique centrale, et le Traité sur la Charte de l'Énergie¹⁶, qui rassemble aujourd'hui cinquante-quatre Parties.

Le foisonnement de ce mode de protection va être considérablement influencé par la reconnaissance du consentement dissocié. Multiplier les règles de protection des investisseurs reste vain s'il n'est pas possible pour eux d'accéder à leur mise en application. L'arbitrage reste, en cela, le mode de résolution des litiges apportant le plus de neutralité. C'est pourquoi, les États contractants incluaient une clause de règlement des différends au sein de leurs traités prévoyant, à cet effet, la désignation d'un tribunal arbitral. Pour autant, l'efficacité d'une telle clause n'était assurée que par la conclusion d'une clause compromissoire entre un État contractant et l'investisseur. Mais en 1990, dans l'affaire *AAPL c/ Sri Lanka*¹⁷, le tribunal arbitral a reconnu que la clause de règlement des différends, insérée dans les traités, représentait le consentement des États contractants à ce qu'un litige entrant dans le champ du traité soit soumis à l'arbitrage. Le consentement de l'investisseur est émis au moment de la demande d'arbitrage. C'est le mécanisme du consentement dissocié. Toute clause compromissoire se révèle alors surabondante car la clause de règlement des différends représente une offre permanente d'arbitrage.

Ce procédé va largement être reconnu par la « jurisprudence arbitrale ». Cette expression, contestée en matière d'arbitrage¹⁸, nous permettra d'envisager l'ensemble des précédents arbitraux et leurs tendances. L'arbitrage est caractérisé par un manque d'imposition verticale de la sentence et par l'absence d'obligation de respecter la décision antérieure¹⁹. Malgré cela, les précédents revêtent une importance non négligeable en matière d'investissement international. Chaque partie à l'arbitrage se servira des précédents qui appuieront son analyse et les décisions antérieures auront une influence considérable sur la décision des arbitres. Grâce à cette influence, le consentement dissocié a unanimement été reconnu dans les procédures arbitrales depuis 1990.

L'arbitrage en matière d'investissement peut être *ad hoc* ou, au contraire, être soumis à une institution d'arbitrage. En ce sens, les institutions classiquement présentes en arbitrage commercial international peuvent être requises comme la Chambre de commerce internationale (CCI), la Cour internationale d'arbitrage de Londres (LCIA), et l'Association américaine d'arbitrage (AAA). Les règlements d'arbitrage, comme le règlement CNUDCI, peuvent également s'appliquer. La procédure arbitrale en droit des investissements diffère peu de la procédure d'arbitrage commercial international à l'exception des parties en présence. L'applicabilité de la sentence rendue nécessitera un passage devant les juridictions de l'État défendeur ; alors, le risque d'inefficacité des standards de protection admis par les traités réapparaît. Pour pallier cela, la Convention de Washington²⁰ a créé une institution d'arbitrage connaissant spécifiquement des contentieux en droit de l'investissement. Les sentences rendues dans le cadre de ce centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) sont exécutoires de plein droit sans qu'aucune

¹⁴ Accord de libre-échange nord-américain entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

¹⁵ Accord de libre-échange d'Amérique Centrale, ratifié entre 2004 et 2009.

¹⁶ Traité sur la Charte de l'Énergie, signé le 17 décembre 1994 et entré en vigueur le 1^{er} avril 1998.

¹⁷ *Asian Agricultural Products limited c/ République Socialiste du Sri Lanka*, CIRDI ARB/87/3, sentence rendue le 27 juin 1990.

¹⁸ C. Larroumet, À propos de la jurisprudence arbitrale, *Gaz. Pal.*, 14 déc. 2006, n° 348, p. 5.

¹⁹ D. Levy, *Les abus de l'arbitrage commercial international*, L'Harmattan, 2015, p. 128.

²⁰ Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États, conclue à Washington le 18 mars 1965.

procédure d'*exequatur* ne soit nécessaire²¹.

Dans les années 1990, l'arbitrage d'investissement acquiert une importance certaine, les traités de protection des investissements se multiplient tout comme les procédures arbitrales²². Ce processus n'est plus seulement un moyen de protéger l'investisseur, il est aussi, pour les pays importateurs de capitaux, un moyen d'attirer les investisseurs dans un marché des investissements relativement compétitif²³. La majeure partie des accords internationaux sont des traités bilatéraux dont l'ambition des États contractants était de protéger au mieux leurs ressortissants. Au cœur du droit international des investissements c'est, comme au xx^e siècle, l'attachement d'un investisseur à un État qui prédomine et qui justifie sa protection.

Pourtant, les structures sociétaires contemporaines voient émerger des multinationales et, de manière générale, des groupes de sociétés disposant de filiales incorporées dans divers États. Les acteurs de l'économie mondiale, en s'internationalisant, s'arrogent des frontières. Ce contexte de compétitivité et de multiplicité des traités de protection des investissements pousse les investisseurs, libres de circuler et de s'établir à l'étranger, à optimiser leur protection. Une protection importante étant garantie par un accès à un tribunal arbitral, c'est alors une course à l'arbitrage qui s'engage.

Au vu du contexte et de la facilité d'incorporation des sociétés, comment reprocher aux investisseurs de choisir le traité qui leur sied le mieux ? C'est là l'objet de notre étude. L'investisseur, désignant dans une acception large l'ensemble d'une structure attachée aux mêmes intérêts, va chercher à se protéger à tout prix des évolutions politiques défavorables. Ce phénomène de choix du traité le plus avantageux n'est pas sans rappeler la notion de *forum shopping* en droit international privé. L'investisseur va faire preuve d'habileté, jonglant entre les conditions d'application des traités et les règles de compétence des tribunaux arbitraux. Ce comportement, qui semble inéluctable dans un tel contexte, peut amener à la ruse, à la malice et dépasser la protection légitime. Comment qualifier de tels comportements ? Est-ce un abus de procédure, une fraude ou encore un *forum shopping* ? Dans quelle mesure ces attitudes sont-elles légitimes ? Quelles sont les conséquences de cette course à l'arbitrage ? La multiplication récente de ces comportements rend leur étude fondamentale dans un droit international des investissements en pleine remise en question. L'identification de l'abus de procédure, de la fraude et du *forum shopping* est indispensable (Partie 1) avant d'envisager leurs conséquences sur le règlement arbitral des différends entre États et investisseurs (Partie 2).

²¹ Article 54 de la Convention de Washington.

²² CNUCED, *Recent trend and IIAS and ISDS*, UNCTAD, IIA issues note, févr. 2015, p. 2.

²³ Z. Douglas, *Cinq problématiques d'actualité en droit des investissements*, Pedone, 2015, p. 3.

PREMIÈRE PARTIE
L'IDENTIFICATION DE L'ABUS DE PROCÉDURE, DE LA FRAUDE ET DU *FORUM SHOPPING* DANS LE
CONTENTIEUX ARBITRAL EN DROIT DE L'INVESTISSEMENT

L'habileté est la « qualité (innée ou acquise) de finesse, d'adresse dans le choix des moyens pour arriver à une fin »²⁴. Ce terme caractérise le comportement d'un investisseur, capable d'utiliser les règles d'accès à l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements, pour se protéger au mieux. Le fraudeur, la personne qui abuse de la procédure ou qui se livre à un *forum shopping* ne rencontre aucun obstacle. Il ne va jamais au-delà des limites posées par le système et c'est en cela qu'il démontre son habileté.

L'habileté procédurale de l'investisseur, dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, s'observe dans l'accès à un tribunal arbitral (Chapitre 1) et s'apprécie comme étant une fraude, un abus de procédure ou encore un *forum shopping* (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – L'OBSERVATION DE L'HABILETÉ PROCÉDURALE DE L'INVESTISSEUR : ENTRE USAGE
ET MANIPULATION DE L'ACCÈS À UN TRIBUNAL ARBITRAL

L'habileté procédurale de l'investisseur se manifeste dans l'adresse dont il fait preuve en utilisant les règles d'accès à l'arbitrage. L'observation de cette habileté nous oblige alors à étudier et comprendre ces règles (Section 1) avant d'exposer la manière dont l'investisseur structure son investissement en considération de celles-ci (Section 2).

SECTION 1 – LES ASPECTS PROCÉDURAUX DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

La possibilité pour un investisseur de contester une mesure étatique lui portant préjudice représente une protection importante et convoitée. L'exposé des conditions d'accès à l'arbitrage est un passage nécessaire pour comprendre les manœuvres des investisseurs dans le but de rechercher la protection d'un traité d'investissement.

L'arbitrage fondé sur un traité est une « forme originale de protection des investissements »²⁵ empruntant à la fois aux règles de l'arbitrage commercial international et au droit international public. La procédure arbitrale est prévue par un traité international qui se doit donc d'être applicable et qui édicte, souvent, des conditions de recevabilité de la demande (§ I). L'examen des conditions d'applicabilité et de compétence revient aux arbitres (§ II) dont l'office n'est pas toujours clairement défini (§ III).

§ I – Les notions de recevabilité, de compétence et d'applicabilité

Les notions d'applicabilité, de recevabilité et de compétence sont étroitement liées. En effet, le traité conditionne l'accès à l'arbitrage et donc la recevabilité de la demande comme la compétence du tribunal arbitral. Pour autant, il est nécessaire de les différencier dans la mesure où chacune des notions possède ses conditions et un régime juridique qui lui est propre.

Deux distinctions peuvent être faites : l'exception d'incompétence et d'irrecevabilité, d'une

²⁴ Dictionnaire de l'Académie française.

²⁵ E. Gaillard, « L'avenir des traités de protection des investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, sous la dir. de C. Leben, Pedone, 2015, p. 1027.

part (A), et l'applicabilité du traité de protection des investissements et la compétence du tribunal arbitral, d'autre part (B).

A – La distinction entre exception d'irrecevabilité et exception d'incompétence

La notion de recevabilité concerne la demande d'arbitrage effectuée par l'investisseur tandis que la compétence concerne la composition du tribunal arbitral. La différence entre l'exception d'incompétence et l'exception d'irrecevabilité est nette en droit civil français²⁶. En matière d'arbitrage d'investissement, la distinction entre les deux exceptions n'est pas aisée. Pour autant, la différenciation comporte des enjeux importants du fait du régime juridique applicable.

Le critère principal de différenciation est issu du droit international public. Il consiste à se demander si la condition faisant défaut est relative au consentement des parties ou à autre chose²⁷. Le consentement et son étendue conditionnent l'accès au tribunal arbitral et donc sa compétence. Si l'absence d'une condition emporte une absence de consentement alors l'exception sera qualifiée d'exception d'incompétence. À l'inverse, si la condition ne touche pas au consentement alors l'exception concernera l'irrecevabilité.

Il conviendra de préciser de quelle exception relèvent la qualité et l'intérêt à agir des parties à l'arbitrage (1) ainsi que les conditions préalables à la demande d'arbitrage (2).

1 – La qualité et l'intérêt à agir

La qualité à agir peut se définir, en droit civil français, comme « l'aptitude du demandeur à être titulaire du droit substantiel litigieux »²⁸. Dans le cadre de certaines actions en justice l'attribution est dite « fermée »²⁹, c'est-à-dire qu'il existe une forme d'exclusivité de cette titularité du droit substantiel. C'est dans ce cadre-là que s'inscrit l'action de l'investisseur contre un État devant un tribunal arbitral. En effet, cette action ne peut être intentée que par un investisseur au sens du traité. Un investisseur est généralement défini comme une personne morale ou physique possédant la nationalité d'un État contractant au traité et ayant réalisé un investissement sur le territoire de l'autre État contractant.

L'investisseur est donc nécessairement celui qui réalise un investissement. Les questions de compétence et de recevabilité sont liées. Il est donc rare que cette question soit examinée au stade de la recevabilité³⁰. En application du critère de distinction entre exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité retenu plus tôt, la qualité d'investisseur, donc la détermination de l'investissement, se rattache à l'étendue du consentement donné par l'État. En effet, dans les traités de protection des investissements, les États s'engagent à ne pas porter atteinte aux investissements et consentent à être attrait devant un tribunal arbitral par un investisseur ressortissant d'un autre État

²⁶ Y. Banifatemi, E. Jacomy, « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, sous la dir. de C. Leben, Pedone, 2015, p. 773 : « La procédure civile en droit français pose une distinction claire entre les notions de compétence et de recevabilité. La première fait partie des exceptions de procédure (...) elle consiste à soutenir que le juge saisi par le demandeur n'est pas le bon (...). L'exception de recevabilité fait, quant à elle, partie des fins de non-recevoir (...). Elle fait grief, non pas à la procédure engagée par le demandeur mais à la demande elle-même ».

²⁷ Ibidem, p. 774s.

²⁸ G. Bolard, « Qualité ou intérêt pour agir », in *Justices et droit du procès. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 597.

²⁹ F. Kernaléguen, « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? », in *Justices et droit du procès. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 771.

³⁰ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 244.

contractant.

Ainsi, la qualité d'investisseur et plus précisément la réalisation de l'investissement et la nationalité de l'investisseur sont relatives à une exception d'incompétence.

L'intérêt à agir se traduit par le fait que le droit substantiel dont jouit l'investisseur soit troublé dans son exercice. L'approche est casuistique car l'intérêt à agir s'établit uniquement en fonction de l'espèce contrairement à la qualité à agir qui se rapporte à des critères établis³¹. L'hypothèse de l'investisseur actionnaire est souvent associée à l'intérêt à agir. En effet, la question est de savoir s'ils sont eux-mêmes titulaires d'un droit en vertu du droit international. Les tribunaux arbitraux, dans leur grande majorité, considèrent que les actionnaires ont réalisé un investissement, leurs actions, et ont droit à la protection de celui-ci³².

Il faut alors remarquer que l'intérêt se confond avec la qualité que cela soit en droit civil français³³ ou dans un contentieux arbitral³⁴. La qualité et l'intérêt permettent de déterminer si l'investisseur est titulaire du droit d'agir contre l'État. Ainsi l'intérêt, comme la qualité, s'examine le plus souvent au stade de la compétence même si certaines questions pourraient être isolées³⁵.

L'intérêt à agir peut également s'analyser sous l'angle du consentement des parties. L'État a seulement consenti à être soumis à une procédure avec un investisseur ayant subi un préjudice du fait de la violation de certaines obligations internationales. L'étendue du consentement de l'État peut concerner la définition de l'investisseur, de l'investissement mais aussi les violations pouvant être alléguées³⁶. Ainsi, dans ce cas précis, l'absence d'intérêt à agir entre bien dans l'exception d'incompétence.

L'intérêt et la qualité à agir seront alors, en règle générale, analysés du point de vue de l'exception d'incompétence, ce qui aura des conséquences sur les voies de recours ouvertes et les sanctions encourues.

2 – Les conditions préalables à l'introduction d'une demande d'arbitrage

L'investisseur doit parfois satisfaire à certaines conditions préalables afin de pouvoir engager une procédure devant un tribunal arbitral. Les conditions sont prévues par les traités. Deux types de clauses sont le plus souvent introduites : la clause de règlement judiciaire national préalable³⁷ et

³¹ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, préc., note 12, p. 244.

³² *Siemens AG c/ La République d'Argentine* CIRDI ARB/02/8, décision du 3 oct. 2004 ; *CMS Gas transmission company c/ La République d'Argentine* CIRDI ARB/01/8, décision du 17 juill. 2003 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA c/ La République d'Argentine*, CIRDI ARB/03/19, décision du 3 août 2006.

³³ G. Bolard, « Qualité ou intérêt pour agir ? », op. cit., note 28, p. 597 : « Conditions les plus classiques de l'action en justice, la qualité et l'intérêt pour agir ne sont pourtant pas clairement définis ».

³⁴ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 245 : L'intérêt à agir se confond avec la notion de « standing de l'investisseur » définie comme « son droit à se présenter devant le tribunal ».

³⁵ B. Remy, *Chronique des sentences arbitrales, JDI (Clunet)* n° 1, janv. 2016, chr. 1, p. 10 : l'auteur revient sur l'affaire *Po[#353]tová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic* (ICSID ARB/13/8), sentence rendue le 9 avr. 2015. ISTROKOPITAL SE, un actionnaire, faisait valoir qu'il détenait des produits dérivés des obligations détenues par PO (#355) tová banka, et ne faisait pas valoir qu'il détenait des parts sociales qui avaient perdu de leur valeur. Pour le tribunal arbitral, c'est une exception d'incompétence. Selon l'auteur, cela aurait dû s'analyser comme une exception d'irrecevabilité.

³⁶ *Accession Mezzanine Capital L.P. et Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. c/ Hongrie* (CIRDI ARB/12/3), sentence du 17 avr. 2015 : l'État avait limité son consentement à l'arbitrage aux litiges touchant à l'expropriation. Donc le tribunal s'est déclaré incompétent.

³⁷ C. Santulli, « Clause *electa una via* et clause de règlement judiciaire national préalable dans l'arbitrage relatif à l'investissement international », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, sous la dir. de C. Leben., LGDJ, p. 115 : « (...) Les clauses de règlement national préalable subordonnent le recours à l'arbitrage

la clause de tentative de règlement amiable du différend³⁸. De manière générale, ces conditions se greffent à la demande et l'affectent. Mais, en application du critère issu du droit international public, il faut se demander si ces conditions relèvent de l'exception d'incompétence ou d'irrecevabilité, c'est-à-dire si elles sont afférentes au consentement de l'État ou non.

Il faut relever que même si ces conditions sont contenues dans les traités, cette seule constatation ne permet pas de les rapporter directement au consentement de l'État et à la compétence du tribunal arbitral³⁹. Il est nécessaire d'observer que le non-respect de ces conditions n'a pas d'impact sur le pouvoir de juger du tribunal. Dans ce cas, ce dernier refusera de statuer sur la demande mais il suffira à l'investisseur d'y remédier. Ainsi l'irrespect de ces clauses affecte uniquement la demande et non la compétence du tribunal arbitral, cela relève donc de l'exception d'irrecevabilité.

Pour conclure, malgré la difficulté de distinction qui existe entre l'exception d'incompétence et l'exception d'irrecevabilité, la qualité et l'intérêt à agir se rattachent plus généralement à l'exception d'incompétence et à son régime juridique tandis que les clauses de règlement préalable du différend sont davantage régies par l'exception d'irrecevabilité. Il est à présent nécessaire de différencier la compétence du tribunal arbitral et l'application du traité instituant le recours à une procédure arbitrale.

B – La compétence du tribunal arbitral et l'applicabilité du traité de protection des investissements

Les traités de protection des investissements peuvent prévoir le recours à l'arbitrage pour tout investisseur ressortissant d'un État contractant afin qu'il puisse faire valoir ses droits quant à la protection de son investissement effectué sur le territoire d'un autre État contractant. C'est le traité qui permet la saisine des arbitres et qui prévoit les conditions dans lesquelles cette saisine est possible. Il faut donc que le traité soit applicable pour qu'un tel recours soit possible. La compétence d'un tribunal arbitral est alors conditionnée par l'application du traité instituant le recours. Pour autant, l'applicabilité du traité ne suffit pas à établir la compétence des arbitres.

Tout d'abord, le tribunal arbitral est le seul à même de déterminer sa compétence. Ce principe est communément nommé « compétence-compétence »⁴⁰ et gouverne la procédure en matière d'arbitrage commercial international. Ensuite, les conditions vérifiées par le tribunal arbitral sont principalement issues du traité car c'est l'étendue du consentement des parties qui détermine la compétence des arbitres. Mais l'interprétation de ces conditions peut différer d'un tribunal à un autre pour un même traité. Dans le cadre du CIRDI, les arbitres doivent fonder leur compétence ainsi que celle du centre, ils vont donc prendre en compte les conditions issues du traité mais également de la Convention de Washington.

L'inapplicabilité du traité de protection des investissements emportera indirectement l'incompétence des tribunaux arbitraux. Mais il existe des conditions d'applicabilité et des conditions propres à la compétence qui doivent être exposées pour comprendre les marges de

international à un préalable procédural devant les juridictions internes (...).

³⁸ D. Carreau, « Investissements », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2013, § 387 : « (...) En cas d'impossibilité de résoudre à l'amiable un conflit avec le pays hôte, l'investisseur étranger se voit reconnaître le droit de recourir à l'arbitrage international sans que l'État puisse s'y dérober ».

³⁹ Y. Banifatemi, E. Jacomy, « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements », *op. cit.*, note 26, p. 782 : « (...) Le fait qu'elle ait été ou non incorporée dans le texte instituant l'organe ou le texte sur le fondement duquel la demande est introduite n'a que peu d'incidence pour cette qualification ».

⁴⁰ O. Pomies, *Dictionnaire de l'arbitrage*, PUR, Didact Droit, 2011 : « Règle classique de procédure arbitrale selon laquelle l'arbitre a compétence pour statuer sur sa propre compétence ».

manœuvre de l'investisseur dans la structuration de son investissement.

§ II – Les conditions d'application du traité et de compétence du tribunal arbitral

La fraude et l'abus de procédure, tout comme le *forum shopping*, révèlent la volonté de l'investisseur de se voir accorder les privilèges de l'applicabilité d'un traité de protection des investissements et notamment le plus important d'entre eux : l'arbitrage. Conformément au principe compétence-compétence, il revient aux arbitres de vérifier les conditions de leur propre compétence et, indirectement, les conditions d'application du traité.

L'exposé des conditions d'accès au tribunal arbitral à travers la compétence *ratione voluntatis* (A), ainsi que la compétence et l'applicabilité *ratione temporis* (B), *ratione materiae* (C) et *ratione personae* (D), permettra de comprendre dans quelle mesure l'investisseur peut user d'une certaine habileté procédurale.

A – La compétence *ratione voluntatis*

L'arbitrage est un mode de justice dit « conventionnel », c'est-à-dire qu'il ne peut exister sans le consentement des parties⁴¹. La compétence *ratione voluntatis* pose plus précisément le problème du consentement de l'État à l'arbitrage.

Une clause prévoyant le recours à l'arbitrage, pour un investisseur alléguant des violations commises par l'État hôte, peut être insérée dans les traités d'investissement. L'investisseur fait une demande d'arbitrage sur la base de cette clause et son consentement est alors induit dans cette demande.

Depuis l'affaire *AAPL c/ Sri Lanka*⁴², le mécanisme du consentement dissocié a été mis en lumière. Pour rappel, la clause prévoyant le recours arbitral constitue une offre permanente d'arbitrage faite par les États contractants⁴³. Le tribunal arbitral vérifiera donc si cette offre est présente dans le traité. Ainsi une réunion des consentements a lieu mais ceux-ci ne sont pas simultanés car l'État consent à la signature du traité et l'investisseur consent à la demande d'arbitrage.

L'étendue du consentement de l'État couvre, en réalité, l'ensemble de la compétence des arbitres car il ne consent à un arbitrage que de la part d'une personne ressortissant de l'autre État contractant ayant réalisé un investissement sur son territoire.

B – L'applicabilité et la compétence *ratione temporis*

Les traités de protection des investissements prévoient, d'une part, des obligations à la charge des États afin de garantir la protection des investissements et, d'autre part, le recours à l'arbitrage pour un investisseur en cas de non-respect de ces obligations. Ainsi deux aspects temporels différents sont à prendre en compte, l'application dans le temps des obligations au fond

⁴¹ J. M. Jacquet, préface de l'ouvrage de O. Diallo, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, PUF, 2010 : l'auteur qualifie le consentement de « fondement universel et quasi incontesté de l'arbitrage ».

⁴² *Asian Agricultural Products limited c/ République Socialiste du Sri Lanka*, op. cit., note 17.

⁴³ P. Mayer, A.C. Simões e Silva, « Le consentement à l'arbitrage », in *Droit International des investissements et de l'arbitrage transnational*, sous la dir. de C. Leben, Pedone, p. 700 : « (...) La jurisprudence arbitrale considère de façon quasiment unanime que la clause juridictionnelle constitue une offre de compétence arbitrale faite par chaque État partie au traité (...) ».

et l'application dans le temps du recours à l'arbitrage⁴⁴.

L'applicabilité *ratione temporis* concerne la prise en compte de la date d'entrée en vigueur du traité d'investissement. La plupart du temps, la date de réalisation de l'investissement n'a pas d'importance, c'est-à-dire que le traité assure la protection de l'ensemble des investissements concernés même s'ils ont été réalisés avant sa signature. Les traités peuvent comporter des clauses d'exclusion. Les clauses d'exclusion simple prévoient que les différends survenant avant l'entrée en vigueur du traité n'entrent pas dans son champ d'application. Les clauses d'exclusion double excluent non seulement les différends antérieurs à l'entrée en vigueur du traité mais aussi les différends postérieurs basés sur des faits antérieurs⁴⁵. L'applicabilité *ratione temporis* est le fruit d'un rapport entre la date de l'entrée en vigueur du traité et la date de naissance du différend ou des faits sur lesquels il prend sa source. La compétence du tribunal est remise en cause lorsque le traité est inapplicable *ratione temporis*. Le recours à l'arbitrage concerne les différends naissant à propos de l'application du traité ou de certaines de ses clauses. Ainsi, si le traité n'est pas applicable, la compétence du tribunal ne saurait être admise⁴⁶.

La compétence *ratione temporis*, elle, se distingue de l'applicabilité car elle prend en compte un rapport entre deux facteurs différents : la réalisation de l'investissement et la naissance du différend. Les arbitres ne reconnaîtront leur compétence que si le différend est né après la réalisation de l'investissement⁴⁷.

Pour conclure, pour que l'applicabilité et la compétence *ratione temporis* soient recueillies, il est nécessaire que le différend survienne après l'entrée en vigueur du traité et après la réalisation de l'investissement. La prise en compte de la réalisation d'un investissement est donc fondamentale, mais se pose alors la question de la notion même d'investissement.

C – L'applicabilité et la compétence *ratione materiae*

« Le premier acteur du droit de l'investissement est nécessairement celui qui porte ce nom »⁴⁸.

La question de la définition de l'investissement est celle qui pose le plus de difficulté. Aucune définition exacte n'existe, chaque traité définit cette notion avec plus ou moins de précision. L'absence de définition semble tout à fait logique considérant l'évolution de la vie économique et des moyens de réalisation des investissements⁴⁹. De plus, laisser aux États contractants la possibilité de définir la notion paraît légitime car c'est à eux de délimiter l'étendue de leur consentement à l'arbitrage.

Le pouvoir de qualification revient, en réalité, aux tribunaux arbitraux qui vont devoir interpréter les définitions, souvent imprécises, insérées dans les traités. Lorsque les parties à l'instance arbitrale ont conclu un contrat contenant la clause d'arbitrage, les arbitres recherchent

⁴⁴ M. Menard, « Application *ratione temporis* de la protection des investissements et des investisseurs », in *Droit International des investissements et de l'arbitrage transnational*, sous la dir. de C. Leben, Pedone, p. 201 : « Ainsi, l'application de la protection dans le temps est définie à la fois par l'application dans le temps des obligations de fond de l'État, et par l'application dans le temps de la protection procédurale ».

⁴⁵ J. Matringe, « La compétence et l'applicabilité du traité dans le temps », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, sous la dir. de C. Leben, Anthémis, LGDJ, 2010.

⁴⁶ Ibidem. Selon l'auteur, cela serait une erreur de faire de l'incompétence des arbitres une conséquence directe de l'inapplicabilité dans le temps du traité. Cela reviendrait à associer les clauses d'exclusion à des clauses d'engagement juridictionnel des États. L'incompétence du tribunal arbitral n'est qu'indirecte et le raisonnement ne se fait qu'*a fortiori*.

⁴⁷ M. Laazouzi, Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, *Rev. de l'arbitrage*, 2015-2.

⁴⁸ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 155.

⁴⁹ Ibidem.

une définition subjective de l'investissement, c'est-à-dire un accord entre les parties pour qualifier d'investissement l'opération effectuée. Mais dans le cadre d'un traité, les parties à l'arbitrage n'émettent aucun accord sur cette qualification et il revient au tribunal arbitral d'identifier l'investissement.

Plusieurs formes de définition sont utilisées par les États contractants (1) mais l'interprétation de la notion par la jurisprudence arbitrale est fondamentale (2).

1 – L'identification de l'investissement dans les traités

L'objectif est ici d'exposer les différentes tendances en matière de définition de l'investissement. La plupart des traités définissent l'investissement comme « tout type de possession »⁵⁰, le principe est donc celui d'une définition ouverte⁵¹.

Ensuite, les traités dressent généralement une liste, limitative ou non, de ce qui est entendu comme étant une possession. Plusieurs catégories de possessions peuvent être mises en évidence, notamment les biens meubles et immeubles, les droits, les actions, les obligations, les créances ou encore les concessions accordées par la loi ou par contrat⁵². Il est souvent précisé que ces catégories de possessions doivent avoir une valeur économique. Pour autant, ces définitions restent relativement imprécises et ne permettent pas, à elles seules, de qualifier une opération complexe d'investissement.

La Convention de Washington n'apporte pas davantage de précision sur cette notion. Elle indique seulement que : « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement (...) »⁵³. Elle laisse volontairement toute liberté aux parties pour définir l'investissement⁵⁴, il est donc nécessaire de se référer au traité. La pratique des tribunaux arbitraux a permis d'identifier des critères permettant de qualifier l'investissement.

2 – La pratique des tribunaux arbitraux dans la qualification de l'investissement

Il est complexe de parler d'une jurisprudence arbitrale en matière d'investissement⁵⁵, chaque tribunal statuant en fonction de l'espèce. Les traités sont tous différents, malgré l'apparition de certaines tendances, et les arbitres se doivent de prendre en compte les définitions insérées dans les traités.

Dans le cadre du CIRDI, des critères ont tout de même pu être dégagés par certains

⁵⁰ Les traités bilatéraux d'investissement conclus par la France contiennent, pour la plupart, la formulation : « Le terme "investissement" désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement, mais non exclusivement : (...) » (art. 1^{er} de l'Accord entre le gouvernement de la République Française et le gouvernement de la République de Cuba sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements).

⁵¹ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 158.

⁵² Ibidem.

⁵³ Art. 25 de la Convention de Washington pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965.

⁵⁴ *Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, Banque internationale pour la reconstruction et le développement, 18 mars 1965 : « il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme « investissement », compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les États contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au centre (...) ».

⁵⁵ C. Larroumet., « À propos de la jurisprudence arbitrale », op. cit., note 18.

tribunaux, sur la base de l'article 25 de la Convention de Washington. Les plus célèbres sont les critères *Salini* de l'affaire *Salini c/ Maroc*⁵⁶. Les arbitres précisent que : « The doctrine generally considers that investment infers: contributions, certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction [citations omitted]. In reading the Convention's Preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition ».

Il est alors possible de distinguer quatre critères pour que l'opération économique soit qualifiée d'investissement : un apport financier, une durée, un risque, et la participation au développement économique du pays.

Il a été observé plus tôt que, dans le cadre d'une compétence fondée sur un traité, la définition subjective de l'investissement ne pouvait être retenue. Mais il est possible de considérer que la définition donnée dans un traité est une définition subjective car elle prend en compte la volonté des États contractants. Ainsi, les critères dégagés par la jurisprudence représentent une base objective de définition⁵⁷.

Un « double test » est pratiqué dans le cadre d'un arbitrage CIRDI. L'article 25 de la Convention de Washington ne définissant pas l'investissement, ce dernier renvoie, en réalité, à prendre en compte la volonté des États en tant que définition subjective. Les critères *Salini*, eux, ont donné une base objective à la définition de l'investissement au sens de l'article 25 de la Convention de Washington. Les tribunaux arbitraux pourront alors identifier la notion à travers le traité d'une part, et à travers les critères *Salini*, associés à l'article 25, d'autre part. Ces critères sont largement considérés par les tribunaux arbitraux, de manière obligatoire comme purement indicative⁵⁸ et même en dehors du cadre du CIRDI⁵⁹.

La réalisation d'un investissement est une condition nécessaire pour fonder la compétence des arbitres et l'applicabilité du traité. L'ambiguïté qui règne autour de sa définition représente un enjeu important tant pour l'investisseur que pour l'État. La remise en cause de la compétence *ratione materiae* est courante de la part des États car la qualification d'investissement à l'opération économique effectuée par le demandeur lui donne accès à une protection très importante. Il sera alors essentiel pour l'investisseur de tenir compte des critères et de l'état de la jurisprudence arbitrale en la matière. Mais les critères les plus souvent manipulés par ce dernier restent ceux concernant sa nationalité.

D – L'applicabilité et la compétence *ratione personae*

L'identification de l'investisseur est une condition du consentement de l'État à l'arbitrage et par là-même de la compétence du tribunal arbitral. Il est alors indispensable de déterminer l'investisseur en tant que personne, c'est-à-dire le « maître de l'ouvrage de l'opération d'investissement »⁶⁰, pour ensuite établir sa nationalité.

Il est aujourd'hui admis que les personnes physiques comme morales peuvent être des investisseurs. Il est relativement rare que des demandes émanent d'investisseurs personnes physiques mais leur cas doit tout de même être envisagé. Concernant les personnes morales, leur statut diffère d'un État à l'autre, c'est pourquoi la détermination de leur personnalité juridique est

⁵⁶ *Salini Costruttori SpA c. Maroc*, CIRDI ARB/00/4, sentence du 23 juill. 2001.

⁵⁷ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 170.

⁵⁸ *Malicorp limited c/ Égypte*, CIRDI ARB/08/18, sentence rendue le 7 févr. 2011.

⁵⁹ *Romak SA c/ la République d'Ouzbékistan*, CNUDCI, CPA n° AA280, sentence du 26 nov. 2009.

⁶⁰ D.E. Onguene Onana, *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements. Les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI*, Bruylant, 2012, p. 316.

effectuée par renvoi au droit national⁶¹.

Les traités fixent les conditions à propos de la nationalité de l'investisseur (1). Mais la Convention de Washington pose également des conditions concernant l'extranéité de l'investisseur. Un tribunal arbitral, hors du CIRDI, s'arrêterait à l'examen du traité mais les arbitres, dans le cadre du centre, se doivent de vérifier cette condition au regard des deux textes. C'est la théorie du « contrôle séparé »⁶² (2).

1 – L'identification de l'investisseur dans les traités de protection des investissements

Les traités désignent communément l'investisseur comme un « ressortissant » d'un État contractant. Concernant les personnes physiques, le terme « ressortissant » permet de désigner à la fois le national et le résident permanent. Les traités peuvent évidemment poser des limites à cette interprétation généralement admise en droit international⁶³. L'établissement de la nationalité s'effectue le plus souvent par renvoi au droit national de l'État concerné. Au seul regard du traité, la double nationalité est principalement réglée par la recherche de l'effectivité⁶⁴. Concernant les personnes morales, les critères de détermination de la nationalité les plus courants sont l'incorporation, le contrôle, et le siège. Une société peut être nationale d'un État si elle a été constituée selon la loi de cet État, ou si elle est contrôlée par des nationaux de cet État, ou encore si son siège social se situe sur son territoire. Ces critères peuvent être alternatifs ou cumulatifs.

Une hypothèse courante est presque toujours envisagée par les traités, c'est celle de la société nationale de l'État hôte contrôlée par des ressortissants de l'autre État contractant. Il est indispensable pour les investisseurs de pouvoir créer une société à l'étranger afin d'effectuer leur investissement sans pour autant être considérés comme des investisseurs nationaux. La prise en compte d'une telle situation est nécessaire au vu de la vie économique actuelle. À cet égard, les clauses des traités sont plus ou moins précises et admettent des critères de contrôle plus ou moins restrictifs⁶⁵. Il en est autrement dans le cadre de la Convention de Washington qui pose des conditions souvent plus restrictives que les traités.

2 – L'extranéité de l'investisseur dans le cadre du CIRDI

L'article 25 (1) de la Convention de Washington précise que : « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (...) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement (...) ».

Il est alors nécessaire que l'investisseur soit un ressortissant d'un des États contractants au traité mais qu'il ne soit pas ressortissant de l'État contractant qu'il attire devant un tribunal arbitral.

⁶¹ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 182 : la seule constatation de leur personnalité juridique ne suffit pas, certaines personnes morales ne peuvent pas être investisseurs car elles ne sont pas susceptibles d'effectuer des opérations économiques. Cette hypothèse est rare mais elle est envisagée ici par l'auteur.

⁶² D.E. Onguene Onana., op. cit., note 60, p. 313 : l'auteur utilise cette expression qui se rapproche de celle du « double test » pour l'identification de l'investissement.

⁶³ Accord de libre-échange nord-américain, art. 201 : « Ressortissant désigne une personne physique qui est un citoyen ou un résident permanent d'une Partie, ainsi que toute autre personne physique visée à l'annexe 201.1 ».

⁶⁴ Afin de déterminer la nationalité qui prévaut les arbitres vont rechercher la nationalité effective et dominante, il est possible de citer à cet égard l'affaire *S.G. Armas et K.G. Gruber c/ Venezuela*, CPA n° 2013, décision du 14 déc. 2014.

⁶⁵ TBI Égypte – Émirats Arabes Unis du 11 mai 1997, art. 10 (4) : « In case of the existence of a juridical person that has been registered or established in accordance with the law in force in a region [territory] ["iqlim" in Arabic, meaning a province or like territory] following a Contracting State "tabai" in Arabic, meaning linked to or subject to a Contracting State], and an investor from the other Contracting State owns the majority of the shares of that juridical person before the dispute arises, then such a juridical person shall, for the purposes of the Convention, be treated as an investor of the other Contracting State, in accordance with Article 25(2)(B) of the Convention ».

Il y a donc une condition positive et une condition négative. L'addition de ces deux conditions peut poser problème dans le cas d'une personne physique ayant une double nationalité. La recherche de la nationalité effective est bannie dans le cadre du CIRDI⁶⁶, il semble absolument inconcevable que l'investisseur soit également ressortissant de l'État hôte.

L'article 25 (2) (b) de la Convention de Washington énonce que : « Ressortissant d'un autre État contractant signifie : (...) toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

La Convention prévoit également l'hypothèse de l'investisseur créant une personne morale dans l'État dans lequel il investit. La jurisprudence arbitrale a reconnu que deux conditions semblaient émaner de cet article. La première est une condition subjective car elle se rapporte à l'accord des parties sur l'extranéité de l'investisseur. La seconde est une condition objective qui prévoit l'existence d'un contrôle étranger.

Concernant la condition subjective, il faut avant tout prendre en compte le contexte économique dans lequel la Convention de Washington est née. La plupart des clauses prévoyant le recours au CIRDI étaient stipulées dans des contrats d'État. Ainsi ce contrat pouvait également contenir un accord des parties sur l'existence d'un investissement ou sur l'extranéité de l'investisseur. Mais cette condition subjective est-elle vérifiable dans le cadre d'un traité ? La jurisprudence arbitrale considère que les clauses établissant la nationalité de l'investisseur doivent être considérées comme un accord des États contractants et répondent donc à cette première condition.

Pour illustrer cela, le tribunal arbitral dans l'affaire *National Gas*⁶⁷ a estimé que l'article 10 (4) du Traité conclu entre l'Égypte et les Émirats arabes unis permettait d'estimer que les États contractants s'étaient accordés pour considérer l'investisseur comme Émirien. En l'espèce, le demandeur était une société égyptienne détenue à 10 % par des Égyptiens et à 90 % par des ressortissants des Émirats arabes unis eux-mêmes contrôlés par des Égyptiens. Le traité prévoyait seulement qu'un investisseur pouvait être une personne morale constituée sur le territoire de l'État d'accueil dont la majorité du capital était détenue par un ressortissant de l'autre État contractant. Il ressort de cette clause que les États contractants s'étaient bien accordés pour traiter cette société comme étrangère. Mais il restait à vérifier la condition objective.

La condition objective est celle du contrôle étranger, c'est-à-dire d'un ressortissant de l'autre État contractant. Cette condition pose le problème de la chaîne de contrôle. Faut-il prendre uniquement en compte le premier degré de contrôle ou remonter entièrement la chaîne ? La jurisprudence arbitrale est divisée sur ce point. Dans l'affaire *Tokios Tokelès*⁶⁸, les arbitres se sont limités au premier degré de contrôle et ont établi l'extranéité de l'investisseur. Tandis que dans les affaires *National Gas* et *Perenco*⁶⁹ les arbitres ont remonté la chaîne de contrôle pour admettre ou non l'extranéité de l'investisseur. Il faut remarquer que remonter la chaîne de contrôle permet de donner un réel sens à la condition objective qui est celui de limiter la compétence du Centre au réel investisseur étranger.

⁶⁶ *Burimi SRL et Eagle Games SH.A c/ Albanie* (CIRDI ARB/11/18), sentence du 29 mai 2013, §§ 117 à 121.

⁶⁷ *National Gas SAE c/ Arab Republic of Egypt* (CIRDI ARB/11/7), sentence du 3 avr. 2014.

⁶⁸ *Tokios Tokelès c/ Ukraine* (CIRDI ARB/02/18), sentence du 29 avril 2004.

⁶⁹ *Perenco Ecuador Limited c/ Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (ARB/08/6), sentence du 30 juin 2011.

Les conditions subjectives et objectives sont généralement considérées comme cumulatives⁷⁰. La condition subjective peut générer une présomption réfragable d'extranéité qui peut être réfutée par la preuve de l'absence de contrôle étranger⁷¹.

Ainsi la compétence *ratione personae*, comme la compétence *ratione materiae*, s'analyse au regard du traité. Mais, dans le cadre du CIRDI, les arbitres doivent également fonder la compétence du Centre et prennent alors en compte les conditions posées par l'article 25 de la Convention de Washington. Mais la décision des arbitres sera aussi influencée par l'argumentation des parties, il reviendra au tribunal arbitral de déterminer son office et sa capacité à relever un moyen relatif à son incompétence.

