

# *Bonnes Pratiques*

## *Définition de l'investisseur*

---

*Suzy H. Nikièma*

*mars 2012*

© 2012 l'Institut international du développement durable  
Publié par l'Institut international du développement durable

---

## ***L'Institut international du développement durable***

L'Institut international du développement durable (IISD) contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce et les investissements internationaux, la politique économique, les changements climatiques et l'énergie, la gestion du capital naturel et social ainsi que le rôle habilitant des technologies de l'information dans ces domaines. Nous rendons compte des négociations internationales et partageons le savoir que nous avons acquis lors de projets collaboratifs. Cela se traduit par une recherche plus rigoureuse, un développement des capacités dans les pays en développement, des réseaux de meilleure qualité entre le Nord et le Sud ainsi que de meilleures connexions mondiales entre les chercheurs, praticiens, citoyens et décideurs.

L'IISD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par l'Agence canadienne de développement international (ACDI), le Centre de recherche pour le développement international (CRDI), ainsi que du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projets lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

Siège de l'IISD

161 avenue Portage est, 6ème étage, Winnipeg, Manitoba, Canada R3B 0Y4  
Tél: +1 (204) 958-7700 | Téléc: +1 (204) 958-7710 | Site web: [www.iisd.org](http://www.iisd.org)

---

### **Bonnes Pratiques Définition de l'investisseur**

Écrit par Suzy H. Nikièma

mars 2012

## Table des matières

|   |    |
|---|----|
| 1.0 Introduction .....  | 1  |
| 2.0 Les enjeux relatifs à la définition de l'investisseur protégé.....  | 2  |
| 2.1 La double nationalité des personnes physiques .....   | 2  |
| 2.2 Le « Treaty shopping » des groupes transnationaux des sociétés .....  | 3  |
| 2.2.1 Définition du treaty shopping.....  | 3  |
| 2.2.2 Typologie et procédés de treaty shopping .....  | 3  |
| 2.2.2.1 Pourquoi faire du treaty shopping ? .....   | 3  |
| 2.2.2.2 Comment faire du treaty shopping ? .....  | 4  |
| 2.2.2.3 Quand faire du treaty shopping ? .....  | 5  |
| 2.2.2.4 Appréciations divergentes du treaty shopping.....   | 5  |
| 2.3 Les investisseurs intermédiaires multiples.....   | 5  |
| 2.4 Les inconvénients pour l'État d'accueil de l'investissement .....   | 6  |
| 3.0 Les clauses libérales dans les TBI : la porte ouverte aux pratiques abusives .....                                  | 7  |
| 3.1 La nationalité des personnes physiques : le renvoi au droit national des États .....                                | 7  |
| 3.2 La nationalité des personnes morales : la diversité des critères de nationalité.....                                | 8  |
| 3.2.1 Les critères de détermination de la nationalité utilisés dans les TBI.....  | 8  |
| 3.2.1.1 Le critère du lieu de constitution .....  | 8  |
| 3.2.1.2 Le critère du siège social.....   | 9  |
| 3.2.1.3 Le critère du contrôle .....  | 9  |
| 4.0 Les clauses limitatives dans les TBI : vers un meilleur encadrement de la définition de l'investisseur protégé..... | 11 |
| 4.1 Les personnes physiques : clarification de la situation des doubles nationaux.....                                  | 11 |
| 4.2 Personnes morales : Mettre un frein au treaty shopping .....  | 11 |
| 4.2.1 L'exigence de liens étroits et réels entre l'investisseur et son État de nationalité.....                         | 12 |
| 4.2.1.1 Incorporation + siège social.....   | 12 |
| 4.2.1.2 Incorporation + Siège social + activités économiques substantielles.....  | 12 |
| 4.2.2 Exclure les sociétés fictives : la clause de refus d'accorder des avantages ('denial of benefits').....           | 12 |
| 5.0 L'interprétation des tribunaux arbitraux .....  | 14 |
| 5.1 Les personnes physiques.....  | 14 |
| 5.2 Les personnes morales.....  | 14 |
| 5.2.1 Le treaty shopping pré-différend : une pratique légale .....  | 14 |
| 5.2.2 Le treaty shopping post-différend : une pratique illégale .....   | 16 |
| 5.2.3 La clause de refus d'accorder des avantages : l'effet non automatique.....  | 18 |
| 5.2.4 Le contrôle indirect par les sociétés intermédiaires : la non-limitation.....                                     | 19 |
| 6.0 Conclusions et recommandations .....  | 20 |

## 1.0 Introduction

Les traités bilatéraux d'investissement (TBI) sont des traités conclus entre deux États dans lesquels chaque Partie contractante s'engage à traiter de manière spécifique les investisseurs ressortissants de l'autre Partie contractante et à s'abstenir de certains comportements préjudiciables envers eux. Bien qu'interétatiques, ces traités internationaux sont rédigés au bénéfice de personnes privées non signataires que sont les investisseurs. Ces derniers sont, en outre, des bénéficiaires directs, car les TBI leur offrent un accès direct à l'arbitrage international, c'est-à-dire, au droit de porter une réclamation contre l'État hôte de leur investissement pour n'avoir pas respecté ses obligations internationales. Ce mécanisme d'arbitrage international ne peut être déclenché que par les investisseurs et constitue une particularité des TBI. Il confère des prérogatives extraordinaires aux investisseurs pour faire valoir leurs droits devant un tribunal arbitral international.

Les investisseurs bénéficiaires des TBI n'y sont pas nommément désignés à priori. Ils sont seulement identifiables ; c'est-à-dire que les traités prévoient un critère qui permettra, en temps opportun et au cas par cas, d'identifier les investisseurs qui peuvent bénéficier de la protection du traité. Ce critère est le lien de nationalité<sup>1</sup> entre un investisseur et un État signataire. En effet, les TBI ont pour vocation de protéger les nationaux d'une partie contractante qui réalisent un investissement sur le territoire d'une autre partie contractante. Cela signifie, de manière positive, que seuls les investisseurs ayant la nationalité d'un État contractant ont le droit de porter plainte contre l'autre État contractant qui accueille leurs investissements. Cela signifie également, de manière négative, que les investisseurs ressortissants d'un État tiers au TBI et les investisseurs nationaux de l'État contractant dans lequel l'investissement a lieu ne peuvent pas déclencher un arbitrage international contre cet État en vertu du traité.

Définir l'investisseur protégé dans un TBI revient donc fondamentalement<sup>2</sup> à définir la nationalité de ce dernier. Ce lien de nationalité est un critère primordial pour déterminer la portée de la protection offerte dans un traité d'investissement.<sup>3</sup>

La définition de l'investisseur étranger protégé est une question essentielle pour les États signataire des TBI. Il est vrai que chaque pays détermine clairement sa politique d'attrait de l'investissement. D'une part, un pays peut souverainement opter pour une protection ouverte au plus grand nombre d'investisseurs ou au contraire limitée à certains investisseurs. D'autre part, en signant un accord bilatéral et réciproque, il ne souhaite pas en principe que des investisseurs d'États tiers ou ses propres nationaux puissent bénéficier d'un TBI négocié spécialement avec un État dans un contexte particulier et pour des intérêts spécifiques. Quoiqu'il en soit, une protection largement ouverte aux investisseurs a des implications pratiques importantes. En effet, une chose est d'offrir des droits et garanties au plus grand nombre d'investisseurs dans l'espoir d'attirer tout capital étranger indépendamment de sa provenance. Une autre chose est d'accepter que tout investisseur puisse déclencher un arbitrage international contre l'État d'accueil. Il faut noter qu'à ce jour, environ 400 arbitrages investisseur-État connus ont été recensés dans le monde, dont la majorité a été initiée pendant la dernière décennie dans le cadre du Centre International pour Règlement des litiges relatifs aux Investissements (CIRDI)<sup>4</sup>. Or dans les TBI actuels, les droits et garanties offerts ne vont pas généralement sans l'accès à l'arbitrage international.

<sup>1</sup> La nationalité est définie en droit international comme le lien de rattachement entre une personne privée et un État. Ce lien est déterminé souverainement par chaque État dans son droit national selon des critères spécifiques.

<sup>2</sup> Sous réserve de la définition des entités juridiques qualifiées d'investisseurs.

<sup>3</sup> Dans les TBI, il ne suffit pas que l'investisseur ait la nationalité de l'une des Parties contractantes. Il faut également qu'il ait effectué un investissement au sens défini par le traité. La nationalité de l'investisseur et la définition de l'investissement sont deux éléments importants qui déterminent l'étendue des personnes et des biens couverts par la protection du traité.

<sup>4</sup> Ce chiffre ne prend pas en compte les arbitrages non rendus publics. Source: UNCTAD, IIA issue Note, n° 1, March 2011, *Latest Developments in Investor- State Dispute Settlement*, p. 2 (Disponible sur [www.unctad.org](http://www.unctad.org)).

De ce fait, il est important de rendre prévisible la détermination des personnes pouvant actionner le mécanisme d'arbitrage international prévu dans les TBI.

Cette étude a pour objet la détermination de la nationalité de l'investisseur protégé dans les traités bilatéraux d'investissement. À cette fin, il est essentiel d'analyser le sens et la portée des dispositions sur la nationalité de l'investisseur prévus dans les TBI (3), ainsi que leur interprétation par les tribunaux arbitraux internationaux (4). Au regard de la pratique conventionnelle des États, et de la jurisprudence des tribunaux, des recommandations pourront être faites afin de susciter ou encourager les bonnes pratiques dans ce domaine (5). Auparavant, il est utile de s'intéresser aux enjeux actuels liés à la définition de l'investisseur protégé dans les TBI.

