

La notion d'investissement en arbitrage international et l'abus de droit

Auteur : Célian Hirsch

Date : 22 juin 2020

[TF, 25.03.2020, 4A_306/2019*](#)

La notion d'investissement selon l'art. 1 (2) du TBI Espagne-Venezuela doit être comprise de manière large. En particulier, il n'y a pas besoin d'investissement actif afin que le TBI trouve application. Par ailleurs, il y a un abus de droit lorsqu'un investisseur effectue une opération précisément en vue d'un litige spécifique à venir afin de bénéficier de la protection d'un traité d'investissement.

Faits

Une société **américaine** est l'actionnaire unique d'une société **vénézuélienne**. La société américaine crée une société **espagnole**. Lors de cette création, la société américaine transfère l'intégralité de ses **actions** de la société vénésuélienne comme apport en nature. La société **espagnole** détient alors toutes les actions de la société **vénézuélienne**.

Une année plus tard, la société espagnole intente une procédure d'**arbitrage** contre le Venezuela, en se fondant sur la convention visant à l'encouragement et la protection réciproques des **investissements** conclue entre l'Espagne et le Venezuela le 2 novembre 1995 (**TBI**). Conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), un tribunal arbitral de trois membres est constitué avec siège à Genève.

Le Tribunal arbitral se déclare néanmoins **incompétent** pour statuer sur la demande. En effet, le TBI ne s'applique qu'à la condition qu'il y ait eu un "investissement". Or, selon le Tribunal arbitral, il n'y a investissement au sens du TBI qu'à la condition qu'un investisseur effectue un acte d'investissement actif dans l'État contractant. En l'espèce, la société **espagnole** n'aurait pas effectué d'investissement au Venezuela en **recevant les actions de la société vénésuélienne** de la part de la société **américaine**, sans rien déboursé elle-même.

Saisi par la société espagnole, le Tribunal fédéral doit clarifier la **notion d'investissement** prévue dans le TBI.

Droit

Selon l'[art. 190 al. 2 let. b LDIP](#), la sentence peut être attaquée lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompetent. Lorsque le recourant invoque ce grief, le Tribunal fédéral revoit avec un **plein pouvoir de cognition** les questions juridiques soulevées.

Selon la traduction anglaise de l'art. 1 (2) du TBI, rédigé en espagnol, "[t]he term 'investments' means any kind of assets invested by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party and in particular, although not exclusively, the following assets: a) Shares, securities, bonds and any other form of participation in companies [...]".

Le Tribunal fédéral voit dans l'interprétation essentiellement **littérale** opérée par le Tribunal arbitral une réflexion en **réalité plus complexe**. Le Tribunal fédéral considère que le Tribunal arbitral a

analysé la **provenance matérielle des investissements** effectués au Venezuela, lesquels proviennent de sociétés **américaines**. Or il semble que la société espagnole a précisément été créée afin d'obtenir la **protection du TBI** dont les sociétés américaines ne pouvaient pas profiter.

Après avoir souligné la définition **large** d'investissement selon l'art. I (2) du TBI, le Tribunal fédéral examine les clauses **denial of benefits**. Ces clauses, intégrées dans des traités d'investissement, permettent de **restreindre** leur champ de protection afin d'éviter le **treaty shopping**. Ainsi, une société d'un État non protégé par un traité ne pourrait pas constituer une société sur le territoire d'un État contractant afin de profiter de la protection prévue par le traité. De telles clauses sont ainsi connues et divers États ont font régulièrement usage.

En l'espèce, le TBI ne contient **aucune clause** de ce type. Vu que l'Espagne a notamment signé d'autres traités comprenant des clauses *denial of benefits*, le Tribunal fédéral considère que les États contractants du TBI ont **renoncé** à intégrer une telle clause dans le TBI **en connaissance de cause**.

En raison de la définition **large** d'investissement, le Tribunal fédéral considère que la sentence a retenu à tort l'existence d'un investissement **actif** comme **condition d'application** du TBI. Le Tribunal arbitral n'aurait ainsi **pas dû** se déclarer **incompétent** pour cette raison.

Dans un dernier point, le Tribunal fédéral développe l'application de **l'interdiction de l'abus de droit** lorsqu'un investisseur a effectué une opération précisément en vue d'un litige spécifique à venir afin de bénéficier de la protection d'un traité d'investissement. Tel est le cas lorsque **l'opération d'acquisition de nationalité** est effectuée à un moment où le litige donnant lieu à la procédure était **prévisible** et que cette opération doit être considérée, selon les règles de la **bonne foi**, comme ayant été effectuée en vue de ce litige. En cas d'abus de droit, la société ne peut pas se prévaloir du traité d'investissement.

Cette question devra être tranchée par le Tribunal arbitral. Le Tribunal fédéral **admet** ainsi **le recours** et lui renvoie la cause pour une nouvelle décision. Le Tribunal arbitral devra notamment examiner sa compétence à l'aune de l'existence d'un éventuel abus de droit de la part de la société espagnole.