UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Master 2017

Public access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La nationalité de l'investisseur personne morale et la pratique du treaty shopping en droit international des investissements

Haudry, Guillaume Alexandre I.

How to cite

HAUDRY, Guillaume Alexandre I. La nationalité de l'investisseur personne morale et la pratique du treaty shopping en droit international des investissements. Master, 2017.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:109381

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 09:48

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
CERTIFICAT DE DROIT TRANSNATIONAL

LA NATIONALITÉ DE L'INVESTISSEUR PERSONNE MORALE ET LA PRATIQUE DU *TREATY SHOPPING* EN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

PAR GUILLAUME HAUDRY

TRAVAIL EFFECTUÉ SOUS LA DIRECTION DE M. LE PROFESSEUR M. MBENGUE ET DE MME. S. SCHACHERER

ANNÉE UNIVERSITAIRE 2017-2018

Mr. le Professeur Weil nous dit à propos de l'illicéité de la pratique du *treaty shopping* : « *This is not a question of alleging, or sanctioning, any misconduct or fraud […] or their management. This is only and exclusively a question of giving effect to the object and purpose of the ICSID Convention and, if I may say so, of preserving its integrity* »[1]. Cette considération oppose la pratique aux objectifs d'une règle de droit, mais pas à la règle de droit elle même. Pour comprendre l'hostilité du Professeur Weil à l'égard du *treaty shopping*, il nous faut au moins en étudier la teneur.

La nationalité est « un lien juridique et politique qui rattache une personne, physique ou morale, à un État »[2]. Concrètement, c'est ce qui rattache la personne physique ou morale au régime auquel elle est soumise. Concernant les personnes morales, c'est le régime lui-même (le droit) qui lui permet de naître. Et elle va conserver ce lien juridique avec son régime (et État) de naissance, pour pouvoir vivre et se présenter devant les autres entités souveraines.

L'investisseur personne morale désigne une entité juridique créée par des personnes physiques ou par d'autres personnes morales et contrôlée par elles, qui va effectuer un investissement sur le territoire d'un État. Mais en réalité cette notion porte moins à réflexion que la notion d'investissement en elle-même[3]. L'investisseur personne morale prend la forme d'une société, elle est - dans le cadre d'un investissement international - forcément d'une nationalité autre que celle de l'État du lieu de l'investissement (sauf si une société de droit local a été créée pour l'occasion).

La notion de « *treaty shopping* » ou chalandage des traités en droit des investissements « désigne la pratique des investisseurs qui recherchent délibérément à bénéficier de la protection plus avantageuse d'un TBI[4] signé entre un État dont ils n'ont pas la nationalité et l'État hôte dans lequel ils ont investi » [5]. C'est la définition commune qui regroupe l'ensemble de la doctrine, mais certains auteurs militent pour une définition plus précise en désignant qu'une partie de cette définition générale comme étant réellement du « *treaty shopping* ». C'est le cas du Professeur Emmanuel Gaillard, qui à l'occasion d'un commentaire d'une sentence arbitrale, nous dit sur la notion de « *treaty shopping* » qu'elle « n'a aucun caractère technique et donc aucune vocation à emporter des conséquences de droit, force est de constater que son utilisation est souvent abusive ». Il poursuit en

---

[1] Opinion dissidente de l'affaire Tokios Tokélès c/ Ukraine (V. n°8 *in fine*) de Mr. le Pr. Weil dans : M. KINNEAR, G. FISCHER, J. MINGUEZ ALMEIDA, L. FERNANDA TORRES, M. URAN BIDEGAIN, Building International Investment Law, The first 50 Years of ICSID, Wolters Kluwer and ICSID, 2016, p. 591 ;

[2] Lexique des termes juridiques, dir. S. Guinchard, Dalloz, 2013 ;

[3] V. sur la notion d'investissement :
C. H. Schreuer et alii, The ICSID Convention A Commentary, 2nd Ed, Cambridge University Press, 2009, (Article 25, p. 133, n°108, « *an international investment* »).

[4] Traité bilatéral relatif à la protection des investissements, ci-après dénommé TBI ;

[5] S. H. Nikièma, Définition de l'investisseur, Institut international de développement durable, mars 2012 ;

distinguant « deux situations, bien distinctes, […] susceptibles de se présenter. La première est celle dans laquelle un opérateur du commerce international se préoccupe, lors de la structuration de son investissement, voire lors de la restructuration de son investissement, de l'existence de traités. Cette préoccupation, comparable à celle qui consiste à minimiser l'incidence fiscale de l'opération, est parfaitement légitime. L'utilisation, dans un sens péjoratif, de l'expression treaty shopping dans une telle hypothèse est abusive. La seconde situation, très différente, est 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. C'est cette situation qui, stricto sensu, peut être qualifiée de treaty shopping par analogie à celle du forum shopping qui consiste à rechercher, compte tenu de la division du monde en États souverains, le juge le plus favorable pour connaître d'un différend donné »[6].

D'un point de vue historique, la protection des investissements repose sur la reconnaissance du droit de propriété des ressortissants étrangers. À ce moment-là on ne parle pas d'investissements mais cela en est pourtant l'essence. Ces premières pratiques amicales s'inscrivaient en réalité dans une volonté commune d'avancer dans le même sens, vers un système capitaliste basé sur le droit et la protection de la propriété. Aujourd'hui l'objectif des TBI reste grossièrement le même, mais les nouveaux traités ne manquent pas de s'illustrer, dans la pratique, par l'expansion de leur champs de protection qui n'est plus guidé par la volonté commune d'instaurer un nouveau système, mais d'accorder une place très privilégiée aux personnes des investisseurs.
Quoi qu'il en soit, la base juridique de la protection des investissements en 2017 reste ces traités bilatéraux de protection des investissements. Cette base a été complétée en 1965 avec l'arrivée de la Convention de Washington et la création au sein de la Banque Mondiale, d'un centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après CIRDI) permettant organiser le règlement des différends ayant pour base l'investissement international. Il n'a pas le monopole du règlement des différends relatifs aux investissements, mais la convention l'instituant prévoie que les décisions issues du CIRDI sont directement reconnues comme obligatoires et exécutoires sur le territoire des États parties[7]. Cette dernière considération est le principal atout de cette convention et c'est ce qui a mené la quasi-totalité des différents d'investissements devant ce centre.

L'intérêt d'étudier la pratique du *treaty shopping* et la nationalité des personnes morales dans le cadre du droit international des investissements est de montrer que lorsque le droit est érigé à différents niveaux[8], il peut conduire à des situations contraires aux objectifs des autres droits car ceux-ci n'interagissent pas ensemble. L'importance de pointer du doigt ces bugs du système est primordiale car ils peuvent toujours être solutionnés.