§ III – L'office du tribunal arbitral

Les traités de protection des investissements et la jurisprudence arbitrale consacrent des solutions qui peuvent être détournées de leur utilité sociale par les investisseurs. Le comportement de ces derniers est difficile à qualifier, est-ce une fraude, un abus de procédure ou encore un *forum shopping* ? L'incompétence du tribunal arbitral doit-elle être soulevée *ratione personae* ou *ratione temporis* ?

Les conceptions des tribunaux sont différentes à cet égard. Les critères de distinction le plus pertinents à notre avis seront exposés, mais un certain « tâtonnement »⁷² des arbitres préexiste. Face à cela, l'argumentation des États défendeurs destinée à prouver l'incompétence du tribunal arbitral peut être hésitante, voire inefficace. En ce sens, il est possible de citer la sentence *Lao Holding*⁷³. Dans cette affaire, le contexte incitait les arbitres à statuer en faveur de leur incompétence mais les arguments de l'État ne le permettaient pas. Le tribunal arbitral doit-il prendre en compte d'autres prétentions que celles des parties à l'arbitrage ? Peut-il soulever des moyens d'office ?

Un droit fondamental de la procédure civile française consacre une autonomie du juge quant à la recherche et à la détermination du droit applicable. C'est le principe « *Jura novit curia* ». Ce dernier ne peut être transposé tel quel en matière d'arbitrage international dans la mesure où l'arbitre est nommé, rémunéré et missionné par les parties. L'office du tribunal arbitral sera déterminé en fonction la perception des arbitres, suivant qu'ils se considèrent comme un instrument des parties pour résoudre leurs différends (A) ou comme un organe d'un ordre juridique spécifique (B)⁷⁴.

A – Le tribunal arbitral en tant qu'instrument des parties pour résoudre leurs différends

L'arbitrage est un mode conventionnel de règlement des litiges, les parties ont volontairement recours à un arbitre afin que ce dernier résolve leur litige. L'arbitre peut alors être assimilé à « un prestataire de services qui doit respecter et faire respecter le contradictoire et assurer que, sans surprise, sa décision sera comprise »⁷⁵.

Il semble alors indispensable que l'arbitre tienne compte de la volonté des parties qui est

⁷⁰ *Autopista Concesionada de Venezuela CA c/ la République bolivarienne du Venezuela* (ARB/00/5), sentence du 23 sept. 2003 et *Vacuum Salt c/ Ghana* (CIRDI ARB/92/1), sentence du 16 févr. 1994.

⁷¹ I. Fadlallah, La nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage CIRDI, *Gaz. Pal.*, 2 juill. 2008 n° 184, § 21.

⁷² B. Remy, Chronique des sentences arbitrales, *JDI (Clunet)* n° 1, janv. 2015, chr. 2, p. 7 : « Ce tâtonnement est la marque d'un droit qui se construit (...) ».

⁷³ *Lao Holdings NV c/ la République démocratique populaire du Laos*, CIRDI/ARB(AF)/12/6, décision du 21 févr. 2014.

⁷⁴ B. Remy, Chronique des sentences arbitrales, préc., note 72 : cette question est soulevée par l'auteur à propos de l'attitude des juges dans la sentence *Lao Holding*.

⁷⁵ D. Bensaude, Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international, *Gaz. Pal.*, 20 mai 2004, n° 141, p. 27.

omniprésente dans la procédure⁷⁶. Dans le cadre particulier de l'arbitrage d'investissement, le tribunal arbitral devra considérer la volonté des parties à l'arbitrage et la volonté des parties contractantes. De plus, dans le contexte d'un arbitrage CIRDI, l'arbitre doit nécessairement prendre en considération les finalités de la Convention de Washington.

L'arbitre subit une pression quant à la justesse de sa décision et de son raisonnement, tout comme un magistrat. Mais ce dernier souhaite que cette justesse soit perçue par le plus grand nombre, c'est-à-dire les justiciables, les professionnels du droit ainsi que la communauté scientifique. L'arbitre espère que la justesse de sa décision sera, en premier lieu, reconnue par ceux qui l'ont missionné : les parties.

Pour le Professeur B. Remy, si l'arbitre ne perçoit que cet aspect de son pouvoir, s'il ne se considère que comme un instrument de résolution du litige des parties à l'arbitrage, il devra rester dans les limites de leurs prétentions⁷⁷. Pour autant, l'auteur nuance ses propos car si les arbitres considèrent la volonté des parties au traité et les objectifs de la Convention de Washington, ils ne pourraient laisser un investisseur détourner la procédure de cette manière et pourraient soulever d'office un moyen d'incompétence. En effet, l'article 41(2) du règlement CIRDI donne la liberté à l'arbitre d'examiner si le différend entre dans son propre champ de compétence et dans celui du Centre⁷⁸.

Les arbitres n'ont pas raisonné ainsi dans l'affaire *Lao Holding*. En effet, le Laos conteste la compétence du tribunal arbitral sur le fondement de la compétence *ratione temporis*⁷⁹. Cet État défendeur évoque un abus de procédure mais souhaite que le tribunal arbitral en tienne compte uniquement pour le calcul des coûts de l'arbitrage. Les arbitres ont distingué la compétence *ratione temporis* de la notion d'abus de procédure, et ont estimé qu'ils étaient compétents *ratione temporis*. Malgré l'existence d'un abus de procédure, ils n'ont pu fonder leur incompétence sur cet argumentaire.

Il est vrai que si les arbitres avaient soulevé d'office l'abus de procédure, la solution n'aurait pas respecté la volonté des parties et ne conviendrait à aucune d'elles, cela mettrait alors en cause la crédibilité du système⁸⁰. Mais cette crédibilité est d'autant plus contestée si les arbitres laissent impunément les investisseurs abuser du système. Dans l'affaire *Phoenix*⁸¹, le tribunal arbitral avait, au contraire, relevé que l'investisseur s'était livré à un comportement abusif ayant pour conséquence un détournement du système institué par le traité en question et par la Convention de Washington. Les arbitres ont alors estimé qu'il était de leur devoir de relever un tel moyen tiré du caractère abusif de sa saisine⁸².

Il semble alors que l'arbitre se considérant comme un instrument des parties pour résoudre leur différend, ce qu'il est en effet, ne puisse pas, pour autant, se priver de relever des moyens

⁷⁶ O. Diallo, « Le consentement des parties à l'arbitrage international », op. cit., note 41 : l'auteur traite de l'arbitrage commercial international et, dans ce contexte, qualifie la volonté des parties de « volonté conquérante ».

⁷⁷ B. Remy, Chronique des sentences arbitrales, op. cit., note 72, p. 27.

⁷⁸ L'article 41(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI : « Le Tribunal peut, de sa propre initiative et à tout moment de l'instance, examiner si le différend ou toute demande accessoire qui lui est soumis ressortit à la compétence du Centre et à sa propre compétence ».

⁷⁹ *Lao Holdings NV c/ la République démocratique populaire du Laos*, op. cit., note 73, § 68.

⁸⁰ B. Remy., Chronique des sentences arbitrales, op. cit., note 72, p. 28 : « Cette situation pour le moins atypique et les risques pesant sur la crédibilité d'un système qui ne satisfait aucune des parties à l'arbitrage pourraient expliquer que le tribunal arbitral se soit tenu à la volonté des parties et ne se soit pas déclaré incompétent sur le fondement de "l'abus de procédure" ».

⁸¹ *Phoenix Action Ltd c/ République tchèque* (CIRDI/ARB/06/5), sentence du 15 avr. 2009.

⁸² E. Gaillard, Chronique des sentences arbitrales, *JDI (Clunet)* n° 2, avr. 2010, chr. 2, p. 23 : « (...) Le Tribunal estime que le fait d'accepter de reconnaître sa compétence dans une affaire de ce type irait à l'encontre des objectifs fondamentaux de la Convention de Washington et des traités bilatéraux de protection des investissements ».

d'office⁸³. Il devra, tout de même, respecter le contradictoire et assurer l'égalité des parties en proposant à leur étude ce moyen, sans quoi, des conséquences importantes quant aux effets de la sentence seront à craindre⁸⁴.

B – Le tribunal arbitral en tant qu'organe d'un ordre juridique spécifique

« (...) La notion d'ordre juridique arbitral n'est qu'une idée, une représentation mentale du rôle des arbitres et de la source de leur pouvoir de juger »⁸⁵.

Une théorie de l'arbitrage commercial international conçoit ce dernier comme distinctif des autres ordres juridiques et relatif à un ordre juridique spécifique, c'est-à-dire « l'ordre juridique arbitral ». À l'appui de cette théorie, le Professeur E. Gaillard évoque le fait qu'il existe un système complet de normes, effectif, possédant tous les degrés d'impérativité et capable de penser ses sources⁸⁶.

L'objectif n'est pas ici d'essayer d'appliquer une telle théorie au contexte de l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements, mais d'examiner les conséquences d'une telle conception. Selon le Professeur B. Remy, si le tribunal arbitral se considère comme un organe d'un ordre juridique spécifique, alors il se doit de faire respecter ses normes déterminantes⁸⁷. En conséquence, celui-ci devra relever d'office le moyen tiré d'une fraude ou d'un abus de procédure.

Quelle que soit la conception de l'arbitre, il semble important qu'il se place en tant que protecteur des objectifs fondamentaux de cette procédure, initiée ou non dans le cadre du CIRDI. De plus, le comportement d'une partie à l'arbitrage, consistant à détourner des normes et des solutions consacrées par les traités et les conventions, pose la question du respect des normes instaurées, déterminantes ou non d'un ordre juridique.

L'arbitre est incontestablement un instrument des parties dans la résolution de leur litige mais pas seulement, il est également acteur d'une procédure spécifique instaurée par des textes internationaux. Il serait regrettable que le tribunal arbitral soit instrumentalisé par l'une des parties au détriment de l'autre et au mépris des objectifs du traité et de la Convention de Washington.

L'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements représente le moyen le plus avantageux, pour un opérateur économique, d'obtenir réparation face aux agissements d'un État. Il est donc naturel que les investisseurs tiennent compte de l'existence des traités et des conditions de compétence des arbitres afin de structurer ou de restructurer leurs investissements. Mais la recherche du bénéfice des traités peut parfois ne plus découler d'une simple opportunité mais de manœuvres perpétrées par les investisseurs. Il appartiendra alors au tribunal arbitral de juger du détournement de sa compétence et de l'applicabilité du traité.

SECTION 2 – LA STRUCTURATION DE L'INVESTISSEMENT PAR L'INVESTISSEUR

⁸³ Cela est largement consacré par la doctrine en arbitrage commercial international et par la jurisprudence française : voir not. Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-16224, D. Bensaude, Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international, *Gaz. Pal.*, 20 mai 2004, n° 141 et A. Carlevaris, L'arbitre international entre Charybde et Scylla : le principe *jura novit curia* entre principe de la contradiction et impartialité de l'arbitre, *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} avr. 2010 n° 2.

⁸⁴ Dans le cadre du CIRDI, un recours devant le comité *ad hoc* pour non-respect du contradictoire pourrait être effectué. Et hors du CIRDI l'*exequatur* pourra être refusé, du moins en France, sur ce point précis : voir Y. Serinet, X. Boucobza, Le principe de la contradiction appliqué à l'arbitrage, *Rev. des contrats*, 1^{er} oct. 2013, n° 4, p. 1474.

⁸⁵ E. Gaillard, L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité, *Rev. de droit de McGill*, 2010, p. 893.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 894s.

⁸⁷ B. Remy, Chronique des sentences arbitrales, *op. cit.*, note 72, p. 28.

« Les opérateurs du commerce international ont récemment pris conscience du fait qu'ils pouvaient, dans un nombre de situations de plus en plus fréquentes, demander directement à l'État d'accueil réparation des dommages causés à leurs investissements internationaux »⁸⁸.

Les traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements et l'offre permanente d'arbitrage qui y est associée offrent un recours très avantageux pour les investisseurs. C'est pourquoi, leur prise en compte est incontournable avant toute opération d'investissement. Dans ce contexte particulièrement favorable, l'investisseur ne se privera pas d'user, voire d'abuser, de l'opportunité d'attirer un État devant un tribunal arbitral. Comment les opérateurs du commerce international tiennent-ils compte de l'offre permanente d'arbitrage des traités ? Quel comportement de l'investisseur peut basculer vers la fraude, l'abus de procédure ou encore le *forum shopping* ?

Avant d'opérer une quelconque qualification, il est important d'identifier le comportement de l'investisseur. L'objectif est de présenter, de manière objective, les moyens par lesquels l'investisseur structure son investissement considérant la réalité des règles de compétence des tribunaux arbitraux et d'applicabilité des traités. Il faut distinguer deux comportements différents, d'une part, la simple utilisation d'une opportunité qui est celle de l'arbitrage d'investissement (§ I), d'autre part, l'usage de manœuvres et de manipulations afin de créer une telle opportunité (§ II).

§ I – L'opportunité de l'usage des traités de protection des investissements

Les acteurs de la vie économique mondiale créent des opérations complexes et réfléchies dans le but d'obtenir des bénéfices futurs. Mais l'investissement est avant tout une opération risquée, c'est d'ailleurs ce qui le caractérise. Ce risque n'est pas ignoré des investisseurs qui, en amont de tout litige, structurent leurs opérations d'investissement afin de pouvoir, le moment venu, user de l'opportunité de se voir appliquer un traité de protection des investissements.

C'est pourquoi beaucoup d'opérations d'investissement ont lieu dans le cadre de chaînes de sociétés permettant à l'investisseur de choisir, dans cette chaîne, la nationalité la plus avantageuse et donc de revendiquer, ou non, un investissement indirect (A). Ce type de montage permet également aux associés et aux filiales de multiplier les recours contre l'État hôte de l'investissement (B).

A – L'investissement indirect

La réalité économique, dans le domaine de l'investissement international, est celui des groupes de sociétés. Afin de réaliser un investissement international, les sociétés étrangères créent fréquemment une société locale ou s'en approprient une. Mais ces sociétés étrangères sont souvent elles-mêmes détenues par d'autres sociétés.

Dans ce contexte, se pose la question du contrôle étranger tel qu'il est admis par l'article 25 (2) de la Convention de Washington ou par certains traités. La notion de contrôle étranger implique, en premier lieu, de déterminer qui exerce le contrôle sur l'investissement, donc de connaître l'investisseur⁸⁹. Puis, celui-ci étant identifié, il est alors nécessaire de vérifier sa nationalité.

Concernant la notion de contrôle, est-il indispensable de rechercher la personne exerçant un contrôle effectif sur l'investissement ou faut-il seulement prendre en compte le contrôle

⁸⁸E. Gaillard, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, *Rev. de l'arbitrage*, 2003, n° 3.

⁸⁹A. de Nanteuil, *La notion d'investisseur*, *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} oct. 2011, n° 4 : « Il semble possible d'affirmer que seul celui qui dispose d'un contrôle sur l'investissement peut prétendre à la qualité d'investisseur lui conférant un droit d'accès au tribunal arbitral ».

immédiat ? Ces interrogations sont notamment apparues dans les affaires *Perenco*⁹⁰, *Cemex*⁹¹ et *Ros Invest*⁹².

Dans la première affaire, des ressortissants français contrôlaient une société incorporée aux Bahamas, qui elle-même détenait une filiale locale qui détenait également une filiale locale dénommée *Perenco*. Cette dernière a conclu un contrat avec l'Équateur qui constitue l'investissement en question. Le traité bilatéral conclu entre la France et l'Équateur⁹³ a été invoqué. L'Équateur conteste l'invoquant d'un tel texte étant donné que, pour cet État, les ressortissants français ne peuvent être considérés comme des investisseurs. La société *Perenco*, elle, évoque le fait que l'investisseur est celui qui contrôle l'investissement, même indirectement.

Dans la deuxième affaire, les sociétés requérantes, ressortissantes des Pays-Bas, détenaient par le biais de sociétés tierces une partie du capital de la société *Cemex Venezuela*. Les demanderesses estiment que le Venezuela n'a pas respecté ses obligations découlant du traité d'investissement existant entre lui et les Pays-Bas⁹⁴. Ce manquement de l'État défendeur a causé un préjudice à leur opération d'investissement. De même que dans la sentence *Perenco*, l'État défendeur met en avant le fait que les sociétés néerlandaises possèdent, en réalité, seulement un contrôle indirect sur l'investissement et ne peuvent être reconnues comme des investisseurs.

Enfin, dans l'affaire *Ros Invest*, la société britannique *Ros Invest* détient les parts de la société russe *Youkos*. Elle confie la gestion de son portefeuille d'actions à une société tierce. Un litige naît suite à une décision de l'État Russe et la demanderesse invoque le traité bilatéral conclu entre le Royaume-Uni et la Russie⁹⁵. La fédération de Russie conteste alors la compétence du tribunal arbitral en mettant en cause l'absence de liens directs avec l'investissement.

L'investisseur, et de manière globale le groupe de sociétés, mettra en avant la société du groupe qui possède la nationalité requise pour invoquer le traité qui serait à son avantage. Il existe ici un phénomène d'optimisation. En effet, dans l'affaire *Perenco*, l'opération d'investissement semble à première vue localisée aux Bahamas car la société locale est elle-même détenue par une société locale elle-même contrôlée par une autre société locale. Mais l'investisseur se servira du montage de sociétés pour faire valoir une nationalité plus avantageuse : la nationalité française. Les arbitres vont alors lever le voile social, estimant qu'un contrôle indirect peut être admis comme étant un contrôle étranger.

Les tribunaux arbitraux admettent assez largement l'investissement indirect⁹⁶. En effet, dans les trois affaires, les arbitres ont remarqué que les traités sur lesquels se basaient les demandes admettaient l'investissement indirect. Dans la sentence *Ros Invest*, les arbitres ont estimé que ne pas reconnaître le contrôle indirect sur l'investissement reviendrait à ajouter un critère

⁹⁰ *Perenco Ecuador Ltd c/ Équateur*, op. cit., note 69.

⁹¹ *CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investments BV c/ la république bolivarienne du Venezuela* (CIRDI ARB/08/15), sentence du 30 déc. 2010.

⁹² *Ros Invest Co UK Ltd c/ Russie* (V079/2005), sentence du 12 sept. 2010.

⁹³ Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de l'Équateur sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Paris le 7 sept. 1994 (source : site internet des Nations-Unies).

⁹⁴ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela, cet accord est entré en vigueur le 1^{er} nov. 1993 et a pris fin le 1^{er} nov. 2008 (source : site internet des Nations-Unies).

⁹⁵ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, signé à Londres le 6 avr. 1989 (source : site internet des Nations-Unies).

⁹⁶ A. de Nanteuil., La notion d'investisseur, op. cit., note 89 : « En définitive, le caractère indirect du lien qui unit le requérant à l'opération d'investissement n'est pas un obstacle à la reconnaissance de la qualité d'investisseur à son profit, et à l'admission du droit d'action qui l'accompagne ».

supplémentaire non contenu dans le traité. Ainsi l'investisseur indirect a pu être reconnu et sa nationalité lui a permis de fonder la compétence *ratione personae*. C'est parfois davantage sur la nationalité et moins sur le contrôle que l'investisseur optimise la protection de son investissement.

Les interrogations quant à la détermination de la nationalité de l'investisseur ont d'ores et déjà été abordées mais il convient de s'intéresser au comportement de l'investisseur qui recherche la compétence du tribunal arbitral en invoquant ou non la levée du voile social.

Dans l'affaire *Burimi*⁹⁷, deux requêtes ont été formulées à l'encontre de l'Albanie sur la base du traité bilatéral conclu entre cet État et l'Italie⁹⁸. La première est effectuée par la société lituanienne *Eagles Games*, contrôlée par la société italienne *Burimi*, elle-même contrôlée par un ressortissant italo-lituanien. La deuxième requête émane directement de la société *Burimi*. Les deux requérantes allèguent leur extranéité, *Burimi* étant italienne, et *Eagles Games* sous contrôle étranger conformément à l'article 25 (2) de la Convention de Washington. L'État lituanien souhaite que le tribunal arbitral remonte la chaîne de contrôle jusqu'au dirigeant de *Burimi* qui a la nationalité lituanienne afin de contester l'extranéité des requérants.

Dans une deuxième affaire déjà évoquée, *National gas*, l'investisseur met également en avant le contrôle de la société locale égyptienne par une société incorporée aux Émirats arabes unis, faisant l'impasse sur le contrôle de cette dernière par des ressortissants égyptiens.

Enfin, dans les sentences *Alpha*⁹⁹ et *Tokios Tokelès*¹⁰⁰, une société autrichienne, dans le premier cas, et lituanienne, dans le second, se prévalent d'un traité bilatéral signé entre l'Ukraine et les États dont ils sont ressortissants¹⁰¹. Mais celles-ci sont contrôlées majoritairement par des Ukrainiens. L'investisseur se prévaut de la nationalité autrichienne ou lituanienne mais l'Ukraine plaide en faveur de la prise en compte du contrôle ukrainien.

En fonction du cas d'espèce et de la conception des arbitres, le voile social est levé ou non. Mais il faut encore une fois remarquer que l'investisseur se prévaut de la nationalité qui lui permettra d'invoquer le traité le plus avantageux pour lui. Il fait usage des opportunités que lui apporte le groupe de sociétés dont il fait partie ainsi que les traités et la jurisprudence arbitrale. Ces opportunités peuvent également demeurer dans la possibilité de multiplier les recours.

B – La multiplication des recours

« Le droit à l'arbitrage se démocratise et se banalise. Le consentement spécifique destiné à un contractant connu et identifié à l'avance cède la place à une offre publique d'arbitrage adressée à des millions de personnes. Cette collectivisation de l'arbitrage État-investisseur risque de semer le désordre »¹⁰².

Un État, contractant à un traité de protection des investissements, peut être confronté à de multiples recours au bénéfice des mêmes intérêts. Il est de plus en plus courant qu'un État se

⁹⁷ *Burimi SRL et Eagle Games SHA c/ Albanie*, op. cit., note 66.

⁹⁸ Tra il governo della Repubblica Italiana e il governo della Repubblica di Albania sulla promozione e protezione degli investimenti, signé 12 sept. 1991, entré en vigueur le 29 janv. 1996 (source : site internet des Nations-Unies).

⁹⁹ *Alpha Projektholding GmbH c/ Ukraine* (ARB/07/16), sentence du 8 nov. 2010.

¹⁰⁰ *Tokios Tokelès c/ Ukraine*, op. cit., note 68.

¹⁰¹ Le TBI Autriche-Ukraine, Abkommen zwischen der Republik Osterreich und der Ukraine über die Forderung und den Gegenseitigen Schutz von Investitionen, signé le 8 nov. 1993 et entré en vigueur le 1^{er} déc. 1997. Le TBI Lituanie-Ukraine n'a pas été publié, il a été signé le 8 févr. 1994 et est entré en vigueur le 6 mars 1995 (source : site internet des Nations-Unies).

¹⁰² W. Ben Hamida, L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions, *Annuaire fr. de droit international*, vol. 51, 2005, p. 578.

retrouve face à des procédures de différentes natures ou intentées par différents demandeurs se prévalant d'une seule et même violation des obligations internationales de l'État et dans le but de servir les mêmes intérêts. Deux difficultés apparaissent ici. Premièrement, la multiplication des recours par des demandeurs différents mais au bénéfice des mêmes intérêts. Deuxièmement, la multiplication des recours de nature différente effectuée par le même demandeur.

Il a été précédemment exposé les hypothèses dans lesquelles l'investisseur mettra en avant le contrôle étranger, direct ou non, exercé par une société du groupe qui a la nationalité la plus favorable pour lui. Mais dans ce contexte même, plusieurs requêtes peuvent être adressées à un tribunal arbitral constitué sur le fondement d'un traité de protection des investissements. Les demandeurs à ces requêtes sont en réalité liés et évoquent les mêmes faits et le même dommage car ils appartiennent à un même groupe de sociétés. Ce problème a notamment été relevé et explicité par le Professeur E. Gaillard¹⁰³.

Il remarque que cette multiplication des recours a été rendue possible par l'usage de deux règles admises par la jurisprudence arbitrale. La première est celle de la reconnaissance de l'actionnaire en tant qu'investisseur et donc de sa qualité et de son intérêt à agir¹⁰⁴. La seconde règle est celle introduite par l'article 25 (2) de la Convention de Washington et par certains traités, selon laquelle la société de droit local est considérée comme étrangère lorsqu'elle est contrôlée par des intérêts étrangers.

Pour E. Gaillard, ces règles sont parfaitement justifiées si elles sont examinées séparément. Il est, à notre avis, particulièrement important de reconnaître le préjudice subi par un actionnaire du fait de la violation par l'État hôte d'une de ses obligations internationales. De plus, il paraît essentiel d'admettre l'extranéité d'une société locale contrôlée par des étrangers car, comme cela a été démontré précédemment, cette forme d'investissement est extrêmement courante.

L'usage de ces opportunités peut tout de même aboutir à une difficulté significative. Deux exemples récents et pertinents sont exposés par E. Gaillard : l'affaire *Ampal American et EMG c/ Égypte*¹⁰⁵ et l'affaire *OIEG c/ Venezuela*¹⁰⁶. Dans ces deux affaires, deux recours sont intentés contre le même État pour des faits et des dommages identiques. Dans la première affaire, les recours proviennent d'actionnaires différents mais ayant les mêmes intérêts (les uns contrôlant les autres). Dans la seconde, une requête est effectuée par l'actionnaire et une autre par la société de droit local sous contrôle étranger.

Les investisseurs profitent alors des opportunités offertes par les traités et la jurisprudence arbitrale pour fonder la compétence du tribunal arbitral et obtenir réparation d'un même préjudice.

¹⁰³ E. Gaillard, « Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015.

¹⁰⁴ *Siemens AG c/ La République d'Argentine* (CIRDI ARB/02/8), décision du 3 oct. 2004, *CMS Gas transmission company c/ La République d'Argentine* (CIRDI ARB/01/8), décision du 17 juill. 2003, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal SA c/ La République d'Argentine* (CIRDI ARB/03/19), décision du 3 août 2006.

¹⁰⁵ *Ampal-American Israel Corporation and others c/ Égypte* (CIRDI ARB/12/11), décision du 1^{er} févr. 2016 : la société *Ampal American Israël Corporation (Ampal)* et M. Maiman détenaient chacun une partie du capital de la société MAGL, qui elle-même détenait la société *EMG* de nationalité égyptienne. À la suite du « Printemps arabe » et de l'inaction de l'État égyptien par rapport à certaines actions qualifiées de terroristes, l'investissement réalisé à travers *EMG* a été altéré. Deux requêtes ont été portées devant des tribunaux arbitraux. La première est celle de la société *Ampal* devant un tribunal CIRDI constitué sur la base du Traité conclu entre les États-Unis et l'Égypte. La seconde a été intentée par la société MAGL et M. Maiman sur le fondement du Traité conclu entre la Pologne et l'Égypte.

¹⁰⁶ *OI European Group BV c/ Venezuela* (CIRDI ARB/11/25), sentence du 10 mars 2015 : la société *OIEG* détenait deux sociétés de droit local. Ces dernières ont été nationalisées par le Venezuela. *OIEG* a alors intenté une action sur le fondement du Traité conclu entre les Pays-Bas et le Venezuela du fait d'une expropriation de son investissement. Puis, les deux sociétés locales ont également saisi un tribunal arbitral sur le même fondement du fait de leur contrôle par une société néerlandaise.

Une telle multiplication des recours peut entraîner des difficultés quant à la contradiction entre les arbitres et une éventuelle double indemnisation. Mais E. Gaillard met en lumière ce qui lui paraît être la difficulté la plus grande : celle de la multiplication des risques de l'emporter. En effet, cela place les parties dans une situation d'inégalité importante, obligeant l'État à convaincre plusieurs tribunaux arbitraux différents.

Cette situation d'inégalité peut être retrouvée lorsque l'État se retrouve face à des procédures de natures différentes effectuées par le même demandeur afin d'obtenir réparation du même dommage. C'est le cas lorsqu'un conflit intervient entre une procédure arbitrale intentée sur le fondement d'un traité et une autre sur le fondement d'un contrat ou d'une loi nationale¹⁰⁷.

Pour illustrer cela, il est possible de citer les affaires *Lauder*¹⁰⁸ et *CME*¹⁰⁹. M. Lauder contrôle la société CME qui a créé un *joint-venture* avec une société tchèque CET 21, afin de mettre en place une activité dans l'audiovisuel tchèque. Une altération des relations entre ces deux sociétés a eu lieu suite à une décision du Conseil des médias tchèque. De multiples procédures sont intentées au niveau des juridictions locales ainsi qu'un arbitrage CCI à Amsterdam. De plus, deux arbitrages sont mis en œuvre, l'un de la part de M. Lauder sur le fondement du traité entre la République tchèque et les États-Unis¹¹⁰, l'autre de la part de la société CME sur le fondement du traité entre la République tchèque et les Pays-Bas¹¹¹. Dans cette affaire, il y a une multiplication des recours de nature différente et une multiplication des recours de même nature. Le groupe social met à profit toutes les opportunités qui s'offrent à lui.

Pour conclure, cette multiplication des procédures, quelle qu'elle soit, organise des problèmes d'économie des moyens, de double indemnisation et d'inégalité entre les parties. Il convient de se demander si le but recherché par chacune des règles créant des opportunités pour l'investisseur est respecté quand ce dernier les utilise ainsi. À force d'user de la règle, il semblerait que l'investisseur vienne à en abuser. Il arrive même que celui-ci manipule les critères d'application des traités et de compétence des arbitres afin de recueillir une protection maximale.

§ II – La manipulation des critères d'application et de compétence

Certains investisseurs n'usent pas seulement d'une opportunité d'accéder à l'arbitrage qu'ils peuvent s'être préalablement créée, ils construisent artificiellement l'applicabilité d'un traité par la manipulation des différents critères. Cette ruse se manifeste principalement de deux manières : premièrement, par la création de sociétés de complaisance, manipulant le lien entre l'investisseur et l'investissement (A), et, deuxièmement, par la manipulation de la nationalité de l'investisseur (B).

A – Le lien entre l'investisseur et l'investissement

L'investissement indirect, c'est-à-dire l'éloignement entre l'investisseur et l'investissement dans le cadre d'un groupe de sociétés, peut également être créé artificiellement par l'investisseur

¹⁰⁷ W. Ben Hamida, L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions, op. cit., note 102, p. 564-602 : la chronique met en avant tous les conflits entre procédures possible dans le cadre du droit international de l'investissement.

¹⁰⁸ *Ronald S. Lauder c/ République tchèque*, CNUDCI, sentence du 3 sept. 2001.

¹⁰⁹ *CME BV c/ République tchèque*, CNUDCI, sentence du 13 sept. 2001.

¹¹⁰ Treaty with the Czech and Slovak Federal Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment, signé le 22 octobre 1991 et entré en vigueur le 19 déc. 1992 (source : site internet des Nations-Unies).

¹¹¹ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, signé le 29 avr. 1991 et entré en vigueur le 1^{er} oct. 1992 (source : site internet des Nations-Unies).

dans le but de se prévaloir d'un traité de protection des investissements. Les tribunaux arbitraux admettent assez largement l'investissement indirect et un montage de sociétés est facilement réalisable pour un bénéfice relativement important.

Dans l'affaire *Gold Reserve*¹¹², une société canadienne détient une société américaine qui a effectué un investissement au Venezuela. Les États-Unis n'ont pas conclu de traité de protection des investissements avec le Venezuela contrairement au Canada¹¹³. Le Venezuela fait valoir que la société canadienne n'avait, en réalité, aucune activité substantielle et que ce montage de sociétés avait été effectué dans le seul but de se prévaloir du Traité entre le Venezuela et le Canada. Il semble assez clair que l'investisseur a ici œuvré dans le but de protéger son investissement. Cela va lui être profitable puisque le tribunal arbitral reconnaîtra sa compétence.

Dans la décision *Pac Rim*¹¹⁴, c'est la situation inverse qui se présente. Une société canadienne a créé une société américaine afin d'investir dans l'État du Salvador. Il semble alors que la société américaine n'ait pas d'activité substantielle. Ce montage permettait à l'investisseur canadien de se prévaloir du CAFTA, le Canada ne faisant pas partie des contractants.

Enfin, dans l'affaire *Rompetrol*¹¹⁵, des ressortissants roumains avaient créé une société suisse, the Rompetrol Holding, qui était elle-même détentrice d'une société incorporée aux Pays-Bas, the Rompetrol. Un litige naît du fait d'une mesure gouvernementale roumaine et une procédure d'arbitrage est mise en œuvre par la société néerlandaise sur la base du traité bilatéral conclu entre la Roumanie et les Pays-Bas¹¹⁶. Cette société avait été créée six ans avant la naissance du litige mais n'avait aucune activité substantielle. De plus, la Roumanie met également en avant le fait que des ressortissants roumains détiennent et contrôlent, en réalité, l'investissement. L'État défendeur conteste donc le contrôle étranger ainsi que le manque d'activité de la société demanderesse. Le montage créé permettait à des ressortissants de l'État hôte de l'investissement de se prévaloir d'une procédure d'arbitrage international comme dans les affaires *Tokios Tokelès*, *Burimi*, *Alpha* et *National gas*. Mais l'investisseur utilisait également une société de complaisance pour porter sa demande.

Contrairement à ce qui a été présenté plus tôt, dans ces trois affaires, le groupe initial de sociétés ne permettait pas une protection suffisante de l'investissement. Les investisseurs ont donc œuvré pour la rechercher à travers le bénéfice des traités de protection des investissements. Le montage de sociétés permet alors, à l'investisseur personne morale, de se prévaloir d'un contrôle étranger tel que consacré par la Convention de Washington et par les traités de protection des investissements. D'autres investisseurs ont, eux, eu recours au changement de nationalité afin d'obtenir de tels bénéfices.

B – La manipulation de la nationalité de l'investisseur

Les personnes physiques et morales acquièrent leur nationalité conformément à la législation de l'État concerné. Ensuite, les traités de protection des investissements définissent le ressortissant d'un État contractant en utilisant divers critères comme la résidence ou le siège social,

¹¹² *Gold Reserve Inc. c/ la république bolivarienne du Venezuela* (CIRDI/ARB(AF)/09/), sentence du 22 sept. 2014.

¹¹³ Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Venezuela concernant la promotion et la protection des investissements, signé le 25 juin 1982 et entré en vigueur le 20 déc. 1982 (source : site internet des Nations-Unies).

¹¹⁴ *Pac Rim Cayman LLC c/ le Salvador* (CIRDI/ARB/09/12), décision du 1^{er} juin 2012.

¹¹⁵ *The Rompetrol Group NV c/ Roumanie* (CIRDI/ARB/06/3), décision du 18 avr. 2008.

¹¹⁶ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of Romania, signé le 19 avr. 1994 et entré en vigueur le 1^{er} févr. 1995 (source : site internet des Nations-Unies).

l'incorporation, le centre des intérêts. En fonction des États et des traités, il peut être plus ou moins aisé d'être reconnu comme un ressortissant d'un des États contractants. Il peut également être assez évident de changer de nationalité afin de rechercher cette qualification. De telles manœuvres ont été notamment observées dans les affaires *Alapli*¹¹⁷, *Lao holding*¹¹⁸, *Phoenix*¹¹⁹ et *Mobil Corporation*¹²⁰.

Dans la première affaire, deux ressortissants turcs ont constitué une société turque dans le but de gérer une centrale à cycle combiné en Turquie. En février 2000, l'État turc a promulgué une loi modifiant le cadre réglementaire dans lequel la société opérait. En mars, les parts de la société turque ont été transférées à deux sociétés incorporées aux Pays-Bas, créées par les ressortissants turcs en 1999. Ce changement de nationalité permettait d'internationaliser le litige afin de se prévaloir du traité conclu entre les Pays-Bas et la Turquie¹²¹.

Dans l'affaire *Lao Holding*, la société SANUM de Macao a transféré son investissement à une société créée aux Pays-Bas, suite à des négociations fiscales infructueuses avec le Laos. Cette dernière invoque alors le traité bilatéral conclu entre les Pays-Bas et le Laos dans le cadre d'un litige en rapport avec la fiscalité laotienne.

Ensuite, dans la sentence *Phoenix*, un litige interne a eu lieu à propos de deux sociétés tchèques : BP et BG. Les autorités judiciaires tchèques ont alors ordonné un certain nombre de mesures telles que le gel des comptes bancaires de ces sociétés et la saisie de documents. Suite à cela, une personne physique tchèque, impliquée dans le litige, s'est réfugiée en Israël où elle a créé une société Israélienne du nom de Phoenix qui a acquis les sociétés BP et BG. Phoenix est demanderesse dans une procédure CIRDI contre la République tchèque invoquant le traité conclu entre Israël et la République tchèque¹²².

L'affaire *Mobil Corporation* s'inscrit dans le contexte de l'augmentation des *royalties* et des taxes dans le secteur pétrolier au Venezuela. Suite à cela, un investisseur avait restructuré son entreprise pour que celle-ci soit finalement contrôlée par une holding néerlandaise. Cette restructuration permettait à cet investisseur de se prévaloir du traité conclu entre le Venezuela et les Pays-Bas¹²³.

Il faut remarquer que, dans chacune de ces affaires, le changement de nationalité a permis à l'investisseur de se prévaloir d'un traité de protection des investissements. L'investisseur prend alors en compte le traité le plus favorable conclu par l'État hôte, ainsi que les critères de nationalité exposés dans ceux-ci et admis par les États. Puis il manœuvre pour obtenir la nationalité souhaitée ou pour être contrôlé par des intérêts étrangers. Les États réagissent systématiquement en invoquant l'incompétence du tribunal arbitral. Ils argumentent en faveur de l'incompétence *ratione personae*, *ratione temporis* ou d'un abus, d'une fraude ou encore d'un *forum shopping*.

¹¹⁷ *Alapli Elektrik BV c/ la République de Turquie* (CIRDI/ARB/08/13), décision d'annulation du juill. 2014.

¹¹⁸ *Lao Holdings NV c/ la République démocratique populaire du Laos*, op. cit., note 73.

¹¹⁹ *Phoenix Action Ltd c/ la République tchèque*, op. cit., note 81.

¹²⁰ *Mobil Corporation e.a. c/ Venezuela* (CIRDI/ARB/07/27), décision sur la compétence du 10 juin 2010.

¹²¹ Agreement on Reciprocal Encouragement and Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Turkey, signé le 27 mars 1986 et entré en vigueur le 1^{er} nov. 1989 (source : site internet des Nations-Unies).

¹²² Agreement between the Government of the Czech Republic and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, signé le 23 sept. 1997 et entré en vigueur le 16 mars 1999 (source : site internet des Nations-Unies).

¹²³ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela, signé le 22 oct. 1991 et entré en vigueur le 1^{er} nov. 1993, a pris fin le 1^{er} nov. 2008 (source : site internet des Nations-Unies).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Les traités de protection des investissements établissent les règles concernant leur propre applicabilité mais prévoient également le recours à l'arbitrage et donc la recevabilité de la demande d'arbitrage et la compétence des arbitres. Cette compétence est bornée par le traité mais également par la Convention de Washington pour les arbitrages CIRDI. Le rôle de l'arbitre lors de la détermination de sa compétence est, avant tout, de respecter l'étendue du consentement de l'État partie. Mais certains auteurs relèvent, à juste titre, qu'il incombe aujourd'hui aux arbitres de vérifier si ces conditions n'ont pas été détournées par les investisseurs¹²⁴.

Dans l'ensemble des développements précédents, deux comportements ont été opposés : l'usage d'une opportunité et la réalisation de manœuvres par l'investisseur. Une remarque peut être faite concernant la frontière entre ces deux comportements. Il est parfois difficile de savoir si l'investisseur profite de l'existence du groupe de sociétés ou s'il a créé ce groupe dans ce but. La création de la situation protectrice peut être une opportunité. L'investisseur peut créer ses propres opportunités par le biais de manœuvres. Pourtant, les manœuvres deviennent des opportunités en fonction de la chronologie des événements, c'est notamment ce qui distingue l'investissement indirect et la multiplication des procédures du changement de nationalité. Les manœuvres restent des manœuvres à partir du moment où elles ne s'insèrent pas dans l'opération d'investissement et dans la vie économique du groupe mais demeurent, au fil du temps, une manipulation dans le but d'obtenir le bénéfice d'un traité, comme dans le cas des sociétés de complaisance. Ainsi, la dichotomie envisagée a permis d'identifier quatre manifestations de l'habileté procédurale de l'investisseur qui seront qualifiées d'abus de procédure, de fraude ou de *forum shopping*.

¹²⁴ E. Teynier, Investissements internationaux et arbitrage, *Cahiers de l'arbitrage*, 2^e partie, numéro spécial, *Gaz. Pal.* 7-8 nov. 2003, p. 6 et C. Crepet d'Aigremont, « L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI », *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Kahn P., Wälde T.W., Académie de droit international de La Haye, Brill Nijhoff, 2007.