---

## 2.0 Les enjeux relatifs à la définition de l'investisseur protégé

L'investisseur, dans les TBI, est défini comme pouvant être soit une personne physique ou une personne morale (société/entreprise)<sup>5</sup>. Les enjeux sont de différents ordres selon qu'il est question des individus ou des sociétés.

### 2.1 La double nationalité des personnes physiques

Les investisseurs qui bénéficient de la protection des traités d'investissement doivent avoir la nationalité d'un État partie, à l'exclusion de la nationalité de l'État d'accueil ou d'un État tiers. Toutefois, que se passe-t-il lorsque l'investisseur possède, en plus de la nationalité d'un État partie au traité, la nationalité de l'État d'accueil de l'investissement ou d'un État tiers ?

Les cas de double nationalité, en matière d'arbitrage investisseur-État, sont plus problématiques pour les personnes physiques que les personnes morales. Cela s'explique en premier lieu par le fait que les sociétés pouvant invoquer indifféremment deux nationalités sur la base d'un même critère sont relativement rares. C'est le cas néanmoins des entreprises conjointes (joint-ventures) qui, lorsqu'elles sont contrôlées à égalité par deux partenaires, peuvent être considérées comme ayant la nationalité de chacun d'eux. En second lieu, l'explication réside dans le fait que la société elle-même ainsi que ses actionnaires pris individuellement sont généralement considérés comme des investisseurs par les TBI<sup>6</sup>. De ce fait, chaque actionnaire peut invoquer le bénéfice du traité en son nom propre lorsque la nationalité de la société pose problème.

Pour les personnes physiques, deux situations de double nationalité peuvent être notées.

Situation 1: Un TBI est signé entre les États A et B. Un investisseur ayant la nationalité de A et B réalise un investissement dans l'État B. Le différend entre cet investisseur et l'État B doit-il être considéré comme un litige d'ordre interne entre un pays et son national exclu de la protection du TBI ou un litige d'ordre international entre un pays et un investisseur étranger couvert par le TBI ?

---

<sup>5</sup> Aujourd'hui, l'investissement privé étranger se fait essentiellement par le biais de groupes transnationaux de sociétés, encore appelées entreprises multinationales ou firmes internationales. Malgré cette dénomination, le groupe n'a pas de nationalité propre et chaque société le composant dispose de sa nationalité.

<sup>6</sup> Les actions dans une société sont définies comme des investissements dans la majorité des TBI. Par conséquent, chaque actionnaire est un investisseur ayant son droit propre protégé en vertu du traité.

Situation 2 : Un TBI est signé entre les États A et B. Un investisseur ayant la nationalité de A et d'un État tiers C réalise un investissement dans le pays B. Le différend entre l'investisseur et l'État B doit-il être considéré comme un litige impliquant un investisseur d'un État Partie au TBI (A) ou un investisseur d'un État non Partie au TBI (C) ?

Ces deux situations soulèvent une question importante. En signant un TBI, un État entendait-il se soumettre aussi à l'arbitrage international avec ses propres nationaux ou avec les nationaux de pays non Parties au traité ? La réponse est en principe négative, mais elle peut dépendre à la fois de la définition de l'investisseur protégé dans le TBI et des règles de compétence propres au tribunal arbitral constitué. C'est le cas par exemple du CIRDI qui est ouvert aux investisseurs ayant la nationalité d'un État signataire, à condition qu'il n'ait pas la nationalité de l'État d'accueil contre lequel la plainte est introduite (article 25.2.a de la Convention CIRDI). La seule exception permise par ce Centre d'arbitrage concerne la situation où un investisseur étranger a dû créer une société de droit local qu'il contrôle pour réaliser son investissement. Dans ce cas, l'article 25.2.b de la Convention CIRDI prévoit que les États peuvent expressément accepter de considérer cette société locale comme étrangère<sup>7</sup>.

## 2.2 Le « Treaty shopping » des groupes transnationaux des sociétés

Le « **treaty shopping** » ou *chalandage de traités*, est essentiellement, mais pas exclusivement<sup>8</sup>, une pratique des groupes transnationaux de sociétés.

### 2.2.1 Définition du treaty shopping

Le « **treaty shopping** » désigne 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.

Cette pratique est favorisée par l'existence d'un nombre impressionnant de TBI qui lient quasiment tous les pays du monde<sup>9</sup>. Dans ce « marché » de plus de 2700 TBI, les investisseurs peuvent faire leurs « emplettes » et sélectionner, en fonction de leurs besoins, le traité qui leur offre la meilleure protection juridique. Il est presque toujours certain qu'un investisseur trouvera au moins un TBI en vigueur entre l'État d'accueil et un autre État. De ce fait, le bénéfice d'un TBI entre les États A et B peut être « étendu » aux investisseurs de l'État C qui acquièrent artificiellement la nationalité de A ou B. Les acquisitions d'une nationalité « utile » par les sociétés peuvent s'effectuer de plusieurs manières et pour des raisons différentes.

### 2.2.2 Typologie et procédés de treaty shopping

#### 2.2.2.1 Pourquoi faire du treaty shopping ?

Les sociétés recourent au **treaty shopping** essentiellement dans trois cas de figure :

Cas de figure 1 : L'État de nationalité A de l'investisseur n'a pas de TBI avec l'État d'accueil B de son investissement. Dans ce cas, l'investisseur du pays A cherchera à bénéficier du TBI qui existe entre B et C, en acquérant la nationalité de l'État C par une structuration de son investissement.

<sup>7</sup> Ce qu'ils font généralement dans leur TBI par le biais du critère du contrôle et uniquement pour les sociétés. V. *Infra*, pp. 12-14.

<sup>8</sup> Une personne physique peut en effet faire du **treaty shopping** en créant une société qu'elle contrôlera.

<sup>9</sup> Aujourd'hui, seuls cinq États (les îles Pacifiques, Monaco, Andorre, le Liechtenstein, la Corée du Nord) n'ont signé aucun TBI et un État n'a aucun TBI entré en vigueur (le Brésil).

Cas de figure 2 : L'État de nationalité A de l'investisseur a un TBI avec l'État d'accueil B de son investissement. Mais certaines clauses de ce TBI ne conviennent pas à l'investisseur. Il souhaite alors bénéficier d'une clause plus avantageuse insérée dans un autre TBI signé entre l'État d'accueil B et un État C<sup>10</sup>. Dans ce cas, deux solutions s'offrent à lui. Soit il décide de structurer son investissement afin d'acquérir la nationalité de l'État C et porter plainte sur la base du TBI entre B et C, au lieu du TBI entre A et B, ou soit, il introduit sa plainte sur la base du TBI entre A et B, mais demande l'application de la clause de la nation la plus favorisée (CNPF) afin d'importer une clause avantageuse du TBI entre B et C<sup>11</sup>.

Cas de figure 3 : L'investisseur a la nationalité de l'État A dans lequel il a investi. Il ne s'agit donc pas d'un investisseur étranger. Mais parce qu'il souhaite bénéficier des droits plus avantageux dans les TBI (notamment l'accès à l'arbitrage international qui est réservé aux étrangers)<sup>12</sup>, l'investisseur national peut structurer son investissement afin d'acquérir la nationalité d'un État B qui a signé un TBI avec l'État A.

### 2.2.2.2 Comment faire du treaty shopping ?

La structuration d'un investissement en vue de l'acquisition d'une nationalité utile peut s'effectuer par deux principaux procédés.

Procédé 1 : Prenons un TBI entre les États A et B. La société X ayant investi dans l'État B n'a pas la nationalité de A pour bénéficier de ce TBI. Elle crée une filiale Y dans l'État A qui possédera la nationalité utile. Cette filiale peut être une coquille vide sans activité économique propre et sans personnel. Ce sont les sociétés dites fictives ou sociétés 'boîte postale' (mail box company)<sup>13</sup>. C'est ensuite cette filiale Y, contrôlée par la société X, qui investira dans l'État B. En cas de litige, la société Y invoquera le bénéfice du traité signé entre les États A et B, bien que le véritable investisseur ait la nationalité d'un État tiers ou de l'État d'accueil. La création de la filiale Y sera d'autant plus simple, rapide et sans coûts, que l'État B prévoit des conditions très libérales pour acquérir sa nationalité.

Procédé 2 : Prenons encore le TBI entre les États A et B. La même société X décide cette fois-ci de revendre son investissement réalisé dans l'État A à une société Y déjà constituée dans l'État B. Cette dernière, protégée par le TBI entre A et B, porte alors sa plainte devant un tribunal arbitral international contre l'État d'accueil A. Cette seconde option est généralement utilisée lorsqu'un litige existe déjà avec l'État d'accueil et que l'investisseur initial estime ne pas bénéficier de la meilleure protection juridique au regard de sa nationalité. Il revend en réalité sa « requête » à un investisseur qui a plus de chance de gagner contre l'État d'accueil grâce à la protection d'un TBI que lui confère sa « bonne » nationalité. Cette pratique se développe au point que l'on parle de « trafic de requêtes » (trafficking in BIT claims)<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Cet avantage dans le second TBI peut être, par exemple, l'absence d'une clause exigeant de l'investisseur qu'il tente d'abord de résoudre son litige avec l'État d'accueil devant les tribunaux nationaux avant de déclencher un arbitrage international.

<sup>11</sup> La CNPF, dont les effets sont comparables à ceux du treaty shopping, ne sera pas analysée ici.

<sup>12</sup> L'arbitrage international a des avantages pour l'investisseur par rapport à l'arbitrage national contre l'État d'accueil en ce qui concerne l'exécution de la sentence arbitrale. Par exemple, la sentence arbitrale CIRDI est directement exécutoire et n'a pas besoin de reconnaissance ou d'exéquatur.

<sup>13</sup> Ainsi dénommées, parce qu'elles n'ont pour seule présence physique dans l'État de nationalité qu'une adresse postale.