Le droit international des investissements est un droit créé par les États en tant que sujets de droit international public pour protéger les investisseurs étrangers et par la même occasion les inciter à investir sur leurs sols. Les États acceptent alors d'y être soumis lorsqu'ils mènent leur politique

---

[6] E. Gaillard, Chronique des sentences arbitrales, Journal du droit international (Clunet), n° 2/2010 ;

[7] Art. 54 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ;

[8] À différents niveaux du droit signifie dans ce contexte des droits à dimensions différentes. En fonction du sujet, il s'agit du droit à dimension interne établissant la nationalité de la personne morale, du droit bilatéral à dimension binationale concernant la protection des investissements et finalement du droit multilatéral à dimension internationale sur le règlement des litiges relatifs aux investissements établissant une sorte « d'ordre juridique arbitral ».

intérieure (nationalisation, politique fiscale etc..). Une des conditions essentielles pour bénéficier de cette protection, si il existe un accord entre les États, est d'être ressortissant de l'autre État partie. Cependant, l'internationalisation des rapports dans la perspective d'effectuer un investissement à l'étranger confronté à l'absence de droit international en matière de nationalité des personnes morales peut conduire l'investisseur manipuler les droits internes dans le but de bénéficier du droit qu'il aura jugé le plus protecteur. C'est l'hypothèse du *treaty shopping*. Il s'agira de démontrer dans quelles mesures cette pratique est envisageable et quelles solutions peuvent être apportées à ce problème.

Pour répondre à ces directives de travail, nous démontrerons que choisir sa nationalité est une remise en cause du système actuel de protection des investissements (Chap. 1) avant d'établir le sort de la pratique du *treaty shopping* dans l'ordre juridique international (Chap. 2).

CHAPITRE 1. LE CHOIX DE SA NATIONALITÉ, UNE REMISE EN CAUSE DU SYSTÈME ACTUEL DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Le droit international se heurte systématiquement[9] à la législation nationale des États qui restent souverain sur leurs territoires. Les investisseurs personnes morales émanent d'un État autre que celui d'accueil de l'investissement. Cela signifie que l'entité doit être créée dans un État, c'est à dire selon le droit national de cet État. La société ne peut pas avoir les mêmes liens juridiques avec les États que les personnes physiques, mais elle est tout de même de fait la créature de l'État qui lui a donné la vie.
Le système de protection des investissements nécessite de connaitre la nationalité de l'investisseur. Dans l'hypothèse du *treaty shopping*, il faut connaitre quels sont les critères du fondement de la nationalité des personnes morales (Section 1), pour savoir si les investisseurs peuvent se présenter sous une autre nationalité que la leur pour profiter d'un autre traité bilatéral de protection des investissements (Section 2).

SECTION 1. LES CRITÈRES DU FONDEMENT DE LA NATIONALITÉ DES PERSONNES MORALES

Dans les relations internationales la résolution d'un problème juridique se fait soit par application d'un droit de nature internationale[10], soit par application d'un droit interne. Il s'agit alors de déterminer si il existe un droit international pour déterminer la nationalité des personnes morales (A) ou si l'investisseur doit simplement se conformer à une législation nationale (B).

A. SUR L'EXISTENCE D'UNE NORME DE DROIT INTERNATIONAL SUR L'ÉTABLISSEMENT DE LA NATIONALITÉ DES PERSONNES MORALES

La législation en droit international des investissements est essentiellement[11] composée de la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements, des traités bilatéraux de protection des investissements (TBI) et des accords de libre-échanges.

1. L'absence de définition concernant l'établissement de la nationalité pour les personnes morales

1. Selon la convention de Washington. La convention de Washington à son article 25 §2 lettre b) stipule qu'un « Ressortissant d'un autre État contractant signifie : toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle

---

[9] Sauf lorsque l'État à délégué, en tant que sujet de droit international public, une part de sa souveraineté à une entité plus grande (exemple : Union Européenne) ou qu'il a créé ce droit en convenant avec d'autres sujets de droit international public.

[10] D'un droit matériel issu de conventions internationales ou d'un droit dit « conflictuel » qui conduira *in fine* à l'application d'un droit national.

[11] Certaines conventions portant sur un domaine spécifique peuvent prévoir des règles relatives aux investissements. Il peut aussi y avoir des lois relatives aux investissements étrangers ou des Codes communs prenant la forme de traités.

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'Etat 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 Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ». Le rapport des administrateurs sur la convention précisent au §30 sur les parties au différents que « La clause (b) de l'alinéa (2) de l'article 25 qui traite des personnes morales est plus souple. Une personne morale ayant la nationalité de l'État partie au différend peut être partie aux procédures établies sous les auspices du Centre si l'État en question accepte de la considérer comme ressortissante d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».
Ces textes ont vocation à donner une cohérence fonctionnelle à la convention en vue de son objectif -protéger les investisseurs étrangers- mais ne donnent pas d'information sur la manière dont les personnes morales doivent justifier de leur nationalité. L'article 25 présuppose la nationalité de la personne morale (« qui possède »), tandis que le rapport des administrateur nous informe seulement de la possibilité pour l'investisseur étranger, si les parties l'ont convenu, de bénéficier de la protection de la convention même si il constitue une société (filiale) pour l'occasion selon le droit de l'État d'accueil des investissements[12].

2. La question des TBI. Pour régler un différend relatif aux investissements il faut d'abord regarder ce que le traité bilatéral relatif aux investissements dit sur la situation concrète pour savoir si elle entre ou non dans le champ d'application du traité. Mais le problème survient à l'étape du choix du traité. Il est certain que l'État d'accueil doit être l'une des parties à ce TBI. Mais en l'absence de définition uniforme quant à l'établissement de la nationalité de ces personnes morales, on ne sait pas avec quel TBI choisir, est-ce celui conclu par l'État d'accueil et l'État qui a enregistré la société ? Ou avec l'État de la nationalité des personnes qui contrôlent effectivement l'entité ? On peut émettre plusieurs critères, plusieurs hypothèses, mais il parait pour l'instant plus pertinent de d'essayer de dégager une norme à dimension internationale pour traiter de cette question.

2. Sur l'existence d'un droit international coutumier

3. La coutume internationale. La coutume comme source de droit international est reconnue par exemple dans les statuts de la Cour Internationale de Justice à son article 38 §1 lettre b) qui l'a définie comme étant la « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». C'est une pratique générale constante et uniforme des États. Ils sont censés avoir agi de cette manière car ils pensaient se conformer au droit[13]. Cette coutume —si elle existe— doit s'illustrer dans la pratique des États. il faut en quelque sorte la preuve d'usages qui sont maintenant reconnus comme étant du droit au niveau international. Nous pouvons trouver ces informations dans les jurisprudences internationales en matière d'établissement de la nationalité des personnes morales. Il semble opportun de se référer à la jurisprudence de la Cour internationale de justice.