CHAPITRE 2 – L'APPRÉCIATION DE L'HABILITÉ PROCÉDURALE DE L'INVESTISSEUR : ENTRE ABUS DE PROCÉDURE, FRAUDE ET *FORUM SHOPPING*

L'habileté désigne l'adresse d'une personne, mais aussi la ruse dont elle peut faire preuve. L'habileté procédurale peut alors avoir un caractère légitime comme illégitime. C'est toute la difficulté à laquelle sont confrontés les arbitres lorsqu'ils apprécient le comportement de l'investisseur. Ce comportement ne se heurte jamais aux interdits des traités et des textes applicables mais cela ne le rend pas pour autant acceptable. La fraude, l'abus de procédure et le *forum shopping* sont des termes qui peuvent qualifier cette adresse ou cette ruse dans la recherche de l'applicabilité d'un traité et de la compétence d'un tribunal arbitral. Mais les trois notions recouvrent des réalités différentes et ne sont pas pertinentes en toutes circonstances.

La fraude et l'abus de procédure sont des procédés juridiques sanctionnant la ruse mais correspondant à des situations différentes (Section 1). Le *forum shopping*, au contraire, n'emporte aucun régime juridique mais désigne une pluralité de comportements allant de l'adresse à la ruse de l'investisseur (Section 2).

SECTION 1 – LA DISTINCTION ENTRE L'ABUS DE PROCÉDURE ET LA FRAUDE

« Il s'agit là de deux procédés de la technique juridique entre lesquels il serait vain de rechercher des différences profondes. Ce sont deux moyens de parvenir à une même fin »¹²⁵.

B. Audit souligne ici l'objectif commun de la fraude et de l'abus de droit, celui de pallier aux failles d'un système de règles et de garantir le respect de ses finalités (§ I). Pour autant, les deux termes ne régissent pas la même situation. Lorsqu'une personne abuse d'un droit, elle détient le pouvoir d'utiliser ce droit. Alors que la fraude sanctionne une mauvaise acquisition du droit. La distinction de ces deux procédés permettra de mettre en lumière leurs conditions de mise en œuvre et leur application dans le cadre de l'arbitrage d'investissement (§ II). Une analyse des fondements invocables sera nécessaire pour comprendre l'emploi de ces notions dans un contexte juridique à la croisée du droit privé et du droit public (§ III).

§ I – Le respect des finalités de la règle mise en œuvre

« La justice consiste essentiellement en un rapport ou une proportion entre des intérêts en conflit (...) »¹²⁶. Les finalités des normes mises en place dans un système s'analysent par rapport au contexte et aux intérêts en présence. Dans le contexte des traités de protection des investissements, les intérêts en conflit sont ceux de l'investisseur et ceux de l'État.

L'objectif de ces traités est de favoriser la réalisation d'investissements étrangers en accordant une réelle protection à l'investisseur qui est à la merci de la souveraineté des États. Le déséquilibre entre la position de l'investisseur et celle de l'État hôte se résorbe grâce à des mécanismes de protection tels que le recours à l'arbitrage.

Pour autant, un usage abusif ou frauduleux de ce droit irait à l'encontre de la fonction sociale de la règle. Ce but de respect des finalités du système normatif constitue un point de jonction entre la notion d'abus de procédure et de fraude (A). Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, les

¹²⁵ B. Audit, *La fraude à la loi*, sous la dir. de Y. Lousouarn, Dalloz, 1974, n° 199.

¹²⁶ P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Dalloz, 1951, p. 227.

finalités des règles d'accès à un tribunal arbitral évoluent selon de la volonté des parties (B).

A – Le respect de la fonction sociale de la règle

L'abus de procédure et la fraude sont des instruments permettant de faire respecter la finalité d'une règle de droit¹²⁷. Ils sont les correctifs d'une mauvaise application de la règle¹²⁸. Ces deux notions opèrent dans un contexte similaire, celui dans lequel les conditions d'application de la règle juridique en question sont remplies. Mais le justiciable fait un usage de la règle contraire à ses finalités. L'ordre juridique se retrouve en danger car il ne peut pas, lui-même, grâce à ses normes établies, empêcher un détournement de la règle¹²⁹.

L'abus de droit et la fraude sont présents dans les situations purement internes comme dans le cadre international. L'interdiction de l'abus de droit est notamment consacrée par la Convention européenne des droits de l'Homme¹³⁰ et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³¹. Son application est reconnue en droit international public¹³², comme en droit international privé¹³³. La maxime « *Fraus omnia corrumpit* » et, à travers elle, la notion de fraude, est « aussi vieille que la loi »¹³⁴.

Dans le cadre de l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements, le détournement des règles d'accès au tribunal arbitral se manifeste par différents comportements. Lorsqu'un investisseur change de nationalité au moment où ses relations avec l'État hôte de l'investissement se dégradent, les conditions d'application du traité conclu entre le pays de la nouvelle nationalité et l'État hôte sont remplies. L'incompétence *ratione temporis* ou *ratione personae* ne peuvent être invoquées car l'investisseur a la nationalité requise et le conflit est né après le changement de nationalité¹³⁵. Il en va de même lorsque les investisseurs, au sein d'un groupe de sociétés, cumulent les statuts d'actionnaires et de sociétés sous contrôle étranger afin d'intenter diverses procédures envers un même État, pour les mêmes faits et pour les mêmes intérêts. La reconnaissance de l'actionnaire en tant qu'investisseur et la prise en compte du contrôle

¹²⁷ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, p. 746 : « Il est des cas, en effet, où la rigueur logique de la combinaison des règles de droit révèle les failles du système : la technique juridique risque parfois de se retourner contre les fins qu'elle prétend servir ».

¹²⁸ En droit français, la fraude et l'abus de droit sont des instruments généraux permettant de faire respecter les finalités du système juridique, mais ils ne sont pas les seuls, l'apparence, l'équité et la bonne foi peuvent également être citées. Voir notamment : J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, op. cit., note 127, p. 746, et *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland, S. Rials, PUF, 2003, p. 2.

¹²⁹ J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, Dalloz, 1957, p. 208 : « il y a fraude à chaque fois que le sujet du droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif ».

¹³⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 nov. 1950, art. 17, Interdiction de l'abus de droit : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ».

¹³¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, fait à Nice le 7 sept. 2000, art. 24, Interdiction de l'abus de droit : « Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte ».

¹³² CPJI, 13 sept. 1928, *Usine de Chorow et Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 déc. 1951 : C.1.J. Recueil 1951, p. 116.

¹³³ H. Gaudemet-Tallon, « De l'abus de droit en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 383.

¹³⁴ J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, op. cit., p. 1.

¹³⁵ C'est notamment le cas dans la sentence *Lao Holdings NV c/ la République démocratique populaire du Laos*, préc., note 73.

étranger sont deux règles établies dont les conditions d'application sont satisfaites.

Ces comportements ne peuvent être écartés sur le terrain du droit positif, mais il faut remarquer que la fonction sociale de la règle mise en œuvre n'est pas respectée. La consécration par la jurisprudence arbitrale de la qualité d'investisseur à l'actionnaire ou encore l'admission du contrôle étranger ont pour objectif de tenir compte de la réalité économique. Les investissements sont réalisés par groupes de sociétés et à travers la participation au capital de sociétés. L'actionnaire peut subir un préjudice important du fait du non-respect par l'État hôte de ses obligations internationales. Il est donc important de reconnaître ses actions comme des investissements. Par ailleurs, comme cela a déjà été expliqué, il est commun pour les investisseurs étrangers de créer une société locale afin de réaliser leur investissement, la prise en compte du contrôle étranger est alors cruciale. L'objectif de ces règles est détourné si elles sont cumulativement utilisées pour multiplier les recours.

Plus globalement, les mécanismes de recours à l'arbitrage prévus par les traités ont pour but de sécuriser les investissements réalisés par un ressortissant d'un État contractant sur le territoire d'un autre État contractant. Le changement de nationalité, dans le seul objectif de se prévaloir du traité, pourrait aller à l'encontre de ce but.

L'abus de procédure comme la fraude permettent d'écarter l'application de la règle recherchée ou, au moins, de sanctionner l'investisseur qui en fait un usage contraire à sa finalité. Mais, dans le cadre particulier des traités de protection des investissements, les finalités de ces règles de procédure peuvent varier en fonction de la volonté des parties.

B – La place de la volonté des parties dans la détermination des finalités

Les règles sur lesquelles se fonde le recours à l'arbitrage varient pour chaque espèce. Les traités sont issus d'une négociation entre deux ou plusieurs États et sont donc nombreux et divers. Chaque condition de compétence du tribunal arbitral est définie de manière plus ou moins restrictive dans le traité. L'appréciation par l'arbitre du non-respect des finalités de ces règles de compétence dépendra de leur définition et des objectifs qu'elles recouvrent. L'appréciation de ces objectifs variera en fonction de la volonté des parties contractantes (1), mais le comportement des parties à l'arbitrage peut également influencer la fonction sociale des règles de compétence de l'arbitre (2).

1 – La volonté des parties au traité

« La volonté des États est le fondement de toutes règles qui régissent leurs relations »¹³⁶. La formation de la règle de droit, en droit international public, découle de la volonté des États. Celle-ci s'exprime à travers des traités ou conventions internationales¹³⁷. Les traités de protection des investissements définissent les conditions d'accès au tribunal arbitral. Tout d'abord, les conditions de recevabilité, puis, les critères de compétence de l'arbitre. Ce dernier se référera aux définitions de l'investissement et de l'extranéité de l'investisseur. Ces conditions forment l'étendue du consentement de l'État à la procédure arbitrale.

¹³⁶ J.J. A. Salmon, « La règle de droit en droit international public », in *La règle de droit, Travaux du Centre national de recherches de logique*, dirigé par Ch. Perelman, Bruylant, 1971.

¹³⁷ CPJI, 7 sept. 1927, Lotus, Série A, n° 10, p. 18 : « Le droit international régit les rapports entre les États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs ».

Le rôle de l'arbitre va être d'interpréter cette volonté des États contractants afin d'examiner si les règles ont été détournées de leurs finalités par l'investisseur. Il est possible de citer, à cet égard, la décision *Gold Reserve*. Le traité conclu entre le Canada et le Venezuela était invoqué ici pour fonder la compétence du tribunal arbitral. La société demanderesse est canadienne, elle détient une société américaine. Le Venezuela prétend que la société canadienne n'a aucune activité substantielle et qu'un montage avait été réalisé dans l'unique objectif de se prévaloir d'un traité de protection des investissements, les États-Unis n'ayant pas conclu d'accord avec le Venezuela sur ce point. Le tribunal arbitral soutient que le traité prévoit seulement le critère de l'incorporation afin de définir l'investisseur étranger. Il en conclut que ce seul critère doit être vérifié et, en l'espèce, il est rempli. Le tribunal souligne, en réalité, que la largesse de la définition donnée dans le traité ne permet pas d'empêcher un tel comportement de l'investisseur. Le tribunal se fie alors uniquement à la lettre du traité pour parvenir à une telle déduction. Mais l'investisseur n'aurait-il pas trahit l'esprit du traité¹³⁸ ? Ou le tribunal a-t-il déduit que la largesse de la définition laissait entrevoir l'esprit de ce traité ? Les arbitres sont très sommaires sur la question mais même si ce point avait été abordé, il est possible de penser que la rédaction du traité aurait poussé les arbitres à interpréter la volonté des parties contractantes comme favorable à l'absence de liens réels avec le pays. Le comportement de l'investisseur n'irait pas à l'encontre du traité et des règles d'accès au tribunal arbitral. Cette hypothèse est d'autant plus probable que les arbitres citent la sentence *Saluka*¹³⁹. Dans cette sentence, le tribunal arbitral estime que la volonté des parties serait dénaturée si une condition supplémentaire à la seule incorporation dans le pays contractant était ajoutée.

Une limite à cette volonté des parties au traité réside dans la Convention de Washington car les finalités de ce texte doivent être respectées. Dans la décision *National Gas*, les arbitres tiennent compte, dans un premier temps, de la définition large de l'investisseur retenue par le traité applicable. Pour eux, une société ressortissante des Émirats arabes unis contrôlée entièrement par des Égyptiens doit être reconnue comme étrangère au sens du traité et cette situation ne trahit pas les objectifs d'un traité « laxiste »¹⁴⁰. Par contre, la Convention de Washington, elle, ne permet pas de reconnaître le contrôle étranger dans une telle espèce. L'article 25 de la Convention pose des limites objectives permettant de faire respecter les finalités de la procédure devant le CIRDI.

Dans les deux espèces précédentes, la question de l'abus de droit ou de la fraude n'est pas invoquée par les parties. La question posée était celle de la contrariété du comportement de l'investisseur face aux finalités du traité. Dans la décision *Phoenix*, les arbitres ont estimé que l'investisseur qui réalise un investissement dans le seul but de se prévaloir d'un traité commet un abus du mécanisme d'arbitrage international du CIRDI. Selon eux, un tel comportement est opposé aux objectifs du système introduit par la Convention de Washington : « Le but du mécanisme international de protection des investissements par l'arbitrage CIRDI ne peut être de protéger les investissements effectués en violation des lois de l'État d'accueil ou les investissements qui ne sont pas réalisés de bonne foi, obtenus par exemple à la suite de fausses représentations, dissimulations

¹³⁸ B. Remy, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 72, p. 7 : « (...) On peut regretter que le tribunal n'ait pas porté plus d'attention à cette allégation selon laquelle le demandeur trahissait, si ce n'est la lettre, du moins l'esprit du traité ».

¹³⁹ *Saluka Investments BV c/ la République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle 17 mars 2006, § 229 : « The parties having agreed that any legal person constituted under their laws is entitled to invoke the protection of the Treaty, and having so agreed without reference to any question of their relationship to some other third State corporation, it is beyond the powers of this Tribunal to import into the definition of "investor" some requirement relating to such a relationship having the effect of excluding from the Treaty's protection a company which the language agreed by the parties included within it ».

¹⁴⁰ B. Remy, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 72, p. 8 : « Le cadre posé par la Convention CIRDI pose en effet une limite "objective", à laquelle ne sauraient déroger les États en retenant une conception plus "laxiste" de la nationalité étrangère des sociétés locales dans le cadre de leurs traités bilatéraux d'investissement ».

ou par corruption ou s'analysant en un abus du système d'arbitrage international CIRDI. En d'autres termes, le but de la protection internationale est de protéger les investissements légaux et réalisés de bonne foi »¹⁴¹.

Pour conclure, la volonté des États détermine les finalités des règles de droit créées dans les traités d'investissement. Celle des parties à l'arbitrage est également importante lorsqu'il est question de savoir si le comportement de l'investisseur va à l'encontre des règles instituant le recours à l'arbitre.

2 – La volonté des parties au litige

L'arbitre statue en fonction des règles définies dans le traité de protection des investissements et éventuellement dans la Convention de Washington. La volonté des parties à l'arbitrage intervient de deux manières.

D'une part, la volonté des parties se manifeste dans les conclusions et prétentions soumises aux arbitres. Comme cela a été expliqué, la volonté des parties influencera l'office du tribunal arbitral. Pour autant, la règle prévue par le traité ne change pas d'objectif en fonction de l'argumentation des parties. Mais les arbitres décideront de relever ou non la contrariété du comportement de l'investisseur à ces finalités en fonction des prétentions.

D'autre part, cette volonté apparaît également dans le cadre d'un contrat entre les parties sur lequel s'appuierait l'opération d'investissement. Le contrat pourrait alors reconnaître l'investisseur comme étranger ou l'opération comme un investissement. Cet acte constituerait un indice important de détermination de la compétence des arbitres. Mais cette volonté exprimée dans un contrat influence-t-elle les finalités d'un recours prévu par un traité ? Sans rentrer dans le débat des *contract claims* et *treaty claims*¹⁴², le contrat peut être utilisé afin de mettre à nu la volonté de l'État hôte de faire bénéficier ou non l'investisseur d'une protection en tant qu'investisseur étranger. Pour autant, les clauses du contrat ne permettent pas, à notre avis, d'influer sur l'esprit du traité. Il en va différemment lorsque le recours à l'arbitrage est prévu par le contrat lui-même. Dans l'affaire *Autopista*¹⁴³, le contrat conclu entre l'investisseur et le Venezuela prévoyait une clause d'arbitrage CIRDI si jamais l'investisseur était ressortissant d'un État membre de la Convention de Washington. La société Aucoven, incorporée au Venezuela, a transféré, avec l'accord de cet État, 75 % de son capital à une société américaine détenue par les mêmes actionnaires, de nationalité mexicaine, que Aucoven. Les États-Unis étant partie à la Convention de Washington, l'investisseur souhaitait se prévaloir d'un recours devant le CIRDI. L'État défendeur estime que le tribunal est incompétent car le contrôle réel sur l'investissement est mexicain. Le tribunal arbitral fait valoir que le contrat ne prévoyait qu'une simple règle de majorité pour fonder le contrôle étranger. Donc, l'incompétence ne pouvait être requise. Comme dans l'affaire *Gold reserve*, les arbitres déterminent si le comportement de l'investisseur s'oppose à l'acte instituant le recours en fonction de la lettre du texte. Encore une fois, il est possible de présumer que ceux-ci ont déduit l'esprit de la lettre et n'ont donc pas relevé une telle contrariété dans le comportement de l'investisseur.

Quoi qu'il en soit, les finalités des règles instituant le recours à l'arbitrage sont influencées

¹⁴¹ *Phoenix Action Ltd. c/ la République tchèque*, note 81, § 100, traduit par E. Gaillard, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 82, p. 20-21.

¹⁴² Les demandes ayant pour fondement le traité et celles se fondant sur le contrat sont distinguées. Les arbitres ne peuvent connaître que des demandes se basant sur le traité mais, par le jeu de certaines clauses, il se peut que toutes les demandes soient jointes dans une même procédure. Sur la question, voir not. : I. Fadlallah, « La distinction Treaty claims – Contract claims », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, sous la dir. de C. Leben, Pedone, 2015, p. 773.

¹⁴³ *Autopista Concesionada de Venezuela CA c/ la République bolivarienne du Venezuela*, op. cit., note 70.

par la volonté des parties ayant rédigé et conclu l'acte. L'abus de procédure et la fraude sont deux moyens d'empêcher que le système ne soit détourné de son utilité ; pourtant, ce sont deux procédés distincts qui ne régissent pas les mêmes situations et ne sanctionneront pas les mêmes comportements.

§ II – Les éléments de distinction de l'abus de procédure et de la fraude

Au vu de la simple terminologie, l'abus de droit postule que la personne qui abuse du droit soit titulaire de celui-ci. Cela concerne un droit subjectif, c'est-à-dire une « prérogative individuelle conférée à un sujet de droit »¹⁴⁴. La théorie même de l'abus de droit est controversée car la personne jouissant d'un droit subjectif est souveraine dans son exercice¹⁴⁵. Cette théorie expose le fait que l'exercice excessif d'un droit conduit à l'injustice, idée exprimée par le célèbre adage de Cicéron « *Summus jus, summa injuria* »¹⁴⁶. Les théoriciens ont établi diverses conceptions de l'abus de droit. Selon Josserand, l'abus se caractériserait lorsqu'un acte serait conforme aux droits subjectifs mais contraire au droit objectif. Ce dernier propose alors le seul critère finaliste pour identifier l'abus, c'est-à-dire que l'abus est commis quand l'exercice du droit le détourne de sa finalité¹⁴⁷. Cet auteur a également contribué à identifier des limites internes et externes des droits. Les limites externes sont des interdits objectivement édictés en fonction de l'objet ou de la nature du droit. Mais, en agissant dans ces limites externes, le titulaire du droit peut dépasser les limites internes, c'est-à-dire la mesure à respecter dans l'exercice du droit, et donc commettre un abus.

Le droit abusé peut être le droit d'accès à la justice, c'est-à-dire le droit d'engager une procédure devant un juge ou un arbitre. Alors, l'abus de droit est plus précisément qualifié d'abus de procédure. Cette notion se caractérise également dans un cadre international, comme en droit international privé, où il se manifeste dans le choix abusif du tribunal ou encore dans l'abus du droit d'action en justice à travers les « actions torpilles »¹⁴⁸.

La fraude est, au sens large, synonyme de manœuvres, tromperies ou encore de ruse¹⁴⁹. Au sens strict, le sujet cherche à « obtenir indirectement ce que l'on n'aurait pas obtenu directement »¹⁵⁰. La plus grande application de la fraude, dans ce sens strict, est dans le domaine du droit international privé¹⁵¹. Dans ce cadre, elle consiste en « la manipulation de la règle de conflit dans le but d'échapper à l'application de la loi nationale normalement compétente »¹⁵². Il en va de même pour la fraude à la compétence ou la fraude au jugement. Trois éléments caractérisent la fraude aussi bien en droit international privé qu'en droit interne. Il y a l'élément légal, c'est-à-dire la loi applicable ou la juridiction normalement compétente. Ensuite, les manœuvres, autrement dit l'emploi d'un moyen efficace, constituent l'élément matériel. Et enfin, la personne doit avoir une

¹⁴⁴ *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland, S. Rials, op. cit., note 128, p. 530.

¹⁴⁵ M. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, LGDJ, 1949, p. 521. Pour l'auteur, il existe une contradiction dans l'expression « usage abusif des droits » car l'usage d'un droit subjectif est absolu, donc « le droit cesse quand l'abus commence ».

¹⁴⁶ Cicéron, *De Officiis I*, 10, 33.

¹⁴⁷ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Dalloz, 1939. Pour l'auteur, tous les droits ont pour finalité un but d'ordre social, ils ne peuvent être utilisés que conformément à cette finalité sinon cet usage est abusif.

¹⁴⁸ H. Gaudemet Tallon, *De l'abus de droit en droit international privé*, op. cit., note 133 : action caractérisée par le choix d'agir devant une juridiction normalement incompétente pour contourner la compétence exclusive d'une autre juridiction et paralyser les actions de l'adversaire.

¹⁴⁹ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction générale*, op. cit., note 127, p. 799.

¹⁵⁰ P. Mayer, *Droit international privé*, 7^e éd., Montchrestien, 2001, p. 267.

¹⁵¹ J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., PUF, 1985, n° 35.

¹⁵² C. Crepet d'Aigremont, *L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI*, op. cit., note 124, p. 460.

intention frauduleuse, c'est l'élément intentionnel.

Le comportement d'un investisseur manœuvrant dans le but de recueillir l'application d'un traité de protection des investissements constitue-t-il une fraude ou un abus de procédure ? Quels sont les éléments de distinction de la fraude et de l'abus de droit ? Comment les arbitres les ont-ils mis en œuvre ? Pour mettre en lumière les critères de chaque notion et les différencier, il convient de les comparer (A), puis de porter un examen critique sur leur appréciation par les tribunaux arbitraux (B), pour enfin aborder le problème de la preuve (C).

A – La comparaison des notions

La fraude et l'abus de procédure sont le reflet d'une ruse de la part de l'investisseur, d'une malice dans le but d'accéder à un tribunal arbitral. La ruse se distingue de l'adresse en fonction de l'intention portée par l'investisseur (1), intention qui peut, soit confiner à la fraude, soit à l'abus. Mais d'autres critères sont également importants et révélateurs des différences entre abus et fraude. Une certaine illégitimité, soit dans les moyens employés, soit dans le résultat voulu, illustrera cette ruse (2), tout comme l'utilisation d'un droit entendu comme étant une prérogative dans un cas ou une liberté dans l'autre (3).

1 – L'intention de l'investisseur

L'intention de la personne est importante quand il s'agit de caractériser une fraude mais aussi un abus. Dans le cas de la fraude, l'élément intentionnel est l'un des trois éléments cumulatifs la caractérisant et est le plus difficile à prouver. Pour l'abus de procédure, l'intention de nuire a été avancée comme étant un élément permettant de le distinguer de l'exercice normal du droit.

Selon le Doyen Ripert, l'intention de nuire est ce qui caractérise l'abus de droit¹⁵³. Les droits subjectifs peuvent nuire à autrui mais cela n'est pas leur objectif ; alors, lorsqu'il le devient, l'exercice de ce droit est sanctionné. Mais la seule identification d'une intention de nuire est assez restrictive et a été critiquée¹⁵⁴. R. Kolb définit l'abus de procédure comme « l'utilisation d'instruments et de prérogatives procédurales par une ou plusieurs parties à l'instance dans une intention frauduleuse, dilatoire ou frivole, dans l'intention de nuire ou de s'assurer un avantage illégitime, dans l'intention de dévaluer ou de priver de son objet une autre procédure en cours, dans l'intention de pure propagande, et, généralement, à toute fin détournée du but en vue duquel les droits procéduraux ont été institués »¹⁵⁵. C'est une définition relativement large et qui ne se limite pas à l'intention de nuire. Le fait de prendre en compte « l'intention frauduleuse » revient, à notre avis, à confondre les deux notions même si l'intention de nuire est, semble-t-il, trop restrictive. Si le critère de l'intention de nuire devait être retenu, l'étude de l'abus de procédure s'arrêterait de suite. En effet, même s'il n'est pas impossible qu'un tel cas de figure se produise, un investisseur utilisant la procédure arbitrale, dans le cadre d'un investissement étranger, dans le seul but de nuire à quelqu'un, et certainement à l'État, ne semble pas correspondre à notre étude. Dans chacune des espèces précédemment étudiées, l'investisseur cherchait à obtenir un avantage pour lui-même et n'avait pas pour seule intention de nuire.

Il semble alors, à notre avis, que l'intention de l'investisseur ne puisse caractériser l'abus de

¹⁵³ G. Ripert, *Abus ou relativité des droits*, *Rev. crit. lég. et jur.* 1929, p. 33.

¹⁵⁴ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction générale*, *op. cit.*, note 127, p. 767 : « Lorsqu'un employeur met fin brutalement à un contrat de travail à durée indéterminée parce qu'il redoute l'activité syndicale de son salarié, il ne cherche pas spécialement à nuire à ce dernier et commet cependant un abus ».

¹⁵⁵ R. Kolb, *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, PUF, Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales, 2000, p. 637.

procédure. H. Gaudemet-Tallon arrive à la même conclusion dans le cas d'un abus en droit international privé. Elle suggère alors de considérer la proportion entre l'avantage procuré au demandeur en utilisant une telle procédure et les inconvénients supportés par le défendeur : « (...) Il n'est pas nécessaire qu'il y ait intention de nuire et l'option exercée par le demandeur présentera à l'évidence de l'intérêt pour lui ; mais cette option sera abusive si elle entraîne pour le défendeur des inconvénients particulièrement graves et injustifiés »¹⁵⁶.

Ce critère d'identification a notamment été utilisé par la Cour de justice des Communautés européennes pour caractériser l'abus de droit¹⁵⁷. De manière concrète, une personne qui en assigne une autre devant le for le plus inaccessible pour cette dernière créera cette disproportion. Appliquée à notre étude, la comparaison des avantages recueillis par l'investisseur et des inconvénients supportés par les États sera révélatrice d'un déséquilibre au détriment de ces derniers, déséquilibre qui pourra amener à l'abus de procédure.

Concernant la fraude, l'intention frauduleuse doit obligatoirement être caractérisée. Dans le cas de la fraude à la loi, l'intention frauduleuse est celle de recueillir l'application d'une autre loi que celle normalement applicable. Il en va de même pour la fraude à la compétence. De manière plus générale, l'intention frauduleuse est celle d'obtenir un résultat qui n'aurait pas pu être obtenu sans l'usage de manœuvres. Mais dans le cadre du droit international des investissements, quel est le traité normalement applicable ? Une ou plusieurs personnes souhaitent investir dans un État ; pour cela, il semble plus avantageux économiquement de créer une autre personne qui gèrera entièrement cet investissement. La liberté d'établissement, dans la limite de la législation de chaque État, leur permet de créer cette personne où elles le désirent. Alors, même si l'État a été choisi en fonction des dispositions avantageuses du traité de protection des investissements, cette pratique est-elle condamnable ? Il ressort de la jurisprudence arbitrale que rechercher la protection de l'investissement est légitime de la part de l'investisseur¹⁵⁸. L'intention frauduleuse ne peut se résumer à la recherche de protection, il sera nécessaire d'identifier le fait que l'investisseur n'ait pas eu préalablement droit à cette protection, donc qu'il n'ait pas créé préalablement ce droit. Cela revient à examiner l'élément légal de la fraude. Ainsi les trois éléments caractéristiques de la fraude sont bel et bien cumulatifs et l'intention frauduleuse ne peut, seule, la caractériser.

Il est alors plus aisé de comprendre pourquoi R. Kolb introduit « l'intention frauduleuse » dans la définition de l'abus de procédure. L'intention frauduleuse est un des éléments permettant de caractériser la fraude mais sa présence empêche-t-elle d'envisager un abus de droit ? La seule prise en compte de l'intention n'est pas suffisante pour distinguer les deux notions, d'autres éléments de distinction semblent plus adaptés et la théorie d'E. Gaillard sur la légitimité des moyens et du résultat permettra d'éclairer nos propos.

2 – La légitimité des moyens et du résultat

Le Professeur E. Gaillard considère qu'il est possible de caractériser la fraude comme étant l'usage d'un procédé licite dans le but d'obtenir un résultat illégitime, c'est-à-dire auquel la personne n'aurait pas normalement droit¹⁵⁹.

L'intéressé met non seulement en œuvre des moyens licites mais aussi efficaces¹⁶⁰. En effet,

¹⁵⁶ H. Gaudemet-Tallon, *Fraude au jugement et abus de procédure*, *RCDIP* 2012. 900.

¹⁵⁷ CJCE, 20 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97.

¹⁵⁸ *Mobil Corporation, Venezuela Holding BV c/ Venezuela*, op. cit., note 120, § 191 : « Such restructuring could be "legitimate corporate planning" as contended by the Claimants or an "abuse of right" as submitted by the Respondents. It depends upon the circumstances in which it happened ».

¹⁵⁹ E. Gaillard., *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 82, p. 23.

¹⁶⁰ J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, Dalloz, 1957,

la fraude ne peut être caractérisée que si les manœuvres ont abouti. En droit international privé, cela se manifeste par la manipulation d'un élément de rattachement¹⁶¹. Dans le cadre de l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements, la manipulation sera effectuée concernant un critère de compétence du tribunal arbitral et d'applicabilité du traité. Le résultat est illégitime car il a été obtenu uniquement grâce à des manœuvres. L'investisseur ressortissant d'un État tiers à un traité d'investissement ne peut pas se prévaloir de ce traité. Il va alors obtenir licitement la nationalité d'un État contractant pour tirer parti du traité dont il ne bénéficiait pas.

Mais la réciprocité est-elle vraie ? L'abus de procédure, à l'inverse, peut-il se caractériser par l'utilisation de moyens illicites dans le but d'obtenir un résultat légitime ?

Cela n'est pas exact car le titulaire d'un droit qui en abuse met en œuvre un moyen licite et dont il bénéficie. Pour autant, cette théorie peut se rapprocher de celle de la faute dans l'exercice des droits. En effet, le moyen utilisé, c'est-à-dire le droit exercé, est licite mais son exercice est fautif, il devient donc illégitime. Comme cela a été précédemment dit, le titulaire d'un droit subjectif est normalement souverain dans l'exercice de ce droit. Il existe alors une sorte de présomption de licéité de l'acte commis par l'usage de ce droit. Si une faute est prouvée, et plus précisément un comportement anormal du titulaire dans l'exercice du droit, alors la présomption est renversée et l'abus est caractérisé¹⁶². En matière d'arbitrage d'investissement, l'abus de procédure concernerait le titulaire d'un droit à l'arbitrage qui, en l'exerçant, commettrait une faute. Mais la compétence du tribunal arbitral et l'accès à la procédure, c'est-à-dire le résultat obtenu, seraient légitimes dans la mesure où l'investisseur est titulaire d'un tel droit.

Grâce à ces éléments de distinction, la frontière entre les deux notions est de plus en plus apparente. Il semble, en effet, que la fraude et l'abus de procédure recouvrent deux réalités différentes mais un dernier élément de distinction fondamental doit être abordé, celui de l'exercice d'une prérogative ou d'une liberté.

3 – L'exercice d'un droit

L'investisseur est titulaire de droits qu'il exerce dans une intention frauduleuse, une intention de nuire ou en commettant une faute. Il exerce son droit de recourir à un tribunal arbitral car il a la qualité d'actionnaire ou parce qu'il est sous contrôle étranger. Il exerce son droit d'établissement dans les États étrangers ou encore son droit d'investir. Mais la notion de droit est très large et imprécise, il convient de la préciser.

L'abus de droit se confond largement avec la responsabilité civile si la théorie est envisagée pour tous les droits. En effet, la notion de « droit » peut se définir à travers les libertés mais aussi les prérogatives plus précises. Le seul fait d'exercer une liberté, de façon fautive ou avec une intention de nuire, relève de la responsabilité civile. Il serait plus opportun de considérer que la théorie de l'abus de droit ne sera mise en œuvre que dans le cas où l'intéressé use d'une prérogative précise qu'il détient¹⁶³.

E. Cornut estime que la fraude, en droit international privé, ne peut pas être caractérisée si

p. 208 : « Il y a fraude à chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif ».

¹⁶¹ H. Gaudemet-Tallon, *Fraude au jugement et abus de procédure*, op. cit., note 156, p. 900 : « Mais, on sait que la fraude (qu'il s'agisse de fraude à la loi ou de fraude à la compétence judiciaire) suppose la manipulation d'un élément de rattachement ».

¹⁶² J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de Droit Civil. Introduction générale*, op. cit., note 127, p. 59.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 753.

l'internationalité de la situation est née avant les événements amenant au litige¹⁶⁴. Plus précisément, la fraude implique un changement volontaire de la situation de fait pour recueillir l'application d'une certaine règle. L'abus de droit implique par contre que ce droit soit déjà à la portée de l'intéressé. L'investisseur possède donc cette prérogative avant les événements amenant à s'en prévaloir ou avant qu'ils ne soient prévisibles. La fraude, elle, est mise en œuvre grâce à l'exercice d'une liberté. L'intéressé use du droit d'établissement dans un pays étranger, du droit de changer de nationalité, de constituer un groupe de sociétés, de réaliser un investissement pour modifier une situation de fait. Il emploie donc des moyens licites et efficaces dans une intention frauduleuse et pour obtenir un résultat illégitime.

Dans le premier cas, l'investisseur use et abuse de l'opportunité d'accéder à un arbitre. Dans le second, l'investisseur manœuvre pour obtenir le droit de recourir à un tribunal arbitral. L'abus se caractérisera par l'usage disproportionné, fautif ou avec une intention de nuire de la prérogative d'accéder à l'arbitre. Pour identifier une fraude à la compétence¹⁶⁵, il sera nécessaire de prouver que le demandeur n'avait pas accès à cette procédure et qu'il a effectué des manœuvres dans ce seul but. Une notion commune pourrait être importante dans cette analyse, celle de « bonne foi ». Les agissements des individus dans le cas d'une fraude ou d'un abus de procédure vont à l'encontre de la bonne foi.

La notion de bonne foi est complexe à cerner. De manière générale, il est possible de considérer la bonne foi comme un « esprit de loyauté, d'honnêteté, de sincérité qui doit présider à l'élaboration et à l'exécution de tous les actes juridiques »¹⁶⁶. Les critères d'identification de la fraude et de l'abus viennent d'être présentés et la mauvaise foi, à elle seule, ne saurait les remplacer. Mais la mauvaise foi dans la réalisation d'un investissement pourra se révéler être un élément de preuve de l'intention frauduleuse¹⁶⁷. En effet, la volonté de protéger son investissement n'est pas une intention frauduleuse, cela est même un comportement légitime et encouragé par les traités de protection des investissements. Il conviendra de qualifier des manœuvres effectuées par l'investisseur, c'est-à-dire, l'usage de mauvaise foi d'une liberté. De plus, le comportement anormal entraînant l'abus pourra aussi être identifié par rapport à la mauvaise foi. Pour R. Kreindler, le comportement de bonne foi est une nouvelle limite à l'accès à l'arbitrage en droit international des investissements, voire même un nouveau critère d'identification de l'investissement protégé¹⁶⁸.

Les tribunaux arbitraux se sont souvent retrouvés confrontés à des comportements confinants à la fraude ou à l'abus de procédure, il est important d'examiner et de comprendre leurs analyses mais également de porter un regard critique sur la jurisprudence établie.

B – Les modalités d'appréciation de la fraude et de l'abus de procédure dans la jurisprudence arbitrale

L'abus de procédure et la fraude sont deux concepts recouvrant des situations différentes. L'abus se manifestera dans le cas d'un usage abusif de l'opportunité d'accéder à un arbitre. La fraude apparaît lorsque l'accès au tribunal arbitral est créé de toutes pièces. Pour autant, le terme

¹⁶⁴ E. Cornut, *Forum shopping* et abus du choix du for en droit international privé, *JDI* (Clunet) n° 1, janv. 2007, doct.2, § 27.

¹⁶⁵ C. Crepet d'Aigremont, *L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI*, op. cit., note 124, p. 460 : l'auteur qualifie le comportement de l'investisseur de fraude à la compétence voire de fraude à l'incompétence.

¹⁶⁶ E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Pedone, 1977, p. 8.

¹⁶⁷ *Phoenix Action Ltd. c/ la République tchèque*, op. cit., note 81, § 100.

¹⁶⁸ R. Kreindler, *Are Tribunals Setting New Limits on Access to International Jurisdiction?* *ICSID Review* (2010) 25(1), p. 37s.

« abus de procédure » est utilisé de façon générique pour désigner l'ensemble de ces situations. La fraude est mise en avant par les théoriciens¹⁶⁹ mais peu par les praticiens : « Les tribunaux arbitraux peinent davantage à dégager et à s'accorder sur les concepts leur permettant d'appréhender les hypothèses dans lesquelles la compétence semble "fabriquée". Les concepts d'abus de procédure, de détournement de procédure, de société écran, de fraude, de bonne foi de l'investissement ou de l'investisseur sont ainsi invoqués dans plusieurs sentences pour cerner ces situations »¹⁷⁰.

Comment la fraude et l'abus de procédure ont été abordés par les tribunaux arbitraux ? Au vu des critères de distinction mis en lumière, est-il nécessaire de requalifier le comportement de l'investisseur dans ces différentes affaires ? Un grand nombre de comportements intéressant notre étude sont relatifs à des cas de restructuration ou de structuration des investissements (1), mais il existe également des cas d'usages abusifs de la procédure arbitrale (2).

1 – Les cas de restructuration de l'investissement

L'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements et, en particulier, l'arbitrage CIRDI connaît un engouement certain auprès des investisseurs. Ces derniers n'hésitent pas à manœuvrer dans le seul but de recueillir la compétence d'un tribunal arbitral¹⁷¹, se fabriquant de toutes pièces un accès à l'arbitrage d'investissement. Comment les arbitres font-ils face à de tels comportements ?

Il nous a été donné de distinguer, précédemment, deux types de comportements lorsque l'investisseur structure son investissement. Le premier était relatif à l'usage des opportunités d'une structure créée, à travers l'investissement indirect, ou encore à travers la multiplication des procédures. Le deuxième se manifestait dans une manipulation des critères d'application des traités et des critères de compétence des arbitres. Là encore, deux comportements étaient sous-distingués entre la création de sociétés de complaisance et le changement de nationalité. Ici, nous avons décidé d'évoquer le changement de nationalité, qui est en réalité une structuration après la naissance de la situation litigieuse (a), la création de sociétés de complaisance (b) et l'investissement indirect, qui s'apparente à une structuration pour les litiges à venir (c). Dans ces trois cas, l'hésitation et les oppositions sont nombreuses concernant la qualification de fraude, d'abus de procédure ou encore de comportement légitime. Au contraire, la multiplication des procédures est un comportement d'abus d'un droit légitimement acquis et est davantage relatif à l'usage abusif de la procédure arbitrale, même s'il procède d'une structuration préalable.

a – La restructuration après la naissance de la situation litigieuse

Dans la première situation, l'investisseur manœuvre à la suite d'un litige ou en prévision d'un litige probable afin d'obtenir une protection à laquelle il ne pouvait prétendre.

Plusieurs affaires retiendront notre attention, la première est l'une des plus importantes : la sentence *Phoenix*. Les faits ont déjà été exposés précédemment : à la suite d'un litige interne à propos de deux sociétés tchèques BP et BG, les autorités tchèques ont ordonné des mesures de gel des comptes bancaires et de saisie de documents. Une personne physique tchèque, impliquée dans le litige, a créé une société israélienne du nom de Phoenix qui a acquis les sociétés BP et BG. Phoenix

¹⁶⁹ E. Gaillard, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 82, p. 23.

¹⁷⁰ B. Remy, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 72, p. 7.

¹⁷¹ U. Topcan, *Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration*, *ICSID Review* (2014) 29(3), p. 628 : « Beginning in the early 2000s, this debate was complicated by the controversy over treaty shopping, a process whereby investors choose international investment agreements that have more attractive jurisdictional requirements, in order to gain access to ICSID jurisdiction ».

intente alors une procédure CIRDI contre la République tchèque invoquant le traité d'investissement conclu entre elle et Israël. La République tchèque atteste que l'investisseur avait pour seul objectif d'internationaliser un litige interne déjà né. Pour cet État, le tribunal n'avait pas la compétence *Ratione Temporis* pour les faits survenus avant l'acquisition par Phoenix des sociétés. Les faits postérieurs, eux, avaient pour fait générateur les faits antérieurs. Ainsi un tel montage relevait d'une utilisation abusive d'une société « factice »¹⁷². Le tribunal arbitral estime alors qu'est constitutif d'un abus de droit la réalisation d'un investissement dans le seul objectif de recueillir la compétence du CIRDI. La réalisation d'un investissement de mauvaise foi ne peut être protégée par la Convention de Washington. Selon les arbitres, un tel comportement peut également être qualifié de détournement de procédure ou d'abus du mécanisme d'arbitrage international du CIRDI¹⁷³.