<sup>14</sup> Voir M. Skinner, C.A. Miles, S. Luttrell, "Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping", *Journal of World Energy Law and Business*, 2010, vol. 3, p. 269.

### 2.2.2.3 Quand faire du treaty shopping ?

Le **treaty shopping** peut intervenir avant ou après la survenance d'un litige avec l'État d'accueil de l'investissement. Dans le premier cas, il s'agit d'un treaty shopping pré-différend. L'investisseur anticipe la survenance possible d'un différend entre lui et l'État d'accueil. Avant même de s'implanter dans le pays hôte ou au cours de ses activités, il structure son investissement afin de bénéficier d'un TBI plus avantageux qu'il a sélectionné dans le « marché » des TBI. Dans le second cas, il s'agit d'un treaty shopping post-différend. Après la réalisation de son investissement et une fois le litige né, l'investisseur recherche alors la nationalité utile pour bénéficier d'un TBI lui donnant accès à l'arbitrage international et/ou plus de chances d'obtenir gain de cause contre l'État d'accueil.

### 2.2.2.4 Appréciations divergentes du treaty shopping

Le **treaty shopping** n'est pas toujours vu en soi comme une pratique négative et frauduleuse des investisseurs. Selon la conception que l'on s'en fait, certains parleront de **treaty shopping** ou d'incorporation de complaisance<sup>15</sup>, tandis que d'autres n'y verront que de la planification d'acquisition de nationalité ou de la stratégie juridique. Les auteurs et praticiens qui partagent la seconde conception considèrent que cette pratique constitue une stratégie légitime des investisseurs au même titre que la planification pour bénéficier du meilleur régime fiscal. Mais tout comme la différence entre l'optimisation fiscale et l'évasion fiscale est ténue, la frontière entre la planification d'acquisition de nationalité et la pratique abusive est mince.

## 2.3 Les investisseurs intermédiaires multiples

Une question liée à la définition de l'investisseur protégé, mais aussi à la définition de l'investissement protégé<sup>16</sup> est celle des sociétés intermédiaires multiples dans le cadre d'un même investissement. Une société peut investir directement dans le pays d'accueil ou créer une société de droit local. Mais elle peut également interposer entre elle et son investissement une ou plusieurs sociétés constituées dans différents États. Sous l'angle spécifique de la définition de l'investisseur, la question se subdivise en réalité en deux volets.

D'une part, quel est l'investisseur ultime dans une chaîne d'investisseurs intermédiaires ayant abouti à la réalisation d'un investissement dans un pays d'accueil ? En d'autres termes, la question fondamentale qui se pose est de savoir s'il y a un seuil dans la chaîne des investisseurs à partir duquel l'investisseur est trop indirect pour être protégé. Par exemple, lorsque l'investissement n'est pas réalisé directement par l'investisseur de l'État A sur le territoire de l'État E, mais transite par une société de l'État B, puis de l'État C, puis de l'État D, quel est l'investisseur dont la nationalité importe ? La réponse apportée à cette interrogation a des implications concrètes lorsqu'un tribunal arbitral utilise le critère du contrôle pour déterminer la nationalité d'un investisseur. Doit-il remonter la chaîne des investisseurs pour trouver une nationalité utile et jusqu'où peut-il remonter ? Ou doit-il se limiter au premier investisseur immédiat, que ce dernier soit une société fictive créée par le biais du **treaty shopping** ou pas ?

D'autre part, dans une société ayant la qualité d'investisseur, les actionnaires minoritaires ou majoritaires sont-ils individuellement également des investisseurs pouvant invoquer en leur nom propre la protection de leurs parts sociales ? Lorsque les actions majoritaires, voire minoritaires, sont considérées par le TBI comme des investissements à part entière et parallèlement à l'investissement constitué par la société, il suffira aux actionnaires d'avoir la nationalité utile du TBI invoqué pour enclencher un arbitrage contre l'État d'accueil.

<sup>15</sup> En référence aux pavillons de complaisance utilisés par les navires.

<sup>16</sup> La question peut se poser également sous l'angle de la définition de l'investissement en ces termes : les parts sociales majoritaires ou minoritaires dans une société constituent-elles des investissements protégés donnant à leurs titulaires la qualité d'investisseur pour autant qu'ils aient une nationalité utile en vertu du TBI considéré ?

## 2.4 Les inconvénients pour l'État d'accueil de l'investissement

Les situations problématiques décrites précédemment peuvent avoir des conséquences négatives importantes sur l'État d'accueil.

Le premier inconvénient résulte principalement du **treaty shopping**. C'est l'extension de la protection du TBI à des investisseurs qui n'étaient pas visés au départ à cause de leur nationalité. Alors qu'il s'agit d'un traité entre deux ou plusieurs États spécifiques, le nombre de nationalités pouvant indirectement bénéficier du traité peut virtuellement s'étendre à toutes les nationalités dans le monde. Pourtant, la nationalité était au départ un critère fondamental pour fixer la limite des personnes protégées par le TBI. Cette extension entame une règle fondamentale qui est celle de la réciprocité. Lorsqu'un État A accepte d'accorder l'accès à l'arbitrage international aux investisseurs de l'État B, c'est bien en contrepartie du même avantage conféré à ses ressortissants. Or, lorsqu'un investisseur de l'État C bénéficie artificiellement de ce TBI, l'État A se retrouve en situation de protéger les investisseurs de l'État C sans que ses propres investisseurs puissent exiger le même traitement de l'État C avec qui il n'a pas de TBI.

Le second inconvénient résulte de la multiplication des investisseurs intermédiaires protégés pour un même investissement. C'est le risque des requêtes multiples. L'État d'accueil risque d'être confronté à des procédures d'arbitrages multiples lorsque pour un même investissement et un même litige, plusieurs investisseurs étrangers peuvent prétendre à la protection de plusieurs TBI : la société de droit local créée en vue de l'investissement sous contrôle étranger, la ou les filiales intermédiaires, la société mère, les actionnaires majoritaires dans chacune de ces sociétés, voire les actionnaires minoritaires dans chacune de ces sociétés. Plus l'État aura signé des TBI avec les États dont ces sociétés ou actionnaires sont ressortissants, plus les risques de requêtes multiples pour le même investissement et le même litige augmenteront. Lorsqu'il existe un contrat entre l'investisseur immédiat et l'État d'accueil, il faudra compter également avec les forums de règlement de différends prévus par cet instrument juridique. Tous ces litiges peuvent être portés devant des forums de règlement de différends nationaux et internationaux divers, de sorte que l'État puisse faire face en même temps à plusieurs procédures judiciaires avec les coûts que cela implique. De même, le risque de sentences arbitrales et de décisions de justice contradictoires est réel. La jurisprudence offre déjà des exemples de ce type<sup>17</sup>.

Malgré ces risques de dérives et leurs impacts négatifs sur l'État d'accueil, force est de constater que les pratiques abusives ne sont pas interdites par la majorité des TBI.

<sup>17</sup> V. par exemple, les deux sentences contradictoires rendues dans les affaires CME c. République Tchèque et R. S. LAUDER c. République Tchèque par deux tribunaux arbitraux différents statuant sur les mêmes faits. La première affaire a été introduite par la société CME sur le fondement du TBI Pays-Bas - République Tchèque devant un tribunal UNCITRAL. La seconde affaire a été introduite par l'actionnaire majoritaire de CME (Mr. Lauder) sur le fondement du TBI États-Unis - République tchèque devant un tribunal CIRDI. Sentences disponibles sur <http://www.investmentclaims.com>

### 3.0 Les clauses libérales dans les TBI : la porte ouverte aux pratiques abusives

Les TBI protègent aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. L'identification d'une personne physique ne cause pas de problème et seule sa capacité à agir en justice peut constituer un frein à l'accès à l'arbitrage investisseur-État. Les personnes morales sont plus diversifiées. Un très grand nombre de TBI protègent sans distinction « toute personne morale » ou « entité juridique »<sup>18</sup>. Un nombre non négligeable de TBI couvrent explicitement les entreprises publiques, les sociétés non enregistrées, les branches d'une société ou les associations à but non lucratif. Plusieurs anciens TBI allemands protègent même les entités sans personnalité juridique.

À titre d'exemple, l'article 1 du TBI États-Unis - Rwanda (2008) définit comme 'entreprise' « toute entité (...), avec ou sans but lucratif, et possédée ou sous contrôlée du secteur privé ou public, y compris une société, fiducie, partenariat, entreprise individuelle, entreprise conjointe, association ou organisme similaire, et une succursale d'une entreprise »<sup>19</sup>. Cela dit, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une société, la qualité d'investisseur protégé dépendra du critère de nationalité utilisé.

#### 3.1 La nationalité des personnes physiques : le renvoi au droit national des États

Il est commun aux TBI de renvoyer la détermination de la nationalité des investisseurs-personnes physiques au droit national de chaque État contractant.

Par exemple, l'article 1.2.a du TBI Burkina - Tchad (2001) désigne par investisseur :

*« les personnes physiques qui, selon la loi des deux Parties contractantes, sont considérées comme leurs citoyens ».*

Certains États comme le Canada ou les États-Unis étendent la protection de leurs TBI à leurs résidents permanents pour être en conformité avec leur législation interne sur l'immigration. C'est le cas de l'article 1.g.i du TBI Canada - Équateur (1996) qui prévoit que dans le cas du Canada, un investisseur est « une personne physique qui, selon les lois canadiennes, est un citoyen ou un résident permanent du Canada ».

En principe, un certificat de nationalité constitue une preuve de cette nationalité. Mais les tribunaux se donnent le droit de vérifier la conformité de l'acquisition de la nationalité au regard des conditions requises par le droit national.

La majorité des TBI, notamment ceux signés avant le début des années 2000, sont silencieux sur le cas des doubles nationaux, soulevant les problèmes cités précédemment.