4. La Jurisprudence de la Cour internationale de justice. L'affaire *Barcelona Traction* est l'une des premières à répondre à la question de la dimension internationale des sociétés. Il est question de

---

[12] V. plus précisément sur cette question : Dalloz, Rép. Int. Arbitrage (CIRDI), C. LEBEN, n°40 et suiv; C. H. SCHREUER et alii, The ICSID Convention A Commentary, 2nd Ed, Cambridge University Press, 2009, p. 190 §375.

[13] V. plus généralement sur le droit coutumier et sur l'*Opinio Juris* : M. Mathias Forteau, Détermination du droit international coutumier, Commission du droit international, ONU, 2015;

protection diplomatique, qui selon la Cour, appartient à l'État de la nationalité de l'individu ou de la société. Les juges dans ce cas ont refusé de suivre le critère du lien affectif[14] retenu pour les personnes physiques. Les juges de Barcelona Traction ont établi que le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État sous les lois duquel la société s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège[15]. Plus récemment, la CIJ dans un arrêt *Diallo*[16] a confirmé sa méthode d'application du droit dans notre contexte en se référant au droit national[17] sans décider de se référer à un cadre juridique international. Cela démontre que la CIJ elle-même n'élève pas au rang de droit international coutumier sa règle de détermination de la nationalité.

5. La portée juridique. La réponse que nous cherchons est celle de l'existence d'un droit international coutumier en matière de détermination de la nationalité des personnes morales. Avec ce que nous avons vu précédemment, on peut légitimement penser que la jurisprudence de la CIJ ne vaut que pour les cas identique puisqu'elle se réfère au droit interne. En cela il n'y aurait pas de règle internationale coutumière en la matière. Cette affirmation semble se confirmer avec l'arrivée d'un autre arrêt de la CIJ qui prévoit que la protection diplomatique peut aussi être exercée par l'État de la nationalité des actionnaires quand ils détiennent 100% du capital. Cet affaire *Elettronica Sicula*[18] concerne elle aussi la protection diplomatique, mais permet dans ce cas de lever le voile social et d'utiliser le critère du contrôle pour déterminer à quel État appartient la protection diplomatique.
La CIJ ne semble pas vouloir délimiter un droit international. Elle renvoi aux droits internes et adopte plusieurs positions suivant la casuistique. Au vu de ces jurisprudences, il semble qu'il ne faille pas essayer de dégager un droit coutumier sur la question de la détermination de la nationalité des personnes morales.

En l'absence de droit international, il va falloir regarder ce que les droits internes disent sur la question. C'est à dire ce qu'ils prévoient pour déterminer la nationalité de ces sociétés qui investissent à l'étranger.

---

[14] Arrêt *Nottebohm*, CIJ, 6 avril 1955 : La Cour dans cette décision a déclaré qu'en matière de protection diplomatique, même si les États souverains sont les seuls à déterminer leurs propres citoyens, il faut prouve que le national entretient un lien réel, authentique, significatif avec l'État en question. C'est ce critère de « nationalité effective » qu'a dégagé l'arrêt *Nottebohm*. V. plus précisément sur cette question : J. BAUMGARTNER, Treaty Shopping in International Investment Law, Oxford, 2016, n°3.2.1.1, p.71;

[15] Arrêt *Barcelona Traction*, CIJ, 5 février 1970, recueil 1970, p.42; V. aussi sur cette question : J. BAUMGARTNER, Treaty Shopping in International Investment Law, Oxford, 2016, n°3.2.2.2.1, p.77;

[16] CIJ, Ahmadou Sadio Diallo, République de Guinée c/ République Démocratique du Congo, 19 juin 2012, V. plus précisément sur l'affaire : J. BAUMGARTNER, Treaty Shopping in International Investment Law, Oxford, 2016, n°3.2.2.2.3, p. 84;

[17] V. Précédemment affaire *Barcelona traction*.

[18] *Elettronica Sicula* S.p.A, Etats-Unis d'Amérique c/ Italie, CIJ, 20 juillet 1989 ;

B. DES CRITÈRES DE RATTACHEMENT DÉFINIS PAR LES ÉTATS

Pour savoir comment les personnes morales vont s'octroyer une nationalité et la revendiquer plutôt qu'une autre (qui pourrait paraître *a priori* plus proche de la réalité), il va falloir connaître les mécanismes que les droit internes utilisent pour constituer et reconnaitre une société (1). Ce rapport juridique interne va devoir se mêler à la dimension internationale que constitue le droit des investissements. Ce rapport juridique interne va se heurter à l'absence d'harmonisation au niveau international des règles de détermination de la nationalité des sociétés (2).

1. Les théories de détermination de la nationalité d'une personne morale[19]

6. Le lieu de siège social. Cette théorie prévoit que la détermination de la nationalité de la personne morale est subordonnée au lieu de son siège. C'est à dire que si le droit interne fait prévaloir cette théorie et que la société a son siège dans ce même État, la *lex societatis* sera celle de cet État.
Pour préciser la théorie, il faut distinguer s'il s'agit du siège social statutaire, celui qui figure officiellement dans les statuts de la société ou du siège social réel, qui est effectivement le lieu principal des opérations de la société. Normalement le siège social statutaire et réel devrait se confondre. Mais là encore, cela dépend de ce que le droit interne prévoit. Il ne s'agit pas ici de faire un exposé des différents droits nationaux[20], mais il convient de dire que lorsque le critère du siège social statutaire est prévu, des dispositions sont aussi prévues pour combattre la réalité de ce siège en cas d'opposition entre le siège statutaire et le siège réel, pour *in fine* découvrir le lieu d'administration principal de l'entité.
Le critère du siège social statutaire relève en réalité plus de la théorie de l'incorporation que de la théorie de siège social.