Le détournement de procédure peut se définir comme une action consistant à « substituer à une procédure régulière une autre plus expédiente mais inapplicable »¹⁷⁴, cette notion est très proche de l'abus de procédure¹⁷⁵. Mais, en réalité, ce comportement se rapproche davantage de la fraude que de l'abus de droit¹⁷⁶. En effet, les trois éléments sont réunis. Tout d'abord, concernant l'élément légal, l'investisseur n'a pas accès à un traité bilatéral d'investissement, ni au CIRDI, car le litige est interne. Ensuite, l'investisseur manœuvre en utilisant la liberté de circulation des personnes et des capitaux et la liberté d'établissement dans le but d'internationaliser le litige, ce qui constitue l'élément matériel. Le seul but de la manœuvre est d'obtenir la compétence d'une juridiction arbitrale et du CIRDI pour des litiges déjà nés, l'intention frauduleuse est donc présente. L'intéressé use alors d'un procédé licite pour obtenir un résultat illégitime¹⁷⁷. La difficulté dans l'appréhension de la fraude est celle de la preuve de l'intention frauduleuse. Ici, les arbitres énoncent divers critères permettant de caractériser la mauvaise foi du demandeur dans la réalisation de son investissement. Les critères pris en compte sont le moment de réalisation de l'investissement, le moment de la requête, le moment de la réclamation, la substance de la transaction¹⁷⁸.

Le tribunal arbitral dégage alors un faisceau d'indices, pour qualifier cette fraude, qui peut varier d'une affaire à l'autre¹⁷⁹. Dans l'affaire *Renée-Rose Levy de Levi*¹⁸⁰, la même méthode a été envisagée par les arbitres. Renée-Rose Levy de Levi avait reçu gratuitement de son père des parts sociales d'une holding péruvienne. La demanderesse conteste des mesures prises par le gouvernement du Pérou ayant conduit à la liquidation de la holding en 2000. Pour cela, elle utilise le traité bilatéral existant entre la France et le Pérou. Selon l'État défendeur, la compétence du tribunal avait été fabriquée par ce transfert à titre gratuit. L'intention des protagonistes de fabriquer la compétence du tribunal est examinée au regard de la gratuité de l'opération et du temps ayant coulé entre le transfert des parts et la requête auprès du tribunal. Pour les arbitres, la gratuité n'est pas ici un signe de fabrication de la compétence dans la mesure où l'opération s'insère dans un contexte familial. De plus, les cinq années écoulées entre le moment du transfert et la demande en

¹⁷² E. Gaillard, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 82, p. 8.

¹⁷³ *Phoenix Action Ltd c/ République tchèque*, op. cit., note 81.

¹⁷⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, p. 343.

¹⁷⁵ C. Crepet d'Aigremont, La notion d'abus de procédure, *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} oct. 2010, n° 4 : « Les notions de détournement de pouvoir et de détournement de procédure sont en effet respectivement proches de celles d'abus de droit et d'abus de procédure, entendues au sens strict et dans leur acception objective ».

¹⁷⁶ E. Gaillard, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 82, p. 23.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ *Phoenix Action Ltd c/ la République tchèque*, op. cit., note 81, §§ 135 à 140.

¹⁷⁹ B. Remy, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 72, p. 35 : « On constate, en effet, que certains indices pertinents dans l'affaire *Phoenix* – on songe notamment à l'absence de contrepartie sérieuse pour le transfert de l'investissement – ne l'étaient pas dans l'affaire *Renée-Rose Levy de Levi* en raison d'autres indices ».

¹⁸⁰ *Renée Rose Levy de Levi c/ le Pérou* (CIRDI/ARB/10/17), sentence du 26 févr. 2014.

arbitrage démontrent que l'objectif de l'opération n'était pas la saisine du tribunal¹⁸¹.

Dans l'affaire *Lao Holding*, une société incorporée à Macao et ayant investi au Laos, créée, à la suite de négociations fiscales infructueuses avec ce dernier, une société aux Pays-Bas et intente une procédure sur le fondement du traité conclu entre les Pays-Bas et le Laos. Pour l'État défendeur, l'investisseur se livre à un *forum shopping* constitutif d'un abus de procédure. Mais cet argument n'est mis en avant que pour la détermination des frais de procédure. Concernant l'incompétence du tribunal, le Laos n'invoque que l'absence de compétence *ratione temporis*¹⁸². Les arbitres distinguent alors l'abus de procédure de l'incompétence *ratione temporis*. L'abus de procédure naît lorsque les agissements abusifs ont lieu alors que le litige est né ou probable. La compétence *ratione temporis* consiste à comparer la date de naissance de l'investissement et la date de naissance du différend. Pour résumer, si les agissements ont lieu dans une période où le litige est seulement possible, alors l'abus de procédure n'est pas caractérisé. Par contre, si les agissements se produisent alors que le litige est prévisible et donc très probable, alors il y a abus. Dans la mesure où les agissements auraient lieu après la naissance du différend, le tribunal serait incompétent *ratione temporis*. Ce seul critère chronologique est avancé par les arbitres. Dans les affaires précédentes, la chronologie des événements avait eu une certaine importance mais cela restait un indice parmi d'autres. Tandis que dans la sentence *Lao Holding*, le tribunal n'utilise pas la méthode du faisceau d'indices mais établit un critère.

Il faut relever que, comme dans l'affaire *Phoenix*, la notion de fraude est beaucoup plus appropriée que celle d'abus de procédure. En effet, l'investisseur qui ne peut se prévaloir de la protection du traité en question, manœuvre en utilisant des moyens efficaces et légaux dans la seule intention de bénéficier de l'applicabilité du texte. L'utilisation du critère chronologique a été vivement critiquée par B. Remy. Ce dernier estime que la méthode du faisceau d'indices est la seule permettant d'appréhender l'intention frauduleuse de l'investisseur¹⁸³. Ainsi ce critère doit, pour lui, être considéré comme un indice.

Une autre sentence reprend pourtant ce même raisonnement, c'est l'affaire *Renée Rose Levy et Gremcitel SA*¹⁸⁴. La demanderesse, Mme Levy, avait acquis les parts de la société Gremcitel, donc réalisé son investissement, seulement quelques mois avant la naissance du litige. Les arbitres comparent les dates d'acquisition de l'investissement et de naissance du litige et estiment qu'ils sont compétents *ratione temporis*. Mais le litige étant probable au moment de la réalisation de l'investissement, un abus de procédure, qui doit être requalifié en fraude¹⁸⁵, doit être caractérisé.

Il est, à notre sens, incontournable de prendre en compte la chronologie des événements car le fait pour un investisseur de se doter d'une protection en utilisant les traités n'est pas un comportement frauduleux. Pour qu'il le devienne, il faudrait que l'investisseur n'ait pas accès à cette protection, ou ne se soit pas préalablement doté de ce droit, et manœuvre dans ce but unique. La manœuvre en devient une à partir du moment où l'utilisation de la liberté d'établissement, de circulation ou de réalisation d'un investissement est effectuée de mauvaise foi dans le seul but de recueillir cette protection. La mauvaise foi, tout comme l'intention, est caractérisée lorsque, au

¹⁸¹ Ibid., § 154.

¹⁸² *Lao Holdings NV c/ la République démocratique populaire du Laos*, op. cit., note 73, § 68.

¹⁸³ B. Remy, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 72, p. 34 : « Les intentions d'un individu ne se donnant à voir qu'indirectement, c'est nécessairement par la technique du faisceau d'indices que devra procéder le tribunal arbitral pour se prononcer sur la question de la fraude à la compétence ».

¹⁸⁴ *Renée Rose Levy et Gremcitel SA c/ le Pérou* (CIRDI ARB/11/17), sentence du 9 janv. 2015. Il ne faut pas la confondre avec l'affaire *Renée Rose Levy de Levi c/ le Pérou* (CIRDI/ARB/10/17) du 26 févr. 2014.

¹⁸⁵ B. Remy, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI (Clunet)* n° 1, janv. 2016, chr. 1, p. 13 : « Cependant, bien que le tribunal se soit reconnu aussi compétent *ratione temporis*, il s'est finalement déclaré incompétent en raison de l'abus de procédure commis selon lui par Renée Rose Levy et que, pour notre part, nous préférons dénommer fraude ».

moment des manœuvres, le différend est déjà né ou hautement probable. Mais la qualification d'un comportement requiert l'analyse des faits et d'autres critères peuvent entrer en compte comme, par exemple, le fait que l'incorporation de la société puisse, ou ne puisse pas, avoir d'autres avantages. Il serait alors plus approprié d'utiliser la méthode du faisceau d'indices.

L'enchaînement des événements a été utilisé pour caractériser un abus de procédure par l'arbitre B. Stern dans l'affaire *Alapli Elektrik*. Pour rappel, deux ressortissants turcs avaient créé une société en Turquie dans le but de gérer une centrale à cycle combiné. Une loi défavorable à leur investissement a été promulguée par l'État turc en février 2000. En mars, les deux ressortissants turcs ont transféré les parts de leur société locale à une société qu'ils avaient constituée aux Pays-Bas en avril 1999. Cette société est demanderesse dans une procédure arbitrale intentée sur le fondement d'un traité de protection des investissements conclu entre les Pays-Bas et la Turquie. Pour B. Stern, les faits à l'origine du litige étaient déjà connus au moment du changement de nationalité, ce qui est constitutif d'un abus du système instauré par le CIRDI¹⁸⁶. L'arbitre se déclare également incompétente *ratione temporis*.

Encore une fois, l'abus de procédure semble en réalité être une fraude, le comportement étant identique à celui de l'affaire *Lao Holding*. De plus, la fraude est encore largement liée à la compétence *ratione temporis*. Le fait que la restructuration des sociétés ait eu lieu après la naissance du différend ou quand celui-ci était très probable permet d'identifier des manœuvres de l'investisseur dans le seul but d'accéder à un arbitrage CIRDI.

Dans l'affaire *Mobil Corporation*, suite à l'augmentation des *royalties* et des taxes sur les bénéficiaires au Venezuela, un investisseur a opéré une restructuration de son entreprise en transférant l'investissement à une holding néerlandaise. Peu de temps après, une loi de nationalisation fut promulguée par le Venezuela. L'investisseur introduit une requête en arbitrage sur la base du traité d'investissement conclu entre le Venezuela et les Pays-Bas. Le Venezuela estime que le demandeur a effectué un abus de forme sociale en créant une société de complaisance dans le seul but d'accéder à un arbitrage CIRDI. Le tribunal arbitral considère que la restructuration opérée dans le but de recueillir l'applicabilité d'un traité est légitime en ce qui concerne les différends à venir. Pour les différends déjà nés, en l'espèce l'augmentation des taxes et *royalties*, le tribunal se considère incompétent *ratione temporis*.

Contrairement aux autres affaires, le tribunal n'envisage l'abus, en réalité ici la fraude, que pour les litiges déjà nés au moment de la restructuration¹⁸⁷. Le fait que le litige soit probable lors de la manœuvre ne semble pas constituer une fraude pour les arbitres car ce type de comportement est légitime¹⁸⁸. Cette position est clairement libérale et a été de nombreuses fois commentée. C. Crepet d'Aigremont constate que « le tribunal a témoigné d'une plus grande compréhension que celui de l'affaire *Phoenix Action* »¹⁸⁹.

¹⁸⁶ *Alapli Elektrik BV c/ La République de Turquie*, op. cit., note 117.

¹⁸⁷ *Mobil Corporation, Venezuela Holding BV c/ Venezuela*, op. cit., note 120, § 205 : « With respect to pre-existing disputes, the situation is different and the Tribunal considers that to restructure investments only in order to gain jurisdiction under a BIT for such disputes would constitute, to take the words of the Phoenix Tribunal, an abusive manipulation of the system of international investment protection under the ICSID Convention and the BITs ».

¹⁸⁸ Ce point n'est pas discuté par les arbitres, même si le défendeur avait invoqué le fait que le différend concernant la loi de nationalisation soit prévisible au moment de la restructuration et même si cette restructuration est intervenue quelques mois avant cette mesure : *Mobil Corporation, Venezuela Holding BV, ... c. Venezuela*, op. cit., note 120, § 203 : « As recalled above, the restructuring of Mobil's investments through the Dutch entity occurred from October 2005 to November 2006. At that time, there were already pending disputes relating to royalties and income tax. However, nationalisation measures were taken by the Venezuelan authorities only from January 2007 on. Thus, the dispute over such nationalisation measures can only be deemed to have arisen after the measures were taken ».

¹⁸⁹ C. Crepet d'Aigremont, La notion d'abus de procédure, op. cit., note 175.

La décision des arbitres a été reprise dans plusieurs affaires et a donné un élan libéral à une partie de la jurisprudence. L'affaire *Tidewater*¹⁹⁰ en est un exemple. Comme dans les espèces précédentes, l'investisseur avait opéré une restructuration de son entreprise à La Barbade alors qu'un litige avec l'État du Venezuela était prévisible. Un tribunal arbitral a été formé sur le fondement du traité conclu entre La Barbade et le Venezuela. Le tribunal arbitral, citant la décision *Mobil Corporation*, rappelle que restructurer son investissement, dans le but d'être protégé pour l'avenir, est tout à fait légitime. En l'espèce, le litige qui était prévisible entre les deux protagonistes se présentait comme un litige commercial ordinaire, il n'y a donc aucun abus.

À notre avis, un équilibre doit être trouvé entre la fraude et l'optimisation légitime de la protection de son investissement par un investisseur. La prévisibilité du litige est un indice relativement important afin de qualifier la fraude, même si cet élément est assez difficile à prouver. Dans l'affaire *Conoco Phillips*¹⁹¹, la notion de prévisibilité est au cœur du débat sur la compétence du tribunal arbitral. Comme dans les autres affaires, une restructuration dans l'unique objectif d'accéder à la protection d'un traité avait été effectuée. Un tel comportement est légitime et ne peut être sanctionné, sauf s'il apparaît que le litige était déjà né ou prévisible, auquel cas la restructuration opérée de mauvaise foi deviendrait une manœuvre frauduleuse. L'État défendeur précise que certaines mesures étatiques avaient déjà été annoncées et que le litige était probable. Mais un élément important convaincra les juges de la légitimité du comportement de l'investisseur. Ce dernier avait continué à investir des sommes considérables après la restructuration. Cet élément prouve, pour les arbitres, que l'objectif de la manœuvre était seulement de se protéger pour l'avenir et non pour une situation actuellement litigieuse. Cette affaire soulève l'importance de la prise en compte d'un faisceau d'indices pour qualifier la fraude, même si l'indice chronologique reste incontournable.

Ainsi cette première situation concernait des manœuvres à la suite d'un litige ou en prévision d'un litige probable dans le but de bénéficier d'une protection auquel l'investisseur ne pouvait prétendre. La qualification de fraude a été requise pour définir ce comportement. Dans le deuxième cas, l'investisseur crée une société de complaisance dans le but de recueillir la protection d'un traité en prévision d'éventuels litiges.

b – La création d'une société de complaisance

Dans les affaires *Gold Reserve*, *Pac Rim* et *Rompetrol*, une structuration ou une restructuration de la part des investisseurs avait conduit ceux-ci à créer une société sans activité substantielle dans le seul but de se prévaloir d'un traité de protection des investissements. Dans l'affaire *Gold Reserve*, afin d'investir au Venezuela, une société américaine fait en sorte d'être détenue par une société mère incorporée au Canada car les États-Unis n'ont pas conclu de traité de protection des investissements avec le Venezuela contrairement au Canada. Dans l'affaire *Pac Rim*, c'est le contraire, une société canadienne a créé une société américaine n'ayant pas d'activité substantielle afin d'investir dans l'État du Salvador. Ce montage lui permettait de se prévaloir de la CAFTA. Enfin, dans la dernière affaire, six ans avant la procédure d'arbitrage, un montage de sociétés avait été effectué par l'investisseur opérant en Roumanie, lui permettant de se prévaloir de la nationalité néerlandaise et d'invoquer le traité bilatéral conclu entre les Pays-Bas et la Roumanie. Il faut relever que, dans cette affaire, des ressortissants roumains étaient en réalité à l'origine de la chaîne de contrôle. Deux aspects sont donc critiqués par l'État défendeur, d'une part, la création

¹⁹⁰ *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe CA c/ Venezuela* (CIRDI ARB/10/5), décision sur la compétence du 8 févr. 2013.

¹⁹¹ *ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV et ConocoPhillips Golfe de Paria BV c/ la République bolivarienne du Venezuela* (CIRDI ARB/07/30), décision sur la compétence et le fond du 3 sept. 2013.

d'une société de complaisance, d'autre part, le caractère, en réalité, « interne » du litige. C'est le premier aspect qui sera ici commenté, le second rejoindra l'analyse portée sur les affaires *Tokios Tokelès*, *Burimi*, *National gas* et *Alpha*.

Dans chacune de ces affaires, il ressort que le montage de sociétés n'avait pour autre but que de protéger l'investissement réalisé. En effet, il est quasiment incontestable que la demande est systématiquement portée par une structure sociale n'ayant pas d'activité substantielle et qui pourrait être qualifiée de « coquille vide »¹⁹². Mais, contrairement aux affaires précédemment exposées, le montage avait été opéré avant tout conflit ou présomption de conflit. Ainsi l'investisseur ne fait pas l'objet de mauvaise foi, ce type de montage n'est pas une manœuvre, cette démarche est considérée comme légitime par la jurisprudence. Les États défendeurs contestent systématiquement l'accès au tribunal arbitral car un tel montage, afin de recueillir l'application d'un traité, est un abus. L'accès au droit étant contesté, c'est davantage sur le terrain de la fraude et non de l'abus qu'il convient de raisonner. Les tribunaux arbitraux rappellent que le comportement de l'investisseur est légitime, le fait que la société demanderesse n'ait pas d'activité substantielle ne permet pas de contester l'accès à la protection garantie par le traité. Par contre, il appartenait aux États contractants de prévoir des clauses afin de limiter la protection aux seuls investisseurs ayant une réelle activité sur le territoire de l'État contractant. Ces clauses sont dénommées « clauses de déni des avantages ». Dans la décision *Pac Rim*, la clause de déni des avantages de la CAFTA¹⁹³ a pu être mise en œuvre et le montage a été infructueux. Il revient donc aux États de prévoir une telle clause pour faire obstacle à l'accès à l'arbitrage aux investisseurs n'ayant aucune activité substantielle.

Par ailleurs, concernant la seule notion de fraude, il a été exposé que la condition de temps semblait incontournable. En effet, les seuls agissements dans le but d'obtenir le bénéfice d'un traité ne semblent pas condamnables en soi car l'investisseur peut très bien acquérir ce droit de sa propre initiative. Les personnes morales naissent car elles sont créées de toutes pièces par des personnes dont la nationalité n'importe pas. Un investisseur ne peut être sanctionné pour avoir créé une société dans un État afin d'investir dans un autre. Cela nuirait à la liberté d'établissement et de circulation, et le monde économique s'en trouverait invalidé. Le fait de créer une société de complaisance n'est pas assimilé à de la mauvaise foi par les arbitres, les États ayant ouvert cette possibilité par la largesse des clauses du traité.

Dans ces affaires, la fraude ne peut être qualifiée car l'accès à la protection du traité ne semble pas contestable. Mais l'usage de cette protection ne pourrait-elle pas l'être ? Il convient de se poser la question de l'usage abusif du droit considéré comme acquis légitimement par la jurisprudence. Les sociétés de complaisance, étant incorporées dans un État contractant, ont accès à un tribunal arbitral. Mais le fait que l'investisseur, sous-entendu le groupe de sociétés, utilise une société sans activité pour faire usage de ce droit n'est-il pas abusif ?

L'usage d'un droit peut être abusif si le titulaire fait preuve d'une intention de nuire, ou si l'usage du droit entraîne une disproportion entre l'avantage procuré au demandeur et les inconvénients supportés par le défendeur ou encore, selon le critère finaliste, si le droit est utilisé de manière contraire à ses finalités. Il semble que l'intention de nuire doive être écartée, mais la disproportion et l'atteinte aux finalités pourraient être retenues. En effet, la disproportion découle du fait qu'il est trop aisé pour l'investisseur de créer des sociétés, sans que cela ne puise dans ses ressources, pour pouvoir obtenir une réparation importante de la part des États. Les finalités du système instauré par les traités sont de protéger les ressortissants d'un État contractant du fait des

¹⁹² A. de Nanteuil, La clause de déni des avantages (denial of benefits), *Cahiers de l'arbitrage*, 2012 n° 4, § 2.

¹⁹³ Central American free trade agreement, art. 10.12 : « Denial of benefits ».

liens particuliers qui existent avec le ou les autres États contractants¹⁹⁴. Le fait que l'investisseur, lui, n'ait aucun lien avec l'État duquel il est ressortissant semble porter atteinte au système et aller à son encontre. L'abus de procédure, au sens où il est entendu ici, pourrait être qualifié dans ces situations, même s'il existe, de la part des arbitres, une réelle volonté de responsabiliser les États contractants¹⁹⁵.

Une troisième situation doit être évoquée, c'est celle dans laquelle un groupe de sociétés est créé dans le but d'investir, et l'incorporation de chacune des sociétés est stratégiquement étudiée afin de protéger l'investissement.

c – La structuration et la restructuration pour les litiges à venir

Dans les affaires *Perenco, Ros Invest, Cemex, Tokios Tokelès, Burimi, National gas* et *Alpha*, il n'est pas question de manœuvrer lorsque le litige devient probable ou de créer des sociétés de complaisance. Les investisseurs ont optimisé la protection de leurs investissements en créant une société dans un certain État plutôt qu'un autre, ou en faisant en sorte que celle-ci soit contrôlée par des actionnaires d'une certaine nationalité. Ils se sont donc légitimement dotés de ce droit, aucune fraude ne semble pouvoir être qualifiée et c'est davantage sur le terrain de la levée ou non du voile social que l'incompétence sera discutée. En utilisant le droit dont il s'est doté, l'investisseur commet-il un abus ? Celui-ci étant ressortissant d'un État contractant et ayant une réelle activité sur son territoire, il est plus complexe de qualifier l'abus¹⁹⁶.

Mais, en examinant plus précisément les faits, les affaires *Tokios Tokelès, Alpha, Burimi* et *National gas* ne semblent pas être de légitimes montages effectués par des investisseurs internationaux. Il faut remarquer que pour chacune de ces affaires, les investisseurs initiaux sont des nationaux du pays dans lequel ils investissent. En prenant en compte l'existence des traités, ils vont créer une société à l'étranger dont ils seront l'actionnaire principal. Cette manœuvre revient alors à internationaliser un investissement purement interne. Or une telle situation va à l'encontre des objectifs des traités et du CIRDI qui est de protéger les investissements internationaux.

P. Weil, arbitre dans l'affaire *Tokios Tokelès*, émet une opinion dissidente constatant ce détournement des règles d'accès au CIRDI : « From this it appears that the ICSID arbitration mechanism is meant for international investment disputes, that is to say, for disputes between States and foreign investors. It is because of their international character, and with a view to stimulating private international investment, that these disputes may be settled, if the parties so desire, by an international judicial body. The ICSID mechanism is not meant for investment disputes between States and their own nationals »¹⁹⁷. La levée du voile social dans le but de s'assurer du caractère international du litige est fondamentale pour cet arbitre. Cette opinion est critiquée par

¹⁹⁴ Cette volonté est toujours inscrite en préambule des traités ; pour exemple, le TBI Égypte-France prévoit : « Le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République arabe d'Égypte, Souhaitant développer la coopération économique entre les deux États et créer des conditions favorables pour les investissements français en Égypte et égyptiens en France; Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux entre les deux pays dans l'intérêt de leur développement économique, Sont convenus des dispositions suivantes (...) ».

¹⁹⁵ *Tokios Tokelès c/ Ukraine*, op. cit., note 68, § 36: « We regard the absence of [a denial-of-benefits] provision as a deliberate choice of the Contracting Parties. In our view, it is not for tribunals to impose limits on the scope of BITs not found in the text, much less limits nowhere evident from the negotiating history ».

¹⁹⁶ A. de Nanteuil., La nationalité de l'investisseur, *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} oct. 2013 n° 4, § 11 : « Mais dans la mesure où l'activité sociale est réelle, aucun outil juridique ne permet de lutter contre cette pratique, qui s'apparente à une forme particulière de *treaty shopping*. Bien que l'abus ne soit assurément pas très loin, rien ne permet en l'état du droit d'éviter de telles pratiques de continuer à voir le jour ».

¹⁹⁷ *Tokios Tokelès c/ Ukraine*, Opinion dissidente (CIRDI ARB/02/18), 29 avr. 2004, § 5.

certain auteurs¹⁹⁸ et la jurisprudence du Centre a eu tendance à se stabiliser en sens inverse¹⁹⁹.

Mais, au-delà de l'utilisation de l'article 25 de la Convention de Washington ou des clauses des traités permettant de remonter la chaîne de contrôle, la fraude ou l'abus de procédure seraient-ils qualifiables en l'espèce ? C'est l'acquisition même du droit d'accès au tribunal arbitral qui est contestée. L'investisseur fait usage de la liberté d'établissement pour recueillir un droit auquel il ne peut prétendre. C'est donc la notion de fraude qui trouvera à s'appliquer, encore faut-il prouver les trois éléments la constituant. L'élément légal est caractérisé par le fait que la situation interne initiale ne puisse pas être régie par un traité de protection des investissements. L'investisseur procède alors à des manœuvres en modifiant la situation purement interne en une situation internationale. L'élément matériel est donc présent mais l'intention frauduleuse sera plus difficile à prouver. Il est nécessaire d'établir que ces manœuvres avaient pour seul objectif l'applicabilité d'un traité de protection des investissements. Or, lorsque d'autres intérêts entrent en compte dans la création et la gestion de la société étrangère constituée par le ressortissant de l'État hôte, il sera difficile de démontrer que l'investisseur national a créé une société étrangère dans le seul but d'internationaliser la situation. Toutefois, la nécessité pour les arbitres de se référer à un faisceau d'indices semble d'autant plus importante dans de telles situations où le critère chronologique ne serait pas pertinent.

La fraude se manifeste spécifiquement dans les cas où l'applicabilité d'un traité et donc la compétence des arbitres a été créée de toutes pièces. Pour autant, toutes ces situations ne sont pas susceptibles d'être qualifiées de fraude. Certaines semblent même légitimes s'agissant pour l'investisseur de protéger son investissement. À l'abord de chacune de ces situations, il convient de se demander si une option procédurale était ouverte au demandeur pour régir la situation présente. C'est donc l'élément légal qui permet le mieux d'identifier la fraude dans ce contexte. L'option était-elle ouverte à l'investisseur ? Un autre système normatif régissait-il déjà la situation ? L'investisseur ayant tout loisir de choisir un autre traité que celui précédemment applicable pour protéger son investissement d'un futur et hypothétique litige, alors, l'option procédurale constituée par l'accessibilité des traités est légitimement exercée. Mais, dans une situation purement interne ou dans le cas d'un litige prévisible, l'exercice d'une telle option procédurale ne saurait régir la situation donnée.

La structuration de l'investissement, ayant pour unique objectif de fabriquer la compétence d'un tribunal arbitral, relève majoritairement de la fraude mais peut également être considérée comme légitime. Même si l'acquisition de ce droit d'accès est légitime, un abus de ce droit peut être constaté du fait, par exemple, de l'utilisation de sociétés de complaisance. Mais d'autres exemples d'abus de procédure peuvent être donnés, notamment dans les cas de multiplication des procédures, mais également lorsque la procédure est utilisée dans un autre objectif que celui pour lequel elle a été instituée.

2 – L'usage abusif de la procédure d'arbitrage

L'investisseur détenant légitimement un droit d'accès à un tribunal arbitral peut être amené à en abuser. Ces situations d'abus de procédure se manifestent de différentes manières dans la jurisprudence arbitrale et ne sont pas toujours reconnues.

Les cas de concurrence des procédures en sont l'exemple. Il s'agit de la multiplication de

¹⁹⁸ E. Gaillard., *Chronique des sentences arbitrales, JDI (Clunet) n° 1*, janv. 2009, chr. 2, p. 23 : l'auteur qualifie l'opinion du Professeur Weil de « très curieuse ».

¹⁹⁹ Les sentences *ADC c/ Hongrie* (CIRDI ARB/03/16), du 2 oct. 2006, et *Rumeli Telekom et Telsim Mobil c/ Kazakhstan* (CIRDI ARB/05/16), du 29 juill. 2008, témoignent notamment de cette tendance.

plusieurs arbitrages ou de procédures de différentes natures mais concernant les mêmes faits et bénéficiant aux mêmes intérêts. Plusieurs cas ont déjà été exposés²⁰⁰, mais une affaire retiendra particulièrement notre attention. Il s'agit des sentences *CME* et *Lauder* dont les faits ont été présentés précédemment. Rappelons que la société CME, incorporée aux Pays-Bas, exerce une activité économique dans l'audiovisuel tchèque. Suite à des mesures étatiques défavorables, elle engage une procédure d'arbitrage CIRDI sur le fondement du traité conclu entre les Pays-Bas et la République tchèque. Dans le même temps, M. Lauder, un américain actionnaire de la société CME, engage également une procédure d'arbitrage sur le fondement du traité conclu entre la République tchèque et les États-Unis, car les agissements de l'État défendeur à l'encontre de CME ont également eu des répercussions sur cet actionnaire. L'État tchèque fait alors face à deux procédures différentes pour les mêmes agissements et au bénéfice des mêmes intérêts. Le défendeur met en avant l'abus de procédure du demandeur. Les deux tribunaux arbitraux vont rejeter cette allégation, soutenant que les deux situations ne sont pas identiques²⁰¹. Le seul risque serait, pour eux, celui de la double indemnisation. Une attention particulière a donc été portée au calcul de la réparation demandée. Mais deux sentences « contradictoires et inconciliables »²⁰² ont été rendues, l'une estimant que les agissements de l'État étaient légitimes, l'autre les condamnant. L'État exerce alors un recours en annulation de la sentence le condamnant devant les juridictions suédoises. Ces dernières estiment que le traité et les parties étant différentes dans chacune des affaires, l'annulation ne pouvait être requise²⁰³.

L'accès au droit de recourir à l'arbitrage n'est pas contestable en l'espèce, la qualité d'investisseur étant, de jurisprudence constante, reconnue à l'actionnaire comme à la filiale. Les demandeurs exercent chacun des prérogatives acquises légitimement dans le but d'obtenir une indemnisation à laquelle ils ont droit. Mais l'indemnisation de l'un bénéficiera à l'autre et, inversement, ces deux procédures profitent aux mêmes intérêts. Le risque de double indemnisation a été pris en compte par les arbitres mais l'objectif est, en réalité, de maximiser les chances de réussite. Une telle utilisation du recours à l'arbitrage d'investissement est-elle constitutive d'un abus de droit ?

Premièrement, en considération du critère finaliste d'appréhension de l'abus de droit, C. Crepet relève que « cette situation affecte la crédibilité du mécanisme arbitral de règlement des différends »²⁰⁴. Le cumul de l'exercice de ces droits, au sein d'un même groupe de sociétés, semble aller à l'encontre de l'objectif protecteur poursuivi.

Deuxièmement, la maximisation des chances de réussite par l'investisseur crée une disproportion manifeste entre l'avantage procuré au demandeur et les inconvénients supportés par le défendeur. Cette disproportion caractéristique de l'abus de procédure est notamment relevée par E. Gaillard pour qui, le risque le plus important de la multiplication des procédures, est celui de l'augmentation des chances de l'emporter pour l'investisseur²⁰⁵.

Pour conclure, dans une telle situation, l'abus de procédure aurait pu être caractérisé, pourtant, cela n'a pas été l'avis des deux tribunaux arbitraux. Les arbitres tiendront peut-être compte, à l'avenir, des remarques et critiques émises par la doctrine. Pour l'heure, dans l'affaire

²⁰⁰ *Ampal-American Israel Corporation and others c/ Égypte*, op. cit., note 105, et *OI European Group BV c/ Venezuela*, op. cit., note 107.

²⁰¹ *Ronald S. Lauder c/ la République tchèque*, op. cit., note 109, § 176-180, *CME BV c/ la République tchèque*, op. cit., note 108, § 412.

²⁰² W. Ben Hamida, L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions, op. cit., note 102.

²⁰³ Jugement de recours en déclaration d'invalidité de la sentence, C. Stockholm, 15 mai 2003.

²⁰⁴ C. Crepet, La concurrence des procédures de règlement des différends, *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2003, n° 312, § 6.

²⁰⁵ E. Gaillard, Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements », op. cit., note 103.

récente *Ampal-American c/ Égypte*, déjà évoquée, le tribunal arbitral n'a pas admis l'abus de procédure. Pour lui, aucune mauvaise foi ne découle de l'usage de la structure sociale pour multiplier les recours afin de réparer les divers préjudices subis dans le groupe. Par exception, le tribunal reconnaît qu'un abus pourrait être caractérisé par la multiplication des procédures, lorsque celles-ci tendent à réparer le même préjudice et donc à recouvrir la même somme²⁰⁶. En l'espèce, les réclamations de M. Maïman et celles d'Ampal-American portent sur la même participation. Les différentes parties avaient le droit de recourir à diverses procédures du fait de l'incertitude quant à la compétence de chacune. Mais, une fois qu'un des tribunaux s'est déclaré compétent, poursuivre la procédure devant le second constituerait un abus de procédure. C'est pourquoi, le présent tribunal arbitral invite la société Ampal-American à renoncer à cette procédure et à obtenir réparation de son préjudice auprès de M. Maïman²⁰⁷. La solution est d'empêcher de faire produire un effet à cette multiplication des procédures tout en évitant de la qualifier l'abus de procédure. Le tribunal arbitral redonne un sens au comportement des parties qui était d'obtenir, à tout prix, au moins un jugement sur le fond. Cette solution est, à notre avis, assez satisfaisante dans la mesure où elle ne laisse pas perdurer les diverses procédures. Pourtant cette analyse peut être critiquée car elle ne tient compte que d'une potentielle double indemnisation et non de la situation de l'État défendeur qui se trouve confronté à de multiples procédures.

L'abus de procédure n'a pas également été retenu dans l'affaire *Saipem*²⁰⁸. La société italienne Saipem a conclu un contrat de construction de gazoduc avec la société nationale bangladaise Petrobangla. Le contrat contenait une clause d'arbitrage CCI et était soumis à la loi du Bangladesh. Suite à des retards et des problèmes de paiement, Saipem a engagé un arbitrage CCI à l'encontre de Petrobangla. De nombreux recours contre l'arbitrage ont été intentés devant les juridictions locales par Petrobangla afin d'empêcher la poursuite de la procédure. Les juridictions locales ont été particulièrement hostiles à l'arbitrage, révélant une collusion entre Petrobangla et l'État²⁰⁹. Les arbitres ont, tout de même, mené l'arbitrage à son terme estimant que la poursuite ou non de l'arbitrage était une décision qui leur appartenait. La sentence condamne Petrobangla en raison des violations contractuelles constatées. Les juridictions bangladaises considèrent la sentence comme inexistante du fait de leur désaccord avec le déroulement de la procédure.

La société *Saipem* engage alors un arbitrage CIRDI alléguant la violation par le Bangladesh du traité d'investissement qu'il a conclu avec l'Italie. Le demandeur évoque, notamment, des décisions arbitraires constituant un abus de procédure de la part des juridictions locales. L'État défendeur, lui, allègue également un abus de procédure entachant la compétence du tribunal arbitral car l'objectif de cet arbitrage serait de transformer une sentence CCI invalide en sentence CIRDI valide.

S'il était prouvé que le seul objectif de la procédure devant le CIRDI avait été de pallier à l'annulation d'une sentence, les deux critères caractérisant l'abus de procédure auraient pu être avancés. Premièrement, l'objectif de l'arbitrage a été détourné par l'investisseur qui l'utilise dans un but autre. Donc, le critère finaliste est rempli. Deuxièmement, une disproportion manifeste peut apparaître entre l'avantage recueilli par le demandeur et les inconvénients supportés par le défendeur. L'État ne peut risquer de se voir attirer devant un tribunal arbitral pour chaque refus de reconnaissance d'une sentence par ses juridictions.

Mais, en l'espèce, en ce qui concerne l'exception d'incompétence soulevée par l'État

²⁰⁶ *Ampal-American Israel Corporation and others c/ Égypte*, op. cit., note 105, § 330.

²⁰⁷ *Ibidem*, § 339.

²⁰⁸ *Saipem SpA c/ Bangladesh* (CIRDI ARB/05/07), décision sur la compétence du 21 mars 2007 et sentence du 30 juin 2009.

²⁰⁹ E. Gaillard, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 82, p. 33.

défendeur, les arbitres ont écarté l'abus de procédure car le demandeur évoquait des violations, qui ont été avérées, du traité en question. En effet, le comportement des juridictions locales est un abus de droit et le fait de priver un investisseur de la reconnaissance d'une sentence CCI peut être qualifié d'expropriation. L'investisseur ne cherchait pas à faire rejurer le litige. L'abus de droit n'est, à juste titre, pas retenu en ce qui concerne la compétence mais il est consacré sur le fond.

Le comportement des juridictions locales, hostiles à l'arbitrage, a été qualifié d'abus de droit. La notion de détournement de pouvoir, très proche de l'abus, pourrait permettre de mieux saisir un tel comportement²¹⁰. Celle-ci est également proche de la notion d'excès de pouvoir car elle peut se définir comme une « illégalité consistant, pour une autorité administrative, à utiliser ses pouvoirs dans un but autre que celui que lui permet de poursuivre la compétence qu'elle exerce »²¹¹. Les juridictions internes ont utilisé leurs pouvoirs à des fins partiales et arbitraires. L'hostilité envers la procédure arbitrale est uniquement commandée par l'intérêt de l'État. L'abus de droit et l'expropriation sont alors retenus par les arbitres pour condamner le Bangladesh.

La fraude et l'abus de procédure ont été identifiés et mis en pratique dans le cas de l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements. Mais ces deux procédés sont relativement difficiles à prouver et le contexte de l'arbitrage d'investissement est une difficulté supplémentaire.

C – La preuve

L'abus de procédure et la fraude sont des éléments difficiles à prouver pour les États défendeurs. La fraude soulève une difficulté particulière résidant dans la nécessaire preuve de l'intention frauduleuse. Les présomptions de fraude existantes en droit international privé français, se basant sur l'attitude des protagonistes et la situation de fait, ont été établies suite à la récurrence de certaines situations comme les mariages frauduleux dont le seul objectif est d'acquérir la nationalité française²¹². De telles présomptions n'existent pas, pour l'heure, en matière d'arbitrage d'investissement.

Dans le procès international, la charge de la preuve est commune, c'est-à-dire que « chaque partie a le devoir de contribuer de bonne foi à la recherche de la vérité »²¹³. Ainsi le refus de communication de documents sera sanctionné. En ce sens, l'article 34 du règlement CIRDI prévoit que : « Les parties coopèrent avec le Tribunal en ce qui concerne la production des preuves et toute autre mesure prévue au paragraphe (2). Le Tribunal prend formellement note du défaut d'une partie qui ne se conforme pas aux obligations résultant du présent paragraphe, ainsi que de toutes raisons données pour ce défaut ».

Le risque de la preuve, c'est-à-dire le risque de ne pas établir les preuves suffisantes, est partagé. Chacune des parties subira le risque de la preuve de ses allégations. L'État défendeur supporte le risque que l'abus et la fraude ne soient pas prouvés et l'investisseur supporte le risque de l'incompétence du tribunal arbitral. Chacune des parties s'évertuera à prouver les éléments qui lui sont favorables. Souvent, les arbitres emploient l'expression « charge de la preuve » pour, en réalité, désigner ce risque²¹⁴.

²¹⁰ C. Crepet d'Aigremont, *La notion d'abus de procédure*, op. cit., note 175.

²¹¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., note 174, p. 343.

²¹² Art. 26-4 du Code civil français.

²¹³ C. Santulli, *Droit du contentieux international*, 2^e éd., Domat, 2015, p. 500.

²¹⁴ *Pac Rim Cayman LLC c/ le Salvador*, op. cit., note 114, §2.11 : « Burden of Proof: As far as the burden of proof is concerned, in the Tribunal's view, it cannot here be disputed that the party which alleges something positive has ordinarily to prove it to the satisfaction of the Tribunal ».

Le risque de la preuve de la compétence pèsera sur l'investisseur qui devra démontrer que le tribunal est compétent *ratione voluntatis*, *ratione temporis*, *ratione materiae* et *ratione personae*. L'État défendeur supportera le risque de la preuve des exceptions d'incompétence qu'il soulève comme l'abus ou la fraude. Dans l'affaire *Lao Holding*, les arbitres ont estimé qu'ils étaient compétents *ratione temporis* car l'État défendeur n'apportait pas la preuve que l'investissement avait été effectué après la naissance du litige. La charge de la preuve semble alors peser sur l'État quant à la compétence du tribunal arbitral mais, en réalité, il n'en est rien²¹⁵. La charge de la preuve reste commune et le risque de la preuve de la compétence pèse sur le demandeur qui a apporté les éléments nécessaires. Le risque de la preuve de l'incompétence pèse, elle, sur l'État défendeur qui n'a pas su apporter les éléments démontrant cette chronologie.