<sup>18</sup> Exemples: République centrafricaine - Égypte (2000), article 1.2.b ; Gabon - Belgique (1998), article 1.2.b.

<sup>19</sup> Traduction de l'auteur. V. aussi les TBI suivants : TBI Cameroun - Mali (2001), article 1.3.b ; TBI Mexique-Singapour (2009), article 1.2 ; Togo-Suisse (1966), article 7 ; TBI Allemagne-Burkina Faso (1998), article 1.4.

## 3.2 La nationalité des personnes morales : la diversité des critères de nationalité

Avant l'examen des critères utilisés, il est nécessaire de préciser les procédés de définition de la nationalité des personnes morales. La majorité des TBI prévoient un critère unique pour les États contractants. Mais certains TBI utilisent un critère de nationalité distinct pour chaque État contractant<sup>20</sup>. Ce procédé peut placer les sociétés de l'État A dans une situation favorable par rapport aux sociétés de l'État B. En d'autres termes, il peut être plus facile de faire du **treaty shopping** dans l'un des États et pas dans l'autre. Enfin, de très rares TBI ne disposent pas d'un article sur le critère de nationalité des personnes protégées. Mais dans ce cas, l'arbitrage investisseur-État n'est souvent pas prévu dans l'accord<sup>21</sup>, ce qui rend cette lacune peu problématique.

### 3.2.1 Les critères de détermination de la nationalité utilisés dans les TBI

Deux critères principaux et un critère alternatif sont utilisés dans les TBI : le lieu de constitution, le siège social et le contrôle.

#### 3.2.1.1 Le critère du lieu de constitution

Ce critère de détermination de la nationalité considère comme déterminant l'État dans lequel la société a accompli ses formalités de constitution, c'est-à-dire le lieu de l'immatriculation.

Par exemple<sup>22</sup>, l'article 1.b.i du TBI Pays-Bas - Bénin (2001) définit par investisseurs protégés :

« Les personnes morales constituées selon le droit de cette Partie contractante ».

Le critère du lieu de constitution a l'avantage d'être aisément identifiable et fixe, car il demeure indépendant des modifications de siège social ou du lieu des activités principales de la société. Mais il présente l'inconvénient de créer un lien de rattachement très mince, voir artificiel. En effet, le lien entre la société et l'État peut se limiter à l'enregistrement des statuts et l'existence d'une adresse postale. Comme nous l'avons vu, cela favorise le **treaty shopping** des sociétés.

Les États qui entendent favoriser l'implantation des sociétés sur leur territoire sans se soucier du fait qu'elles mènent leurs activités en dehors de leurs frontières adoptent ce critère. C'est le cas par exemple des Pays-Bas qui sont régulièrement utilisés comme pays d'incorporation par les investisseurs voulant faire du **treaty shopping**. En effet, cet État a conclu plus de 105 TBI dans le monde, principalement avec des pays en développement. Il multiplie ainsi les chances pour une société investissant dans un État A de trouver un TBI entre cet État et les Pays-Bas. En outre, les Pays-Bas utilisent le critère de l'incorporation seule dans leur TBI<sup>23</sup>. Il est donc très facile de créer une filiale de droit néerlandaise. Dans les faits, environ 20 000 entreprises 'boîtes postales' ont été recensées aux Pays-Bas en 2006<sup>24</sup>. La combinaison de ces facteurs fait de ce pays l'État d'origine de sociétés plaignantes le plus impliqué dans des arbitrages investisseur-État sur le fondement de TBI<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> V. par exemple le TBI Allemagne- Burkina (1998), article 1.4 : critère du siège social pour l'Allemagne et Incorporation pour le Burkina Faso). V. aussi TBI Allemagne -Cameroun (1962), article 8.4.

<sup>21</sup> V. par exemple l'Accord de Coopération économique et technique entre les Pays-Bas - Côte d'Ivoire, 1965, article 3.

<sup>22</sup> V. aussi l'article 1 (7) (a) (ii) de la Charte de l'énergie.

<sup>23</sup> V. par exemple les TBI Pays-Bas-Singapour (1972), article 1 et Pays-Bas -Burundi (2007), article 1.b.

<sup>24</sup> V. Roos van Os & Roeline Knottnerus, *Dutch Bilateral Investment Treaties A gateway to 'treaty shopping' for investment protection by multinational companies*, SOMO, Amsterdam, octobre 2011, p. 4.

<sup>25</sup> Soit environ 10 % des arbitrages internationaux Investisseur-État connus dans le monde. *Ibidem*, p. 37.

### 3.2.1.2 Le critère du siège social

Le siège social correspond au lieu où est exercée la direction effective de la société, soit au lieu de résidence des organes de direction, soit au lieu de tenue des assemblées. Le critère du siège social exige donc que la direction de la société soit assurée effectivement sur le territoire d'un État pour pouvoir acquérir sa nationalité.

Un exemple<sup>26</sup> de ce critère est disponible dans le TBI Allemagne - Bangladesh (article 8.4.a) qui stipule qu'est considéré comme national de la République d'Allemagne :

*« toute personne morale (...) dont le siège social se trouve sur territoire allemand (...) ».*

Le critère du siège social a l'avantage d'établir un lien plus fort entre une société et un État et de réduire le risque des sociétés fictives. Mais il présente pour inconvénient, par rapport à l'incorporation, de ne pas être fixé une fois pour toutes, car les sociétés peuvent transférer leur siège social dans un autre État.

Notons que le critère du siège social est rarement utilisé seul dans les TBI.

### 3.2.1.3 Le critère du contrôle

#### \* Définition

Le critère du contrôle est systématiquement inséré dans la quasi-totalité des TBI dans le monde. Un exemple typique est donné par l'article 1.2 du TBI Burkina - Tchad (2001) qui définit comme une société nationale d'une Partie contractante :

*« Les entités juridiques établies, conformément à la législation d'un quelconque pays qui sont **contrôlées, directement ou indirectement**, par des nationaux d'une Partie contractante (...) »<sup>27</sup>*

En application de ce critère, la société aura la nationalité des personnes qui la contrôlent, c'est-à-dire les principaux actionnaires. Ce critère conduit à « déchirer le voile social » de la société pour reprendre une expression de la Cour International de Justice (CIJ), afin de considérer les membres qui la composent. Elle a donc pour avantage de dévoiler la « véritable » nationalité du capital de la société.

Le critère du contrôle a plusieurs inconvénients. D'abord, il n'est pas facile à appliquer. En effet, il est parfois difficile de déterminer les véritables actionnaires d'une société lorsque la chaîne des investisseurs intermédiaires est longue. Ensuite, la variabilité du contrôle entraîne la variabilité de la nationalité, particulièrement pour les sociétés cotées en bourse qui peuvent passer sous le contrôle de plusieurs actionnaires en un temps relativement court.

Trois remarques importantes peuvent être faites sur le critère du contrôle : (i) il est alternatif (ii) il est applicable uniquement dans le sens favorable à la nationalité utile des investisseurs, et (iii) il permet de remonter indéfiniment la chaîne des investisseurs intermédiaires.

<sup>26</sup> Traduction de l'auteur. V. aussi TBI Allemagne - Burkina (1962), article 1.4.b

<sup>27</sup> C'est nous qui soulignons.

### \* Un critère alternatif

Le critère du contrôle est utilisé à titre alternatif dans les TBI. Cela signifie qu'en dehors du critère principal de détermination de la nationalité (incorporation ou siège social), il est toujours possible à une société d'un État tiers de revendiquer la nationalité d'un État signataire par le biais du contrôle exercé sur elle par les ressortissants de cette dernière. Concrètement, supposons un TBI entre les États A et B qui utilise le critère de l'incorporation seul. Une société X incorporée dans l'État C investit dans l'État A. Elle n'a donc pas la nationalité utile en vertu de ce TBI. Mais elle pourra invoquer sa protection si elle est contrôlée par des sociétés ayant la nationalité de l'État B.

### \* Un critère applicable uniquement dans le sens favorable à la nationalité utile des investisseurs

Comme indiqué précédemment, le critère du contrôle permet de « déchirer le voile social » pour voir qui contrôle véritablement la société. On pourrait donc logiquement s'attendre à ce que cette vérification permette à la fois de protéger des intérêts économiques d'un État signataire voilés par la personne morale d'un État tiers, mais aussi d'écarter les intérêts économiques d'un État tiers dissimulés derrière la personne morale d'un État Partie.

Mais tel n'est pas le cas dans la majorité des TBI. Le critère du contrôle permet seulement d'attribuer la nationalité d'un État Partie à une société qui ne la possède pas à priori sur la base du critère de nationalité principal. Concrètement, le critère du contrôle permet uniquement :

- Soit d'accorder le bénéfice du traité aux sociétés d'États tiers contrôlées par des investisseurs d'un État Partie au traité.
- Soit d'accorder le bénéfice du traité aux sociétés de droit local contrôlées par des investisseurs d'un État Partie au traité.

### \* Un critère admettant le contrôle indirect des sociétés intermédiaires

Le critère du contrôle utilisé dans les TBI inclut les investissements contrôlés « directement ou indirectement » par des nationaux d'un État Partie. En outre, plusieurs TBI incluent explicitement dans la définition de l'investissement protégé « toute catégorie de bien possédé ou contrôlé soit directement, **soit indirectement par le biais d'un investisseur d'un État tiers** »<sup>28</sup> ou encore « les actions, parts sociales et toutes autres formes de participations, **même minoritaires ou indirectes**, dans le capital de sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes »<sup>29</sup>.