7. L'incorporation. Cette théorie qui est le plus souvent utilisé dans le système de *common law* anglo-saxons estime que la société à la nationalité de l'État sous le droit duquel elle s'est incorporée, c'est à dire enregistrée, constituée. Le lien avec le siège social statutaire est solide, puisqu'il suffit d'aller s'incorporer dans un État qui fait prévaloir cette théorie et d'y enregistrer sa société pour y installer son siège. L'effectivité, la réalité du siège n'a pas d'importance selon cette théorie. Peu importe qu'il s'agisse vraiment du lieu principal de l'administration de l'entité, pourvu qu'elle ait été enregistré sous ce droit et quelle possède un lien avec le lieu d'enregistrement (boîte aux lettres). Cette théorie favorise la dissimulation des dirigeants et l'opacité des sociétés dans le milieu de la « criminalité à col blanc »[21] et de la criminalité interétatique[22]. Concernant notre sujet cela favorise le *treaty shopping*. Les systèmes de sociétés boites aux lettres sont bien connues par les internationalistes. Il est facile et peu onéreux d'aller enregistrer une société dans ces pays de

---

[19] V. plus précisément sur le sujet : A. DE NANTEUIL, Droit international de l'investissement, 2è Ed, A. Pedone, 2017, n°12, p. 17 ;

[20] Le critère de siège social est le plus souvent utilisé dans les pays de droit civil (France, Belgique, Maroc, Côte d'Ivoire etc…)

[21] Expression qui vise la criminalité des intellectuels, chefs d'entreprises, professionnels. Cela se traduit souvent dans ce genre de contexte, par des exils et des fraudes fiscales.

[22] Cela vise les délinquants qui s'établissent dans d'autres pays pour agir sur leur territoire national ou sur le territoire d'autres États pour compliquer les enquêtes et brouiller les pistes afin que leurs victimes ne puissent pas les traduire devant les tribunaux.

common law. Aussi bien le Royaume-Uni que les États-Unis (particulièrement l'État du Delaware) sont bien connus pour ces « *mailbox companies* »[23]. En droit international des investissements cela pose un problème car en quelques jours et avec une centaine de dollars un investisseur peut choisir sous quelle nationalité il va effectuer son investissement afin de bénéficier du TBI le plus favorable.

8. Le contrôle. Ce critère ne prend pas en compte le lieu du siège social et le lieu d'incorporation de la société. Il prend en compte la nationalité des personnes qui contrôlent la société, c'est à dire les détenteurs du capital social nécessaire pour administrer cette dernière (le droit de vote dans les assemblées et conseils correspond au *prorata* du capital social détenu). Le principe est que la société a la nationalité de l'État des personnes qui la contrôlent.
Ce critère de détermination de la nationalité permet la levée du voile social. C'est ce que nous avons vu au point n°5 avec l'affaire *Elettronica Sicula*. Dans ce cas, les investisseurs ne peuvent plus se cacher derrière une société constituée au lieu de leur choix. Le critère final sera la nationalité du ressortissant qui contrôle l'entité. Cela permet d'éviter la pratique du *treaty shopping*. Avec ce critère les solutions auraient été différente notamment dans les affaires SAOBI c/ Sénégal[24] ou Tokios Tokeles c/ Ukraine[25].

Ces différents critères d'établissement de la nationalité des personnes morales sont propres aux États. Le droit international des investissements concerne au minimum deux États et s'inscrit dans une pratique bilatérale. Qu'en est-il de ces critères dans l'ordre international ?

2. Le défaut d'uniformisation de la législation en matière d'établissement de la nationalité des personnes morales

9. La multitude de législations internes. Concernant l'établissement de la nationalité des sociétés, il n'y a pas de droit international ni d'uniformisation ou d'harmonisation des droits internes. L'application des droits nationaux à chaque cas pourrai se révéler complexe. Non seulement parce que les droits internes devront être utilisés par des personnes qui n'ont pas l'habitude de les utiliser, mais aussi parce qu'en ce qui nous concerne, l'investisseur international va pouvoir étudier la teneur de tous ces droits nationaux pour savoir comment optimiser sa protection lors de son investissement futur. Cela parait normal de vouloir s'assurer que son investissement a la meilleure protection possible. Mais la protection internationale des investissements a été convenue selon des idées et des principes bien arrêtés. Or dans cette hypothèse, le ressortissant d'un État peut se constituer dans un autre État pour bénéficier d'une protection plus favorable que si il avait établi sa nationalité selon son droit national. Cela peut intervenir à deux degrés de gravité. Le premier est lorsqu'un national veut investir à l'étranger et constitue son entité dans un autre État (que le sien) pour bénéficier d'un TBI plus favorable. Ce qui est plus grave et contraire aux principes de protection des investissements c'est lorsqu'un national se constitue dans un autre État pour investir dans son propre État afin de bénéficier de la protection internationale des investissements. Dans les deux cas il s'agit de *treaty shopping*, mais dans le deuxième, il manque la condition spatiale, d'extranéité pour bénéficier de la protection internationale des investissements.

---

[23] Expression utilisée par J. BAUMGARTNER, Treaty Shopping in International Investment Law, Oxford, 2016, n°3.2.2.1.1;

[24] Décision sur la compétence, SAOBI c/ République du Sénégal, ARB/82/1, 19 juillet 1984 ;

[25] Décision sur la compétence, Tokios Tokéles c/ Ukraine, ARB/02/18, 29 avril 2004 ;

10. L'interférence du droit de l'Union européenne. Le droit de l'UE concernant la mobilité des sociétés est dirigée par certains principes de l'Union et plus particulièrement par le principe de la liberté d'établissement[26] qui est un corollaire du principe de libre circulation. Le droit de l'UE reconnait comme critère le siège social statutaire, c'est à dire l'incorporation. La société d'un État membre de l'UE ne pouvait pas transférer son siège vers un autre pays[27], mais après être passé par sept épisodes jurisprudentiels[28], elle peut désormais librement le faire et même aller plus loin puisqu'il est possible de ressusciter une entité sous l'empire d'un autre droit[29]. Le tendance est donc à la libéralisation de l'établissement des sociétés des État membres. Cette législation est commune aux États de l'Union mais doit-elle s'imposer dans l'hypothèse d'investissements internationaux ? La réponse semble être non. Car la protection de tels investissements se fait grâce à des textes et mécanisme externes à l'UE qui n'a finalement aucun pouvoir sur le droit applicable lors de ces procédures. En effet, ces jurisprudences et cette liberté d'établissement ne concerne que « le marché intérieur »[30], c'est à dire les relations entre État membres.
Le point pertinent serait de savoir si en vertu du droit de l'Union, tous les États doivent adopter des mesures internes correspondantes aux attentes de l'UE. Cette situation dans l'ordre judiciaire européen relève de la directive, que tous les États doivent intégrer dans leur ordre interne. Or, la liberté d'établissement ne se veut que supra nationale. Les arrêts n'exigent pas que les droits internes soient en accord avec cela, ils exigent seulement que les États membres ne freinent pas les sociétés européennes dans leurs mouvements et n'entravent pas leurs libertés. En cela, le droit interne de chaque État membre reste différent et il faudra s'y référer à lui seul et non au droit de l'Union.