L'administration de la preuve lors de l'instance arbitrale peut s'avérer complexe, notamment au regard de l'absence de précision en ce sens dans le règlement CIRDI et dans la Convention de Washington²¹⁶. Une grande latitude est laissée aux arbitres, entraînant une imprévisibilité pour les parties²¹⁷. Pour y remédier, certaines parties s'accordent sur les règles applicables en la matière. Dans l'affaire *Tidewater*, les parties sont convenues de l'application du règlement IBA²¹⁸ prévoyant des règles d'administration de la preuve couramment utilisées lors des arbitrages commerciaux. Le règlement IBA s'avère être un outil de complément des dispositions lacunaires du règlement CIRDI et de la Convention de Washington²¹⁹, mais encore faut-il que les parties s'accordent quant à son application.

La question de l'administration de la preuve est très importante en présence d'une fraude ou d'un abus de procédure. Dans ce cas précis, l'investisseur détient souvent les preuves nécessaires à l'État défendeur pour faire valoir son exception de procédure. Par exemple, la preuve de la chronologie des événements requiert l'ensemble des éléments relatifs à l'incorporation d'une société par l'investisseur. À l'inverse, les preuves quant au préjudice subi par l'investisseur sont souvent détenues par l'État défendeur. Il reviendra aux arbitres de prendre en compte cette difficulté particulière et d'établir, en cas de besoin, une ordonnance de procédure afin de déterminer le devoir de chaque partie quant aux échanges d'informations tout en respectant des critères de confidentialité²²⁰, d'accessibilité et de pertinence²²¹ des preuves.

L'arbitrage d'investissement s'insère dans un contexte factuel et juridique particulier. La procédure arbitrale est associée au droit privé mais est également influencée par le droit international public. La présence d'un État souverain lors de la procédure est inédite et suppose des solutions particulières. La détermination d'une fraude, d'un abus de procédure ainsi que leur preuve s'insèrent alors dans ce contexte original tout comme la détermination des fondements invocables,

²¹⁵ M. Laazouzi, Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, op. cit., note 47.

²¹⁶ Les articles 43 (a) de la Convention de Washington (« Sauf accord contraire des parties, le Tribunal s'il l'estime nécessaire, peut à tout moment durant les débats demander aux parties de produire tous documents ou autres moyens de preuve ») et 34 règlement CIRDI (« Le Tribunal peut, s'il le juge nécessaire, à tout moment de l'instance requérir les parties de produire des documents, de citer des témoins ou de faire entendre des experts »).

²¹⁷ S. Manciaux, Chronique des sentences arbitrales, *JDI (clunet)* n° 1, janv. 2012, chr. 2, p. 51 : « La latitude laissée ainsi aux arbitres CIRDI au sujet des preuves dont ils peuvent demander la production, "s'ils l'estiment nécessaires", a amené certains tribunaux arbitraux à se reconnaître un pouvoir discrétionnaire en la matière (...) ».

²¹⁸ Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, adoptées le 20 mai 2010, par résolution du Conseil de l'IBA (International Bar Association).

²¹⁹ S. Manciaux, Chronique des sentences arbitrales, op. cit., note 217, p. 25.

²²⁰ La pertinence de l'argument de la confidentialité des documents dans une instance internationale a été notamment discutée dans l'affaire *Glamis Gold Ltd c/ les États-Unis*, CNUDCI, décision sur la production de documents, du 17 nov. 2005, § 20.

²²¹ Les critères d'accessibilité et de pertinence ont été établis dans l'affaire *ADF Group Inc. c/ États-Unis* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janv. 2003, § 29.

largement inspirés du droit international public.

§ III – Les fondements invocables

Le fondement est « ce qui sert de base, d'appui à quelque chose »²²². Juridiquement parlant les fondements sont les textes, les principes sur lesquels se base une argumentation. L'abus de droit et la fraude sont des notions utilisées en droit interne comme en droit international dans le but de faire respecter les finalités d'un système juridique. En droit français, elles ont notamment été mises en lumière par la jurisprudence et prennent racine dans des fondements tels que la bonne foi. Mais dans le cadre international et conventionnel de l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements, ces notions ne sont pas contenues dans les traités et les conventions applicables. Sur quels fondements l'abus de procédure et la fraude peuvent-ils être appliqués ?

Il est admis que les arbitres ont le pouvoir de mettre en œuvre l'abus de procédure comme la fraude, ils sont les acteurs de la procédure arbitrale et il est donc fondamental qu'ils puissent faire respecter ses finalités²²³. La bonne foi est le fondement le plus utilisé (A) mais les concepts d'abus de droit et d'*estoppel* peuvent également être évoqués en tant que fondements autonomes (B).

A – La notion de bonne foi dans le contentieux arbitral

La bonne foi peut se définir comme étant « le comportement loyal (ou à tout le moins normal) que requiert, notamment l'exécution d'une obligation »²²⁴. Cette notion est un principe général du droit reconnu en droit interne comme en droit international²²⁵.

L'exécution et l'interprétation des traités internationaux doivent se faire de bonne foi, ce principe est consacré par la Convention de Vienne sur le droit des traités²²⁶. Les obligations naissant des traités internationaux doivent être exécutées de bonne foi. Les tribunaux arbitraux distinguent deux situations différentes dans lesquelles la bonne foi est primordiale : la bonne foi procédurale et la bonne foi matérielle²²⁷.

La bonne foi procédurale est celle que doivent observer les parties lors de l'instance arbitrale. Elle a notamment été sanctionnée dans les affaires *Europe Cement* et *Cementownia c/ Turquie*²²⁸. Dans les deux espèces, les investisseurs avaient initié une procédure d'arbitrage contre la Turquie pour les atteintes portées à leurs investissements mais les deux demandeurs étaient incapables de fournir la preuve de la détention de leurs investissements avec des documents viables. Les investisseurs ont alors demandé aux arbitres de se déclarer incompétents. La Turquie,

²²² *Dictionnaire de l'Académie française*.

²²³ U. Topcan, *Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration*, op. cit., note 171, p. 645 : « Accordingly, it can be unhesitatingly concluded from previous decisions of ICSID tribunals and from the consensus among the doctrine, that ICSID tribunals, as judicial institutions governed by public international law, do have the necessary power to deal with the abusive conduct of investors and that such power exists independently of any statutory reference ».

²²⁴ E. Zoller, *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland, S. Rials, PUF, 2003, p. 145.

²²⁵ CIJ, 20 déc. 1974, *Essais nucléaires*, § 49 : « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi ».

²²⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités conclue le 23 mai 1969 à Vienne, art. 26 (« Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ») et art.31 § 1 (« Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »).

²²⁷ La distinction a été notamment amenée par les arbitres dans l'affaire *Abaclat and others c/ La République d'Argentine*, (CIRDI ARB/07/5), décision du 4 août 2011, § 647.

²²⁸ *Cementownia « Nowa Huta » SA c/ la Turquie* (CIRDI/ARB(AF)/06/2), sentence du 17 sept. 2009 et *Europe Cement Investment & Trade SA c/ la Turquie* (CIRDI/ARB(AF)/07/2), sentence du 13 août 2009.

elle, avançait qu'un abus de droit avait été commis par les demandeurs qui avaient mis en œuvre une telle procédure en sachant pertinemment qu'ils n'avaient pas la qualité d'investisseur. Les arbitres dans la décision *Cementownia* ont estimé que les parties à une procédure arbitrale ont une obligation d'adopter un comportement compatible avec les exigences de la bonne foi²²⁹. Dans l'affaire *Europe Cement*, les arbitres rappellent que le principe de bonne foi est un principe général présidant à l'interprétation et à l'exécution des traités²³⁰. Les deux tribunaux parviennent à la conclusion que la mauvaise foi dans l'introduction de la demande représente un abus de procédure²³¹.

La bonne foi matérielle est celle dont doit faire preuve l'investisseur dans la structuration de son investissement. Les arbitres, dans l'affaire *Phoenix*, ont estimé qu'un investissement réalisé de mauvaise foi ne saurait être un investissement protégé par le traité de protection des investissements et la Convention de Washington. La bonne foi devient alors une condition, non à la réalisation de l'investissement, mais à sa protection²³². L'investisseur qui, devant une instance arbitrale, demande la protection d'un investissement réalisé de mauvaise foi commet un abus de procédure selon le tribunal arbitral²³³. Comme nous l'avons établi, cet abus constitue en réalité une fraude.

L'abus de procédure comme la fraude sont des procédés empreints de mauvaise foi. La bonne foi est donc un fondement notable mais des fondements autonomes peuvent également être dégagés.

B – Les fondements autonomes

L'abus de procédure est reconnu comme étant un principe général du procès international invocable sans texte²³⁴. Mais ce fondement autonome est difficilement admis. Il a, par exemple, été rejeté dans les affaires de multiplication de procédures au bénéfice des mêmes intérêts. Dans les affaires *Lauder* et *CME*, les arbitres ont estimé qu'il n'existait pas d'abus de procédure car les parties et les causes de l'action ne sont pas les mêmes dans chacune des affaires²³⁵.

Les cas d'*estoppel* sont davantage sanctionnés dans le contentieux interétatique et ce fondement pourrait prendre une place importante en matière d'arbitrage d'investissement²³⁶.

²²⁹ *Cementownia « Nowa Huta » SA c/ la Turquie*, op. cit., note 228, § 153 : « Parties to an arbitration proceeding must conduct themselves in good faith ».

²³⁰ *Europe Cement Investment & Trade S.A. c/ la Turquie*, op. cit., note 228, § 171 : « It is well accepted in investment arbitrations that the principle of good faith is a principle of international law applicable to the interpretation and application of obligations under international investment agreements ».

²³¹ *Ibidem*, § 175 : « A claim based on the false assertion of ownership of an investment is equally an abuse of process » et *Cementownia « Nowa Huta » SA c/ Turquie* (CIRDI/ARB(AF)/06/2), sentence du 17 sept. 2009 § 159 : « The Arbitral Tribunal is of the opinion that the Claimant has intentionally and in bad faith abused the arbitration ».

²³² R. Kreindler, *Are Tribunals Setting New Limits on Access to International Jurisdiction?*, op. cit., note 168, p. 41 : « A bad-faith investment can be an "investment," even in the context of ICSID Convention Article 25, but that does not mean that it is to be protected and it does not mean that the tribunal will necessarily uphold jurisdiction ».

²³³ *Phoenix Action Ltd c/ la République tchèque*, op. cit., § 100 : « The purpose of the international mechanism of protection of investment through ICSID arbitration cannot be to protect investments made in violation of the laws of the host State or investments not made in good faith, obtained for example through misrepresentations, concealments or corruption, or amounting to an abuse of the international ICSID arbitration system ».

²³⁴ C. Santulli, *Droit du contentieux international*, op. cit., note 213, p. 261.

²³⁵ *Ronald S. Lauder c/ la République tchèque*, op. cit., note 108, § 177 : « The Arbitral Tribunal does not see any abuse of process by the Claimant's pursuit of his claim in the present proceedings and by CME's pursuit of its claim in the parallel arbitration proceedings. As already stated (see 4.3 above), the claimants and the causes of action are not the same in the two cases ».

²³⁶ C. Crepet d'Aigremont, *La notion d'abus de procédure*, op. cit., note 175.

Cette technique de source anglo-saxonne peut s'examiner comme une exception de procédure empêchant une partie d'alléguer une prétention ou un argument « contredisant son comportement antérieur ou une position prise précédemment et dans lequel (ou laquelle) les tiers avaient placé leur confiance légitime »²³⁷.

En définitive, l'abus pourra être sanctionné au titre de la contradiction au détriment d'autrui²³⁸. L'*estoppel* se manifeste en droit international des investissements dans le cadre de la multiplication des recours, cas dans lesquels il est possible de déceler un abus de procédure.

Dans l'affaire *Petrobart*, une entité publique du Kirghizstan a conclu un contrat de vente de gaz avec la société *Petrobart* incorporée à Gibraltar. Suite à de nombreux impayés, *Petrobart* a saisi un tribunal arbitral CNUDCI sur le fondement de la loi kirghize sur l'investissement comportant un consentement à l'arbitrage. Les arbitres ont estimé que le contrat de vente ne constituait pas un investissement et se sont déclarés incompétents²³⁹. *Petrobart* saisit alors un second tribunal arbitral, mais, cette fois, sur le fondement de l'article 26 de la Charte de l'énergie. Le Kirghizstan soulève l'incompétence des arbitres en alléguant notamment le principe de l'*estoppel* et de la *res judicata*. Les arbitres n'ont pas fait droit à cette exception de procédure estimant que les deux litiges étaient fondés sur des dispositions différentes et que ces dispositions, même si elles renvoyaient toutes deux à un arbitrage CNUDCI, prévoyaient des modalités de nomination des arbitres différentes. De plus, la Charte de l'énergie n'interdit pas aux investisseurs de se prévaloir de ces deux mécanismes²⁴⁰.

L'*estoppel* est alors systématiquement rejeté par les arbitres en l'absence d'identité entre les litiges intentés au profit des mêmes intérêts. Mais l'identité ne sera jamais reconnue dans de telles affaires car ce sont des demandeurs différents mais faisant partie du même groupe de sociétés. Cependant, une sentence récente a ouvert la possibilité aux États défendeurs de se prévaloir de l'*estoppel*.

Il convient de distinguer l'*estoppel* par représentation de l'*estoppel* subsidiaire. L'*estoppel* par représentation sanctionne le comportement d'une partie qui invoque « un fait contraire à la représentation initiale qu'il en a donnée à l'autre partie »²⁴¹. L'*estoppel* subsidiaire, aussi dénommé *estoppel* par *res judicata*, se rapproche de l'exception de chose jugée en interdisant « à une partie d'établir en justice – autrement que par les voies de recours qui lui sont offertes – un fait contraire à ce qui a été décidé par une précédente décision de justice »²⁴². Une triple identité d'objet, de cause et de parties doit être retenue dans le cas de l'autorité de chose jugée comme dans le cas de l'*estoppel* subsidiaire. Pour autant, les deux ont été distingués par un tribunal arbitral qui retient une appréciation souple de la triple identité dans le cas de l'*estoppel* subsidiaire.

Dans l'affaire *Grynberg*²⁴³, un contrat d'exploitation pétrolière a été conclu en 1996 entre la société RSM, incorporée aux États-Unis, et La Grenade contenant une clause compromissoire. Suite à un litige concernant l'exécution du contrat, RSM a effectué une demande d'arbitrage sur le fondement de la clause compromissoire. Elle est déboutée de sa demande par une sentence du 13 mars 2009²⁴⁴. La société forme un recours devant un comité *ad hoc* alléguant des faits de corruption entourant l'affaire. Le comité *ad hoc* ne fait pas droit à cette demande. La société RSM et trois autres

²³⁷ Dictionnaire de la culture juridique, sous la dir. de J. Salmon, Bruylant, 2001, p. 450.

²³⁸ C. Santulli, Droit du contentieux international, op. cit., note 213, § 453.

²³⁹ *Petrobart Ltd c/ La République du Kirghizstan*, CNUDCI, sentence du 13 févr. 2003.

²⁴⁰ *Petrobart Ltd c/ La République du Kirghizstan*, SCC (126/2003), sentence du 29 mars 2005, p. 67.

²⁴¹ S. Manciaux, Chronique des sentences arbitrales, *JDI (clunet)* n° 2, janv. 2011, chr.5, p. 39.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg et RSM Production Corp. c/ La Grenade* (CIRDI ARB/10/16), sentence du 10 déc. 2010.

²⁴⁴ *RSM Production Corporation c/ La Grenade* (CIRDI ARB/05/14), sentence du 13 mars 2009.

actionnaires de cette société effectuent une nouvelle demande d'arbitrage, mais cette fois-ci au moyen du traité conclu entre les États-Unis et La Grenade.

L'État défendeur forme une exception d'incompétence sur le fondement de l'autorité de chose jugée conformément, d'une part, à l'article 53(1) de la Convention de Washington²⁴⁵ et en invoquant, d'autre part, l'*estoppel* subsidiaire. Les arbitres vérifient la triple identité entre les deux litiges et deux points posent problème : l'identité de cause et l'identité de parties. L'identité de cause factuelle est largement vérifiée car les mêmes faits sont invoqués. L'identité de fondement juridique pose la question des *treaty claims* et *contract claims*. Les demandes fondées sur le contrat et les demandes fondées sur le traité doivent être distinguées et l'autorité de chose jugée n'aurait pu être reconnue. Mais les arbitres estiment que l'*estoppel* subsidiaire consacre une vision plus large de l'identité de cause permettant de ne prendre en compte qu'un « droit, une question »²⁴⁶ similaire. Les deux demandes ayant pour origine la relation d'investissement, les demandeurs souhaitent faire sanctionner le comportement de l'État dans le cadre de cette relation²⁴⁷. Les arbitres reconnaissent ici l'identité de cause. Concernant l'identité de parties, l'autorité de chose jugée aurait pu sanctionner la société RSM qui était partie au premier litige mais pas les trois actionnaires. Mais les arbitres considèrent que la notion d'*estoppel* subsidiaire, elle, retient une conception plus large de cette identité de parties. Ils jugent que celle-ci s'étend aux actionnaires.

Le tribunal arbitral, dans cette affaire, sanctionne la multiplication des recours par l'*estoppel* subsidiaire. Ce fondement pourra alors prendre une importance certaine en réprimant efficacement de tels abus. Le lien entre l'abus de procédure et l'*estoppel* n'est pas effectué par les arbitres mais S. Manciaux estime que « Le fait pour l'une des parties d'initier une nouvelle procédure en ignorant la décision résultant de la première est donc clairement constitutif d'un abus de procédure »²⁴⁸.

Le principe général d'abus de droit et l'*estoppel* révèlent la malice, la ruse de l'investisseur dans la protection de son investissement. Toute l'habileté de cet investisseur peut également être associée à un terme non juridique, mais couramment utilisé en droit international privé : le *forum shopping*.

SECTION 2 – LE *FORUM SHOPPING* DANS LE CADRE DU DROIT DE L'INVESTISSEMENT

La multiplicité des traités d'investissement offre aux investisseurs une protection importante et les incite à tenir compte de l'existence des traités lors de la réalisation de leur investissement. En droit international des investissements, le *forum shopping* se manifeste alors comme un élément propre à la protection de l'investisseur (§ I) mais peut également être associé à la fraude ou à l'abus de procédure (§ II).

§ I – Le *forum shopping* protecteur de l'investissement

Le *forum shopping* est un terme utilisé en droit international privé découlant à la fois du latin et de l'anglais permettant de désigner « la possibilité, pratique et théorique, pour le demandeur ou les deux parties de concert, de soumettre leur litige à un for déterminé en fonction du résultat

²⁴⁵ Convention de Washington, art. 53(1) : « La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention ».

²⁴⁶ Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg et RSM Production Corp. c/ Grenade, op. cit., note 243, p. 15.

²⁴⁷ S. Manciaux, Chronique des sentences arbitrales, op. cit., note 241, p. 42.

²⁴⁸ Ibidem, p. 38, § 15.

matériel plus favorable qu'il pourrait obtenir »²⁴⁹. En droit de l'investissement, ce n'est pas la compétence d'un *for* qui est recherchée mais l'application d'un traité entraînant la compétence d'un tribunal. Cette pratique est communément désignée par le terme *treaty shopping* par analogie au *forum shopping*.

Ce comportement consistant à rechercher la compétence d'un juge ou d'un tribunal arbitral est souvent directement associé à la fraude²⁵⁰. Pour autant, les deux notions doivent être distinguées car le *forum shopping* pourra rassembler tous les choix que peut faire l'investisseur quant à l'applicabilité d'un traité sans, pour autant, que son comportement soit frauduleux. Le *forum shopping* peut à la fois désigner un comportement répréhensible comme un comportement légitime (A), mais il demeure une pratique encouragée en droit de l'investissement (B).

A – Le *forum shopping bonus* et le *forum shopping malus*

P. Vareilles-Sommière présente le *forum shopping* comme une notion « paradoxe » pouvant à la fois être admise et encouragée comme combattue²⁵¹. À travers les notions de *forum shopping bonus* et de *forum shopping malus*, l'auteur délimite la légitimité de l'exercice des options procédurales offertes aux intéressés.

Le *forum shopping bonus* concerne toutes les hypothèses d'exercice pour le demandeur de sa liberté de choix de la juridiction qui sera, pour lui, la plus favorable. Ce « bon » *forum shopping* peut être associé à ce que certains auteurs appellent le « *treaty shopping légitime* »²⁵². E. Gaillard estime que structurer ou restructurer son investissement en tenant compte des traités est une pratique légitime et non sanctionnable²⁵³.

Le *forum shopping malus* se manifeste lorsque le demandeur exerce son choix avec une intention malicieuse²⁵⁴. Ce comportement est très souvent associé à la fraude et plus rarement à l'abus de droit. E. Gaillard désigne cette deuxième situation comme celle dans laquelle « un opérateur confronté à diverses difficultés actuelles l'opposant à un État donné s'efforce de restructurer, une fois le litige né, son investissement de façon à bénéficier d'une protection à laquelle il n'aurait pas droit »²⁵⁵. Ce dernier fait référence aux comportements identifiés, dans les affaires *Phoenix* et *Lao Holding*, notamment, qui constituent une fraude aux traités. Les cas d'abus du choix du traité, qui seront traités plus tardivement, se rapportent également à ce « mauvais » *forum shopping*.

Le *forum shopping* institué et favorisé par les traités sera limité à des comportements abusifs et frauduleux. Le *forum shopping* prend, dans le contexte de l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements, un aspect particulier et original, celui d'un *forum shopping in favorem*.

²⁴⁹ E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi, Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, p. 350, § 436.

²⁵⁰ S.H. Nikiéma, Définition de l'investisseur, Best practices series, IISD, 2012, p. 3. L'auteur désigne le *treaty shopping* comme étant « la pratique des investisseurs qui recherchent délibérément à bénéficier de la protection plus avantageuse d'un TBI signé entre un État dont ils n'ont pas la nationalité et l'État hôte dans lequel ils ont investi ».

²⁵¹ P. de Vareilles-Sommières, *Le forum shopping devant les juridictions françaises, TCFDIP, 1998-1999*, Pedone, 2001, p. 49s.

²⁵² U. Topcan, Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration, op. cit., note 171, p. 629 : terme traduit de l'expression « *legitimate treaty shopping* ».

²⁵³ E. Gaillard, Chronique des sentences arbitrales, op. cit., note 82, p. 25.

²⁵⁴ E. Cornut, *Forum shopping et abus du choix du for en droit international privé*, op. cit., note 164.

²⁵⁵ E. Gaillard, Chronique des sentences arbitrales, op. cit., note 82, p. 25.

B – *Le forum shopping in favorem*

Le *forum shopping* est un comportement découragé en droit international privé qui tend à le limiter par l'harmonisation des règles²⁵⁶. Force est de constater qu'en matière d'arbitrage d'investissement, la situation est inverse. Les traités bilatéraux se multiplient créant des protections spécifiques accordées aux ressortissants de certains États. E. Gaillard a décelé, dans cette configuration, un *forum shopping in favorem*, c'est-à-dire un *forum shopping* encouragé et favorisé par les traités et faisant partie intégrante de la protection de l'investisseur²⁵⁷.

L'investisseur, s'il exerce l'option procédurale donnée, fera toujours le choix du traité le plus protecteur pour son investissement. Le *forum shopping* est alors un moyen pour l'investisseur de se protéger. Encore faut-il que cette option procédurale existe. Elle sera ouverte à tout investisseur souhaitant investir dans un État étranger. Dans les affaires *Tokios Tokelès*, *Natgas*, *Burimi* et *Alpha*, le montage effectué avait pour résultat d'internationaliser un investissement et d'offrir à l'investisseur le bénéfice d'un traité de protection des investissements. L'acquisition de l'option procédurale aurait pu être qualifiée de frauduleuse.

Cette opportunité protectrice ouverte à tous les investisseurs internationaux peut être exercée ou non. Mais il revient à l'investisseur de tirer toutes les conséquences de sa structuration ou de sa restructuration de l'investissement. Il incombe à ce dernier d'utiliser ses options procédurales à bon escient et en temps voulu.

La clause de la nation la plus favorisée est un élément favorisant d'autant plus le *forum shopping*. Celle-ci permet à un investisseur, relevant d'un traité de protection des investissements, de bénéficier des dispositions plus favorables contenues dans un autre traité conclu par le même État. L'usage de cette clause est admis en ce qui concerne les dispositions de fond comme les dispositions procédurales²⁵⁸. Les investisseurs bénéficiant d'un tel traité pourront choisir, dans les autres traités conclus par l'État, les clauses qui seraient plus protectrices. Le *forum shopping* est largement encouragé par ces clauses.

Dans ce contexte, les groupes de sociétés fleurissent et échafaudent de stratégies protectrices de leurs investissements. D. Burriez a identifié la pratique du « *treaty shopping* procédural d'incorporation »²⁵⁹. Celui-ci consiste, pour un groupe de sociétés, à incorporer chaque société intermédiaire dans un État différent bénéficiant d'un traité d'investissement avec l'État dans lequel l'investissement est effectué. Au moment de la naissance du litige, le groupe, qui a les mêmes intérêts, désignera la société qui peut bénéficier du traité le plus intéressant comme demanderesse à une procédure arbitrale.

L'exercice de ce *forum shopping* se fera dans les limites imposées par les traités et éventuellement par la Convention de Washington. En effet, il est possible qu'il soit contré par la décision des arbitres de lever ou non le voile social, en conformité par rapport aux dispositions applicables.

Il est à présent plus aisé de comprendre la position des arbitres dans les affaires *Gold reserve*, *Pac Rim* et *Rompetrol*. Il ne pouvait pas être reproché aux investisseurs d'exercer un *forum shopping* largement favorisé par les traités applicables. Il revenait alors aux États de limiter les hypothèses dans lesquelles les investisseurs peuvent créer des sociétés de complaisance, afin de recueillir

²⁵⁶ E. Cornut, *Forum shopping* et abus du choix du for en droit international privé, op. cit., note 164, § 13 : « En droit international privé français, le *forum shopping* est généralement vu avec défiance ».

²⁵⁷ E. Gaillard, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, op. cit., note 88.

²⁵⁸ *Emilio Agustin Maffezini c/ le Royaume d'Espagne* (CIRDI ARB/97/7), décision sur la compétence, 25 janv. 2000.

²⁵⁹ D. Burriez, *Le treaty shopping* procédural d'incorporation dans le contentieux arbitral transnational, *ICSID Review*, (2010) 25(2).

l'application d'un traité, par l'inclusion de clauses particulières : les clauses de déni des avantages²⁶⁰. Les États favorisant la pratique du *forum shopping*, il leur revient de la limiter. Pour autant, les hypothèses de fraude et d'abus de procédure ne sauraient être tolérées et apportent une limite supplémentaire au *forum shopping*.

§ II – Les interactions avec l'abus de procédure et la fraude

Le *forum shopping* est une notion que nous pouvons qualifier d'« additionnelle » par rapport à l'abus de procédure et à la fraude. Ce procédé désigne l'exercice d'une option procédurale par l'investisseur mais n'emporte aucun régime juridique et donc aucune conséquence de droit²⁶¹. C'est grâce à ses interactions avec la fraude (A) ou avec l'abus de procédure (B) qu'il est sanctionné.

A – Le *forum shopping* frauduleux

Les cas de fraude dans l'accès à un tribunal arbitral ont été identifiés précédemment et correspondent systématiquement à du *forum shopping* frauduleux²⁶². L'investisseur exerce l'option procédurale consacrée par les traités mais cette option ne lui sera pas ouverte sans manœuvres, donc le résultat recherché sera illégitime.

Il faut rappeler que la fraude ne saurait être identifiée sans les trois éléments cumulatifs qui la caractérisent. L'élément légal met en avant la situation initiale dans laquelle se trouve l'investisseur. Celle dans laquelle il ne peut bénéficier de l'application du traité qu'il recherche. Cela n'induit pas le fait que l'application du traité ne lui soit pas ouverte, il suffira certainement pour l'investisseur de changer de nationalité. Mais cela élimine les situations dans lesquelles l'investisseur fait un choix dans l'incorporation d'une société en prenant en compte les traités applicables. Dans le cas d'une fraude, la situation dans laquelle se trouve l'investisseur est déjà régie par un traité ou n'est concernée par aucun traité international du fait de son caractère interne. Ensuite, l'élément intentionnel permet de démontrer l'intention frauduleuse de l'investisseur qui souhaitera profiter d'un traité qui ne s'appliquait pas à la situation initiale. Enfin, l'élément matériel consiste en une modification de la situation de fait afin d'entrer dans le champ d'application du traité voulu.

C. Crepet d'Aigremont rapproche cette situation à celle de la fraude à la compétence en droit international privé. La recherche de la compétence d'une autre juridiction deviendra frauduleuse lorsque les protagonistes, ayant obtenu un jugement qui ne pourrait être rendu en France, demandent l'*exequatur* de cette décision sur le territoire français²⁶³. Cette comparaison est, à notre avis, tout à fait à propos dans la mesure où la situation initiale ne permet pas aux demandeurs d'obtenir un tel résultat. Le résultat illégitime sera alors recherché par un autre moyen mais aura pour finalité de régir cette même situation.

²⁶⁰ Rappelons que les arbitres dans la sentence *Tokios Tokelès* ont eu l'occasion d'émettre un avis sur la question de l'insertion par les États contractants d'une telle clause estimant qu'il revenait aux États de prendre les dispositions nécessaires pour empêcher ce *forum shopping*, *Tokios Tokelès c/ Ukraine*, op. cit., note 68, § 36 : « We regard the absence of [a denial-of-benefits] provision as a deliberate choice of the Contracting Parties. In our view, it is not for tribunals to impose limits on the scope of BITs not found in the text, much less limits nowhere evident from the negotiating history ».

²⁶¹ E. Gaillard, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 82, p. 25.

²⁶² Expression notamment employée par C. Crepet d'Aigremont dans « L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI », op. cit., note 124, § 23.

²⁶³ C. Crepet d'Aigremont, *L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI*, op. cit., note 124, p. 460.

Dans l'affaire *Lao Holding*, l'investisseur, ressortissant de Macao, ne peut se prévaloir d'un traité de protection des investissements lui permettant d'engager une procédure devant un tribunal arbitral. Un litige est probable avec le Laos. Il va alors changer de nationalité pour recueillir l'application d'un traité contenant une clause d'arbitrage. Il en va de même dans l'affaire *Phoenix* dans laquelle la réalisation d'un investissement a pour seul objectif d'obtenir l'application d'un traité d'investissement. Le litige interne initial ne concernait ni un investissement, ni une situation internationale, le protagoniste exerce une option procédurale qui ne lui était pas ouverte. Il en va de même dans les affaires *National gas*, *Tokios tokelès*, *Burimi* et *Alpha*, dans lesquelles la situation purement interne ne permettait pas aux investisseurs de se prévaloir d'un traité de protection des investissements : ils ont donc internationalisé la situation dans ce but. Le *forum shopping*, en tant que protection de l'investissement, n'avait pas à s'appliquer dans ces cas-là car l'option qui caractérise ce procédé n'était pas ouverte à ces investisseurs, soit parce qu'elle avait déjà été exercée pour la situation présente, soit parce qu'elle n'existait pas, du fait du caractère interne de l'opération d'investissement.

L'investisseur exercera alors une option procédurale qui ne lui était pas ouverte. Il effectuera un *forum shopping malus* qui pourra être qualifié de fraude dans la mesure où les trois éléments sont prouvés. Dans le cas contraire, le *forum shopping* sera considéré comme légitime. Pour autant, l'intention peut être malicieuse sans qu'une fraude ne soit prouvée²⁶⁴, c'est pourquoi l'abus de procédure peut également limiter le *forum shopping malus*.

B – Le *forum shopping* et l'abus de procédure

Les cas d'abus identifiés précédemment ne correspondent que rarement à un *forum shopping* car ils sont relatifs à un abus du droit d'accès à un tribunal arbitral. La saisine des arbitres est alors un droit acquis par l'investisseur. Il convient à présent de s'intéresser à l'abus du choix du for.

La théorie de l'abus du choix du for est de plus en plus présente en droit international privé²⁶⁵ et justifie d'ailleurs l'invocation de l'abus de droit dans ce contexte où aucun droit subjectif n'est *a priori* reconnu. Mais lorsqu'une option procédurale est ouverte au demandeur, alors, cette option peut être considérée comme une prérogative, à charge pour lui de ne pas en abuser.

À la différence de la fraude, l'investisseur n'a pas modifié la situation de fait dans le but d'obtenir les bénéfices d'un traité qui n'était pas applicable. Dans le contexte de l'abus, aucun traité n'a d'applicabilité prédéterminée, c'est-à-dire que l'investisseur se retrouve face à un véritable choix. Cela serait la situation de plusieurs investisseurs de nationalité étrangère qui souhaiteraient créer une société pour investir dans un État. Un investisseur d'une certaine nationalité n'a aucune obligation de créer une entité dans l'État dont il est ressortissant, le choix de l'État d'incorporation, et du traité de protection qui va avec, lui est ouvert.

L'identification d'une intention de nuire dans l'exercice du choix du traité sera aisément reconnue comme un abus de droit mais, dans le contexte de l'arbitrage d'investissement, l'intention de l'investisseur est souvent celle de se protéger avant tout. Deux autres critères ont d'ores et déjà été identifiés, le critère de proportionnalité et le critère finaliste. E. Cornut avance ces deux mêmes critères pour qualifier spécifiquement l'abus de choix du for²⁶⁶.

²⁶⁴ E. Cornut, *Forum shopping* et abus du choix du for en droit international privé, op. cit., note 164.

²⁶⁵ H. Gaudemet-Tallon, *Fraude au jugement et abus de procédure*, op. cit., note 156, p. 900 : « Les travaux se sont multipliés ces dernières années à ce sujet, abordant d'une façon ou d'une autre le *forum shopping*, la fraude, l'abus de procédure, et il est impossible de les citer tous qu'il s'agisse de thèses (...) ou d'articles ».

²⁶⁶ E. Cornut, *Forum shopping* et abus du choix du for en droit international privé, op. cit., note 164, § 27.

La disproportion avait été mise en avant dans les cas de multiplication des procédures par des demandeurs représentant les mêmes intérêts à l'encontre du même État. L'abus se situe dans l'exercice du droit d'accès à un tribunal arbitral, droit qui a été légitimement acquis. L'abus ne se trouve pas au niveau du choix du traité mais lorsque l'investisseur le met en œuvre.

Les cas dans lesquels des sociétés de complaisance sont créées dans le but de se prévaloir d'un traité de protection des investissements pourraient être qualifiés de *forum shopping* abusif. Dans les affaires *Gold Reserve*, *Pac Rim* et *Rompetrol*, les arbitres n'avaient pas sanctionné l'acquisition du droit d'accès à un tribunal arbitral car le *forum shopping* exercé n'avait pas été limité par les États contractants et était légitime s'agissant de se prévaloir du traité pour les litiges à venir. L'abus de droit tel qu'il est entendu par les tribunaux arbitraux dans ces affaires, c'est-à-dire la fraude, n'avait pu être qualifié. Nous avons alors estimé qu'un abus de droit pouvait être envisagé par rapport à l'exercice abusif du droit d'accès à l'arbitrage et non par rapport à l'acquisition de ce droit. Toujours est-il que l'acquisition de ce droit peut tout de même être débattue sur le terrain de l'abus du choix du traité. Au moment où l'investisseur structure ou restructure son investissement, l'existence d'une diversité de traités de protection des investissements lui permet l'exercice d'un *treaty shopping* légitime. Mais au lieu de choisir celui qui lui serait le plus avantageux en entrant dans son champ de compétence, il crée une société dépourvue d'activité et uniquement destinée à engager, sous son contrôle, une procédure en cas de litige. En application du critère finaliste tout d'abord, un tel comportement ne respecte pas l'objectif des traités bilatéraux et multilatéraux, destinés à protéger tel investisseur plutôt qu'un autre. Si la société demanderesse ne gère pas réellement d'investissement sur le territoire de l'État contractant, la protéger irait à l'encontre du traité. De plus, la disproportion est manifeste entre les avantages recueillis par de tels stratagèmes et les inconvénients supportés par les États défendeurs. Alors la portée des traités se retrouve étendue à un nombre inconsideré d'investisseurs de toutes nationalités. Dans ces situations, l'abus se situe au niveau du choix du traité qui est exercé en contradiction avec les finalités du système et crée alors un déséquilibre entre les parties.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

L'habileté procédurale de l'investisseur s'apprécie comme étant une fraude, un abus ou encore un *forum shopping*. La fraude sanctionne la ruse dans l'acquisition du droit d'accès au tribunal arbitral quand l'abus de procédure sanctionne l'utilisation malicieuse de ce droit. Le *forum shopping*, ou *treaty shopping*, désigne toutes les situations dans lesquelles l'investisseur peut choisir le traité applicable, que cela relève d'une ruse ou bien de l'usage d'une simple opportunité de protection offerte par la multiplicité des accords internationaux sur l'investissement. Le *forum shopping* associé à la fraude et à l'abus de droit nous amène à distinguer la légitimité ou l'illégitimité du comportement de l'investisseur. L'appréciation de l'habileté procédurale de l'investisseur emportera des conséquences importantes concernant, d'une part, la procédure arbitrale elle-même et, d'autre part, l'avenir des accords internationaux en matière d'investissement.

DEUXIÈME PARTIE

LES CONSÉQUENCES DE L'ABUS DE PROCÉDURE, DE LA FRAUDE ET DU *FORUM SHOPPING* SUR LE RÈGLEMENT ARBITRAL DES DIFFÉRENDS EN DROIT DE L'INVESTISSEMENT

L'arbitrage d'investissement est un mécanisme récent, à la recherche d'équilibre, inséré dans un contexte contemporain de constante remise en question des aspects économiques de la mondialisation. Les droits accordés par les traités de protection des investissements sont perçus comme trop importants et préjudiciables aux États contractants. L'habileté procédurale des investisseurs qui recherchent sans cesse une protection plus importante de leurs investissements est appréhendée comme le paroxysme de l'immoralité et une des dérives les plus graves de l'arbitrage. L'abus de procédure, la fraude et le *forum shopping* ont des conséquences importantes sur la réaction des tribunaux arbitraux (Chapitre 1) ainsi que sur la réaction des acteurs du droit des investissements (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LA RÉACTION DES TRIBUNAUX ARBITRAUX : LES SANCTIONS DU COMPORTEMENT DE L'INVESTISSEUR

Le *forum shopping* n'emportant aucune conséquence de droit, ce sont les conséquences de la fraude et de l'abus de procédure qui seront évoquées ici. Les deux notions emportent des régimes juridiques différents malgré certaines similitudes. Les tribunaux arbitraux n'ont, à ce jour, jamais qualifié un comportement de fraude et utilisent toujours le terme « abus de procédure »²⁶⁷, même lorsque celui-ci n'est pas indiqué. Il nous faudra donc distinguer les conséquences qui sont, ou qui devraient être, associées à chacun de ces procédés.

L'identification d'une fraude ou d'un abus de procédure par le tribunal arbitral impactera l'avenir de la procédure. L'incompétence des arbitres est une sanction commune aux deux procédés (Section 1). Mais l'engagement de la responsabilité de l'investisseur, même si elle semble être normale en droit interne, n'est pas d'actualité en droit international des investissements (Section 2).

SECTION 1 – L'INCOMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Les investisseurs fraudeurs recherchent illégitimement l'applicabilité d'un traité de protection des investissements leur permettant d'accéder à l'arbitrage. L'investisseur qui abuse de son droit d'accès à l'arbitrage ou de sa prérogative de choix du traité utilise malicieusement et de mauvaise foi ses droits. C'est l'accès à l'arbitrage qui est recherché par ces investisseurs, il sera donc remis en cause par les arbitres eux-mêmes statuant sur leur propre compétence.

La fraude et l'abus de procédure affectent la compétence des arbitres (§ I), il en découlera la mise en œuvre d'une sentence sur la compétence et la recevabilité (§ II).

§ I – La compétence affectée par la fraude et l'abus de procédure

Il est incontestable que l'abus de procédure et la fraude feront obstacle au traitement de l'affaire au fond. Le non-respect de ses obligations internationales par l'État défendeur et la

²⁶⁷ Dans les différentes sentences évoquées, ce sont les expressions « abuse of process » et « abuse of right » qui sont utilisées par les tribunaux arbitraux.

réparation du préjudice causé à l'investisseur ne seront pas abordés par les arbitres car ceux-ci ne peuvent admettre le détournement des finalités de la procédure arbitrale. Deux exceptions de procédure permettent d'arriver à ce résultat et elles ont toutes les deux déjà été abordées, ce sont les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité.

L'incompétence et l'irrecevabilité n'entraînent pas les mêmes sanctions. En cas d'incompétence, l'instance sera close de manière définitive. Mais en cas d'irrecevabilité, il peut arriver que, dans certaines circonstances, la demande puisse être représentée²⁶⁸. C'est pourquoi, il est important de savoir si la fraude et l'abus entraînent une incompétence ou une irrecevabilité. Il a été précédemment exposé que l'irrecevabilité de la demande d'arbitrage ne concernait que des cas très précis comme le non-respect de clauses préalables. Pour autant, si l'incompétence ne fait pas de doute en matière de fraude (A), il peut arriver que, dans certains cas, l'irrecevabilité soit plus appropriée en matière d'abus de droit (B).

A – *Fraus omnia corrumpit*

« Suivant le raisonnement classique, la fraude a pour sanction sa propre inefficacité »²⁶⁹.