Il résulte de ces dispositions que chaque société actionnaire dans un montage d'investissement a la qualité d'investisseur protégé dès lors qu'elle peut être considérée comme contrôlant indirectement la société constituant l'investissement. Cela signifie qu'il est possible de remonter la chaîne des investisseurs jusqu'à trouver une société ou une personne physique qui a la nationalité utile d'un État Partie au TBI invoqué devant les arbitres. En ne précisant pas jusqu'à quel niveau de contrôle indirect un investisseur peut être protégé<sup>30</sup>, ces TBI favorisent ainsi le **treaty shopping**. Encore une fois, cette remontée de la chaîne des investisseurs intermédiaires par le biais du contrôle ne peut pas s'effectuer dans un sens favorisant le rejet de la nationalité de l'investisseur.

<sup>28</sup> TBI Canada-Équateur (1996), article 1.g. C'est nous qui soulignons. Traduction de l'auteure.

<sup>29</sup> TBI Belgique - Bénin (2001), article 1.2.b.

<sup>30</sup> Cette discussion est liée à la définition de la notion d'investissement qui n'est pas traitée ici.

En conclusion, les clauses libérales des TBI encouragent les pratiques abusives des investisseurs et mettent les États en situation d'offrir l'accès à l'arbitrage international à des investisseurs non envisagés. Pour paraphraser un auteur, dans ce type de TBI, « *tous les chemins mènent à la nationalité* » utile<sup>31</sup>. Mais un nombre croissant de TBI tentent de mettre un frein aux pratiques abusives.

---

## 4.0 Les clauses limitatives dans les TBI : vers un meilleur encadrement de la définition de l'investisseur protégé

Les restrictions et précisions apportées dans certains traités conclus plus ou moins récemment tentent de limiter l'extension de la protection du TBI à des investisseurs non souhaités.

### 4.1 Les personnes physiques : clarification de la situation des doubles nationaux

Afin de résoudre le conflit potentiel en cas de double nationalité, certains TBI insèrent désormais une clause spécifique sur la question. C'est le cas de l'article 1 du TBI États-Unis – Uruguay (2005) : « *Investisseur d'une Partie signifie (...), un national (...) d'une Partie (...); à condition toutefois qu'une personne physique qui est un double national sera considérée exclusivement comme le national de l'État de sa nationalité dominante et effective* »<sup>32</sup>.

La solution apportée signifie qu'en cas de double nationalité, l'investisseur ne pourra invoquer utilement que sa nationalité effective dans le cadre d'un arbitrage international en vertu du TBI. La nationalité effective peut être définie comme la nationalité du pays dans lequel un individu a soit sa résidence habituelle et principale, soit le pays avec lequel, selon les circonstances, il a des liens de fait étroits, tels que le comportement, la langue, etc.<sup>33</sup>. Le critère de la nationalité effective est utilisé en droit international général en matière de protection diplomatique, lorsque l'individu qui bénéficie de la protection diplomatique de son État possède également la nationalité de l'État contre lequel la plainte est introduite<sup>34</sup>.

### 4.2 Personnes morales : Mettre un frein au treaty shopping

En vue de réduire la pratique du **treaty shopping**, les récentes clauses utilisent deux moyens, généralement de manière cumulative. Le premier consiste à restreindre la définition de l'investisseur protégé par le jeu des critères de nationalité plus exigeants. Le second consiste à exclure explicitement certains investisseurs du bénéfice de la nationalité des États Parties, indépendamment de l'application du critère initial de nationalité prévu dans le TBI.

---

<sup>31</sup> Valérie PIRONON, « L'arbitrage des différends entre une joint-venture et l'État d'accueil de l'investissement : à la recherche de la nationalité de l'investisseur », *Revue de l'arbitrage*, 2010, issue 2, p. 247.

<sup>32</sup> Traduction de l'auteure. C'est nous qui soulignons. V. aussi TBI Canada-Liban (1997), article 1 qui est moins clair.

<sup>33</sup> V. Convention de La Haye du 12 avril 1930 relative aux conflits de lois sur la nationalité, article 5.

<sup>34</sup> Affaire *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), CIJ, jugement du 18 novembre 1953; Rapports CIJ, 1955, pp. 4- 65; V. aussi, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), CIJ, Jugement, 24 July 1964, Rapports CIJ, 1970, pp. 3-357.

## 4.2.1 L'exigence de liens étroits et réels entre l'investisseur et son État de nationalité

Certains traités exigent en plus de l'un ou l'autre des deux critères classiques (incorporation ou siège social) que l'investisseur ait également d'autres liens avec l'État pour être considéré comme son national. On peut retenir essentiellement deux exemples.

### 4.2.1.1 Incorporation + siège social

Par exemple, l'article 1.2.b du TBI Gabon – Belgique (1998) considère comme national d'une Partie, « toute personne morale constituée conformément à la législation de l'un des États contractants et ayant son siège social sur le territoire de cet État (...)»<sup>35</sup>.

La combinaison de ces deux critères de nationalité exige que la société installe son siège social au lieu où elle a été constituée. La possibilité de créer une simple filiale 'boîte postale' est par conséquent rendue plus difficile. L'incorporation associée au siège social est la combinaison la plus utilisée dans les TBI qui n'utilisent pas un critère de nationalité libéral.

### 4.2.1.2 Incorporation + Siège social + activités économiques substantielles

Par exemple<sup>36</sup>, l'article 1.2.b du TBI Colombie – Suisse (2006) désigne par investisseur « les entités juridiques (...), qui sont constituées ou organisées (...) conformément à la législation de cette Partie, et qui ont leur siège, en même temps que des activités économiques réelles, sur le territoire de cette même Partie ».

Il s'agit ici de la définition la plus exigeante en matière de nationalité des sociétés. Ces dernières doivent en effet satisfaire trois critères cumulatifs pour prétendre à la nationalité d'un État signataire. Toutefois, certains TBI incluent la présence d'activités économiques sans exiger qu'elles soient substantielles, ce qui pourrait affaiblir la portée de la clause.

## 4.2.2 Exclure les sociétés fictives : la clause de refus d'accorder des avantages ('denial of benefits')

Les clauses de refus d'accorder des avantages existent de longue date dans les TBI. Mais elles visaient traditionnellement à exclure de la protection du traité les « sociétés ennemies » en temps de guerre<sup>37</sup>. Désormais, cette clause est également utilisée dans la lutte contre le **treaty shopping**.

Par exemple<sup>38</sup>, le TBI États-Unis-Rwanda (2007), article 17.2 se lit comme suit :

<sup>35</sup> V. aussi, TBI Cameroun – Chine (1997), article 1.3 ; TBI Belgique – Bénin (2001), article 1.b ; TBI France – Nigeria (1990), article 1.3.

<sup>36</sup> V. aussi TBI Suisse-Iran (1998), article 1.1.b ; TBI République tchèque-Chine (2005) art. 1.2.b ; TBI Allemagne-Algérie (1996), article 1.4 ; TBI Burkina – Tchad (2001), article 1.2.b.

<sup>37</sup> Sur l'histoire de la clause de refus d'accorder des avantages dans les TBI, v. par exemple, L.A. Mistelis et C.M. BALTAG, « Denial of benefits and article 17 of the Energy Charter Treaty », *Penn St Law Review*, 2009, p. 113 et s.

<sup>38</sup> C'est nous qui soulignons. V. aussi le modèle de TBI canadien (2004), article 18 : « Sous réserve d'une notification et d'une consultation préalables (...), une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent accord à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de celle-ci et aux investissements de cet investisseur si des investisseurs d'une non Partie possèdent ou contrôlent cette entreprise et que l'entreprise ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée ou organisée ».

« Une Partie **peut refuser** les bénéfices de ce traité à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie ainsi qu'à l'investissement de ce même investisseur, **si l'entreprise n'a pas d'importantes activités économiques** sur le territoire de l'autre partie et **que les personnes d'une non Partie, ou de la Partie opposant son refus, possèdent ou contrôlent l'entreprise** »<sup>39</sup>.

Il existe également des clauses qui ne visent que les sociétés contrôlées par des intérêts économiques d'un État tiers. C'est le cas de l'article 17.1 de la Charte de l'Énergie :

«Chaque Partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la présente partie [section] : (1) à toute entité juridique si **les citoyens ou les ressortissants d'un État tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles** sur le territoire de la partie contractante dans laquelle elle est constituée»<sup>40</sup>.

Le **treaty shopping** des nationaux de l'État hôte n'est pas exclu ici.

En pratique, cette clause autorise chaque État Partie au TBI à refuser d'accorder le bénéfice du traité à un investisseur ayant la nationalité de l'autre État, mais n'ayant pas de lien économique réel avec ce dernier. L'absence de liens économiques consiste :

- Soit à l'absence d'activités économiques substantielles dans l'État de nationalité. Ainsi, les sociétés 'boîtes postales' sans activités économiques substantielles sont exclues ;
- Soit à l'existence d'un contrôle exercé par les nationaux d'un État tiers ou de l'État d'accueil sur la société invoquant la nationalité d'un État Partie. Dès lors, les sociétés d'un État Partie contrôlées par les investisseurs d'un État tiers et/ou par les investisseurs de l'État hôte sont exclues.

Ces deux conditions peuvent être exclusives comme dans le TBI USA-Rwanda (l'absence d'un seul lien suffit) ou cumulatives comme dans la Charte de l'Énergie (les deux liens doivent faire défaut).

La clause de refus d'accorder des avantages complète en réalité le critère du contrôle. Elle permet en effet de déchirer le « voile social », mais cette fois dans le sens contraire du critère alternatif de nationalité. Ainsi, s'il était seulement possible avec le critère du contrôle de vérifier que derrière la société d'un pays tiers au traité ne se trouvent pas en réalité des intérêts économiques d'un État signataire au traité, il est désormais possible avec la clause de refus de vérifier également que derrière une société d'un État Partie au traité, ne se trouvent pas en réalité des intérêts économiques d'un État tiers. Un certain équilibre est ainsi restauré.