11. La personne morale à dimension internationale reste la Créature d'un État. C'est en réalité une des justifications par laquelle il la nationalité des sociétés est dévolue aux droits nationaux. On le voit bien dans l'arrêt *Dailymail*[31] que nous avons étudié. L'internationalisation des rapports va avec l'effet grandissant de la globalisation, mais il faut bien donner la vie à une société, et pour l'instant ce pouvoir est entre les mains des États.

Il n'y a pas de droit international coutumier sur l'établissement de la nationalité des personnes morales, et il faut se référer aux droits internes de chaque État pour en avoir la teneur. Tout cela parait abstrait. Voyons comment les investisseurs internationaux s'y prennent pour que leurs sociétés se revendiquent d'une nationalité plutôt qu'une autre.

---

[26] V. arrêt CJCE, *Dailymail*, 27 sept. 1988, aff. 81/87 ;

[27] V. arrêt *Dailymail* ;

[28] La série d'arrêts concernant la mobilité des sociétés selon le droit de l'UE commence par l'arrêt *Dailymail*, pour se poursuivre par les arrêts : CJCE, *Centros*, 9 mars 1999, aff. C-212/97, CJCE, Inspire Art, 30 sept. 2003, aff. C-167/01, CJCE, *SEVIC System AG*, 13 déc. 2005, aff. C-411/03, CJCE, *Überseering*, 5 nov. 2002, aff. C-208/00, CJCE, *Cartesio*, 16 déc 2008, aff. C-210/06 (V. particulièrement les points 110 à 112), CJUE, *VALE,* 12 juill. 2012, aff. C-378/10. La jurisprudence va, dans l'ordre les arrêts devenir de plus en plus libérale et abandonner définitivement le précédent *Dailymail*. Cette jurisprudence est controversée et la doctrine ne manque pas de souligner la dangerosité qu'a prise la liberté d'établissement au sein du territoire de l'Union.

[29] V. arrêt CJUE, *VALE*, 12 juill. 2012, aff. C-378/10 ;

[30] Expression qui désigne les relations à l'intérieur des frontières de l'UE, entre les État membres.

[31] Arrêt de la CJCE précédemment cité : « il convient de rappeler que, contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire, d' un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement ».

SECTION 2. LA MANIPULATION DES CRITÈRES DE RATTACHEMENT PAR LES INVESTISSEURS

Les investisseurs vont utiliser les droits nationaux pour pouvoir se présenter de la manière qui leur est la plus favorable devant le droit international. Quelque part il est possible de dire que par leurs faits, ils forcent le droit. Cette pratique du *treaty shopping* (A) est discutable à bien des égards, d'autant plus au regard des objectifs de la protection des investissements et du droit international public (B).

A. LA PRATIQUE DU *TREATY SHOPPING* PAR LES INVESTISSEURS INTERNATIONAUX

Il s'agit ici de mettre en lumière cette pratique telle qu'elle est opéré par les opérateurs des investissements internationaux. La mise en oeuvre de celle-ci nous intéressera autant que sa réception par les organes qui ont eu à la traiter.

1. La mise en oeuvre de la pratique

Le point de départ de la mise en oeuvre de cette pratique du *treaty shopping* est évidemment l'inventivité des investisseurs qui s'y sont livrés profitant de la multitude de sources protégeant les investissements étrangers. Mais ce qui va la libéraliser c'est finalement les décisions du CIRDI en la matière. Le CIRDI va prendre en compte deux éléments principaux pour estimer que cette pratique est acceptable.

a) La date d'appréciation de la nationalité

12. Les TBI prévoient la protection des investissements étrangers lorsqu'ils arrivent sur le territoire d'un des État contractant. Finalement c'est à ce moment-là qu'il faudrait apprécier la nationalité de l'investisseur[32]. Il va investir à travers une société personne morale. Nous avions vu qu'il était possible d'investir directement dans l'État hôte avec une structure locale sans pour autant y être considéré comme un national. Cette société doit être considérée comme nationale de l'État d'origine de l'investisseur, d'émission de l'investissement selon son droit interne. Cette condition *sine qua non* dépend seulement de l'investisseur, car lui seul décide quand et comment il va investir à l'étranger. Certes cela exige une connaissance du droit international des investissements pour déterminer avec quel pays l'État hôte entretient le rapport de protection des investissements le plus favorable pour l'investisseur. Cela exige aussi une bonne connaissance des droits internes de ces pays qu'on peut appeler pays « tiers », pour savoir comment ils déterminent la nationalité d'une société. Mais toutes ces connaissances ne sont que peu difficiles à obtenir pour un investisseur international qui agit sous les conseils d'une légion d'avocats.
L'article 25 §2 lettre b) de la convention de Washington prévoit deux moments pour apprécier cette nationalité. Le tribunal CIRDI va devoir l'apprécier à « la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage » ou « à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. »

---

[32] V. plus généralement sur ce sujet : C. Leben, Droit international des investissements, A. Pedone, 2015 ;

13. La date du consentement à l'arbitrage. Cette première date pour apprécier la nationalité semble d'emblée poser un problème. Le système actuel de règlement des différends relatifs aux investissements repose sur un consentement dissocié. Lors de la rédaction de la convention on imaginait peut être que les États en tant que puissance souveraine allaient conclure des contrats avec les investisseurs étranger et régler les questions de règlement des conflits. Mais aujourd'hui les contrats d'investissements entre État hôte et investisseur étranger sont très rares. L'accès à l'arbitrage CIRDI se fait aujourd'hui sur TBI, sur lois d'investissements ou même sur d'autres textes en en important un consentement à l'aide d'une clause de la nation la plus favorisée[33]. L'État hôte a donc un consentement préexistant. L'investisseur lui décide si et comment il veut être protégé. Par l'arbitrage CIRDI par exemple. Il n'est pas tenu d'utiliser cette voie. Il peut, au péril de son investissement, utiliser les voies juridictionnelles de l'État hôte. Mais si il décide d'utiliser l'arbitrage CIRDI, il va devoir donner son consentement et c'est là qu'il va rencontrer le consentement préexistant de l'État hôte et c'est à cette date que la nationalité de l'investisseur personne morale sera opposable[34]. Il faut donc que la nationalité soit acquise avant la date du consentement, et qu'elle ne change pas après cette date[35].
Là encore c'est l'investisseur qui a les clefs de son succès. Les conditions pour créer une situation de *treaty shopping* sont sous son contrôle. Il devra les avoir réunies avant de déposer sa requête[36] d'arbitrage au secrétariat du CIRDI (selon les articles 25 §2-b et 36 §2 de la convention de Washington).