L'adage « *Fraus omnia corrumpit* » signifie que la fraude corrompt tout. Il traduit la sanction de la fraude qui est son inefficacité. La situation créée par l'auteur de la fraude ne saurait perdurer et le résultat recherché ne pourra être atteint. La fraude à la compétence a pour objectif de recueillir la compétence d'un juge ou d'un tribunal arbitral par la manipulation d'un élément de rattachement. Cet élément manipulé étant corrompu, le tribunal se déclarera incompétent par manque d'un critère de rattachement²⁷⁰. Ce critère frauduleusement modifié par l'investisseur ne sera pas pris en compte, le traité de protection des investissements sera inapplicable et le tribunal arbitral se déclarera incompétent.

Dans l'affaire *Phoenix*, l'investisseur a réalisé de mauvaise foi un investissement dans le seul but d'internationaliser un litige. Celui-ci a modifié le critère de compétence *ratione materiae*. La réalisation de l'investissement étant corrompue par la fraude, elle ne sera pas prise en compte, et le tribunal arbitral est incompétent *ratione materiae*. Les arbitres ont ici estimé que l'investisseur avait réalisé un abus de droit, et l'investissement effectué de mauvaise foi n'était pas un investissement protégé par le traité. Par conséquent, ils se sont déclarés incompétents²⁷¹. En réalité, l'abus étant une fraude, les arbitres ont effectivement constaté que le traité était inapplicable et leur compétence infondée.

Dans l'affaire *Renée Rose Levy et Gremcitel*, c'est aussi la réalisation de l'investissement qui est frauduleuse. Les manœuvres de la demanderesse, Mme Levy, ont été la création de la compétence *ratione materiae* par l'achat des parts sociales de Gremcitel à un moment où le litige était prévisible. Le seul et unique objectif de la manœuvre était la saisine d'un tribunal arbitral. Ce résultat illégitime est mis en échec par la déclaration d'incompétence des arbitres²⁷².

Dans les affaires *Lao Holding* et *Alapli Elektrik*, les investisseurs ont manipulé leur nationalité

²⁶⁸ Y. Banifatemi, E. Jacomy, Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements, op. cit., note 26, p. 792.

²⁶⁹ T. Vignal, *Droit international privé*, Dalloz, 2014 p. 125, § 200.

²⁷⁰ E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, op. cit., note 249, p. 583, § 774 : « Une fois la fraude mise à jour, le critère de rattachement frauduleusement créé se révèle complètement artificiel. Il devient donc impropre à fonder la compétence de l'autorité saisie puisque la sanction de la fraude conduit à tenir pour inexistant le chef de compétence frauduleusement créé ».

²⁷¹ *Phoenix Action Ltd c/ la République tchèque*, op. cit., note 81, § 145s.

²⁷² *Renée Rose Levy et Gremcitel SA c/ le Pérou*, op. cit., note 184, § 197 : « The Tribunal has reached the conclusion that the Claimants' abuse of process precludes the Tribunal from exercising jurisdiction over this dispute ».

afin de réunir les critères d'application du traité et de compétence du tribunal arbitral. Les tribunaux arbitraux auraient dû se déclarer incompétents *ratione personae*. Pour autant, la compétence *ratione personae* n'a pas été remise en cause en l'espèce. Dans la sentence *Lao Holding*, l'abus de procédure était manifeste mais celui-ci n'avait pas été allégué par l'État défendeur comme une exception d'incompétence, les arbitres l'ont alors écarté. Dans l'affaire *Alapli Elektrik*, l'arbitre B. Stern a estimé que le tribunal était incompétent *ratione temporis* et qu'il existait un abus de procédure. L'arbitre W. Park a considéré qu'il n'existait pas d'investissement. Et l'arbitre M. Lalonde juge que tous les critères de compétence sont réunis. Deux arbitres étant en faveur de l'incompétence, celle-ci a donc été retenue.

À notre avis, dans les deux cas, l'abus de procédure constituait une fraude. Il suffisait pour les arbitres de rechercher le critère de compétence manipulé pour le rétablir dans sa position initiale. Dans l'affaire *Lao Holding*, la nationalité néerlandaise étant fabriquée, il suffisait de l'écartier et de constater qu'au moment où le litige était probable, l'investisseur était macanais. Il en va de même pour l'affaire *Alapli Elektrik* dans laquelle la nationalité néerlandaise devait également être écartée car elle était corrompue par la fraude, le litige se révélait alors purement interne.

Il en va de même dans l'affaire *Mobil* dans laquelle le transfert, en cours de litige, de l'investissement à une holding néerlandaise sans activité substantielle aurait pu être qualifié de fraude. L'élément modifié étant la nationalité, le tribunal arbitral aurait été incompétent *ratione personae*. Mais tel n'a pas été l'avis des arbitres qui ont estimé que le comportement de l'investisseur était légitime et ont fondé leur compétence pour les litiges nés après la restructuration.

Enfin, dans les affaires *Natgas*, *Tokios Tokelès*, *Alpha* et *Burimi*, c'est également la nationalité qui a été manipulée dans le seul but d'obtenir l'application d'un traité qui ne pouvait être applicable à une situation purement interne. Comme nous l'avons précédemment expliqué, la fraude aurait pu être qualifiée en raison de l'illégitimité du résultat obtenu. Si celle-ci était prouvée, le tribunal arbitral aurait dû se déclarer incompétent *ratione personae*.

L'incompétence est incontestablement la sanction à la fraude à la compétence, l'objectif étant de la rendre inefficace. La remise en cause de la compétence ne fait pourtant pas l'unanimité lorsqu'il s'agit d'un abus de procédure.

B – L'irrecevabilité ou l'incompétence en cas d'abus de procédure

L'abus du droit d'agir en justice doit, comme en cas de fraude, être neutralisé. Mais contrairement à la sanction de la fraude qui corrompt un critère de compétence, la sanction de l'abus de droit consiste à priver la personne du droit dont elle abuse²⁷³. Cela se manifeste par le refus, pour la juridiction abusivement saisie, de connaître de la demande. Ce refus peut se présenter comme une incompétence ou une irrecevabilité²⁷⁴.

« La sanction de l'abus réside donc dans l'irrecevabilité de la demande abusive »²⁷⁵. E. Cornut est catégorique sur ce point, l'abus de droit atteignant le droit d'agir, il n'engendre pas l'incompétence qui existe indépendamment de celui-ci²⁷⁶. Deux situations abusives ont d'ores et déjà été distinguées, l'abus du droit d'agir devant un tribunal arbitral en matière d'investissement et l'abus de choix du traité. Il convient de traiter ces deux hypothèses séparément car ce n'est pas

²⁷³ L. Cadiet, *Abus de droit*, *Rec. Dalloz*, 1992, § 38.

²⁷⁴ H. Gaudemet-Tallon, *Fraude au jugement et abus de procédure*, op. cit., note 156, p. 900.

²⁷⁵ E. Cornut, *Forum shopping* et abus du choix du for en droit international privé, op. cit., note 164, § 39.

²⁷⁶ E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi Étude de droit international privé de la famille*, op. cit., note 249, § 774, p. 583.

le même droit qui est abusé et cela entraîne des conséquences différentes.

L'abus du droit d'agir devant un tribunal arbitral concerne les hypothèses de multiplication des recours. L'investisseur a acquis légitimement l'applicabilité du traité de protection des investissements et donc les droits qui en découlent. Mais, en multipliant les recours dans le but de sanctionner les mêmes faits et de faire reconnaître un même préjudice, l'investisseur abuse de ce droit. L'abus ne concerne nullement l'acquisition de la compétence et est indépendant de celle-ci. L'irrecevabilité semble être une sanction beaucoup plus appropriée. Dans l'affaire *Grynberg*, la multiplication des procédures avait été sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande²⁷⁷.

L'abus de choix du traité peut se caractériser lorsque l'investisseur crée des sociétés de complaisance afin d'obtenir l'application d'un traité de protection des investissements. En réalité, dans cette situation l'abus de procédure ainsi que l'abus de choix du traité avaient été envisagés. En effet, l'abus peut à la fois se situer au moment du choix du traité et au moment de l'exercice de l'action devant les arbitres. En ce qui concerne l'abus de choix du traité, l'investisseur a abusé de son droit de choisir. E. Cornut estime que l'abus de choix du for, en droit international privé, doit être sanctionné par l'irrecevabilité dans la mesure où la légitimité de l'intérêt à agir est en cause²⁷⁸. Pourtant, cet abus a pour objectif l'accès au juge ou au tribunal arbitral. Contrairement à l'abus de procédure précédemment abordé, l'abus du choix du traité, comme la fraude, conditionnera l'applicabilité du traité et la compétence du tribunal arbitral. H. Gaudemet-Tallon estime d'ailleurs qu'« il nous semble préférable que l'irrecevabilité soit réservée au cas où ce n'est pas le choix du juge qui est abusif, mais le fait même d'agir en justice parce que l'action est manifestement infondée »²⁷⁹.

Les avis des théoriciens du droit international privé sont partagés sur ce point. À notre avis, l'intérêt et la qualité à agir qui fondent le droit d'action en justice sont en cause en cas d'abus du droit de recours au tribunal arbitral. Mais dans le cas d'un abus de choix du traité par la création d'une société de complaisance, il semblerait que l'applicabilité du traité et, par conséquent, la compétence du tribunal doivent être remises en cause.

§ II – La mise en œuvre de la sentence sur la compétence et la recevabilité

La sentence arbitrale se définit comme « la décision finale des arbitres »²⁸⁰. Il ne peut y avoir qu'une sentence par affaire²⁸¹. Si le tribunal s'estime compétent, la sentence pourra concerner la compétence mais elle traitera également du fond de l'affaire. Si, à l'inverse, il se considère incompetent, une sentence sur la compétence et la recevabilité sera rendue. Une sentence arbitrale est une décision définitive qui n'est jamais susceptible d'appel²⁸². Pour autant, des recours existent, le plus important est le recours en annulation.

La fraude et l'abus de droit sont des procédés permettant de faire respecter les finalités d'un système de droit. Le recours en annulation poursuit également cet objectif et l'étude du contrôle exercé dans le cadre de ce recours est essentielle. La précision des notions de fraude et d'abus influencera le contrôle en cas de recours en annulation dans un arbitrage CIRDI (A) mais également

²⁷⁷ S. Manciaux, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 217, p. 38.

²⁷⁸ E. Cornut, *Forum shopping* et abus du choix du for en droit international privé, op. cit., note 164, § 40.

²⁷⁹ H. Gaudemet-Tallon, *Fraude au jugement et abus de procédure*, op. cit., note 156, p. 900.

²⁸⁰ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, 2009, p. 981, § 536.

²⁸¹ Note d'information relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI, 10 août 2012, § 35 : « La demande en annulation doit viser une sentence CIRDI, qui est la décision finale concluant une instance. Étant donné qu'il ne peut y avoir qu'une sentence dans le système du CIRDI, les parties doivent attendre le prononcé de cette sentence avant d'intenter un recours post-sentence quel qu'il soit ».

²⁸² A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 261.

hors du CIRDI (B).

A – Le recours en annulation devant le comité *ad hoc*

L'exécution d'une sentence arbitrale rendue dans le cadre du CIRDI a la particularité de ne pas nécessiter de procédure d'*exequatur*, en raison de son caractère exécutoire de plein droit instauré par l'article 54 de la Convention de Washington. Pour autant, malgré le caractère définitif et exécutoire de cette sentence, les parties peuvent effectuer un recours en annulation ou en interprétation et en révision.

Dans un délai de 120 jours suivant la notification de la sentence aux parties, il est possible pour elles de faire un recours en annulation auprès du CIRDI. Le président du conseil administratif nommera un comité *ad hoc* composé de trois personnes indépendantes aux parties. L'objectif de ce mécanisme est d'« assurer une protection contre la violation des principes fondamentaux du droit régissant la procédure du tribunal »²⁸³. Compte tenu du rôle de ce comité, quel contrôle doit-il exercer en cas de fraude ou d'abus de procédure ?

Le *treaty shopping* légitime, la fraude au traité, l'abus du droit d'accès à un tribunal arbitral, l'abus du choix du traité restent des notions peu précises et dont la portée est contestée. Les opinions des arbitres comme celles des auteurs divergent en la matière. Aucun comité *ad hoc* n'a eu, à ce jour, à se prononcer sur la question mais la précision des notions ne peut qu'éclairer le contrôle des comités²⁸⁴.

Le recours en annulation a pour objectif d'assurer la crédibilité et la légitimité du système²⁸⁵. Le système de règlement des différends en matière d'investissement s'insère dans un contexte de *treaty shopping* légitime et sa crédibilité dépendra de l'aptitude des arbitres à sanctionner les fraudes et les abus. Un comité *ad hoc* qui ferait face à un laxisme des arbitres en la matière ou à une sévérité extrême sanctionnant le choix du traité devrait pouvoir rétablir un équilibre. Cette affirmation ne doit pas, pour autant, conduire à assimiler le recours en annulation à un appel. Le comité *ad hoc* n'a pas pour attribution de rejurer l'affaire au fond, il pourra seulement annuler la sentence si un grief le justifie.

Ces motifs d'annulation sont limitativement énumérés à l'article 52 de la Convention de Washington : « Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : (a) vice dans la constitution du Tribunal ; (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; (c) corruption d'un membre du Tribunal ; (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; (e) défaut de motifs ».

Deux motifs retiennent notre attention : l'excès de pouvoir manifeste et la méconnaissance d'une règle fondamentale de procédure. L'excès de pouvoir manifeste s'analyse par rapport au consentement des parties, les arbitres ne peuvent statuer au-delà ou en deçà de ce que les parties ont consenti à leur soumettre²⁸⁶. Or il est possible de penser qu'un tribunal arbitral qui s'estimerait compétent en cas de fraude de l'investisseur trahirait le consentement de l'État défendeur. De plus, l'absence de contrôle de la fraude et de l'abus de procédure pourrait justifier une annulation de la sentence pour méconnaissance d'une règle fondamentale de procédure.

Mais les arbitres justifient systématiquement leur refus de qualification d'une fraude ou d'un

²⁸³ Note d'information relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI, 10 août 2012, § 72.

²⁸⁴ B. Remy, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 72, p. 12 : « Plus les concepts seront clairement définis, plus les comités *ad hoc* pourront être exigeants dans le cadre du contrôle des sentences ».

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 265.

abus de procédure et il sera complexe pour les comités *ad hoc* de sanctionner de tels comportements sans étendre de manière trop importante leur contrôle. Même si, à notre avis, la lutte contre la fraude et l'abus de procédure s'insère dans le rôle du comité *ad hoc*, les motifs actuels d'annulation ne le permettent pas. Il en va différemment devant les juridictions nationales qui étendent leur contrôle en cas de remise en cause de la compétence.

B – Le recours en annulation dans l'État du siège

L'ouverture d'un recours aux parties est un principe fondamental de l'arbitrage²⁸⁷, il est donc garanti même lorsqu'il n'est pas prévu par des textes applicables dans le cadre du litige. Le recours en annulation ne peut, en général, n'être exercé que devant les juridictions de l'État du siège de l'arbitrage.

Le recours en annulation en dehors du CIRDI concernera les arbitrages intentionnels et *ad hoc* mais également les procédures engagées dans le cadre du mécanisme supplémentaire²⁸⁸. La détermination des motifs d'annulation appartient à chaque législation nationale. Pour autant, ces motifs sont relativement proches d'un État à l'autre, ceux-ci étant souvent inspirés de l'article 5 de la Convention de New York²⁸⁹ énumérant les fondements sur lesquels les juridictions internes peuvent refuser l'exécution d'une sentence²⁹⁰.

En France, l'article 1520 du Code de procédure civile prévoit cinq chefs d'annulation d'une sentence arbitrale : « Le recours en annulation n'est ouvert que si : 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou 5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ». Quel contrôle exercera une juridiction étatique face à une fraude à la compétence ou à un abus de procédure de l'investisseur ?

Le contrôle des juges étatiques est tout aussi limité que celui du comité *ad hoc*, le recours en annulation n'étant pas un appel, il n'est pas possible pour ces institutions de rejuger l'affaire au fond. Mais le premier motif d'annulation retient particulièrement notre attention. Le fait que le tribunal se soit déclaré à tort compétent ou incompétent pourra être contrôlé par les juges français. Le contrôle de ce motif d'annulation n'est pas aussi limité que celui des autres motifs, donc le juge pourra « contrôler la compétence arbitrale sans être lié d'une quelconque façon par la décision de l'arbitre, et sans que l'étendue de ce contrôle soit limitée d'une quelconque façon »²⁹¹.

Le juge étatique²⁹² pourra alors pleinement apprécier les notions de fraude et d'abus de procédure ainsi que leurs conséquences quant à la compétence des arbitres. Le motif ne concernant que la compétence, l'irrecevabilité de la demande pourrait-elle être contrôlée ? En France, la Cour

²⁸⁷ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note, 12, p. 262.

²⁸⁸ Mécanisme adopté par le Conseil administratif du CIRDI en 1978, il permet au CIRDI de connaître de certaines procédures arbitrales dans lesquelles un des États contractants au TBI n'est pas partie à la Convention de Washington. Mais certaines règles varient entre les arbitrages soumis au mécanisme général et ceux soumis au mécanisme supplémentaire. Ainsi l'exécution des sentences est un des points de divergence. Sur la question, voir not. A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 219.

²⁸⁹ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 1958.

²⁹⁰ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 262 : l'auteur précise tout de même que les motifs selon lesquels les États peuvent refuser d'exécuter une sentence ne sont pas des motifs d'annulation, le refus d'exécution ne peut être assimilé à l'annulation. Pour autant, les législations nationales s'inspirent de cet article pour établir les motifs d'annulation des sentences.

²⁹¹ B. Audit, S. Bollé, P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014, p. 703.

²⁹² Le juge français mais aussi étranger car le motif d'annulation tenant à la compétence est relativement répandu : voir A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 263.

d'appel de Paris a considéré que le recours en annulation n'était pas ouvert en cas d'irrecevabilité de la demande²⁹³. La distinction entre l'exception d'incompétence et d'irrecevabilité emporte donc des conséquences importantes et pas seulement en droit français, car la Suisse, le Royaume-Uni et les États-Unis consacrent également cette solution²⁹⁴.

SECTION 2 – LA RESPONSABILITÉ DE L'INVESTISSEUR

« La responsabilité touche à ce dont on doit "répondre", à la suite d'un fait générateur, et aux modalités de ce qu'elle fait assumer à un sujet de droit »²⁹⁵.

La réparation des dommages causés à autrui est un principe universellement reconnu. Cette responsabilité civile peut se définir comme « l'ensemble des règles qui obligent l'auteur d'un dommage causé à autrui à le réparer en offrant à la victime une compensation »²⁹⁶. Chaque système de droit met en œuvre la responsabilité civile suivant des spécificités propres. La notion de faute ainsi que la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle sont au centre du régime français de la responsabilité civile. Sans avoir à pénétrer dans de telles spécificités internes, il est intéressant de remarquer que l'abus de droit entraîne la responsabilité de son auteur en droit français et est aussi très proche de la sanction de la fraude²⁹⁷. Puisque ces deux notions correspondent à des comportements de l'investisseur dans le cadre d'une instance arbitrale internationale, il convient de se demander si cette sanction peut leur être appliquée (§ I) et si une telle solution serait pertinente (§ II).

§ I – La possibilité d'engager la responsabilité de l'investisseur

La réparation du préjudice causé à l'État défendeur par l'investisseur n'a jamais été abordée par les tribunaux arbitraux. La constatation d'un abus de procédure ou d'une fraude n'a, pour l'instant, eu d'impact que sur la répartition des coûts de l'arbitrage²⁹⁸. Pourtant, lorsqu'il est porté atteinte aux finalités du système, la punition et la dissuasion de ces comportements ainsi que la réparation du préjudice doivent être évoquées. La responsabilité civile est la réponse, en droit interne, à de telles nuisances. Il est nécessaire de s'interroger sur la possibilité de cette sanction dans le cadre de l'arbitrage d'investissement.

La responsabilité semble pouvoir être admise du fait de la possibilité, pour un État défendeur, d'effectuer une demande reconventionnelle (A) et du fait, également, que la sanction classique de la fraude et de l'abus de procédure réside dans la réparation des préjudices causés (B).

A – La demande reconventionnelle de l'État défendeur

L'arbitrage est un mode conventionnel de règlement des différends. Il revient aux parties de présenter aux arbitres leurs demandes et la solution qu'elles souhaitent. Le tribunal arbitral aura pour rôle premier de satisfaire à ces demandes et de contenter les parties. Lorsqu'un abus ou une fraude sont constatés, l'État défendeur soulève une exception de procédure. En se déclarant

²⁹³ CA Paris, 1^{er} déc. 1995, *Ministère de l'agriculture d'Irak c/ Hochtief*.

²⁹⁴ Pour une étude approfondie sur la différence entre exception d'incompétence et d'irrecevabilité et ses conséquences en matière d'arbitrage d'investissement, voir Y. Banifatemi, E. Jacomy, *Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements*, op. cit., note 26, p. 786.

²⁹⁵ D. Alland, *Droit international public*, PUF, 2000, p. 400, § 364.

²⁹⁶ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008, p. 1.

²⁹⁷ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, op. cit., note 127, p. 822.

²⁹⁸ V. not. C. Crepet d'Aigremont, *La notion d'abus de procédure*, op. cit., note 175, § 32.

incompétent, le tribunal arbitral satisfait à la prétention de l'une des parties et s'assure également le respect des finalités du système de règles dans lequel il intervient.

Mais s'il est question de la réparation du préjudice causé à l'État par l'investisseur fraudeur ou ayant un comportement abusif, encore faut-il que cette demande soit effectuée par l'État défendeur. Les arbitres peuvent-ils statuer sur une demande de réparation du préjudice de l'État défendeur ? L'arbitrage d'investissement est conçu comme une protection à sens unique. L'investisseur est protégé par une effectivité des traités garantie par une procédure arbitrale. Les rouages du consentement dissocié aboutissent à une seule hypothèse possible dans laquelle l'investisseur est demandeur et l'État est défendeur. L'admissibilité d'une demande reconventionnelle rétablirait un équilibre entre les parties à la procédure²⁹⁹.

L'hypothèse des demandes reconventionnelles est souvent envisagée dans le cas où une relation contractuelle existe entre l'investisseur et l'État. L'État, défendeur dans une procédure arbitrale pour avoir violé les dispositions du traité, voudrait également faire valoir ses griefs contre l'investisseur qui aurait violé ses obligations découlant du contrat. Les demandes reconventionnelles des États défendeurs sont admises lorsque les termes des traités le permettent. Une clause de règlement des différends qui ne soumettrait à l'arbitrage que les litiges nés de la violation des dispositions du traité, ne permettrait pas à l'État de faire valoir une violation du contrat. Il est alors nécessaire que le traité prévoie, de manière large, que tous les différends relatifs à l'investissement pourront être soumis à l'arbitrage. Il reste alors le problème de la dichotomie des *treaty claims* et *contract claims* qui obligera l'État à soumettre son litige né du contrat au juge du contrat et non au juge du traité. E. Gaillard estime qu'il serait utile d'insérer des clauses de connexité afin de soumettre l'ensemble du litige au juge du traité³⁰⁰.

Cette hypothèse de demande reconventionnelle ne concerne pas directement notre étude mais il est important de remarquer que l'admissibilité des demandes reconventionnelles est possible à deux conditions, si le préjudice causé par l'investisseur entre dans le champ de compétence des arbitres, et si l'investisseur a violé une obligation qu'il avait envers l'État défendeur. L'investisseur n'a pas d'obligation découlant d'un contrat dans les cas qu'il nous a été donné d'étudier. Mais en cas d'abus de droit comme en cas de fraude, la mauvaise foi est constatée. Le comportement de bonne foi est une obligation s'insérant dans toutes les relations juridiques³⁰¹. De plus, l'investisseur est reconnu coupable d'avoir détourné de leurs finalités les règles de l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements. Donc l'investisseur viole les règles du traité et cette violation entre dans le champ de compétence du tribunal arbitral.

E. Gaillard estime que la possibilité, pour l'État défendeur, d'émettre des demandes reconventionnelles permettra de moraliser davantage ce recours et de dissuader certains investisseurs qui prendront la mesure du risque qu'ils encourent en allant à l'arbitrage³⁰². Engager la responsabilité de l'investisseur est un moyen de rétablir un équilibre dans une procédure où le demandeur ne ressort jamais vraiment perdant, car l'incompétence et le paiement des frais de l'arbitrage sont un moindre mal³⁰³. Mais cette solution est également la sanction classique de l'abus de droit et de la fraude.

²⁹⁹ E. Gaillard, *L'avenir des traités de protection des investissements*, op. cit., note 25, p. 1037s.

³⁰⁰ Ibidem.

³⁰¹ E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, op. cit., note 166, p. 8 : la bonne foi est l'« esprit de loyauté, d'honnêteté, de sincérité qui doit présider à l'élaboration et à l'exécution de tous les actes juridiques ».

³⁰² E. Gaillard, *L'avenir des traités de protection des investissements*, op. cit., note 25, p. 1040.

³⁰³ Ibid.

B – La sanction classique de l’abus de droit et de la fraude

La responsabilité d’une personne se retrouve systématiquement engagée lorsque celle-ci a commis un abus de droit en droit interne. L’intéressé devra réparer le préjudice causé, cette sanction se rapproche de l’inopposabilité prévue en cas de fraude par laquelle toutes les conséquences de la fraude devront être mises en échec. Encore faut-il, dans le contexte de l’arbitrage d’investissement, que l’investisseur ait, par sa fraude ou son abus, infligé un préjudice à l’État défendeur. L’hypothèse d’une réparation du préjudice sera étudiée dans le cas de l’abus de droit (1) et également dans le cas d’une fraude (2).

1 – La responsabilité en cas d’abus de droit

L’exercice d’un droit par son titulaire est en principe absolu. Une présomption de licéité entoure donc les actes commis en conformité avec ce droit. L’usage abusif constitue la limite à cet exercice, le comportement anormal du titulaire dans l’exercice du droit peut être qualifié de faute. Même si certaines théories de l’abus de droit ne retiennent pas la faute en tant que critère, l’usage abusif du droit mettra fin à sa protection par le système³⁰⁴.

En droit français, la jurisprudence estime que la responsabilité civile doit systématiquement être mise en œuvre dès lors que l’abus de droit est qualifié³⁰⁵. À travers la notion d’abus de droit, c’est le manquement à la bonne foi qui est sanctionné en engageant la responsabilité de l’auteur de l’abus³⁰⁶.

Encore faut-il prouver un préjudice créé par l’abus de procédure. Rappelons que dans cette étude, il nous a été donné de relever que l’abus de procédure s’analysait sous deux angles différents, l’abus du droit d’accès au tribunal arbitral et l’abus du choix du traité. L’abus du droit d’accès au tribunal arbitral se manifeste, notamment, dans la multiplication des recours au profit des mêmes intérêts. Dans ce cas particulier, le préjudice réside largement dans la disproportion entre les avantages procurés au demandeur par rapport aux inconvénients supportés par le défendeur. Sur un plan financier, économique comme politique, il est dangereux pour les États défendeurs d’être attirés devant un tribunal arbitral, cela peut avoir « une incidence négative réelle sur son attractivité pour les investissements étrangers »³⁰⁷. Mais c’est un risque qu’ils sont prêts à courir afin d’encourager les investisseurs étrangers en leur conférant une protection. La balance des risques se trouve largement déséquilibrée en cas de multiplication des procédures, l’État est alors en situation de faiblesse. Il en va de même en ce qui concerne l’abus de choix du traité, dans lequel, les investisseurs créent des sociétés « coquilles vides » dans le but de recueillir l’applicabilité d’un traité. En admettant un tel montage, le consentement à l’arbitrage donné par les États contractants, qui repose sur la diplomatie et l’entente économique, devient presque universel. Les avantages attendus par les États sont faibles par rapport aux risques encourus, car les « coquilles vides » ne peuvent en rien encourager l’économie.

Au-delà des frais de procédure, il existe, certes, un préjudice pour les États défendeurs du fait de la perte d’attractivité subie. Mais ce préjudice sera très difficile, voire impossible, à évaluer. Il serait épineux pour un tribunal arbitral de s’empêtrer dans une telle appréciation. De notre point de vue, la responsabilité des investisseurs semble être la sanction naturelle de l’abus de procédure.

³⁰⁴ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, op. cit., note 127, p. 793, § 806.

³⁰⁵ Cass. Soc., 11 juin 1953, *Bull. civ.* IV, n° 443, p. 301 : « L’abus de droit qu’il ait été commis dans le domaine contractuel ou extra contractuel, engendre, dans tous les cas, la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de son auteur, qui est tenu à réparation intégrale du préjudice qu’il a causé par sa faute ».

³⁰⁶ P. Stoffel-Munck, *L’abus dans le contrat. Essai d’une théorie*, LGDJ, 1999, n° 115s.

³⁰⁷ B. Remy, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 72, p. 6.

Mais la question de la réparation et de l'évaluation du préjudice est certainement prématurée alors que l'abus n'a, lui-même, jamais réellement été reconnu dans ces situations.

2 – La proximité avec la fraude

La sanction classique de la fraude est l'inopposabilité, conformément à l'adage « *Fraus omnia corrumpit* ». L'ensemble des mécanismes mis en œuvre par le fraudeur seront mis en échec. Dans le cas d'une fraude à la loi, la loi rendue applicable par les manœuvres ne sera pas appliquée. Dans le cas d'une fraude à la compétence, la compétence de la juridiction recherchée ne sera pas admise. Ainsi, pour faire échec à tous les stratagèmes effectués par l'investisseur, les frais de procédure seront entièrement supportés par lui. C'est la solution adoptée par les tribunaux arbitraux dans les affaires *Phoenix*³⁰⁸ et *Renée Rose Levy et Gremcitel*³⁰⁹. La fraude est donc sanctionnée sans qu'il y ait besoin d'identifier un préjudice ou une victime³¹⁰.

Mais il est possible de rapprocher les effets de la responsabilité de ceux de la fraude car le comportement de mauvaise foi doit être sanctionné. En ce sens, les agissements frauduleux peuvent être qualifiés de fautifs³¹¹ et les préjudices causés par cette faute doivent être réparés. Contrairement à la fraude à la loi en droit international privé, la fraude à la compétence d'un tribunal arbitral cause un préjudice à l'État défendeur. Il est toujours préjudiciable à un État d'être attiré devant un tribunal arbitral, du fait de l'impact important que cela peut avoir sur son attractivité économique. Un préjudice naît alors mais, comme dans les cas d'abus de procédure, il sera très complexe à caractériser.

L'inopposabilité est très proche de la responsabilité puisqu'elle tente de rétablir la situation existant avant la fraude. Elle fait alors échec à tout ce que la fraude a fait naître et donc également au préjudice qu'elle a établi. Le principe *Fraus omnia corrumpit* ne permet pas seulement au tribunal arbitral de se déclarer incompétent, il peut également permettre de réparer les préjudices causés³¹².

La réparation du préjudice par l'investisseur est une sanction possible et naturelle aussi bien en présence d'un abus de droit que d'une fraude. Il convient à présent de s'interroger sur la pertinence d'une telle mesure dans le cadre de l'arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements.

§ II – La pertinence de la responsabilité de l'investisseur en matière d'arbitrage d'investissement

La responsabilité de l'auteur d'une fraude ou d'un abus de droit est la sanction classique et semble, malgré la difficulté d'évaluation, être possible en matière d'arbitrage d'investissement. Pour autant, une telle sanction ne paraît pas pertinente car elle porte atteinte au principe d'accès à la justice (A) et soulève le manque de légitimité de la sanction (B).

³⁰⁸ *Phoenix Action Ltd c/ la République tchèque*, op. cit., note 81, § 151 : « The Respondent has been forced to go through the process and should not be penalized by having to pay for its defense ».

³⁰⁹ *Renée Rose Levy and Gremcitel SA c/ le Pérou*, op. cit., note 184, § 200 : « The Tribunal is of the view that a finding of abuse of process justifies an award of costs against the unsuccessful party. Thus, the Claimants shall pay for the entirety of the costs of the proceedings, i.e., for the costs of the Arbitral Tribunal and for the costs of the proceeding ».

³¹⁰ E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, op. cit., note 249, § 46.

³¹¹ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, op. cit., note 127, p. 823.

³¹² Ibidem.

A – L’atteinte au principe d’accès à la justice

Le principe d’accès à la justice est central dans le cadre de l’arbitrage fondé sur un traité de protection des investissements car il justifie sa création même. La protection des étrangers sur le territoire d’un État est une préoccupation fondamentale et ancienne du droit international³¹³. Le contexte particulier du droit des investissements rend cette protection d’autant plus importante que c’est de l’État hôte que l’investisseur doit être protégé. Dans beaucoup d’États, il sera impossible pour l’investisseur d’obtenir réparation d’un préjudice causé par une action ou inaction gouvernementale.

Engager la responsabilité de l’investisseur, qui utilise ses libertés économiques et qui profite de la largesse des termes des traités, pourrait porter atteinte à ce principe. Le fraudeur, ou la personne qui commet un abus, a un comportement contraire aux finalités des règles qu’il détourne. Mais la sanction ne doit pas non plus ignorer ces finalités. Certains auteurs, comme U. Topcan, estiment qu’il ne faut pas sanctionner trop sévèrement ces comportements, au risque d’altérer le principe de libre accès à la justice³¹⁴.

Nous avons exposé l’opinion d’E. Gaillard, selon laquelle, la possibilité pour un État d’émettre une demande reconventionnelle rétablirait un équilibre entre l’État défendeur et l’investisseur. Pourtant, lui-même n’oublie pas de rappeler que la situation de base est très déséquilibrée en faveur de l’État et que, même en cas de victoire de l’investisseur, ce déséquilibre peut persister à travers des immunités d’exécution dont l’investisseur, lui, ne bénéficiera jamais³¹⁵. Permettre à un État de revendiquer, devant la juridiction arbitrale, les violations contractuelles de l’investisseur, peut être perçu comme un rééquilibrage mais il en est autrement en cas d’abus de procédure ou de fraude.

La réparation du préjudice par l’investisseur est une sanction financière potentiellement très importante qui s’ajoute aux frais de l’arbitrage déjà élevés. Une telle sanction rétablira la situation déséquilibrée entre un État et un simple opérateur privé, situation que l’arbitrage et les traités s’efforcent de gommer. Cela aura un effet dissuasif sur l’ensemble des investisseurs qui souhaitent structurer leurs investissements et pas seulement sur les fraudeurs ou sur ceux qui ont un comportement abusif.

B – Le manque de légitimité de la sanction

La procédure arbitrale en droit international des investissements est relativement récente et cherche encore ses marques³¹⁶. La jurisprudence arbitrale est hétérogène notamment sur la question de l’abus de procédure, de la fraude, des comportements qu’elle considère comme légitime ou non. La notion d’abus de droit est largement reconnue dans les pays de droit continental mais reste mal comprise en droit anglo-saxon³¹⁷. La doctrine ne s’accorde, elle-même, pas toujours sur la question. La légitimité des solutions apportées peut alors être contestée par les parties.

Le fait de sanctionner financièrement l’investisseur, au-delà des frais d’arbitrage déjà

³¹³ A. de Nanteuil, *Droit international de l’investissement*, op. cit., note 12, p. 11 : « (...) Que les étrangers présents sur le territoire d’un État bénéficient d’une certaine protection, c’est là une préoccupation majeure des relations internationales depuis que l’État existe au sens moderne ».

³¹⁴ R. Kreindler, *Are Tribunals Setting New Limits on Access to International Jurisdiction?* op. cit., note 168, p. 42.

³¹⁵ E. Gaillard, *L’avenir des traités de protection des investissements*, op. cit., note 25, p. 1037.

³¹⁶ B. Remy, *Chronique des sentences arbitrales*, op. cit., note 72, p. 7.

³¹⁷ B.M. Cremades, J.D.M. Lew, *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, *Dossiers of the ICC institute of world business law, ICC, 2005, Introduction*, § 5.

massifs, risque d'être perçu comme illégitime avec une jurisprudence aussi hétérogène. Les recours contre l'application d'une telle sentence vont se multiplier et certains grands groupes, déjà économiquement fragilisés par une mesure gouvernementale, risquent de voir leurs finances s'écrouler avec des conséquences économiques importantes.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

L'abus et la fraude ne peuvent être combattus par le système de règles qu'ils détournent car l'ensemble des conditions nécessaires à leur application sont réunies. Alors la sanction de l'abus de procédure et de la fraude peut paraître absurde tant que le comportement associé à ces deux concepts semble licite. Mais la faute, la mauvaise foi, le caractère artificiel des critères d'application sont rétablis dans la sanction.

La fraude à la compétence et l'abus de procédure provoquent un refus de la part des arbitres de connaître de la demande. Mais ils peuvent également provoquer la responsabilité de l'investisseur car de tels comportements, au-delà d'être punis, doivent être prévenus et dissuadés. Pour autant, la complexité de l'évaluation du préjudice de l'État défendeur demeurera un obstacle à une telle sanction. L'absence de précision des notions et la jeunesse du règlement arbitral des différends en droit des investissements rend une telle analyse avant-gardiste. La pertinence de cette sanction, financièrement très coûteuse, fait également débat dans un système dont la finalité principale est l'accès à la justice et qui s'efforce d'établir un équilibre entre l'État hôte et l'investisseur.

CHAPITRE 2 – LA RÉACTION DES ACTEURS DU DROIT DE L'INVESTISSEMENT : LA RÉFORMATION DES ACCORDS INTERNATIONAUX

L'augmentation considérable des procédures arbitrales de règlement des différends³¹⁸ oblige les États à prendre la pleine mesure des engagements qu'ils ont consentis à travers les accords internationaux d'investissements. La réformation du règlement des différends entre États et investisseurs est au cœur des débats contemporains. La largesse des définitions et l'imprécision de la portée des engagements dans les traités de protection des investissements ont joué en faveur des investisseurs et ont eu des conséquences graves sur la politique des États contractants.

Le *treaty shopping*, qu'il soit légitime ou illégitime, est directement encouragé par un accès facilité au règlement des différends dans les traités de protection des investissements. C'est donc par la réformation des traités que les acteurs du droit international des investissements comptent lutter contre la fraude et l'abus de procédure (Section 1) et limiter le *forum shopping* (Section 2).

SECTION 1 – LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE ET L'ABUS DE PROCÉDURE

Les comportements qualifiés de fraude et d'abus de procédure ne sont pas uniquement et directement responsables de la méfiance des États à l'égard du règlement arbitral des différends. Le manque de transparence, l'impartialité des arbitres et les enjeux financiers posent également problème³¹⁹.

Mais la lutte contre le *treaty shopping* illégitime est un combat à part entière qui peut être mené grâce au renforcement de la précision des traités. La fraude et l'abus de procédure révèlent, avant tout, les failles d'un système de règles et permettent de les combattre. Toujours est-il que les arbitres ne s'accordent pas sur l'ampleur et la qualification de ces notions. De plus, certains comportements, qu'il nous a été donné de qualifier comme étant abusifs, ne sont pas sanctionnés par les arbitres dans le but indirect de faire prendre conscience aux États du laxisme des clauses de leurs traités.

Les réformes envisagées tendent à apporter une plus grande cohérence entre les sentences arbitrales (§ I) et développent les clauses de déni des avantages (§ II).

§ I – Le renforcement de la cohérence des sentences

L'imprécision des notions d'abus de procédure et de fraude est une cause directe du manque de cohérence des décisions arbitrales. Tant que ces concepts n'auront pas été davantage définis par un texte ou une autorité à laquelle les tribunaux arbitraux devront obligatoirement se référer, les comportements en question ne pourront être correctement appréhendés. La cohérence des arbitres est indispensable pour garantir la sécurité juridique et la prévisibilité. Cette cohérence peut être renforcée à travers l'insertion de clauses d'abus de droit et de responsabilité des investisseurs dans les accords internationaux (A), à travers la création d'un organe d'appel (B) et par le biais de procédures de consolidation (C).

³¹⁸ Conférence des Nations-Unis sur le commerce et le développement, *Transformation du régime des accords internationaux d'investissement*, 17 déc. 2014 : 56 procédures de règlement entre investisseurs et États ont été portées en 2013 alors que dans les années 90 moins de 10 étaient enregistrées par an.

³¹⁹ Commission européenne, *Protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de l'UE*, nov. 2013.

A – Les clauses d’abus de droit et de responsabilité

L’introduction d’une clause prévoyant le cas de l’abus de droit au sein de la Convention de Washington a été discutée, mais le projet n’a finalement pas été mené à terme³²⁰. Le recours à une telle clause au sein des conventions et traités serait-il souhaitable ? Rappelons que nombre de comportements répréhensibles des investisseurs relèvent, en réalité, davantage de la fraude que de l’abus de droit. De plus, la fraude, l’abus de droit et la bonne foi sont des notions internationalement reconnues, ajouter une clause les concernant ne permettrait pas d’accroître leur utilisation par les tribunaux arbitraux qui ne rechignent pas à évoquer les principes généraux du droit international. Aucun texte n’est, *a priori*, nécessaire pour permettre leur utilisation³²¹. Cela est fort heureux car ces mécanismes sont des correctifs des failles du système de droit, ils interviennent lorsque les règles ont été détournées de leurs objectifs, ils sont alors principalement mis en œuvre par la jurisprudence et sans qu’il y ait besoin que leur utilisation ait été prévue.