Il faut noter que cette clause, telle qu'elle est rédigée actuellement dans les TBI, ne met pas en place un refus systématique du bénéfice du traité aux investisseurs désignés. L'État « peut refuser » ou « se réserve le droit de refuser » d'accorder des avantages. Le refus est donc laissé à la discrétion de l'État d'accueil qui choisit selon ses besoins les sociétés à qui il refuse ou reconnaît le bénéfice du traité. C'est pourquoi la clause est dite « non automatique » ou subjective. Cette flexibilité peut sembler être un avantage pour les États, mais elle a des implications juridiques importantes devant les tribunaux arbitraux qui ont eu à l'interpréter, en raison de son imprévisibilité<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Traduction de l'auteure.

<sup>40</sup> C'est nous qui soulignons. Traduction de l'auteure.

<sup>41</sup> V. *Infra*, pp. 18-19.

## 5.0 L'interprétation des tribunaux arbitraux

Nous examinerons successivement l'interprétation des critères de nationalité applicable aux personnes physiques et aux personnes morales.

### 5.1 Les personnes physiques

Dans les cas où le TBI n'a fait aucune référence à la situation des doubles nationaux, plusieurs tribunaux ont conclu qu'elle n'était pas un obstacle à leur compétence en vertu des traités concernés. Il suffit que l'investisseur ait la nationalité requise. Le fait qu'il ait en même temps une autre nationalité qui, considérée seule, aurait été un obstacle n'est pas déterminant.

En d'autres termes, les arbitres refusent d'opérer un choix en faveur de la nationalité effective, c'est-à-dire celle qui dénote le lien le plus étroit entre l'individu et son État. Ainsi, dans l'affaire *Micula c. Roumaine*, le tribunal a considéré qu'il « est (...) douteux que le test du lien effectif soit applicable en vertu du TBI. Les Parties contractantes au TBI sont libres de convenir de normes supplémentaires devant éventuellement être appliquées à la détermination de la nationalité. La Suède et la Roumanie (...) n'ont pas inclus d'exigences supplémentaires pour la détermination de la nationalité suédoise »<sup>42</sup>.

Par conséquent, lorsque l'investisseur auteur de la plainte possède deux nationalités, l'une qui est utile et l'autre qui ne l'est pas (État tiers ou État d'accueil de l'investissement), les tribunaux arbitraux refusent de rechercher quelle est la nationalité qui devra primer, sauf si le traité l'exige explicitement.

### 5.2 Les personnes morales

L'interprétation des tribunaux diffère sensiblement selon qu'ils ont affaire à un **treaty shopping** pré-différend ou post-différend.

#### 5.2.1 Le treaty shopping pré-différend : une pratique légale

Les tribunaux sont généralement permissifs quant à l'acquisition délibérée d'une nationalité par le biais de la création d'une société fictive ou non dans un État pour bénéficier d'un TBI, bien avant la survenance d'un litige. De même, ils ne font pas de distinction selon que le **treaty shopping** pré-différend est l'action d'un investisseur national ayant acquis une nationalité étrangère ou d'un investisseur d'un État tiers ayant acquis la nationalité d'un État Partie au TBI.

Dans la sentence sur la compétence de l'affaire *Tokios Tokenes c. Ukraine*<sup>43</sup>, le **treaty shopping** avait été effectué par un national de l'État défendeur pour se soustraire aux juridictions nationales. En l'espèce, le plaignant Tokios Tokenes était une société incorporée en Lituanie qui se plaignait des agissements de l'État ukrainien à l'encontre de son investissement en Ukraine (une filiale de droit ukrainien : Taki Spravy). Cependant, 99 % du capital de Tokios Tokenes et 2/3 de ses dirigeants étaient d'origine ukrainienne. Pour l'Ukraine, la société plaignante était en réalité ukrainienne par les personnes qui la contrôlaient. Elle ne pouvait donc pas bénéficier du TBI Ukraine-Lituanie, car il s'agissait d'un litige interne entre un État et son national. Mais comme en vertu du TBI Ukraine-Lituanie invoqué, le critère de l'incorporation suffisait pour acquérir la nationalité d'un État Partie, la majorité du tribunal CIRDI a conclu que :

<sup>42</sup> *Micula c. Roumanie* (ARB/05/20), décision sur la compétence et l'admissibilité du 24 septembre 2008, § 101. Traduction de l'auteure. V. aussi, *Champion Trading Company et autres c. République Arabe d'Égypte* (ARB/02/9), décision sur la compétence du 21 octobre 2003 ; *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. République Arabe d'Égypte*, (ARB/05/15, décision sur la compétence du 11 avril 2007 ; *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats Arabes Unis* (ARB/02/7, sentence du 7 juillet 2004.

<sup>43</sup> *Tokios Tokenes c. Ukraine* (ARB/02/18), décision sur la compétence du 29 avril 2004.

« Selon les termes du TBI Ukraine-Lituanie, et à la lumière de l'objet et du but du traité, la seule considération pertinente est de savoir si le demandeur est constitué en vertu de la loi Lituanienne. Nous trouvons que c'est le cas. (...) Nous refusons de regarder au-delà (ou par-delà) du demandeur pour voir ses actionnaires (...) qui peuvent avoir un intérêt dans la réclamation»<sup>44</sup>.

Le tribunal a donc refusé de prendre en considération l'origine du capital de la société et de déchirer le « voile social », car le TBI n'interdisait pas formellement le **treaty shopping**. Plusieurs autres tribunaux ont adopté une position similaire à celle de l'affaire Tokios Tokeles<sup>45</sup>. D'ailleurs, certains tribunaux, qui ont dû refuser leur compétence du fait que l'investisseur n'avait pas la nationalité de l'État partie du traité qu'il invoquait, n'ont pas hésité à indiquer à ce dernier ce qu'il aurait dû faire pour éviter ce fâcheux résultat : réaliser l'investissement par le biais d'une société incorporée dans ledit État au lieu de le faire en son propre nom. Ce fut le cas dans la sentence *Soufraki c. Émirats Arabes Unis*<sup>46</sup>, sur le fondement du TBI Italie-Émirats Arabes Unis, car Mr Soufraki n'avait plus la nationalité italienne au moment de la survenance du litige.

La sentence Tokios Tokeles a fait l'objet d'une forte opinion dissidente de la part du président du tribunal, qui a dénoncé une déformation du mécanisme d'arbitrage du CIRDI. Pour le Pr. Weil, le tribunal aurait dû percer le voile social et prendre en compte la nationalité des actionnaires en vue de s'assurer qu'il s'agissait véritablement d'un investisseur lituanien. Autrement, ce serait permettre à des investisseurs nationaux d'avoir accès à l'arbitrage international contre leur propre État en créant simplement une société dans un autre État. Or, l'arbitrage CIRDI est réservé aux différends relatifs aux investissements privés internationaux entre un État signataire de la convention et un investisseur d'un autre État signataire<sup>47</sup>. Mais cette position a été rejetée par les autres arbitres du tribunal<sup>48</sup> et critiquée par la doctrine majoritaire<sup>49</sup>.

Il faut noter que certaines sentences arbitrales ont déploré la pratique du **treaty shopping** pré-différend, lorsque la société intermédiaire est une simple boîte postale sans lien économique avec son État national<sup>50</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Saluka Investments c. République tchèque*, le traité invoqué était le TBI Pays-Bas – République tchèque. La société plaignante (Saluka) qui avait investi en République tchèque était bien néerlandaise, mais était entièrement contrôlée par une société Japonaise (Nomura). Le tribunal<sup>51</sup> a exprimé sa sympathie avec l'argument de l'État selon laquelle une société 'boîte postale', sans aucun lien économique avec son État national, ne devrait pas pouvoir bénéficier de la protection des TBI signés par ce dernier<sup>52</sup>. Malgré cette sympathie en faveur des arguments étatiques contre le treaty

<sup>44</sup> § 38-40. Traduction de l'auteure.

<sup>45</sup> V. par exemple, les sentences *ADC c. Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006, § 360; *Rompotrol c. Roumanie* (ARB/06/3), décision sur la juridiction du 18 avril 2008, § 85.

<sup>46</sup> *Hussein Nuaman Soufraki c. Émirats Arabes Unis*, ARB/02/7, sentence du 7 juillet 2004, § 83 : « Si Mr Soufraki avait contracté avec les Émirats Arabes Unis à travers une entreprise incorporée en Italie, plutôt que de contracter en son nom personnel, aucun problème de compétence n'aurait surgi actuellement ». Traduction de l'auteure.

<sup>47</sup> Cf. Convention CIRDI, article 25.1

<sup>48</sup> Le tribunal final était composé de Michael MUSTILL (président ayant remplacé Prosper WEIL), Daniel M. PRICE, et Piero BERNARDINI.

<sup>49</sup> V. par exemple E. GAILLARD qui a qualifié l'opinion dissidente de « très curieuse ». E. GAILLARD, « Notes sous CIRDI, décision sur la compétence du 18 avril 2008, The Rempotrol Group NV c. République de Roumanie », *Journal de droit international*, 2009, n°1, p. 367.

<sup>50</sup> V. *Yukos Universal c. Fédération de Russie*, sentence intérimaire sur la compétence et l'admissibilité du 30 novembre 2009, Cour Permanente d'Arbitrage, n° AA 227, disponible sur [www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com), §241 ; *Agua del Tunare c. Bolivie* (ARB/02/3), décision sur la compétence du 21 octobre 2005, § 321, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal vol. 20, 2005, p. 450 et s. Même la sentence *Tokios Tokeles* n'a pas manqué de regretter les inconvénients du **treaty shopping** (§24-52).

<sup>51</sup> Le tribunal était composé d'Arthur Watts KCMG QC (président), L. Yves Fortier et Peter Behrens.