14. L'absence d'exigence de continuité. Le CIRDI semble exiger une continuité dans la nationalité des personnes physiques. Mais ce n'est pas le cas avec les personnes morales[37]. La date tardive d'appréciation de la nationalité et l'absence de condition de continuité laisse le champ libre aux investisseurs pour pratiquer le treaty shopping au détriment des négociations menées pour chaque TBI.

Un autre élément va permettre au CIRDI d'accepter —en connaissance de cause— la pratique du treaty shopping. Cet élément se base essentiellement sur l'absence d'illégalité et sur l'objectif originel du droit international des investissements.

---

[33] Décision sur la compétence, Garanti Koza LLP c/ Turkménistan, CIRDI, 3 juill. 2013, ARB 11/20 ;

[34] V. en détail sur le sujet : E. Gaillard, La jurisprudence du CIRDI, vol 1, A. Pedone Paris, n° 391-395 et 402-405 ;

[35] « *Any change in the nationality of a juridical person after the date [of consent] is immaterial for the purposes of ICSID's jurisdiction, regardless of how inappropriate such an alignment would have been initially* » Amerasinghe, The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development Through the Multinational Corporation, 9 Vand. J. Transnat'l L. 793, 809-10, 1976 ;

[36] Vacuum Salt c/ Ghana, CIRDI, sentence, 16 févr. 1994, ARB 92/1, §28 à 31, ex : « *nationality on the date of the request* » ;

[37] Vacuum Salt c/ Ghana, CIRDI, sentence, 16 févr. 1994, ARB 92/1 : « *requiring continuous nationality (at least to the date of registration of a request for arbitration) of an individual but not of ajuridical person* »

b) L'extension de la protection dévolue aux investisseurs

Les tribunaux CIRDI vont s'appuyer sur le système de protection des investissements pour estimer que finalement, l'engagement d'investissements à travers une entité constituée selon un droit différent du sien est en accord avec l'esprit de la protection des investisseurs et donc de la convention. Ils vont permettre aux investisseurs de choisir sous l'empire de quels droits ils veulent être protégés.

15. L'asymétrie entre État hôte et investisseur. Le droit international des investissements est fondé sur des traités internationaux. Ces traités, conventions sont des accords de volonté entre les États hôtes pour faire bénéficier leurs ressortissants d'une protection sur le territoire de l'autre État partie. Dès le départ ce droit a été créé par les États pour les investisseurs.

16. Les critères de détermination de la nationalité retenus par les tribunaux CIRDI. En l'absence de définition internationale et de droit coutumier sur la question. Les arbitres ont dû en quelque sorte créer le droit à partir des deux sources qui leur sont soumises : la convention de Washington et le TBI applicable. Sur cette question les tribunaux arbitraux CIRDI convergent vers la même solution. En effet, la sentence SAOBI c/ Sénégal[38] à son paragraphe 29 dégage la règle générale « *as a general rule States apply either the head office or the place of incorporation criteria in order to determine nationality* » et réfute la théorie du contrôle en poursuivant par « b*y contrast, neither the nationality of the company's shareholders nor foreign control, other than over capital, normally govern the nationality of a company* ». La portée juridique de cette règle semble avoir été érigée en principe. L'affaire Lanco c/Argentine[39] en 1998 a repris cette règle à son paragraphe 46. Les affaires *Autopista Concesionada* c/ Venezuela[40] en 2001 à son paragraphe 108 et Rompétrol c/ Roumanie[41] en 2008 à son paragraphe 42 ont aussi utilisé cette règle pour déterminer la nationalité d'une personne morale.
Mais c'est surement l'affaire *Tokios Tokélès c/ Ukraine* en 2004 que va faire de ce critère un principe. Car dans cette affaire, les dirigeants de la société lituanienne (investisseur) étaient à 99% ukrainiens. Même dans ce cas, le tribunal a utilisé ce critère : « *Tokios Tokeles applied this test of incorporation or seat : « reference to the state of incorporation is the most common method of defining the nationality of business entities under modern BITs and traditional international law* »[42].
Le critère est de s'attacher à la nationalité de la société définie soit par son incorporation soit par son siège et non par son contrôle. « Une personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend est donc une personne morale qui, selon la système juridique de l'État

---

[38] Vu précédemment au n° 8.

[39] *Lanco International* c/ The Argentine republic, CIRDI, Décision sur la compétence, ARB 97/6, 8 déc. 1998 ;

[40] *Autopista Concesionada De Venezuela* C.A. c/ Bolivarian Republic of Venezuela, CIRDI, décision sur la compétence, ARB 00/5, 27 sept. 2001 ;

[41] *Rompetrol Group* c/ Roumania, CIRDI, Decision sur la compétence, ARB 06/3, 18 avr. 2008 ;

[42] C. H. SCHREUER et alii, The ICSID Convention A Commentary, 2nd Ed, Cambridge University Press, 2009, (Article 25, Determination of Corporate Nationality, p. 279, n°694).

en question, a son siège social dans l'État où elle a été créée en application de son droit des sociétés »[43].

17. L'objectif de la Convention CIRDI. Les tribunaux semblent montrer que le but de la Convention est d'étendre la protection des investisseurs et non de la limiter. En effet, dans les affaires SAOBI c/ Sénégal et Tokios Tokélès c/ Ukraine[44], le tribunal dit que selon la convention le contrôle indirect suffit et qu'on s'attache à la nationalité de la société définie soit par son incorporation soit par son siège et non par son contrôle. Le tribunal refuse de percer le voile social et trahi sa volonté de ne pas créer un facteur limitatif de protection pour les investisseurs.
Finalement le tribunal dit que si la société a été conformément constituée selon le droit national, elle est considérée comme une ressortissante de cet État. Et c'est le cas en réalité. Que le tribunal veuille étendre la protection des investisseurs n'est pas une mauvaise chose, mais dans l'affaire Tokios Tokélès il a fait bénéficier des ressortissants ukrainiens de la protection pour un investissement effectué en Ukraine. Il a créé un droit de protection international pour les investissements à l'échelle nationale. La situation est allée trop loin et le tribunal va s'en rendre compte et rendre la solution moins rigide.

2. Les limites à la libre manipulation du critère *ratione personae* par les investisseurs

Le critère rationne personae est à la merci des investisseurs, ils le manipulent librement pourvu que le droit interne soit en accord avec le critère d'établissement de la nationalité qu'ils ont choisi. Cel implique qu'ils peuvent s'établir juridiquement selon importe quelle nationalité. Cela est dû à la l'absence d'harmonisation entre les droits internes et le droit international. Mais cette liberté dans la création d'une protection internationale optimisée par la pratique du *treaty shopping* n'est pas sans limite.