Pour autant, l’introduction de ces clauses n’aurait pas pour but de constituer un fondement pour les arbitres mais davantage de préciser les contours des notions et donc de systématiser leur application. Un tel objectif ne peut être atteint que par une grande précision des clauses mais, dans les discussions menées, il était simplement question d’introduire le principe général de l’abus de droit³²². Ainsi, l’entreprise de délimitation de ces notions par leur introduction dans des traités et accords internationaux n’a pas été un succès auprès du CIRDI. Mais le refus des bénéficiaires du traité en cas de déclaration frauduleuse ou d’abus de procédure a été introduit dans le projet d’accord international entre l’Union européenne et le Canada³²³. Cela est certainement le signe de la lutte et de l’hostilité des États contractants à l’égard de ces pratiques.

Des réformes récentes ont introduit des obligations positives pour l’investisseur au sein de certains accords³²⁴. Pour exemple, le modèle de traité bilatéral sur l’investissement du SADC (Southern African Development Community) comporte une clause selon laquelle l’investisseur a l’obligation de se comporter avec honnêteté dans la réalisation de son investissement³²⁵. Un manquement à cette obligation pourra entraîner la responsabilité de l’investisseur et avoir des conséquences sur le règlement des différends³²⁶.

Les clauses de responsabilité n’ont pas pour effet de préciser les notions d’abus de procédure ou de fraude. Mais elles introduisent une systématisation des sanctions des comportements malhonnêtes par la responsabilité et l’impossibilité d’engager une procédure. La précision des notions d’abus de procédure et de fraude se révèle complexe à introduire dans les textes internationaux, la création d’un mécanisme d’appel permettrait davantage d’unifier la jurisprudence arbitrale et d’établir une certaine cohérence.

B – La création d’organes d’appel

³²⁰ U. Topcan, *Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration*, op. cit., note 171, p. 627.

³²¹ E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, op. cit., note 249.

³²² U. Topcan, *Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration*, op. cit., note 171, p. 627.

³²³ Projet de l’accord « Comprehensive Economic and Trade Agreement » (CETA) du 3 mars 2016, section F, art. 8.18 (3) : « For greater certainty, an investor may not submit a claim under this Section if the investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or conduct amounting to an abuse of process ».

³²⁴ N. Bernasconi-Osterwalder, *Repenser le règlement des différends en matière d’investissement*, *Investment Treaty News, IISD*, n° 2, vol. 6, 2015, p. 7.

³²⁵ Modèle de traité bilatéral d’investissement de la SADC, juill. 2012, art. 12, commentaire : « This article carries forward the anti-corruption idea to issues of fraud and misrepresentation in the making of an investment. It is consistent with recent arbitral decisions that have found material fraud and misrepresentation by investors in the information provided to a State in the making of an investment ».

³²⁶ *Ibidem*, art. 17 et 19.

Une partie des acteurs du droit international des investissements reconnaissent les bénéfices de la création d'organes d'appel permettant aux parties à un arbitrage de contester le fond des sentences rendues. En 2004, une discussion autour de ce projet avait été amenée par le Secrétariat du CIRDI sans rencontrer le succès nécessaire à sa mise en place³²⁷. Depuis, différents accords de libre-échange conclus par les États-Unis comportent l'opportunité de créer un organe d'appel³²⁸. Les actuelles négociations menées par l'Union européenne vont également dans ce sens³²⁹.

La mise en place d'un système d'appel consiste en la création d'un organe permanent ayant compétence pour examiner les sentences rendues par les tribunaux arbitraux³³⁰. Cela nécessite un consensus important des États qui sera difficile à recueillir même pour une réforme limitée au CIRDI³³¹. À l'heure actuelle, les clauses des accords envisageant la création d'un organe d'appel n'ont pas encore été mises en œuvre.

La cohérence des décisions arbitrales, ainsi que l'assurance de la prévisibilité et de la légitimité du système sont devenues des préoccupations importantes. La création d'un organe d'appel permet une meilleure harmonisation de la jurisprudence et améliore donc la prévisibilité³³². La précision et l'étendue des notions de fraude et d'abus de procédure sont apportées par une jurisprudence cohérente et une interprétation unanime de ces notions par elle, comme cela existe dans le cadre national. Les juridictions suprêmes assurent ce rôle de cohérence en droit interne. Elles énoncent une interprétation unique des règles de droit qui est suivie par les juridictions inférieures³³³. Dans le contexte de l'arbitrage international, chaque tribunal arbitral est constitué et statue en fonction de l'espèce qui lui est soumise. Les interprétations des situations sont divergentes et extrêmement liées à l'espèce, chacune des parties à un arbitrage évoque les affaires qui vont dans son sens et les arbitres jugent de la pertinence des solutions qu'elles apportent. La définition et la précision de notions générales, telles que la fraude et l'abus de procédure, reviendraient alors à un organe unique commun à tous ces arbitrages.

Au-delà de la difficulté de mise en œuvre, la création d'un tel processus pose des problèmes de délais et de coûts. Ce projet existant encore à un stade embryonnaire, les détails techniques quant à la nomination des juges et à l'étendue du pouvoir de ce type d'organe restent à déterminer. De plus, il est impossible de parvenir à une cohérence absolue au vu de la diversité des quelque 3 000 accords internationaux existants en la matière³³⁴. Il faut ajouter à cela que les systèmes d'appel ne sont pas cohérents dans le cadre d'une procédure arbitrale. Une sentence est une décision définitive rendue par un tribunal arbitral constitué en fonction d'un litige et qui n'existe que pour le résoudre. En somme, l'arbitrage a donc toujours un caractère *ad hoc* auquel il est

³²⁷ *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration*, ICSID Discussion Paper, 22 oct. 2004.

³²⁸ Voir not. l'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, adopté le 6 juin 2003 à Miami et entré en vigueur le 1^{er} janv. 2004, art. 10.19 et l'accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour, signé le 6 mai 2003, art. 15.19.

³²⁹ Projet de l'accord CETA du 3 mars 2016 : dans le cadre de cet accord, un tribunal d'investissement assorti d'un mécanisme d'appel seront créés en lieu et place de l'arbitrage.

³³⁰ CNUCED, *Investor-State dispute settlement*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Genève, 2014, p. 192.

³³¹ C.J. Tams, *An appealing option ? A debate about an ICSID appellate structure*, *Essays in Transnational Economic Law* n° 57, juin 2006, p. 12.

³³² *Ibidem*, p. 23 : « Comparative experience, both at the national and international level, suggests that indeed, hierarchically-structured systems of judicial dispute settlement can succeed in producing a consistent line of jurisprudence, and thus reduce uncertainty ».

³³³ *Ibidem*, p. 23 : c'est de cette expérience fédératrice des juridictions internes qu'est venue l'idée d'apporter de la cohérence à la jurisprudence en créant un système d'appel.

³³⁴ CNUCED, *Investor-State dispute settlement*, préc., p. 193.

complexe d'adjoindre un organe d'appel³³⁵.

Toujours est-il que c'est bel et bien ce caractère *ad hoc* de l'arbitrage qui engendre aujourd'hui des difficultés d'homogénéité entre les solutions. Le système doit donc être repensé pour garantir sa légitimité et se prémunir face au détournement des finalités de ses règles. Pour autant, la création d'un organe d'appel semble être difficile voire impossible à mettre en œuvre en l'état actuel des textes et notamment de la Convention de Washington³³⁶. Le Professeur C. Schreuer admet plus volontiers la création d'un système de questions préjudicielles, directement inspiré du fonctionnement de la Cour de justice de l'Union européenne³³⁷. Un organe, dont le fonctionnement et les règles de nomination restent à définir, sera chargé de répondre aux questions préjudicielles posées par les arbitres lorsqu'ils rencontreront une difficulté particulière. L'instance arbitrale sera alors suspendue et la décision interviendra avant le rendu d'une sentence, ce qui emportera moins de difficultés quant aux coûts et aux délais. Ce système pourrait être créé par simple décision du conseil d'administration du CIRDI avec la possibilité de l'insérer dans un protocole additionnel ouvrant sa mise en œuvre aux arbitrages sous l'égide de la CNUDCI.

À notre avis, la création d'un organe unique jouissant d'une autorité quant à l'interprétation des accords internationaux est primordiale pour assurer la cohérence du système et lutter contre les abus de procédure et les fraudes. Nous rejoignons l'analyse du Professeur Schreuer quant à l'instauration de la possibilité d'une question préjudicielle plutôt que d'un système d'appel. Cela semble plus cohérent avec la procédure arbitrale et emportera beaucoup moins de difficultés quant à sa mise en œuvre.

Le manque d'homogénéité de la jurisprudence arbitrale se manifeste également lorsque diverses instances portant sur des affaires connexes rendent des décisions inconciliables et contradictoires. La procédure de consolidation est une solution envisagée par divers accords qu'il convient d'étudier.

C – La procédure de consolidation

La structuration des groupes de sociétés permet à différentes personnes d'engager des procédures sur le fondement de divers traités pour dénoncer les mêmes faits et au profit des mêmes intérêts. C'est par exemple le cas d'actions engagées par une société locale sous contrôle étranger et également par ses actionnaires. Lors de notre étude de ce phénomène, nous avons qualifié ces comportements d'abus de procédure car, au-delà du risque de double indemnisation, la multiplication des procédures créait un réel déséquilibre entre les avantages voulus par les investisseurs et les inconvénients supportés par les États défendeurs. Ces situations mettent également en péril la légitimité du système, multipliant les risques de contradiction et accentuant le manque de cohérence et d'homogénéité de la jurisprudence arbitrale. Mais, à l'heure actuelle, les espèces n'ont jamais été sanctionnées sur ce fondement. Les réformes actuelles font état d'une volonté de limiter cette multiplication des procédures et la procédure de consolidation est une solution envisageable.

La consolidation est un mécanisme permettant de regrouper plusieurs procédures concurrentes portant sur des affaires connexes devant un même tribunal arbitral. Les agissements des États ont des répercussions sur l'ensemble de leur territoire et il arrive que les mêmes faits donnent lieu à beaucoup d'affaires. La crise en Argentine de 2001 en est un exemple avec plus de

³³⁵ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, op. cit., note 12, p. 261.

³³⁶ C. Schreuer, *Revising the System of Review for Investment Awards*, *BIICL* 2009, p. 2s : l'auteur qualifie la création d'un organe d'appel au sein du CIRDI d'irréaliste, il serait pour lui plus aisé de renforcer le rôle des comités *ad hoc*.

³³⁷ *Ibidem*.

quarante affaires portant sur ce même évènement³³⁸. Mais ce qui intéresse davantage notre étude est le cas de multiplication des procédures au bénéfice des mêmes intérêts. Les affaires *CME* et *Lauder* sont, sur ce point, les plus emblématiques. Pour rappel, M. Lauder est un actionnaire de la société *CME* ; face à des agissements préjudiciables de la part de la République tchèque, deux arbitrages ont été menés sur le fondement de deux traités différents. L'un par M. Lauder de nationalité américaine et l'autre par la société *CME* incorporée aux Pays-Bas. Deux sentences contradictoires ont alors été rendues à quelques jours d'intervalle. Le cloisonnement des procédures fait alors naître des incohérences et laisse perdurer un abus de procédure manifeste. La jonction des procédures aurait permis d'éviter tout abus en traitant d'un même préjudice supporté par les mêmes intérêts, c'est-à-dire la société et ses actionnaires.

La consolidation peut être directe ou indirecte mais, dans tous les cas, elle intervient à un stade précoce de la procédure. Cette solution ne résout pas les problèmes de multiplication des procédures lorsque celles-ci s'enchaînent comme dans l'affaire *Grynberg*.

La consolidation directe est envisagée à travers des clauses insérées dans les accords internationaux d'investissement prévoyant la jonction d'affaires connexes. Il est possible de citer à cet égard l'article 1126 de l'ALENA permettant à chacune des parties de demander la consolidation³³⁹. Alors un tribunal spécialement créé à cet effet statue sur cette possibilité de jonction d'affaires. Pour cela, il est nécessaire que les affaires portent sur une même question de fait ou de droit et qu'elles soient intentées sur le fondement du même traité. D'autres accords internationaux, tels que l'Accord de libre-échange conclu entre la Malaisie et la Nouvelle-Zélande³⁴⁰ et l'Accord pour l'espace d'investissement commun COMESA³⁴¹, prévoient une telle jonction mais de manière moins poussée en ne rappelant que la possibilité d'un tel mécanisme. Le projet d'Accord économique et commercial global, entre le Canada et l'Union européenne, prévoit également une procédure de consolidation soumise au tribunal des investissements chargé de régler les différends entre les investisseurs et les États contractants³⁴².

Mais la consolidation directe ne permet en rien de lutter contre l'abus de procédure constitué par la multiplication des recours au bénéfice des mêmes intérêts. En effet, la consolidation ne semble pas pouvoir être mise en œuvre dans le cas de procédures intentées sur le fondement de traités différents. La diversité des traités et de leurs clauses est un obstacle important à la jonction de procédures arbitrales connexes³⁴³. Il existe une consolidation dite informelle ou indirecte³⁴⁴ permettant de nommer les mêmes arbitres pour des procédures arbitrales concurrentes. Cette alternative devrait faire l'objet d'une systématisation par laquelle un organe serait chargé de statuer, à la demande d'une des parties, sur l'opportunité ou non de nommer les mêmes arbitres en fonction de la proximité des affaires. Cela permettrait d'assurer une meilleure cohérence des décisions et garantirait la légitimité du système en dissuadant les investisseurs de multiplier les procédures pour bénéficier de l'hétérogénéité des solutions. Mais, pour que la dissuasion soit complète, il serait nécessaire de pénaliser ces comportements en qualifiant l'abus de procédure ; pour autant, la nomination des mêmes arbitres rétablirait, en principe, l'équilibre

³³⁸ CNUCED, *Investor-State dispute settlement*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Genève, 2014, p. 110.

³³⁹ Accord de libre-échange nord-américain, art. 1126, 2 et 3.

³⁴⁰ Ibidem, art. 10. 27.

³⁴¹ Ibid., art. 11.

³⁴² Projet de l'accord CETA du 3 mars, section F, art. 8.43.

³⁴³ CNUCED, *Investor-State dispute settlement*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Genève, 2014.

³⁴⁴ C.J. Tams, *An appealing option? A debate about an ICSID appellate structure*, op. cit., note 331, p. 37 : l'auteur emploie l'expression « informal way ».

entre les parties.

E. Gaillard va plus loin dans l'analyse des solutions en préconisant l'introduction de clauses subordonnant le consentement de l'État à l'arbitrage à la renonciation, par le demandeur, à intenter, personnellement ou par le biais d'une société qu'il contrôle, une autre action sur les mêmes faits³⁴⁵. C'est la solution adoptée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Ampal-American*³⁴⁶. Les arbitres estiment que la multiplication des procédures qui s'est muée en deux procédures connexes n'est pas un abus de procédure s'agissant de favoriser les chances de compétence. Mais, à partir du moment où l'un de ces tribunaux s'est reconnu compétent, alors la seconde procédure n'a plus de raison de perdurer, sous peine de constituer, alors, un abus de procédure. Le second tribunal, ayant eu connaissance de la compétence du premier, enjoint le demandeur à retirer sa demande. Les arbitres tiennent compte d'une certaine connexité entre plusieurs procédures mais l'efficacité de cette solution est conditionnée au bon vouloir du demandeur et le défendeur aura eu à supporter plusieurs procédures, au moins jusqu'à une première décision sur la compétence. Les clauses envisagées par E. Gaillard permettraient de systématiser cette solution.

L'aménagement des clauses des accords internationaux pourrait ainsi permettre de lutter efficacement contre ces actions multiples. D'autres clauses, déjà relativement répandues, permettent de lutter contre un autre abus, l'abus de choix du traité, ce sont les clauses de déni des avantages.

§ II – Les clauses de déni des avantages

La clause de déni des avantages permet de refuser le bénéfice du traité à des investisseurs personnes morales qui n'ont pas d'activité substantielle sur le territoire de l'État contractant et qui sont contrôlés par des personnes tierces au traité³⁴⁷. Ces clauses visent la situation dans laquelle les investisseurs souhaitent recueillir l'application d'un traité pour lequel ils n'ont pas la nationalité requise en créant une société de complaisance sur un des États contractants. Les affaires *Gold Reserve*, *Pac Rim* et *Rompetrol* ont d'ores et déjà été exposées mais ce ne sont pas des cas isolés.

Pour les tribunaux arbitraux, ce comportement est le jeu du *forum shopping*, rien n'empêche les investisseurs de se conduire ainsi. Toute contestation de l'acquisition du droit d'accès à l'arbitrage par ce procédé a été rejetée sur la base de l'abus de procédure. Pour autant, il nous a été donné d'identifier à la fois un abus de procédure dans l'utilisation faite de ce droit d'accès mais également un abus de choix du traité. La clause de déni des avantages permet de lutter contre un *forum shopping* non frauduleux³⁴⁸ mais qui ne peut, toutefois, être considéré comme un *forum shopping bonus*. Cette clause est bien, de notre point de vue, un moyen de lutter contre un abus de droit, ce qui explique que son utilisation soit abordée ici.

Les clauses de déni des avantages sont majoritairement présentes dans les traités

³⁴⁵ E. Gaillard, *L'avenir des traités de protection des investissements*, op. cit., note 25, p. 1045.

³⁴⁶ *Ampal-American Israel Corporation and others c/ Égypte*, préc.

³⁴⁷ Définition inspirée de celle donnée par C. Schreuer et R. Dolzer, *Principles of International Investment Law*, OUP, 2008, p. 55 : « Under such a clause the states reserve the right to deny the benefits of the treaty to a company that does not have an economic connection to the state on whose nationality it relies. The economic connection would consist in control by nationals of the state of nationality or in substantial business activities in that state ».

³⁴⁸ M. Laazouzi, *Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements*, op. cit., note 47.

multilatéraux³⁴⁹ tels que l'ALENA³⁵⁰, le CAFTA³⁵¹, la Charte de l'énergie³⁵² et le SADC³⁵³. Mais certains traités bilatéraux prévoient également ce type de clause comme le traité conclu entre les États-Unis et la Bolivie³⁵⁴, ainsi que le projet d'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne³⁵⁵. Ces clauses sont insérées dans un nombre croissant de traités de protection des investissements car elles offrent une protection efficace contre l'abus de choix du traité et offrent une alternative à l'exception d'abus de droit. En effet, l'abus de droit n'est pas inclus dans les traités et fait l'objet d'interprétations imprévisibles par les tribunaux arbitraux³⁵⁶. De plus, les clauses de déni des avantages représentent la volonté des parties contractantes et constituent un des éléments de leur consentement³⁵⁷.

La clause est mise en œuvre si deux conditions cumulatives sont réunies. D'une part, la société demanderesse doit être contrôlée par des personnes de nationalité étrangère par rapport aux États contractants au traité. D'autre part, elle ne doit pas exercer d'activité substantielle sur le territoire de l'État contractant. La notion d'activité substantielle est appréciée par les tribunaux arbitraux. Souvent, un faisceau d'indices est utilisé, comme dans l'affaire *Pac Rim* dans laquelle les arbitres ont tenu compte du nombre de salariés, de l'existence d'un compte en banque ou encore de la présence d'un local³⁵⁸.

Une des spécificités de la mise en œuvre de la clause de déni des avantages réside dans le fait que l'État concerné doit exercer son droit de refus des bénéficiaires du traité. Les tribunaux arbitraux sont unanimes sur le fait qu'il serait trop imprévisible pour les investisseurs que la clause de déni ne leur soit opposée qu'en cours de procédure. Son application n'est pas automatique, elle requiert que l'État concerné informe l'investisseur de son refus de lui faire bénéficier des avantages du traité. Dans l'affaire *Plama*³⁵⁹, les arbitres ont estimé que l'État devait faire valoir son droit au refus et l'indiquer à l'investisseur dans le cadre de la Charte de l'énergie. La problématique est alors celle du moment où l'État doit exercer ce refus. Dans cette même affaire, les arbitres ont estimé que l'investisseur devait être informé avant même d'avoir effectué son investissement. Mais un mouvement plus souple a été amorcé dans les affaires *Pac Rim* et *Guaracachi*³⁶⁰, car les arbitres ont pris conscience de la difficulté pour les États de faire valoir leur droit au refus avant même que le litige naisse. Dans *Pac Rim*, le tribunal arbitral considère que la clause de déni des avantages contenue dans le CAFTA, ne donnant aucune précision sur le moment de son invocation, il convient de tenir compte de l'article 41 du règlement CIRDI prévoyant que les exceptions d'incompétence peuvent être soulevées avant le dépôt du contre-mémoire³⁶¹. Dans l'affaire *Guaracachi*, il était question de la clause contenue dans le traité d'investissement conclu entre les États-Unis et la Bolivie. Celui-ci était entré en vigueur avant la réalisation de l'investissement par les sociétés en question. Les arbitres ont estimé que les demandeurs étaient nécessairement informés de cette

³⁴⁹ A. de Nanteuil, La clause de déni des avantages (denial of benefits), op. cit., note 192, § 1.

³⁵⁰ Accord de libre-échange nord-américain, art. 1113 : « Refus d'accorder des avantages ».

³⁵¹ Central American free trade agreement, art. 10.12 : « Denial of benefits ».

³⁵² Traité sur la Charte de l'énergie, art. 17 : « Non-application de la partie iii dans certaines circonstances ».

³⁵³ Southern Africa Development Community, Model Bilateral Investment Treaty Template, art. 26 : « Denial of benefits ».

³⁵⁴ Traité bilatéral d'investissement signé entre les États-Unis et la Bolivie le 17 avr. 1998, entré en vigueur le 6 juin 2001 et a pris fin le 10 juin 2012, art. XII : « Denial of Benefits ».

³⁵⁵ Projet de l'accord « Comprehensive Economic and Trade Agreement » du 3 mars 2016, section F, art. 8.16.

³⁵⁶ M. Feldman, Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration, *ICSID Review* (2012) 27(2), p. 282s.

³⁵⁷ M. Laazouzi, Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, préc., note 47.

³⁵⁸ *Pac Rim Cayman LLC c/ le Salvador*, op. cit., note 114, § 4.75.

³⁵⁹ *Plama Consortium Limited c/ la Bulgarie* (CIRDI ARB/03/24), décision du 8 février 2005.

³⁶⁰ *Guaracachi America Inc. et Rurelec plc c/ la Bolivie*, PCA 2011-17, sentence du 31 janv. 2014.

³⁶¹ *Pac Rim Cayman LLC c/ le Salvador*, op. cit., note 114, § 4.83.

disposition³⁶².

Une fois la clause mise en œuvre, elle a pour conséquence de refuser la protection du traité aux investisseurs en question. Cela a alors un impact indirect sur la compétence du tribunal arbitral. Il est dans l'intérêt des États contractants d'insérer des clauses de déni des avantages dans leurs accords internationaux. En effet, la stratégie des coquilles vides n'a jamais été reconnue comme étant un abus de la part des tribunaux arbitraux, qui estiment qu'il revient aux États de limiter le *forum shopping*³⁶³.

Le comportement consistant en la création d'une société de complaisance dans le but de se prévaloir d'un traité de protection des investissements est, par le jeu de la clause de déni des avantages, soustrait à l'abus de procédure car le comportement devient contraire au traité. En effet, l'abus de droit et la fraude interviennent lorsque l'intéressé agit conformément aux règles établies mais contrairement à leurs finalités. En prévoyant qu'un tel comportement autorise un État à refuser les bénéfices du traité à l'investisseur, ces agissements ne révèlent plus une habileté procédurale de l'investisseur et échappent à la notion d'abus pour être sanctionnés par le traité lui-même. L'incompétence découle alors de l'inapplicabilité du traité.

Pour autant, l'utilisation d'une telle clause n'est jamais systématisée et il revient aux États de s'en prévaloir. Même si les tribunaux arbitraux ont amorcé un mouvement d'invocation *a posteriori*, la priorité est toujours de protéger l'investisseur en s'assurant qu'il avait connaissance d'une telle mesure et de la volonté de l'État hôte de s'en prévaloir³⁶⁴.

Les clauses de déni des avantages, comme tous les aménagements des accords internationaux précédemment envisagés, permettent de lutter contre une fraude ou un abus du droit d'accès au tribunal arbitral. C'est donc une lutte contre le *forum shopping* illégitime qui s'est engagée pour les États contractants. Mais le *forum shopping* légitime, lui, fait également l'objet de réserves. La tendance est à la limitation de ce *treaty shopping* même si sa disparition ne serait envisageable que par une harmonisation totale du droit international des investissements.

SECTION 2 – LA LIMITATION DU *FORUM SHOPPING*

La reconnaissance du mécanisme du consentement dissocié a opéré un phénomène de « baby-boom »³⁶⁵ des arbitrages, mais également une augmentation phénoménale du nombre de traités de protection des investissements³⁶⁶. Mais aujourd'hui, les affaires d'arbitrage d'investissement mettent en jeu des sommes pharaoniques aboutissant à reconnaître un pouvoir important des investisseurs sur la législation des États contractants. Ces derniers ne se sentent plus libres de légiférer comme ils l'entendent et dans l'intérêt de leurs citoyens, leur souveraineté est indirectement entravée. Les négociations des futurs accords d'investissement, notamment par l'Union européenne, connaissent une vague d'attention publique sans précédent³⁶⁷. Il est indéniable que le mouvement de réformation va dans le sens de la restriction du *forum shopping* et ne l'encourage guère. Mais l'arbitrage d'investissement, même s'il est en proie à une évolution importante, ne sera pas abandonné pour autant. Ce dernier demeure un moyen envisagé pour

³⁶² *Guaracachi America Inc. et Rurelec plc c/ la Bolivie*, op. cit., note 360, §§ 476 à 484.

³⁶³ *Tokios Tokelès c/ Ukraine*, op. cit., note 68, § 36.

³⁶⁴ R. Daujotas, *Jurisdiction Ratione Personae and Corporate Nationality in International Investment Arbitration – Legitimate Corporate Planning or Abuse of Right?* *SSRN electronic Journal*, nov. 2011, p. 30.

³⁶⁵ S.A. Alexandrov, « The “baby boom” of treaty-based arbitrations and the jurisdiction of icsid tribunals: shareholders as “investors” and jurisdiction *ratione temporis* », *LPICT* 2005.

³⁶⁶ CNUCED, *Recent trend and IIAS and ISDS*, UNCTAD, IIA issues note, févr. 2015, p. 2.

³⁶⁷ L. Sabanogullari, *Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement*, *IISD* n° 2, vol. 6, mai 2015, p. 3.

régler les différends entre les États et les investisseurs.

Les traités de protection des investissements évoluent dans l'optique de limiter l'accès à l'arbitrage (§ I), mais l'actualité nous renseigne sur un mouvement de remise en cause de l'arbitrage d'investissement, tel qu'il s'est construit depuis quelques décennies, et laisse entrevoir des nouveaux modes de règlement des différends entre États et investisseurs (§ II).

§ I – L'évolution des traités de protection des investissements

En droit international privé, le *forum shopping* est limité par l'harmonisation des règles de conflit de lois et de juridictions. Mais dans le contexte de l'arbitrage d'investissement, ce procédé se révèle être un mécanisme de protection mis en place dans le cadre d'une incroyable diversité d'accords internationaux sur l'investissement. Pourtant, la protection accordée semble aujourd'hui trop importante, les conditions d'accès à l'arbitrage doivent être redéfinies.

C'est dans cet objectif que certains traités apportent de nouvelles restrictions et de nouvelles précisions quant aux conditions d'accès à un tribunal arbitral (A). Mais le *forum shopping* ne fera que s'accroître si aucune harmonisation n'a lieu, celle-ci se manifeste par une régionalisation des accords internationaux (B).

A – La précision des clauses des traités de protection des investissements

L'imprécision des définitions relatives à l'investisseur et à sa nationalité ouvre des failles dans lesquelles s'engouffrent les investisseurs afin de bénéficier de la meilleure protection possible. La création de sociétés étrangères dans le but de se prévaloir du traité d'investissement le plus avantageux, dans lequel l'État hôte est impliqué, reste la principale manifestation du *treaty shopping*. Poussée à son paroxysme, cette pratique se manifeste par la création d'un groupe de sociétés dont chaque entité est incorporée dans un État différent permettant un réel choix de traités en fonction de la localisation future du litige, c'est le *treaty shopping* procédural d'incorporation³⁶⁸. Il nous a été donné d'identifier cette pratique comme un *forum shopping* légitime, une façon pour l'investisseur de tenir compte de l'existence des traités de protection des investissements au moment où il investit.

Un tel procédé donne à ces groupes de sociétés un pouvoir important et une influence manifeste quant aux changements normatifs des États hôtes. La création de grands groupes investissant dans divers États ne semble pas constituer un phénomène problématique et est bénéfique pour l'économie mondiale. Mais l'influence de ces groupes devenus économiquement, financièrement et politiquement puissants, éveille une certaine méfiance de la part des États.

Dans le cadre de groupes internationaux de sociétés, il est complexe de savoir qui est l'investisseur et qu'elle est sa nationalité. Dans les affaires *Tokios Tokelès*, *Alpha*, *Burimi*, *National gas*, *Perenco*, *Ros Invest* et *Cemex*, il est question de lever ou non le voile social, les investisseurs essayant de faire prévaloir une nationalité plutôt qu'une autre. Les États défendeurs, eux aussi, développent une défense, contraire aux arguments des investisseurs, basée sur la recherche de la nationalité des autres sociétés et associés du groupe. Le problème est, pour les États défendeurs, de lever toute ambiguïté sur la personne de l'investisseur. La légitimité de l'action portée par ce dernier en serait renforcée et cela aurait pour effet de limiter le *treaty shopping*.

Une solution possible à l'identification précise de l'investisseur est le renforcement de la précision des traités. Dans les affaires *Perenco*, *Cemex* et *Ros Invest*, l'action était intentée par des

³⁶⁸ D. Burriez, *Le treaty shopping procédural d'incorporation dans le contentieux arbitral transnational*, préc., note 259.

personnes détenant indirectement, par le biais de sociétés, l'investissement. Les arbitres ont admis l'investissement indirect car rien dans la définition de l'investisseur, donnée dans les traités, ne faisait obstacle à ce contrôle. Les investisseurs ont recherché, dans leur chaîne de contrôle, la nationalité la plus avantageuse au regard de l'offre de traités conclus par l'État hôte et ce, sans que ce dernier n'ait pu prévoir une telle action au vu de l'illusion donnée par le montage. Il est possible de préciser dans les accords internationaux que l'investisseur est la personne qui détient et contrôle directement l'investissement ; cela permettrait, pour les États contractants, d'avoir une plus grande visibilité sur la nationalité de leurs investisseurs et surtout de ne pas subir une procédure arbitrale dont la compétence du tribunal est fondée sur un montage non représentatif du contrôle réel³⁶⁹. La Convention de Washington ne contient aucune définition du contrôle étranger, il revient aux États de définir si ce contrôle doit être « direct ou indirect, immédiat ou effectif »³⁷⁰.

Pour que cette visibilité sur la nationalité et le contrôle étranger des investissements soit totale, une solution consiste en la révélation de la chaîne de contrôle *a priori*, c'est-à-dire, avant toute opération d'investissement³⁷¹. La jurisprudence arbitrale est divisée sur la question de lever ou non le voile social. Dans les affaires *Tokios Tokelès*, *Alpha*, *National gas* et *Burimi*, il est question d'associés ayant une nationalité différente de celle de la société portant la demande d'arbitrage. La demanderesse estime que c'est la nationalité de la société qui doit être prise en compte et les États défendeurs demandent une levée de la chaîne de contrôle afin de révéler la nationalité des associés. Nous avons observé que parfois cette nationalité des associés était celle des États hôtes de l'investissement, cela pouvait alors révéler une fraude si le seul objectif de la création de la société étrangère était de se prévaloir d'un traité de protection des investissements en internationalisant une opération d'investissement interne. Dans tous les cas, que la levée du voile social révèle une fraude ou un *treaty shopping* légitime, la réaction des tribunaux arbitraux est imprévisible. Obliger l'investisseur à révéler la structure de son groupe de sociétés permettra, dans certains cas, de révéler une fraude et, dans d'autres, de constituer un accord, entre les futures parties au litige, sur la nationalité de l'investisseur. Mais quand la structure du groupe est révélée, faut-il faire prévaloir la nationalité des associés, de la société mère ou d'une des filiales ?

Il semble logique de ne pas prendre systématiquement en compte la nationalité des associés, sauf quand celle-ci révèle une fraude. En effet, remonter la chaîne de contrôle jusqu'à la nationalité des associés évince tout *forum shopping* et est un frein à la protection de l'investisseur. Il paraît nécessaire, à notre avis, de permettre à des personnes physiques de créer une entité dans l'État de leur choix et que la nationalité de celle-ci soit prise en compte pour les activités qu'elle effectue et les préjudices qu'elle subit. De plus, les associés se voient reconnaître un accès à l'arbitrage car leurs actions sont souvent considérées comme des investissements. Mais le contrôle important qu'ils exercent doit parfois être relevé. Il en va de même pour une société mère ou une

³⁶⁹ *Autopista Concesionada de Venezuela c/ la République bolivarienne du Venezuela*, op. cit., note 70 : dans cette affaire, le contrat prévoyant la clause compromissoire avait pour seul critère d'identification de l'investisseur la nationalité de l'actionnariat majoritaire. Une société américaine détenait la majorité du capital de la société locale Aucoven ce qui permettait à la demanderesse d'intenter une procédure CIRDI car les États-Unis sont membres de la Convention de Washington. L'État du Venezuela opposait le fait que le contrôle était en réalité exercé par la société mère mexicaine et que la société américaine n'avait pas de réel contrôle sur Aucoven. Les arbitres, estimant que le consentement de l'État du Venezuela n'était pas conditionné à l'exercice du contrôle réel sur l'investissement mais seulement à l'actionnariat majoritaire, la nationalité américaine devait prévaloir.

³⁷⁰ E. Teynier, *Investissements internationaux et arbitrage*, op. cit., note 124, § 6.

³⁷¹ R. Daujotas, *Jurisdiction Ratione Personae and Corporate Nationality in International Investment Arbitration – Legitimate Corporate Planning or Abuse of Right?*, préc., note 364, p. 34 : l'auteur se réfère aux idées développées par M. Waibel et A. Kaushal (*The Backlash against Investment Arbitration* (2010), p. 27). Cette révélation de la structure du groupe se fera au moment de l'obtention d'autorisations diverses comme une licence d'exploitation ou lors d'un appel d'offre.

filiale bénéficiant d'un contrôle important.

En réalité, il est complexe d'exclure ou de systématiser une solution entre la prise en compte de la nationalité de la société mère, des filiales ou des associés. Si les traités de protection des investissements le précisent, les arbitres rechercheront les personnes ayant le contrôle réel sur l'investissement. Mais la solution de la révélation *a priori* permet de mettre en place un certain accord et une information précise de la part de l'investisseur sur l'identité du contrôlant. Dans le cadre du CIRDI, cette déclaration effectuée au moment de l'opération d'investissement constituera une preuve de la condition subjective, c'est-à-dire l'accord des parties sur le contrôle étranger, requise dans le cadre de l'article 25 de la Convention de Washington. L'examen de la condition objective, l'existence du contrôle étranger, permettra toujours de rechercher le réel contrôle sur l'investissement et de mettre en échec un accord entre les parties qui ne serait pas conforme à la réalité.

Une telle solution freine le *treaty shopping* procédural d'incorporation mais pas le *treaty shopping* en général. Il est simplement demandé à l'investisseur d'effectuer un choix définitif quant à la nationalité qu'il souhaite faire prévaloir. L'investisseur devra choisir minutieusement l'incorporation de la société qui contrôle directement l'investissement et les montages frauduleux dans lesquels des sociétés étrangères sont entièrement possédées par des nationaux seront mis en échec.

Les traités admettent de plus en plus des clauses tendant à réduire l'accès à l'arbitrage. Les clauses « *fork in the road* »³⁷² et « *No-U-Turn* »³⁷³ imposent à l'investisseur de choisir entre un recours devant les tribunaux locaux et un recours en arbitrage. Les clauses d'exclusion générale se multiplient dans les traités négociés récemment³⁷⁴, elles permettent d'exclure les recours des investisseurs dans certains domaines insusceptibles de contestation de leur part. Ces domaines sont principalement les politiques de santé publique, de protection de la vie humaine et animale ou encore les ressources naturelles.

Le développement de ces clauses n'a pas pour objectif de limiter le *forum shopping* mais plutôt de limiter le nombre de procédures et leurs impacts sur les politiques publiques. Pour autant, ce phénomène peut avoir une influence sur le *forum shopping* en l'encourageant. Quand certains traités semblent de plus en plus restrictifs et de moins en moins protecteurs, les autres deviennent alors très attractifs. Plus la méfiance de certains États s'accroît, plus l'écart entre le traitement des investisseurs se creuse en fonction des différents accords. Le *forum shopping* fait partie de la protection des investisseurs et est encouragé par la multiplicité des traités de protection des investissements. Cette diversité d'accords internationaux sur l'investissement a tendance, depuis quelques années, à se réduire par un phénomène de régionalisation.

³⁷² W. Ben Hamida, L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions, op. cit., note 102, p. 594 : « Elle interdit à l'investisseur d'introduire une demande arbitrale sur le fondement d'un traité d'investissement une fois qu'il a saisi les juridictions internes ou un autre mécanisme compétent et vice-versa ».

³⁷³ CNUCED, *Investor-State dispute settlement*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Genève, 2014, p. 89 : « They permit investors to opt for international arbitration after commencing a claim for relief in domestic courts or tribunals. However, if the investor decides to submit a claim regarding the same measure to international arbitration under the ISDS provision of an IIA, then it must abandon its right to pursue local remedies ».

³⁷⁴ L. Sabanogullari, Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement, op. cit., note 367, p. 3 : l'auteur relève qu'un nombre croissant de traités disposent de ces clauses, les États les plus productifs en la matière sont notamment la Colombie, le Honduras, le Panamá, la Thaïlande et le Viet Nam, l'Australie, le Canada, la Corée du Sud, le Japon et la Nouvelle Zélande.

B – La régionalisation des accords internationaux sur l’investissement

Les conventions internationales en matière de protection et de promotion des investissements sont essentiellement bilatérales. Au début des années 1990, un nombre croissant de traités bilatéraux étaient conclus chaque année pour arriver à 3 268 accords dénombrés en 2014. Mais un essoufflement de ce phénomène se fait ressentir depuis quelques années. Seuls 24 accords ont été conclus en 2014 contre plus de 2 000 au milieu des années 1990³⁷⁵. De multiples facteurs expliquent ce ralentissement, et notamment celui de la méfiance des États envers les mécanismes de règlement des différends entre États et investisseurs, mais il est aussi certainement question d’un ralentissement après l’euphorie provoquée par la sentence *AAPL c/ Sri Lanka*³⁷⁶. Toujours est-il que les traités multilatéraux, eux, se développent, dénotant une tendance au régionalisme³⁷⁷.

Les accords commerciaux, à l’échelle régionale, se multiplient et comportent souvent un volet sur l’investissement³⁷⁸. De plus, des accords sont également conclus entre ces groupes régionaux et des États tiers. Dans le cas où les accords régionaux remplaceraient les traités bilatéraux, cela créerait une certaine harmonisation des règles de protection des investissements étrangers et réduirait alors le *forum shopping*.

Lors de la décennie 1990, d’importantes conventions multilatérales ont fait leur apparition telles que l’ASEAN³⁷⁹ pour l’Asie, l’ALENA en Amérique du nord et le MERCOSUR³⁸⁰ en Amérique du Sud. Ces conventions comportent toutes des sections ou protocoles additionnels concernant la promotion et la protection des investissements et notamment l’arbitrage entre États et investisseurs. D’autres conventions, dites sectorielles, ont été conclues comme le Traité sur la Charte de l’énergie ou encore le Protocole sur l’énergie de la CEDEAO³⁸¹. Mais, depuis quelques années, le régionalisme prend une autre ampleur. La tendance est à la rationalisation de la protection des investisseurs et du règlement des différends et celle-ci ne peut aboutir sans une certaine harmonisation.

En Afrique, le Traité du COMESA de 2007³⁸² prévoit l’arbitrage entre États et investisseurs avec des mécanismes innovants tels que la consolidation. Plus récemment, grâce au Protocole de la SADC sur le financement et l’investissement³⁸³, il a été créé, en 2012, un modèle de traité bilatéral dans lequel une clause de déni des avantages, mais également des clauses de responsabilité de l’investisseur sont incluses. En Asie, les négociations du partenariat économique intégral régional³⁸⁴ continuent avec une nouvelle session prévue en juin. En Amérique du Nord, l’Accord de libre-échange d’Amérique centrale (CAFTA) est entré en vigueur en 2006 entre les États-Unis et les États d’Amérique centrale. L’Union des nations sud-américaines³⁸⁵ verra bientôt la mise en place d’un texte portant création d’un centre d’arbitrage. Quant à l’Union européenne, de nombreux accords sont actuellement en négociation. Depuis le Traité de Lisbonne, l’Union s’est vu attribuer une compétence exclusive en matière d’investissement par les articles 206 et 207 du TFUE³⁸⁶. Les traités

³⁷⁵ CNUCED, *Recent trend and IIAS and ISDS*, IIA issues note, févr. 2015, p. 2.

³⁷⁶ A. de Nanteuil, *Droit international de l’investissement*, op. cit., note 12, p. 93.

³⁷⁷ Ibidem, p. 101.

³⁷⁸ OCDE, *Cadre d’action pour l’investissement 2015*, p. 33.