<sup>52</sup> § 240.

shopping pré-différend et la condamnation de cette pratique comme injuste, le tribunal a reconnu sa compétence au regard de la définition libérale de l'investisseur dans les TBI qui n'interdisent pas ces pratiques. Cela montre qu'il appartient aux États signataires des TBI de revoir les dispositions de leur TBI s'ils souhaitent une autre interprétation. D'autres tribunaux sont arrivés à la même conclusion. Ainsi, dans la sentence *Yukos Universal c. Fédération de Russie* sur le fondement de la Charte de l'Énergie, les arbitres ont considéré, en citant l'affaire *Saluka*, qu'il ne leur appartenait pas d'« imposer à une Partie [au Traité] une définition de l'«investisseur» autre que celui dont elles ont convenu elles-mêmes »<sup>53</sup>. En l'espèce, la société plaignante était une simple holding incorporée à l'île de Man, en Grande Bretagne, sans aucune activité économique et entièrement contrôlée par des investisseurs de l'État défendeur (la Russie).

En définitive, lorsque l'incorporation est un critère suffisant pour acquérir la nationalité d'un État Partie, les tribunaux n'ont pas trouvé nécessaire de chercher au-delà qui contrôle vraiment la société, ou si elle a un réel lien économique avec l'État dont la nationalité est invoquée. La réaction des tribunaux est différente lorsque le **treaty shopping** intervient après la survenance d'un litige.

### 5.2.2 Le treaty shopping post-différend : une pratique illégale

Lorsque la restructuration de l'investissement a été opérée après la survenance d'un litige, les tribunaux ont refusé de reconnaître leur compétence. Ils ont considéré que l'investisseur a fait preuve d'abus de droit ou de procédure pour accéder au bénéfice d'un traité et à sa clause d'arbitrage international.

La récente affaire *Phoenix c. République tchèque*<sup>54</sup> (sur le fondement du TBI Israël-République tchèque) illustre parfaitement cette position. L'arbitrage avait été déclenché par Phoenix, une société de droit israélien qui venait de racheter deux mois plus tôt deux sociétés de droit tchèque (Benet Praha et Benet Group). Les deux sociétés étaient contrôlées par un ressortissant tchèque, Mr Vladimir Beno, tandis que Phoenix était contrôlé par d'autres membres de la famille de Mr Beno. Au moment du rachat des deux sociétés par Phoenix, ces dernières avaient déjà engagé des procédures devant les tribunaux nationaux contre la République tchèque. Les faits démontraient donc clairement un trafic de requête dans le cadre d'un TBI, comme décrit précédemment<sup>55</sup>.

Le tribunal<sup>56</sup> a décliné sa compétence sur le fondement que l'investisseur n'avait pas l'intention de s'engager de bonne foi dans une activité économique en rachetant les deux sociétés tchèques, mais constituait seulement « un réarrangement des actifs au sein d'une famille, afin d'avoir accès aux juridictions du CIRDI auxquelles l'investisseur initial n'avait pas le droit »<sup>57</sup>. Par conséquent, l'Investissement « n'était pas une opération de bonne foi et ne peut être un investissement protégé par le Système du CIRDI (...) Tous les éléments analysés conduisent à la même conclusion d'un abus de droit. L'abus ici pourrait être appelé un « **détournement de procédure** »<sup>58 59</sup>. La notion d'abus de procédure a été définie par le tribunal comme la violation du principe fondamental de bonne foi.

<sup>53</sup> § 414.

<sup>54</sup> *Phoenix Action Ltd c. République tchèque* (ARB/06/5), sentence du 15 avril 2009.

<sup>55</sup> V. *Supra*, p. 4. V. également *Banro c. RDC*, ARB/98/07. Un investisseur canadien avait vendu son investissement à sa filiale américaine quelques jours avant de soumettre le litige au CIRDI pour bénéficier de la clause CIRDI insérée dans un contrat. En effet, contrairement aux États-Unis, le Canada n'a pas signé la convention CIRDI. Le tribunal a rejeté sa compétence.

<sup>56</sup> Le tribunal était composé de Brigitte STERN (présidente), Andreas BUCHER, Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO.

<sup>57</sup> § 140. Traduction de l'auteure.

<sup>58</sup> En français dans le texte original.

<sup>59</sup> § 143. Traduction de l'auteure.

Il est vrai que dans cette affaire, le tribunal s'est plus attaché à la définition de l'investissement protégé que de l'investisseur protégé. En quelque sorte, l'investisseur, bien qu'il ait la nationalité d'un État partie, ne pouvait pas invoquer le TBI car il n'avait pas d'investissement protégé. Le tribunal a proposé une série de critères pour évaluer si un investissement avait été effectué de bonne foi.<sup>60</sup> Mais les arguments du tribunal sont également intéressants pour la définition de l'investisseur protégé. En effet, l'un des éléments déterminants a été la date de rachat des deux sociétés, c'est-à-dire la restructuration de l'investissement. Dans le cas d'espèce, Phoenix avait racheté les sociétés deux mois avant de porter plainte contre l'État pour des litiges passés. En outre, elle n'avait même pas fini ses formalités d'enregistrement dans le droit israélien et ne disposait pas d'un business plan au moment de la requête.

Dans l'affaire *Mobil Oil c. Venezuela*<sup>61</sup> (sur le fondement du TBI Pays-Bas - Venezuela), la date de la restructuration de l'investissement et la date du litige ont également été des éléments déterminants dans la décision d'incompétence du tribunal. En l'espèce, un investisseur néerlandais avait introduit une requête d'arbitrage CIRDI contre le Venezuela suite à l'augmentation des royalties et taxes sur les bénéfices dans le secteur pétrolier et de l'adoption d'une loi de nationalisation. Le TBI contenait une définition libérale de l'investisseur et pas de clause de refus d'accorder des avantages. Comme l'a constaté le tribunal, et comme le reconnaissait l'investisseur lui-même, « *le principal, sinon le seul but de la restructuration était de protéger les investissements de la Mobil contre les mesures défavorables du Venezuela en obtenant l'accès à l'arbitrage du CIRDI par le TBI Pays-Bas- Venezuela* »<sup>62</sup>. Mais pour le tribunal, cette pratique manifeste de **treaty shopping** n'est pas condamnable en soi<sup>63</sup>. Il a estimé devoir vérifier s'il s'agissait d'un « abus de droit » ou plutôt d'une « planification d'entreprise légitime »<sup>64</sup>. Les arbitres ont conclu que le fait d'acquérir une nationalité plus favorable pour se protéger des conduites d'un État était légitime lorsque le litige naît après la restructuration. Par conséquent, Il a reconnu sa compétence pour examiner la loi de nationalisation survenue après la restructuration, mais a rejeté sa compétence pour les hausses des redevances (royalties) et des taxes sur les bénéfices intervenus avant la restructuration. Citant la sentence Phoenix, ils ont condamné le **treaty shopping** post-différend comme une « manipulation abusive du système de protection internationale de l'investissement prévu dans la Convention CIRDI et les TBI »<sup>65</sup>.

Le rejet du **treaty shopping** post-différend ne se fonde pas sur des clauses explicites des TBI, mais sur un principe d'abus de procédure qui semble émerger de récentes sentences arbitrales. Il est encore trop tôt pour en évaluer la portée à titre de précédent. Pour certains auteurs, le rejet du **treaty shopping** se justifie plutôt par le fait que le traité ne s'applique pas rétroactivement. Ce qui signifie que l'investisseur doit avoir la nationalité d'un État Partie au traité au moment où surviennent les faits à l'origine du litige<sup>66</sup>. Le TBI ne protège que contre les faits survenus après que la société ait acquis la nationalité d'un État signataire.

<sup>60</sup> Ces critères sont : le moment de l'investissement (l'investissement était-il déjà en détresse lorsqu'il a été racheté par le nouvel investisseur ?) ; Le moment de la plainte (la plainte a-t-elle été déposée immédiatement après l'acquisition de l'investissement et couvre-t-elle les litiges survenus avant cette acquisition ?) ; La nature de l'opération d'acquisition (l'investissement a-t-il été acquis dans le but de réaliser des activités économiques réelles et de rendre profitable de nouveau ?).

<sup>61</sup> *Mobil Corporation, Venezuela Holding BV, ... c. Venezuela* (ARB/07/27), décision sur la compétence du 10 juin 2010.

<sup>62</sup> § 190. Traduction de l'auteur.

<sup>63</sup> V. également *Aguas del Tunari SA c. Bolivie* (ARB/02/3), décision sur la compétence du 21 octobre 2005 : « *il n'est pas rare dans la pratique, et (...) pas illégitime de localiser une de ses opérations dans une juridiction perçue comme fournissant un environnement réglementaire et légal bénéfique en termes, par exemple, de la fiscalité ou du droit matériel de la juridiction, y compris la disponibilité d'un TBI* », § 330. Traduction de l'auteur.

<sup>64</sup> § 191. Traduction de l'auteur.

<sup>65</sup> § 205. Traduction de l'auteur.

<sup>66</sup> V. Christoph Schreuer, « Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests ». *ICSID Review - Foreign Investment Journal of Law*, 2009, vol. 24, n°2, p. 527.

En conclusion, jusqu'à présent, les tribunaux ont considéré que la structuration de l'investissement en vue d'acquérir une nationalité particulière avant un litige relève d'une planification stratégique légale (planification d'acquisition de nationalité), tandis que la restructuration intervenue une fois qu'un litige est né avec l'État pour corriger le manque d'anticipation stratégique de l'investisseur, relève du **treaty shopping** condamnable. Mais comme les approches peuvent différer en fonction de la composition des tribunaux, il n'est pas certain que cette distinction sera toujours suivie dans les futures décisions.