18. L'absence de protection pour les investissements à dimension interne. Les investisseurs sont protégés pour leurs investissements à l'étranger. Le but de cette démarche est de les inciter à investir leur argent au-delà de leurs frontières. Ils bénéficient d'une protection internationale supplémentaire pour contre balancer leur manque de connaissance de l'État hôte, de la langue nationale, du système juridique et juridictionnel local et le fait qu'ils ne sont pas établis sur place. Tout cela n'est pas dû lorsqu'on investit « à domicile ». Mais certains investisseurs utilisent la pratique du *treaty shopping* pour fictivement s'établir à l'étranger dans le seul but de bénéficier de cette protection internationale et investir sur leur propre sol.
Les tribunaux avaient accepté de faire bénéficier ces investisseurs de la protection de la convention de Washington et du TBI concerné, tel est le cas dans l'affaire *Tokios Tokélès*. Mais cette vision a changé. Dans une affaire confiée au CIRDI, National Gas c/ Égypte[45] (ci-après Nat Gas), le tribunal va modifier sa façon de traiter l'investissement à dimension interne. La société Nat Gas était contrôlée à quelques pour-cent par un égyptien mais surtout à 90% par une société des Émirats arabes unis. Cette société était elle même contrôlée à 100% par une société régie établie aux

---

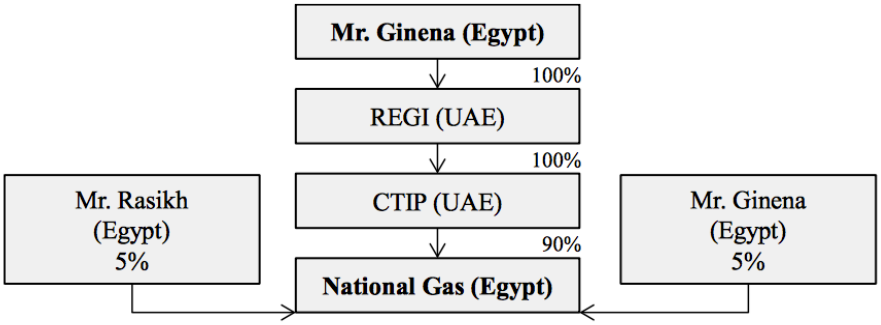
[43] Dalloz, Rép. Int. Arbitrage (CIRDI), C. LEBEN, n°32 et suiv. (Nationalité de la personne morale au regard de la Convention de Washington) ; V. aussi A. BROCHES, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Rec. cours La Haye 1972-II, p. 361

[44] Décision sur la compétence, Tokios Tokéles c/ Ukraine, ARB/02/18, 29 avril 2004 ;

[45] National Gas c/ Arab Republic of Egypt, CIRDI, sentence, 3 avr. 2014, ARB 11/7 ;

Émirats. Cette société régie est elle-même contrôlée par l'égyptien qui contrôle à quelques pourcent la société Nat Gas. Il existe un TBI entre ces deux États. A l'origine du différend, à déjà eu lieu un arbitrage commercial sur le différent lié au contrat. La sentence était favorable à Nat Gas, mais la sentence a été rendue en Egypte et a été annulée en Egypte (elle a obtenu l'exequatur en France). Nat Gas a considéré que la situation n'était pas acceptable et a invoqué un déni de justice et un abus de procédure imputable à l'Egypte. Est-ce que le tribunal CIRDI était compétent ? Il fallait pour cela être en présence d'un investisseur ressortissant d'un autre État de la convention de Washington agissant contre un État partie. Pas de difficulté, mais Nat Gas est contrôlée par un ressortissant des Émirats. Il faut que l'investisseur étranger soir considéré comme tel au regard du TBI. Le TBI en question reconnait cette notion largement, il suffit d'être incorporé conformément au droit de l'autre partie, on assimile ici Nat Gas à une société des Émirats parce que c'est une société de ce pays qui la contrôle. Ici il n'y a pas de difficulté par rapport au TBI. La difficulté va ressurgir dans l'article 25 de la convention de Washington. L'article 25 prévoit que la notion de ressortissant d'un autre Etat contractant signifie toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'Etat partie au différend. Et que les parties sont convenues aux fins de la présente convention de considérer comme un ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

Schéma de la chaine de sociétés dans l'affaire Nat Gas c/ Égypte



L'article 25 §2 lettre b) (deuxième partie : « toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat 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 Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers »), définit deux aspect pour définir l'investisseur étranger[46] :

- Une dimension subjective qui ne prête pas a difficulté : les parties sont convenues
- Une dimension objective : en raison du contrôle. On admet que l'État qui consent par un TBI à l'arbitrage CIRDI dans les conditions fixées par le TBI, cet Etat lorsqu'il se contente d'une incorporation de la société qu'il contrôle accepte qu'une société des Émirats arabes unis qui contrôle une société égyptienne permette de considérer cette dernière comme un investisseur étranger ? L'Egypte a accepté donc on retient la qualification de ressortissant étranger.

Le tribunal va citer l'affaire *Tokios Tokélès*[47] et va prendre le contre-pied de cette décision, selon le tribunal il serait contraire l'objet de la convention CIRDI d'en accepter l'application lorsque le contrôle final est un ressortissant de l'Etat attaqué. Dans ce cas-là on perce le voile social pour

---

[46] Nat Gas c/ Égypte, §131 :« *Accordingly, despite its text as one uninterrupted sentence, Article 25(2)(b) of the ICSID Convention separately establishes a subjective test and an objective test* ».

[47] National Gas c/ Égypte, § 101 :« *The Claimant refers to the decision in Tokios Tokelès where the majority of the tribunal decided in favour of jurisdiction.41 In accepting the parties' consent in the Ukraine–Lithuania BIT as the ruling factor, the tribunal noted the need for predictability in international investment. Accordingly, the tribunal excluded the control test and adopted the classical approach for determining the foreign nationality of the claimant* ».

identifier le véritable contrôle. Et finalement le tribunal va se considérer incompétent[48] pour trancher le litige qui oppose un égyptien à l'Egypte.