³⁷⁹ Association des nations de l’Asie du Sud-Est, Accord signé à Singapour le 28 janv. 1992.

³⁸⁰ Marché commun du Sud, Protocole du 19 janv. 1994.

³⁸¹ Communauté économique des États d’Afrique de l’Ouest, créée le 28 mai 1975.

³⁸² Marché commun de l’Afrique orientale et australe, *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, signé le 23 mai 2007.

³⁸³ SADC, Protocole sur la finance et l’investissement, 2006.

³⁸⁴ Accord négocié entre les États membres de l’ASEAN et l’Australie, la Chine, l’Inde, le Japon, la Nouvelle-Zélande et la Corée du sud.

³⁸⁵ UNASUR (Union des nations sud-américaines), créée par le Traité constitutif du 23 mai 2008.

³⁸⁶ Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (TFUE), titre II : « La politique commerciale commune », art. 206

bilatéraux existants entre les États membres de l'Union européenne sont appelés à disparaître. Les traités bilatéraux conclus avec les États tiers seront remplacés par des accords conclus par l'Union européenne et ces États. Les négociations les plus importantes et les plus commentées ont actuellement lieu avec les États-Unis³⁸⁷ et le Canada³⁸⁸.

La multiplication des traités multilatéraux est, actuellement, davantage source de désordre que d'harmonie. Cela est dû au non-remplacement des traités bilatéraux conclus par les États engagés dans des conventions régionales³⁸⁹. Mais il y a fort à parier que les traités multilatéraux remplaceront progressivement les traités bilatéraux, comme dans l'Union européenne, ou les harmoniseront, comme c'est le cas dans la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC). Les accords régionaux sur l'investissement comportent de plus en plus de clauses de déni des avantages, de clauses d'exclusion générale et d'obligations pour les investisseurs. Une future harmonisation, sous couvert de lutte contre la fraude et l'abus de procédure, prend peu à peu place. Le *forum shopping* restera, probablement, un moyen de protéger les investisseurs mais leur choix sera de plus en plus limité.

§ II – Les nouveaux mécanismes de règlement des différends entre États et investisseurs

L'habileté procédurale de l'investisseur, qui se plaît à se fabriquer une protection dans le but de contester chaque mesure étatique lui causant un préjudice, a eu des conséquences importantes sur les États et l'opinion publique. L'engouement des années 1990 pour les traités bilatéraux d'investissement a eu pour revers la déception des acteurs internationaux quant à l'usage que les investisseurs en faisaient³⁹⁰.

Il est difficile de se prononcer sur l'avenir de l'arbitrage en droit international des investissements. Quand certains États, et autres acteurs du droit de l'investissement, le remettent en question (A), d'autres, au contraire, refondent le règlement des différends entre États et investisseurs (B).

A – La remise en cause de l'arbitrage

L'arbitrage international, de manière globale, emporte un certain engouement de la part des opérateurs économiques pour diverses raisons qui les poussent à vouloir échapper aux juridictions étatiques. Cette volonté a rarement été autant justifiée que dans le cas du règlement des différends entre États et investisseurs. Les juridictions locales de l'État défendeur auraient, dans certains États plus que d'autres, des difficultés à juger les actes de celui-ci de manière impartiale. De plus, l'État ne peut être contraint comme une personne privée. C'est pourquoi, obtenir un consentement des États contractants afin de s'en remettre au jugement de personnes neutres est la meilleure des protections pour l'investisseur.

Mais les États défendeurs, en plus de voir engager leur responsabilité pour avoir réformé en considération de l'intérêt public, voient le bien-fondé de leurs décisions politiques jugé par trois arbitres. Certains ont alors récemment mis fin à leurs traités bilatéraux sur l'investissement. Il est

et 207.

³⁸⁷ Projet en cours de négociation connu sous le nom de « Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement » ou encore « Traité de libre-échange transatlantique ».

³⁸⁸ Projet de l'Accord CETA dont la dernière version a été publiée le 3 mars 2016.

³⁸⁹ CNUCED, *The rise of regionalism in international investment policymaking: consolidation or complexity?* UNCTAD, IIA issues note, juin 2013.

³⁹⁰ E. Gaillard, *L'avenir des traités de protection des investissements*, op. cit., note 25, p. 1027.

possible de citer à cet égard l’Afrique du sud qui a résilié ses accords avec la Belgique, le Luxembourg, l’Allemagne, les Pays-Bas, l’Espagne et la Suisse³⁹¹. L’Indonésie a mis fin à son traité avec les Pays-Bas en 2014 et a l’intention de mettre un terme à tous ses traités bilatéraux³⁹². Le Venezuela, l’Équateur et la Bolivie se sont retirés de la Convention de Washington. L’Équateur a également dénoncé la plupart de ses traités bilatéraux entre 2008 et 2010. Il est important de noter qu’il existe des dispositions de droit transitoire, ainsi les traités restent, dans une certaine mesure, en vigueur durant dix à vingt ans³⁹³. L’Allemagne a d’ores et déjà fait savoir qu’elle était contre un règlement des différends entre États et investisseurs dans le traité, actuellement négocié, entre l’Union européenne et les États-Unis³⁹⁴. Ainsi l’influence des gros investisseurs sur la politique des États contractants pose également problème dans les pays développés, le phénomène ne touche pas seulement les pays en voie de développement³⁹⁵. Une partie de l’opinion publique, en Europe en particulier, s’élève contre ce mécanisme d’arbitrage³⁹⁶.

Certains États ont privilégié un règlement des différends uniquement entre États contractants. Le Brésil, par exemple, a mis en place un arbitrage entre États dans son traité avec le Mozambique et l’Angola³⁹⁷. Le règlement des différends entre États et investisseurs est un système original qui n’est pas pour autant abandonné. Certains États continuent même à conclure des traités de protection des investissements avec pour objectif d’être attractifs pour les investisseurs. À ce titre, il est possible d’évoquer le Koweït, la Turquie, le Japon et les Émirats arabes unis³⁹⁸. Ces États encouragent la coopération économique avec d’autres États afin d’attirer davantage d’investisseurs venus du monde entier grâce au *treaty shopping*. À notre avis, ce contexte paradoxal ne fera qu’augmenter la prise en compte de l’existence des traités. Ainsi, les effets du *treaty shopping* se trouvent limités au maximum par certains États, mais le phénomène, en lui-même, reste encouragé et très présent.

³⁹¹ CNUCED, *World Investment report*, 2014, p. 114 et p. 133.

³⁹² Déclaration du ministre néerlandais, *IISD* 2014 (2), vol. 5, p. 16 : « Le gouvernement d’Indonésie a mentionné son intention de mettre un terme à l’ensemble de ses 67 traités bilatéraux d’investissement ».

³⁹³ CNUCED, *Denunciation of the ICSID Convention and BITs : Impact on Investor-State Claims*, IIA Issues Note, n° 2, déc. 2010.

³⁹⁴ *Investment treaty News*, août 2014 (3), vol. 5, p. 13.

³⁹⁵ E. Gaillard, *L’avenir des traités de protection des investissements*, op. cit., note 25, p. 1028.

³⁹⁶ Voir not. G. Monbiot, *This transatlantic trade deal is a full-frontal assault on democracy*, *The Guardian*, 4 nov. 2013, R. Hiault, *Commerce : L’Europe et les États-Unis à couteaux tirés*, *Les Échos*, 3 oct. 2014 et C. Olivet, P. Eberhardt, *Profiting from crisis – How Corporations and Lawyers are Scavenging Profits from Europe’s Crisis Countries*, *Corporate Europe Observatory / Transnational Institute*, mars 2014.

³⁹⁷ Accord de coopération et de facilitation des investissements (ACFI), mars 2015.

³⁹⁸ CNUCED, *World Investment report 2014*, p. 114.

B – La création de systèmes complets de règlement des différends entre États et investisseurs

Face à un scepticisme grandissant en matière d'arbitrage d'investissement, certains États n'ont pas pour autant abandonné le règlement des différends entre États et investisseurs mais ils envisagent de créer des systèmes nouveaux, complets, arbitraux ou non.

Les États membres de l'Union des nations sud-américaines (UNASUR)³⁹⁹ ont négocié la création d'un centre de règlement arbitral des différends entre États et investisseurs. Le texte portant création de ce centre n'a pas encore été révélé mais certains auteurs parlent d'un centre rivalisant avec le CIRDI⁴⁰⁰. Il est à présent plus aisé de comprendre le choix de certains États d'Amérique du sud de quitter la Convention de Washington et de dénoncer certains traités bilatéraux. Ces États ne semblent pas vouloir abandonner l'arbitrage mais veulent créer leur propre institution. Ces dernières années, divers États d'Amérique du Sud avaient été sujets à des procédures d'arbitrage, une certaine méfiance à l'égard de ce mode de règlement des différends s'était installée. Il est probable que ces États se soient accordés sur l'instauration de règles plus strictes quant à l'accès aux tribunaux arbitraux et peut-être également sur un organe d'appel.

L'Union européenne est actuellement en négociation avec le Canada, d'une part, et les États-Unis, d'autre part, pour l'adoption de traités internationaux. L'Accord économique et commercial global (AECG), négocié avec le Canada, prévoyait initialement un règlement arbitral des différends⁴⁰¹. Pas moins de 28 articles étaient consacrés à cette procédure arbitrale qualifiée par certains de « lourde »⁴⁰². Face à la montée du mécontentement de certains États, comme la France et l'Allemagne, une consultation publique sur la question du règlement des différends a été organisée en 2015. Le résultat était sans appel contre le règlement arbitral des différends. Prenant toute la mesure de ce contexte, le Comité économique et social européen a émis un avis le 8 octobre 2015 préconisant la création d'un Tribunal international de l'investissement⁴⁰³. L'AECG a été modifié en conséquence, il prévoit à présent une Cour composée de quinze juges désignés par l'Union européenne et le Canada. Cette Cour sera en charge de statuer sur les litiges entre les investisseurs et les États contractants dans le cadre de ce traité⁴⁰⁴. Il est fort probable qu'une telle solution soit également adoptée dans l'Accord commercial transatlantique toujours en négociation entre les États-Unis et l'Union européenne.

La création d'un Tribunal des investissements a plusieurs avantages comme celui de limiter les frais d'arbitrage car les juges seront rémunérés par les parties contractantes. Une meilleure transparence sera garantie par une publicité des débats. De plus, il est prévu qu'une juridiction d'appel soit formée. Mais quels sont les impacts d'un tel système sur le *forum shopping* ?

La lutte contre l'abus de procédure et la fraude transparaît clairement dans ce texte, qui précise que les comportements abusifs ne pourront faire l'objet d'une procédure de règlement des différends⁴⁰⁵. L'article 8.16 instaure une clause de déni des avantages. Cet article garantit également une future cohérence de la jurisprudence par la création d'une Cour d'investissement assortie d'un

³⁹⁹ L'UNASUR est composé de l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, l'Équateur, le Guyana, le Paraguay, le Pérou, le Suriname, l'Uruguay, et le Venezuela.

⁴⁰⁰ *Investment treaty News*, févr. 2016, p. 10.

⁴⁰¹ Projet CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) du 1^{er} août 2014.

⁴⁰² E. Gaillard, *L'avenir des traités de protection des investissements*, op. cit., note 25, p. 1036.

⁴⁰³ Avis du Comité économique et social européen sur la protection des investisseurs et le règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de commerce et d'investissement de l'UE avec des pays tiers (2015/C 332/06) du 8 oct. 2015.

⁴⁰⁴ Projet CETA du 3 mars 2016.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, art. 8.18 (3).

système d'appel.

Mais pour ce qui est du *forum shopping* légitime, le fait que chaque traité négocié par l'Union européenne crée son propre système de règlement des différends constituera une option pour l'investisseur entre des textes et une jurisprudence différente. Pour limiter ces comportements, il aurait été plus avantageux, pour l'Union européenne, de créer un système complet composé d'une Cour d'investissement en première instance et d'un organe d'appel. Ces juridictions auraient eu à connaître de toutes les violations des traités conclus par l'Union en matière d'investissement⁴⁰⁶. La création d'institutions différentes pour chaque traité ne peut qu'encourager le *forum shopping*. Cela n'est pas, de notre point de vue, une mauvaise initiative car le *forum shopping* fait partie de la protection accordée à l'investisseur.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

L'abus de procédure et la fraude sont largement combattus par les divers acteurs du droit de l'investissement. Ces deux procédés déloyaux sont, avant tout, encouragés par un manque flagrant de cohérence dans la jurisprudence arbitrale. Diverses solutions peuvent pallier à cela comme le renforcement des clauses des traités, la création de juridictions communes à tous les arbitrages ou encore la mise en place d'une procédure de consolidation. Ces solutions sont nouvelles et en pleine expérimentation, contrairement aux clauses de déni des avantages permettant efficacement de lutter contre l'abus de choix du traité.

Le *forum shopping* est un moyen de protection pour l'investisseur qui exercera l'option qui lui est la plus favorable. La précision des traités de protection des investissements quant à l'identité de l'investisseur n'empêche pas un tel phénomène mais le rationalise. Un choix sera effectué car la diversité des accords, même si elle a tendance à se réduire au vu d'une certaine régionalisation, perdurera nécessairement. Mais ce choix pourra se faire plus transparent, permettant aux États contractants de jouir d'une meilleure prévisibilité. La méfiance des États et de l'opinion publique quant à l'arbitrage emporte des conséquences importantes sur le règlement des différends entre États et investisseurs. D'autres mécanismes, arbitraux ou non, se mettent en place. Mais la diversité de ces mécanismes ne fera qu'accroître l'attention des investisseurs sur la protection de leurs investissements. Dans ce cadre, le *treaty shopping* ne peut rester qu'un mécanisme de protection efficace.

⁴⁰⁶ N. Bernasconi-Osterwalder, *Repenser le règlement des différends en matière d'investissement*, op. cit., note 324, p. 7.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La multiplicité des accords internationaux sur l'investissement procure aux investisseurs d'importantes opportunités de protection. La plus importante d'entre elles reste l'accès à l'arbitrage qui assure une efficacité des standards de traitement. Cet accès est conditionné à l'application d'un traité, application fondée sur l'appartenance de l'investisseur à un État contractant. L'usage des opportunités de protection sera déterminé par l'habileté de l'investisseur à jouer des facilités de changement de nationalité. C'est alors la question de la légitimité et des limites d'une telle habileté qui se pose. Est-ce illégitime, pour l'investisseur, de profiter de la diversité des accords sur l'investissement quand c'est bien grâce à ce choix que les États contractants espèrent attirer des capitaux ?

La fraude, l'abus de procédure et le *forum shopping* sont des notions incontournables afin de fixer les limites de cette habileté. Le *forum shopping* est un moyen de protection légitime introduit par ce contexte international. Mais le choix effectué par l'investisseur peut basculer dans l'illégitimité. C'est alors la chronologie des événements et l'évaluation d'un « élément légal »⁴⁰⁷ qui permettront d'en fixer les limites. Le choix était-il ouvert à l'investisseur ? Tel ne serait pas le cas d'un investisseur national soumis à un régime de protection interne. Celui-ci commettrait alors une fraude en internationalisant la situation. La situation était-elle régie par un autre système de protection ? Si tel est le cas, le changement de ce système alors qu'un litige est déjà né ou prévisible est une manipulation illégitime des critères d'application du traité confinant à la fraude. Dans le cas contraire, le choix doit être effectué sans abus. L'utilisation d'une société de complaisance dans le but de recueillir l'application d'un traité d'investissement irait à l'encontre de la protection instaurée, basée sur le rattachement d'un investisseur à un État contractant.

C'est bel et bien sur ce rattachement que s'est forgée, au fil du temps, la protection des investisseurs par le mécanisme des traités internationaux. Mais ce mécanisme se révèle aujourd'hui incohérent dans un contexte où l'internationalité des investisseurs est telle que le rattachement à un État, s'il n'a pas totalement disparu, est trop fragile pour fonder une protection.

L'arbitrage d'investissement, ayant pour objectif de mettre à égalité l'État et l'investisseur dans une procédure empreinte de la plus grande neutralité possible, cause un déséquilibre en faveur de l'investisseur. Les États ne se sentent plus libres de légiférer comme ils l'entendent et l'opinion publique, lassée des privilèges accordés au plus petit nombre, dénonce le pouvoir des grandes multinationales. Est-ce pour autant la fin de ce mécanisme protecteur ? Les avis divergent sur ce point⁴⁰⁸ et nous ne prétendons pas apporter la solution mais seulement nous poser la question de l'opportunité d'une telle disparition. À notre avis, tout système de droit a ses failles, la reconnaissance de fraudes et d'abus de droit est un premier pas vers leur comblement. Les diverses réformes des accords internationaux prouvent, majoritairement, une volonté des États de laisser perdurer ce mécanisme tout en l'améliorant⁴⁰⁹. Nous pensons qu'il est impératif que les acteurs du droit international des investissements prennent conscience de l'affaiblissement de l'attachement de l'investisseur à un État et qu'ils en prennent acte. Le *forum shopping* ne doit pas, à notre sens,

⁴⁰⁷ Expression utilisée en référence à l'élément légal de la fraude à la loi. Il désigne le contexte juridique, le système de protection déjà applicable.

⁴⁰⁸ E. Gaillard, *L'avenir des traités de protection des investissements*, op. cit., note 25, p. 1036. L'auteur fait état de ces différents points de vue.

⁴⁰⁹ OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement 2015*, p. 31 : « Que ce soit dans les pays développés ou en développement, la tendance est à affiner et moderniser la structure et le contenu des traités d'investissement, notamment en précisant des dispositions centrales, par exemple sur la définition de l'investissement, le traitement juste et équitable, et les règles applicables en cas de différends entre investisseurs et États ».

disparaître mais être rationalisé par un choix transparent et durable de l'investisseur.

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES

1.1. Ouvrages généraux et spéciaux

- ALLAND D., *Droit international public*, PUF, 2000.
- AUDIT B., BOLLE S., CALLE P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014.
- BONOMO S., *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements, entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, PUAM, 2012.
- CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, PUF, 1985.
- CICÉRON, *De Officiis I*, 10, 33.
- CREMADES B.M., LEW J.D.M., *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration, Dossiers of the ICC institute of world business law*, ICC, 2005.
- DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, 2009.
- DIALLO O., *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, PUF, 2010.
- DOUGLAS Z., *Cinq problématiques d'actualité en droit des investissements*, Pedone, 2015.
- GHESTIN J., GOUBEAUX G., FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil. Introduction Générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994.
- JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939.
- KOLB R., *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, PUF, 2000.
- LEVY D., *Les abus de l'arbitrage commercial international*, L'Harmattan, 2015.
- MARX K., ENGELS F., *Manifeste du parti communiste*, 1848.
- MAYER P., *Droit international privé*, 7^e éd., Montchrestien, 2001.
- NANTUEIL A. de, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2014.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, Paris, 1949.
- ROUBIER P., *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Dalloz, 1951.
- SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, 2^e éd., Domat, 2015.
- SCHREUER C., DOLZER R., *Principles of International Investment Law*, OUP, 2008.
- VANDEVELDE V.K., *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*, OUP, 2010.
- VATTEL E. de, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758.

VIDAL J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, Dalloz, 1957.

VIGNAL T., *Droit international privé*, Dalloz, 2014.

VINEY G., *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008.

ZOLLER E., *La bonne foi en droit international public*, Pedone, 1977.

1.2. Ouvrages collectifs

Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, sous la direction de C. Leben, Pedone, 2015.

HEUZÉ V., LIBCHABER R. et DE VAREILLES-SOMMIÈRES P., *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015.

Justices et droit du procès. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, 2010.

Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, LGDJ, 2014.

La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents, sous la direction de C. Leben, Anthémis, LGDJ, 2010.

La règle de droit, Travaux du Centre national de recherches de logique, dirigé par C. Pérelman, Bruylant, 1971.

1.3. Dictionnaires

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016.

Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. Alland, S. Rials, PUF, 2003.

Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de J. Salmon, Bruylant, 2001.

POMIES O., *Dictionnaire de l'arbitrage*, PUR, 2011.

1.4. Thèses

AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974.

CORNUT E., *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006.

ONGUENE ONANA D.E., *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements. Les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI*, Bruylant, 2012.

STOFFEL-MUNCK P., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1999.

II – Rapports et avis

2.1. Union européenne

Commission Européenne, *Protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de l'UE*, nov. 2013, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_152016.pdf

Avis du Comité économique et social européen sur la protection des investisseurs et le règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de commerce et d'investissement de l'UE avec des pays tiers (2015/C 332/06) du 8 oct. 2015, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014IE5356&qid=1465910697102&from=EN>

2.2. Commission des Nations Unies sur le commerce et le développement

CNUCED, *Recent trend and IIAS and ISDS*, UNCTAD, IIA Issues note, févr. 2015, disponible sur <http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Agreements---Issues-Note.aspx>

CNUCED, *Transformation du régime des accords internationaux d'investissement*, 17 déc. 2014, disponible sur http://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciem4d2_fr.pdf

CNUCED, *investor-state dispute settlement*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Genève, 2014, disponible sur <http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Agreements---Issues-Note.aspx>

CNUCED, *World Investment report*, 2014, disponible sur http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf

CNUCED, *The rise of regionalism in international investment policymaking: consolidation or complexity ?*, IIA Issues note, juin 2013, disponible sur <http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Agreements---Issues-Note.aspx>

CNUCED, *Denunciation of the ICSID Convention and BITs : Impact on Investor-State Claims*, IIA Issues Note, n° 2, déc. 2010, disponible sur <http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Agreements---Issues-Note.aspx>

2.3. Organisation de coopération et de développement économiques

OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement 2015*, disponible sur <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/Cadre-action-investissement-2015-CMIN2015-5.pdf>

2.4. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

CIRDI, *Note d'information relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI*, 10 août 2012, disponible sur https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Background%20Report%20on%20Annulment_French.pdf

CIRDI, *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration*, ICSID Discussion Paper, 22 oct. 2004, disponible sur

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>

Rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Banque internationale pour la reconstruction et le développement, le 18 mars 1965, disponible sur https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2006%20CRR_French-final.pdf

III – Articles, chroniques et notes

ALEXANDROV S.A., The “baby boom” of treaty-based arbitrations and the jurisdiction of icsid tribunals: shareholders as “investors” and jurisdiction *ratione temporis*, *LPICT*, 2005.

BEN HAMIDA W., L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions, *Annuaire fr. de droit international*, vol. 51, 2005.

BENSAUDE D., Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international, *Gaz. Pal.* 20 mai 2004, n° 141.

BERMANN G., The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration, *The Yale Journal of International Law*, 2012.

BERNASCONI-OSTERWALDER N., Repenser le règlement des différends en matière d'investissement, *IISD*, n° 2, vol. 6, 2015.

BURRIEZ D., Le *treaty shopping* procédural d'incorporation dans le contentieux arbitral transnational, *ICSID Review* 2010, 25 n° 2.

CADIET L., Abus de droit, *Rec. Dalloz* 1992.

CARLEVARIS A., L'arbitre international entre Charybde et Scylla: le principe *jura novit curia* entre principe de la contradiction et impartialité de l'arbitre, *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} avr. 2010, n° 2.

CARREAU D., « Investissements », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2013.

CORNUT E., *Forum shopping* et abus du choix du for en droit international privé », *JDI (Clunet)* n° 1, janv. 2007, doct. 2.

CREPET DAIGREMONT C., « L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI », Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux KAHN P., WÄLDE T. W., Académie de droit international de La Haye, *Brill Nijhoff*, 2007.

CREPET DAIGREMONT C., La notion d'abus de procédure, *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} oct. 2010, n° 4.

DAUJOTAS R., Jurisdiction Ratione Personae and Corporate Nationality in International Investment Arbitration - Legitimate Corporate Planning or Abuse of Right?, *SSRN electronic Journal*, 2011.

FADLALLAH I, LEBEN C., TEYNIER E., Investissements internationaux et arbitrage, *Gaz. Pal.* 8 nov. 2003, n° 312.

FADLALLAH I., La nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage CIRDI, *Gaz. Pal.* 2 juill. 2008, n°184.

FELDMAN M., Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration, *ICSID Review*, vol. 27, n° 2 (2012).

GAILLARD E., Chronique des sentences arbitrales, *JDI (Clunet)* n° 2, avr. 2010, chr. 2.

- GAILLARD E., Chronique des sentences arbitrales, *JDI (Clunet)* n° 1, janv. 2009, chr. 2.
- GAILLARD E., L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements, *Rev. de l'arbitrage*, 2003, n° 3.
- GAILLARD E., L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité, *Rev. de droit de McGill*, 2010.
- GAUDEMET-TALLON H., Fraude au jugement et abus de procédure, *RCDIP* 2012.
- HIAULT R., Commerce : l'Europe et les États-Unis à couteaux tirés, *Les Échos*, 3 oct. 2014.
- KREINDLER R., Are Tribunals Setting New Limits on Access to International Jurisdiction?, *ICSID Review*, vol. 25, n° 1, 2010.
- LAAZOUZI M., Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, *Rev. de l'arbitrage*, 2015-2.
- LARROUMET C., À propos de la jurisprudence arbitrale, *Gaz. Pal.*, 14 décembre 2006, n° 348.
- MANCIAUX S., Chronique des sentences arbitrales, *JDI (Clunet)* n° 1, anv. 2012, chr. 2.
- MANCIAUX S., Chronique des sentences arbitrales, *JDI (Clunet)* n° 2, janv. 2011, chr. 5.
- MONBIOT G., This transatlantic trade deal is a full-frontal assault on democracy, *The Guardian*, 4 nov. 2013.
- NANTEUIL A. de, La clause de déni des avantages (denial of benefits), *Cahiers de l'arbitrage*, 2012 n° 4.
- NANTEUIL A. de, La nationalité de l'investisseur, *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} oct. 2013, n°4.
- NANTEUIL A. de, La notion d'investisseur, *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} oct. 2011, n° 4.
- NIKIÈMA S. H., Définition de l'investisseur, Best practices series, *IISD*, 2012.
- NUSSBAUM A., Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government, *36 Cornell L. Rev.* 31 (1950).
- OLIVET C., EBERHARDT P., Profiting from crisis- How Corporations and Lawyers are Scavenging Profits from Europe's Crisis Countries, *Corporate Europe Observatory/ Transnational Institute*, mars 2014.
- ONGUENE ONANA D.E, Origine étrangère de l'investisseur et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : La théorie du contrôle séparé devant le CIRDI, *Rev. d'arbitrage et de médiation*, Vol 2, n°2, 2012.
- REMY B., Chronique des sentences arbitrales, *JDI (Clunet)* n° 1, janv. 2016, Chr. 1.
- REMY B., Chronique des sentences arbitrales, *JDI (Clunet)* n° 1, janv. 2015, Chr. 2.
- RIPERT G., Abus ou relativité des droits, *Rev. crit. Lég. et jur.*, 1929.
- ROSERT D., Un tribunal du CIRDI reconnaît le Venezuela coupable de ne pas avoir négocié de bonne foi l'indemnisation des recettes à la valeur du marché ; les autres demandes sont rejetées, *IISD*, n° 1, vol. 5, 2014.
- SABANOULLARI L., Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement, *IISD*, n° 2, vol. 6, mai 2015.
- SCHREUER C., Revising the System of Review for Investment Awards, *BIICL* 2009.
- SERINET Y., BOUCOBZA X., Le principe de la contradiction appliqué à l'arbitrage, *Rev. des contrats*, 1^{er} oct. 2013, n° 4.

TAMS C.J., An appealing option? A debate about an ICSID appellate structure, *Essays in Transnational Economic Law* n° 57, juin 2006.

TOPCAN U., Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration, *ICSID Review*, vol. 29, n° 3, 2014.

VAREILLES-SOMMIERES P. de, *Le forum shopping* devant les juridictions françaises, *TCFDIP* 1998-1999, Pedone, 2001.

IV – Sentences

Abaclat and others c/ La République d'Argentine (CIRDI ARB/07/5), décision du 4 août 2011.

Accession Mezzanine Capital LP et Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. c/ la Hongrie (CIRDI ARB/12/3), sentence du 17 avr. 2015.

ADC c/ la Hongrie (CIRDI ARB/03/16), sentence du 2 oct. 2006.

ADF Group Inc. c/ les États-Unis (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janv. 2003.

Alapli Elektrik BV c/ La République de Turquie (CIRDI ARB/08/13), sentence du 16 juill. 2012.

Alpha Projektholding GmbH c/ Ukraine (CIRDI ARB/07/16), sentence du 8 nov. 2010.

Ampal-American Israel Corporation and others c/ Égypte (CIRDI ARB/12/11), décision du 1^{er} févr. 2016.

Asian Agricultural Products Ltd c/ la République Socialiste du Sri Lanka (CIRDI ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990.

Autopista Concesionada de Venezuela CA c/ la République bolivarienne du Venezuela (CIRDI ARB/00/5), sentence du 23 sept. 2003.

Burimi SRL et Eagle Games SHA c/ Albanie, (CIRDI ARB/11/18), sentence du 29 mai 2013.

Cementownia « Nowa Huta » SA c/ la Turquie (CIRDI ARB(AF)/06/2), sentence du 17 sept. 2009.

CEMEX Caracas Investments BV et CEMEX Caracas II Investments BV c/ la République bolivarienne du Venezuela (ARB/08/15), sentence du 30 déc. 2010.

CME BV c/ la République tchèque, sentence du 13 sept. 2001.

CMS Gas transmission company c/ La République d'Argentine (CIRDI ARB/01/8), décision du 17 juill. 2003.

ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV et ConocoPhillips Golfe de Paria BV c/ la République bolivarienne du Venezuela (CIRDI ARB/07/30), décision sur la compétence et le fond du 3 sept. 2013.

Emilio Agustin Maffezini c/ le Royaume d'Espagne (CIRDI ARB/97/7), décision sur la compétence, 25 janv. 2000.

Europe Cement Investment & Trade SA c/ la Turquie (CIRDI ARB(AF)/07/2), sentence du 13 août 2009.

Glamis Gold Ltd c/ les États-Unis, CNUDCI, décision sur la production de documents, du 17 nov. 2005.

Gold Reserve Inc. c/ la République bolivarienne du Venezuela (CIRDI ARB(AF)/09), sentence du 22 sept. 2014.

Guaracachi America inc. et Rurelec plc c/ la Bolivie, PCA No. 2011-17, sentence du 31 janv. 2014.

Lao Holdings NV c/ la République démocratique populaire du Laos (CIRDI ARB(AF)/12/6), décision du 21 févr. 2014.

Libananco Holdings Co. Ltd c/ la Turquie (CIRDI ARB/06/8), sentence du 2 sept. 2011.

Malicorp Ltd c/ Égypte (CIRDI ARB/08/18), sentence du 7 févr. 2011.

Mobil Corporation e.a. c/ la République bolivarienne du Venezuela (CIRDI ARB/07/27), décision sur la compétence du 10 juin 2010.

National Gas SAE c/ Égypte (CIRDI ARB/11/7), sentence du 3 avr. 2014.

OI European Group BV c/ la République bolivarienne du Venezuela (CIRDI ARB/11/25), sentence du 10 mars 2015.

Pac Rim Cayman LLC c/ le Salvador (CIRDI ARB/09/12), décision du 1^{er} juin 2012.

Perenco Ecuador Ltd c/ Équateur (ARB/08/6), sentence du 30 juin 2011.

Petrobart Ltd c/ La République du Kirghizstan, CNUDCI, sentence du 13 févr. 2003.

Petrobart Ltd c/ La République du Kirghizstan, SCC (126/2003), sentence du 29 mars 2005.

Phoenix Action, Ltd c/ la République tchèque (CIRDI ARB/06/5), sentence du 15 avr. 2009.

Plama Consortium Ltd c/ la Bulgarie (CIRDI/ARB/03/24), sentence du 8 févr. 2005.

Pof[#353]tová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE c/ la Grèce (CIRDI ARB/13/8), sentence du 9 avr. 2015.

Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, miriam Z. Grynberg et RSM Production Corp. c/ La Grenade (CIRDI/ARB/10/16), sentence du 10 déc. 2010.

Renée Rose Levy de Levi c/ Pérou (CIRDI ARB/10/17), sentence du 26 févr. 2014.

Renée Rose Levy et Gremcitel SA c/ Pérou (CIRDI ARB/11/17), sentence du 9 janv. 2015.

Romak SA c/ la République d'Ouzbékistan, CNUDCI, CPA n° AA280, sentence du 26 nov. 2009.

Ronald S. Lauder c/ la République tchèque, sentence du 3 sept. 2001.

Ros Invest Co UK Ltd c/ la Russie (V079/2005), sentence du 12 sept. 2010.

RSM Production Corporation c/ La Grenade (CIRDI ARB/05/14), sentence du 13 mars 2009.

Rumeli Telekom et Telsim Mobil c/ le Kazakhstan (CIRDI ARB/05/16), sentence du 29 juill. 2008.

S.G. Armas et K.G. Gruber c/ la République bolivarienne du Venezuela, CPA n° 2013, décision du 14 déc. 2014.

Saipem SpA c/ le Bangladesh (CIRDI ARB/05/07), décision sur la compétence du 21 mars 2007 et sentence du 30 juin 2009.

Saluka Investments BV c/ la République tchèque, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006.

Siemens AG c/ La République d'Argentine (CIRDI ARB/02/8) décision du 3 oct. 2004.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA c/ La République d'Argentine (CIRDI ARB/03/19), décision du 3 août 2006.

The Rompetrol Group NV c/ la Roumanie (CIRDI ARB/06/3), décision du 18 avr. 2008.

Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe CA c/ la République bolivarienne du Venezuela, (CIRDI ARB/10/5), décision sur la compétence du 8 févr. 2013.

Tokios Tokelès c/ Ukraine (CIRDI/ARB/02/18), sentence du 29 avr. 2004.

Vacuum Salt c/ Ghana (CIRDI ARB/92/1), sentence du 16 févr. 1994.

V – Jurisprudence

5.1. Jurisprudence française

Cass. Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-16224.

Cour d'appel de Paris, 1^{er} déc. 1995, *Ministère de l'agriculture d'Irak c/ Hochtief*.

Cass. Soc., 11 juin 1953, *Bull. civ. IV*, n°443.

5.2. Jurisprudence européenne

CJCE, 20 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97.

5.3. Jurisprudence internationale

CIJ, arrêt, 20 déc. 1974, *Essais nucléaires*.

CPJI, arrêt, 7 sept. 1927, *Lotus*.

5.4. Jurisprudence étrangère

C. Stockholm, 15 mai 2003, Jugement de recours en déclaration d'invalidité de la sentence.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	11
PREMIÈRE PARTIE L'IDENTIFICATION DE L'ABUS DE PROCÉDURE, DE LA FRAUDE ET DU <i>FORUM SHOPPING</i> DANS LE CONTENTIEUX ARBITRAL EN DROIT DE L'INVESTISSEMENT	15
CHAPITRE 1 – L'OBSERVATION DE L'HABILETÉ PROCÉDURALE DE L'INVESTISSEUR : ENTRE USAGE ET MANIPULATION DE L'ACCÈS À UN TRIBUNAL ARBITRAL.....	15
SECTION 1 – LES ASPECTS PROCÉDURAUX DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	15
§ I – Les notions de recevabilité, de compétence et d'applicabilité	15
A – La distinction entre exception d'irrecevabilité et exception d'incompétence	16
1 – La qualité et l'intérêt à agir	16
2 – Les conditions préalables à l'introduction d'une demande d'arbitrage	17
B – La compétence du tribunal arbitral et l'applicabilité du traité de protection des investissements	18
§ II – Les conditions d'application du traité et de compétence du tribunal arbitral.....	19
A – La compétence <i>ratione voluntatis</i>	19
B – L'applicabilité et la compétence <i>ratione temporis</i>	19
C – L'applicabilité et la compétence <i>ratione materiae</i>	20
1 – L'identification de l'investissement dans les traités	21
2 – La pratique des tribunaux arbitraux dans la qualification de l'investissement.....	21
D – L'applicabilité et la compétence <i>ratione personae</i>	22
1 – L'identification de l'investisseur dans les traités de protection des investissements.....	23
2 – L'extranéité de l'investisseur dans le cadre du CIRDI.....	23
§ III – L'office du tribunal arbitral.....	25
A – Le tribunal arbitral en tant qu'instrument des parties pour résoudre leurs différends	25
B – Le tribunal arbitral en tant qu'organe d'un ordre juridique spécifique	27
SECTION 2 – LA STRUCTURATION DE L'INVESTISSEMENT PAR L'INVESTISSEUR	27
§ I – L'opportunité de l'usage des traités de protection des investissements.....	28
A – L'investissement indirect	28
B – La multiplication des recours	30
§ II – La manipulation des critères d'application et de compétence	32
A – Le lien entre l'investisseur et l'investissement	32
B – La manipulation de la nationalité de l'investisseur.....	33
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	35
CHAPITRE 2 – L'APPRÉCIATION DE L'HABILETÉ PROCÉDURALE DE L'INVESTISSEUR : ENTRE ABUS DE PROCÉDURE, FRAUDE ET <i>FORUM SHOPPING</i>	36
SECTION 1 – LA DISTINCTION ENTRE L'ABUS DE PROCÉDURE ET LA FRAUDE.....	36
§ I – Le respect des finalités de la règle mise en œuvre	36
A – Le respect de la fonction sociale de la règle	37
B – La place de la volonté des parties dans la détermination des finalités.....	38
1 – La volonté des parties au traité.....	38
2 – La volonté des parties au litige.....	40
§ II – Les éléments de distinction de l'abus de procédure et de la fraude	41
A – La comparaison des notions	42
1 – L'intention de l'investisseur	42
2 – La légitimité des moyens et du résultat	43
3 – L'exercice d'un droit.....	44
B – Les modalités d'appréciation de la fraude et de l'abus de procédure dans la jurisprudence arbitrale.....	45
1 – Les cas de restructuration de l'investissement	46
a – La restructuration après la naissance de la situation litigieuse.....	46
b – La création d'une société de complaisance	50
c – La structuration et la restructuration pour les litiges à venir	52

2 – L’usage abusif de la procédure d’arbitrage	53
C – La preuve.....	56
§ III – Les fondements invocables	58
A – La notion de bonne foi dans le contentieux arbitral.....	58
B – Les fondements autonomes.....	59
SECTION 2 – LE <i>FORUM SHOPPING</i> DANS LE CADRE DU DROIT DE L’INVESTISSEMENT.....	61
§ I – Le <i>forum shopping</i> protecteur de l’investissement.....	61
A – Le <i>forum shopping bonus</i> et le <i>forum shopping malus</i>	62
B – Le <i>forum shopping in favorem</i>	63
§ II – Les interactions avec l’abus de procédure et la fraude.....	64
A – Le <i>forum shopping</i> frauduleux.....	64
B – Le <i>forum shopping</i> et l’abus de procédure	65
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	66
DEUXIÈME PARTIE LES CONSÉQUENCES DE L’ABUS DE PROCÉDURE, DE LA FRAUDE ET DU <i>FORUM SHOPPING</i> SUR LE RÈGLEMENT ARBITRAL DES DIFFÉRENDS EN DROIT DE L’INVESTISSEMENT	67
CHAPITRE 1 – LA RÉACTION DES TRIBUNAUX ARBITRAUX : LES SANCTIONS DU COMPORTEMENT DE L’INVESTISSEUR	67
SECTION 1 – L’INCOMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL.....	67
§ I – La compétence affectée par la fraude et l’abus de procédure	67
A – <i>Fraus omnia corrumpit</i>	68
B – L’irrecevabilité ou l’incompétence en cas d’abus de procédure.....	69
§ II – La mise en œuvre de la sentence sur la compétence et la recevabilité.....	70
A – Le recours en annulation devant le comité <i>ad hoc</i>	71
B – Le recours en annulation dans l’État du siège	72
SECTION 2 – LA RESPONSABILITÉ DE L’INVESTISSEUR.....	73
§ I – La possibilité d’engager la responsabilité de l’investisseur.....	73
A – La demande reconventionnelle de l’État défendeur	73
B – La sanction classique de l’abus de droit et de la fraude	75
1 – La responsabilité en cas d’abus de droit	75
2 – La proximité avec la fraude	76
§ II – La pertinence de la responsabilité de l’investisseur en matière d’arbitrage d’investissement	76
A – L’atteinte au principe d’accès à la justice	77
B – Le manque de légitimité de la sanction	77
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	78
CHAPITRE 2 – LA RÉACTION DES ACTEURS DU DROIT DE L’INVESTISSEMENT : LA RÉFORMATION DES ACCORDS INTERNATIONAUX.....	79
SECTION 1 – LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE ET L’ABUS DE PROCÉDURE	79
§ I – Le renforcement de la cohérence des sentences.....	79
A – Les clauses d’abus de droit et de responsabilité.....	80
B – La création d’organes d’appel.....	80
C – La procédure de consolidation.....	82
§ II – Les clauses de déni des avantages	84
SECTION 2 – LA LIMITATION DU <i>FORUM SHOPPING</i>	86
§ I – L’évolution des traités de protection des investissements	87
A – La précision des clauses des traités de protection des investissements	87
B – La régionalisation des accords internationaux sur l’investissement.....	90
§ II – Les nouveaux mécanismes de règlement des différends entre États et investisseurs	91
A – La remise en cause de l’arbitrage	91

B – La création de systèmes complets de règlement des différends entre États et investisseurs	93
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	94
CONCLUSION GÉNÉRALE	95
BIBLIOGRAPHIE	97