### 5.2.3 La clause de refus d'accorder des avantages : l'effet non automatique

L'existence d'une clause de refus d'accorder des avantages peut faire échec à une pratique de **treaty shopping**. Par exemple, dans l'affaire *Tokios Tokelos* précitée, le tribunal a considéré que si les États avaient voulu exclure la pratique de l'investisseur, ils l'auraient prévu dans les clauses du traité<sup>67</sup>. Cela signifie à priori que l'existence d'une clause de refus d'accorder des avantages ou une définition plus précise aurait conduit à un résultat différent.

Toutefois, l'effet de la clause non automatique dépendra de la date où le refus est exercé par rapport à la date du litige. Ainsi, dans l'affaire *Plama Consortium c. Bulgarie*, le tribunal a statué que la clause de refus d'accorder des avantages (article 17 ECT) permettait uniquement aux États de refuser le bénéfice du traité aux investisseurs étrangers en cas de **treaty shopping** avant qu'une plainte n'ait été déposée et au moment où l'investisseur s'implante sur le territoire :

« (...) L'objet et le but du Traité de la Charte de l'Énergie suggèrent que l'exercice du droit ne devrait pas avoir d'effet rétroactif. Un investisseur putatif, correctement informé et conseillé à propos de l'effet potentiel de l'article 17 (1), pourrait ajuster ses plans en conséquence avant de faire son investissement »<sup>68</sup>.

Le tribunal dans l'affaire *Yukos Universal c. Russie* est arrivé à la même conclusion<sup>69</sup>.

Cela signifie concrètement que si l'État « peut » ou se « réserve le droit » de refuser le bénéfice du traité à un investisseur de l'autre Partie au TBI, il doit effectivement exercer ce droit dès l'entrée de l'investissement sur son territoire en produisant une note à l'investisseur. Autrement, ce dernier aura une attente légitime à ce que le bénéfice du traité ne lui soit pas refusé.

Cette interprétation de la clause place sur l'État d'accueil une attitude prospective très difficile à appliquer en pratique. Elle suppose en effet que chaque État ait connaissance des personnes qui contrôlent effectivement toutes les sociétés étrangères s'implantant sur son territoire, ainsi que de l'existence ou non d'activités substantielles de ces dernières dans leur pays de constitution. C'est à cette condition que l'État peut, de manière prospective, refuser d'accorder l'avantage du TBI à ladite société.

A contrario des décisions précitées, on peut considérer qu'une clause qui serait automatique produirait ses effets dès que le traité entre en vigueur entre les deux États. Tous les investisseurs d'un État Partie ne remplissant pas les conditions exigées dans la clause seraient ipso facto exclus de la protection du traité. Mais il faudra attendre qu'un tribunal ait l'occasion de se prononcer sur ce type de clause pour en évaluer l'impact. Une telle clause pourrait être rédigée comme suit :

<sup>67</sup> §28-30.

<sup>68</sup> *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, ILM, vol. 44, 2005, p. 721 et s., § 161-162. Traduction de l'auteur.

<sup>69</sup> V. § 456-459.

« Les bénéficiaires de ce traité **sont refusés** à tout investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie, et aux investissements de cet investisseur, si l'entreprise n'a pas d'importantes activités économiques sur le territoire de l'autre Partie et que les personnes d'une non Partie, ou de la Partie opposant son refus, possèdent ou contrôlent l'entreprise ».

Pour introduire une certaine flexibilité qui peut s'avérer parfois utile, la clause pourrait prévoir également que chaque État se réserve le droit d'accorder néanmoins les avantages du TBI à ces types d'investisseurs et d'investissements au cas par cas, de manière formelle et sur la demande expresse de ces derniers.

Dans le même ordre d'idées, l'approche qui consiste à exiger des liens plus étroits entre l'investisseur et son État de nationalité (deux critères cumulatifs au lieu d'un seul) a l'avantage de la prévisibilité, car cette solution est également automatique.

#### 5.2.4 Le contrôle indirect par les sociétés intermédiaires : la non-limitation

Dans plusieurs affaires, les tribunaux arbitraux ont accepté qu'une société qui n'avait qu'un lien très indirect avec un investissement protégé, en raison du nombre de sociétés intermédiaires, puisse introduire une requête d'arbitrage pour préjudice causé à son investissement. Dans l'affaire *Waste Management c. Mexique*, le tribunal a considéré que les parties à l'ALENA :

« Auraient pu restreindre les réclamations pour pertes ou dommages en se référant à la nationalité de la société qui a subi elle-même un préjudice direct. Aucune de ces restrictions n'apparaît dans le texte. (...) Acaverde était une entreprise détenue ou contrôlée indirectement par le demandeur, un investisseur des États-Unis. La nationalité de toutes les sociétés holdings intermédiaires n'est pas pertinente pour la présente requête »<sup>70</sup>.

Dans l'affaire *Agua del Tunare*, le tribunal a également affirmé que rien dans les TBI ne fait obstacle à la protection des investisseurs intermédiaires<sup>71</sup>. De même, dans l'affaire *Tza Yap Shum c. Peru*, le tribunal a considéré que la convention CIRDI ne faisait pas de distinction entre les investissements réalisés directement ou indirectement par le biais d'une société d'un État tiers<sup>72</sup>.

Ainsi, lorsqu'une société introduit une requête contre un État, les tribunaux se contenteront de vérifier d'une part qu'elle contrôle même indirectement la société constituant l'investissement dans le pays hôte et ayant subi le préjudice. D'autre part, ils examineront si la société requérante a la nationalité utile en vertu du critère de nationalité du TBI invoqué. Par conséquent, les tribunaux pourront se déclarer compétents, même s'il existe une autre société qui contrôle la société requérante (investisseur ultime) ou une société intermédiaire entre la société requérante et l'investissement (investisseur intermédiaire), lorsque l'une ou l'autre de ces sociétés a la nationalité d'un pays tiers ou de l'État d'accueil.

Par exemple, dans l'affaire *SOABI c. Sénégal*<sup>73</sup>, la société plaignante (FLEXA) était incorporée au Panama, mais contrôlée par des actionnaires belges. Or, le Panama n'était pas signataire de la convention CIRDI et ses ressortissants ne pouvaient donc pas recourir à cette instance arbitrale. Le tribunal a néanmoins reconnu sa compétence sur la base que la société était indirectement contrôlée par des actionnaires ressortissants d'un État signataire du traité. De même, dans *Agua del Tunare c. Bolivie*, le tribunal a considéré que la société de droit local avait la nationalité de la société néerlandaise qui la contrôlait. Mais il n'est pas allé au-delà pour prendre en compte la nationalité des personnes qui contrôlaient la société néerlandaise, qui elles étaient de la nationalité d'un pays tiers au TBI.

<sup>70</sup> § 85.

<sup>71</sup> *Agua del Tunare c. Bolivie*, décision sur la compétence du 21 octobre 2005, § 332. Traduction de l'auteur.

<sup>72</sup> § 96.

<sup>73</sup> *SOABI c. Sénégal* (ARB/82/1), décision sur la compétence du 1<sup>er</sup> août 1984, 2 ICSID Reports vol. 2, pp. 182-183.

## 6.0 Conclusions et recommandations

Il ressort des sentences arbitrales rendues sur le **treaty shopping** que les tribunaux donnent pleinement effet aux définitions libérales de l'investisseur dans les TBI. Ainsi, sauf en cas d'abus de droit manifeste (**treaty shopping** post-différend) ou d'existence d'une clause de refus d'accorder des avantages qui soit complète, ils ont refusé de percer le voile social pour voir si l'ultime investisseur n'a pas la nationalité d'un État tiers.

Par conséquent, il est souhaitable que les États attachent dès à présent une meilleure attention à la définition de l'investisseur protégé dans leur TBI afin de ne pas offrir indirectement l'accès à l'arbitrage international à des investisseurs non visés. À cet effet, plusieurs options s'offrent à eux, au regard des bonnes pratiques et de l'interprétation des tribunaux.

**En ce qui concerne les personnes physiques**, il est important de régler la question des doubles nationaux. Les TBI peuvent exiger l'application du critère de la nationalité effective/dominante lorsque l'investisseur a deux nationalités aux effets concurrents.

**En ce qui concerne les personnes morales**, quelques modifications dans la rédaction des clauses peuvent produire de grands effets sur une définition prévisible et encadrée de l'investisseur protégé.

- \* Ne pas renvoyer la définition de la nationalité des entreprises au droit de chaque partie contractante, mais choisir un critère unique pour les deux parties contractantes dans le traité.
- \* Combiner toujours au minimum deux critères de nationalité pour les entreprises, qui s'appliqueront de manière cumulative : incorporation + activités économiques substantielles ou siège social + activités économiques substantielles.
- \* Définir la notion d'activités économiques substantielles (nombre d'employés permanents, chiffre d'affaires, fiscalité, etc.).
- \* Insérer une clause de refus d'accorder des avantages qui soit d'une part « automatique » dans ses effets, et d'autre part « complète » dans sa portée (c'est-à-dire qu'elle exclue à la fois le **treaty shopping** des investisseurs nationaux et de pays tiers).
- \* Préciser le contenu du critère du contrôle. Par exemple, fixer les taux de participation requis pour avoir le contrôle ou une influence notable dans une société; ou définir qui est l'investisseur ultime dans une chaîne complexe d'investissement dont la nationalité importe.

Pour renforcer les effets juridiques de ces modifications conventionnelles, il est nécessaire de les combiner avec une définition plus précise de la notion d'investissement et une clause de la Nation la plus Favorisée (NPF) restreinte.

Publié par l'Institut international du développement durable.

l'Institut international du développement durable

Siège de l'IISD

161 avenue Portage est, 6ème étage, Winnipeg, Manitoba, Canada R3B 0Y4

Tél: +1 (204) 958-7700 | Téléc: +1 (204) 958-7710 | Site web: [www.iisd.org](http://www.iisd.org)