19. La présence de clauses « *Denial of benefit* »[49]. Voilà une autre limite à la libre manipulation du critère *ratione personae* par les investisseurs. Les clauses de refus des avantages en français[50].
Il s'agit de stipulations qui sont parfois insérées dans un traité précisément pour éviter de se retrouver dans la situation de l'affaire National Gas, au regard du TBI c'est bien un investisseur étranger, tous les TBI sont rédigés ainsi de manière très large. Pour éviter les abus, certains traités prévoient le droit pour l'État de refuser la protection quand l'investisseur n'est en réalité dans l'État qu'une coquille vide contrôlée par un ressortissant d'un autre État. L'effet d'aubaine n'est combattu que si la structure n'est qu'une coquille vide. Pour éviter les définitions trop formelles de la définition d'extranéité, les États stipulent parfois ce type de clause de refus des avantages. Par exemple, dans le TBI conclu entre la Corée et la Suisse, il est prévu que « chaque partie peut se réserver le droit de refuser les avantages de la présente convention à toute société contrôlée par des ressortissants ou société d'un pays tiers »[51].
Le problème, c'est que ce type de clause pour jouer suppose que l'État active le refus[52], l'État doit faire savoir qu'il refuse. Il doit le faire qu'avant le différent, qu'avant le début de la procédure d'arbitrage, c'est à dire avant le dépôt de la requête[53]. C'est l'effet non-automatique de la clause de refus des avantages[54]. Mais l'État n'a pas la possibilité dans la majeur des cas de prévenir lors des investissements puisqu'il n'y a pas de contrat[55], donc pour un certain nombres d'investissement même dans un État libéral il n'y a que quelques règles qui exigent une autorisation, donc il n'y a en général pas d'autorisation ni d'information. Si l'État ne sait pas qu'il y a investissement étranger, comment peut-il opposer la clause de refus ? On a deux logiques contradictoires. L'investisseur a droit à la protection et, l'accord de l'arbitrage est acquis au moment du dépôt de la requête d'arbitrage, donc si l'État réagi pour retirer les bénéfices c'est trop tard, le droit est acquis. La logique de l'État dit qu'en raison du consentement dissocié, le refus de bénéfice ne peut être présenté matériellement qu'après le dépôt de la requête.

---

[48] National Gas c/ Égypte § 149 : « *the Tribunal decides that the Claimant has not satisfied the objective test in the second part of Article 25(2)(b) of the ICSID Convention; and, accordingly, the Tribunal decides that it has no jurisdiction over the Claimant's claim in this arbitration* ».

[49] V. sur les clauses *denial of benefits* : C. H. SCHREUER et alii, The ICSID Convention A Commentary, 2nd Ed, Cambridge University, article 25 n° 728 : « *Some States require a further bond between a company and their territory if the company is to be entitled to benefit from treaty protection. They express qualifications on the standing of companies or reserve the right to deny protection to entities that lack a substantial connection to the State in which they are incorporated if they are controlled by nationals or a third State* » ;

[50] V. sur le sujet : S. H. Nikièma, Définition de l'investisseur, clause de refus d'accorder des avantages, IIDD, mars 2012, n° 5.2.3, p. 18-19, http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practices_definition_of_investor_fr.pdf ;

[51] V. le commentaire de W. BEN HAMIDA, La notion d'investisseur, Cah. arb. 2005/3, p. 33 ;

[52] V. sur l'activation du refus par l'État : affaire *Plama Consortium LTD* c/ Republic de Bulgarie, Décision sur la compétence, CIRDI, 8 févr. 2005, ARB 03/24 ;

[53] Anatolie Stati c/ Kazakhstan, sentence, SCC, 19 déc. 2013, n° 116/2010, § 745 ; V. sur cette question J. CARTER, The international arbitration review, Ed. 5, Law Business Research, p.13 : Jurisdiction ratione personae ;

[54] V. note précédente, S. H. Nikièma ;

[55] Pas de contrat entre l'État hôte et l'investisseur, mais il y a un contrat entre l'investisseur et une autre personne privée locale, mais là encore l'État n'est pas au courant.

Mais heureusement pour l'État, arrive une affaire Guaracachi c/ Bolivie[56] qui va venir redonner une certaine cohérence à ce type de clause. Le tribunal donne effet à la clause alors que l'État l'avait invoqué devant le tribunal pendant la procédure d'arbitrage. Il admet que le refus des avantages peut jouer de manière rétro active et qu'on n'exige pas de l'État une notification antérieure à la requête d'arbitrage. L'État peut invoquer son refus au plus tard dans ses conclusions en défense, lorsqu'il soulève l'incompétence du tribunal.

Bien que l'évolution de la jurisprudence semble aller un peu plus vers les État en acceptant de commencer à transpercer le voile social et de leur accorder la possibilité de faire valoir le refus des avantages qu'ils ont conclus dans les TBI, le *treaty shopping* reste facilement praticable et continue de poser des questions relatives à la raison d'être de ce droit à la protection.

[56] *Guaracachi America Inc* c/ Bolivie, UNICENTRAL, sentence, 31 janv. 2014, n°2011-17 ;

B. UNE PRATIQUE OPPOSÉE AU SYSTÈME ORIGINEL DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

La pratique du *treaty shopping* se heurte aux principes de base du droit international des investissements. Il met à mal la condition d'extranéité préalablement nécessaire à la protection (1), et remet en cause l'origine de ce droit à la protection, c'est à dire le système en lui-même (2).

1. La fin de la condition d'extranéité

20. Il s'agit du *treaty shopping* le plus condamnable ici. C'est celui qui permet de créer fictivement l'extranéité de l'investisseur. Nous sommes dans les cas des affaires *Tokios Tokélès* ou *National Gas* précitées. Lorsqu'un investisseur se constitue à l'étranger en tant que personne morale étrangère dans le seul but que revenir investir sur son territoire national afin de bénéficier de la protection d'un TBI.

21. Le droit international des investissements, particulièrement l'article 25 de la Convention de Washington requiert que l'investisseur soit ressortissant d'un autre État contractant. A l'origine, ce que les Etats ont voulu c'est que les traités permettent de faire disparaitre les conflits entre États visant à la protection des investissements. Ils ont voulu que la relation inter étatique soit préalable par la mise en place de système de protection, et que dans la mise en oeuvre du système de protection il n'y ait plus qu'un seul État, l'État d'accueil. Concrètement, le droit est mis en place par l'accord international de protection des investissements et l'investisseur n'a plus qu'à agir seul contre l'État hôte. Cela suppose toujours que l'investisseur est étranger et ressortissant de l'autre État partie au TBI. Or les investisseurs profitent de l'absence de définition du critère de détermination de la nationalité dans la convention de Washington et de la large rédaction des TBI pour passer outre cette condition. Cette pratique reste pourtant licite, car elle est conforme aux droits, mais sérieusement contre l'objectif premier de la mise en place d'un droit international des investissements. Le juge peut mener une investigation et découvrir le contrôle final d'une personne morale. Dans le cas où celle-ci serait ressortissante de l'État d'accueil, la laisser bénéficier de la protection des investissements garantie par le TBI entre son État d'origine (et d'accueil) et l'État d'établissement ou d'incorporation reviendrait à abolir la condition d'extranéité et par la même occasion remettre en cause le système de protection des investissements à sa base. En interne, cela pourrait donner lieu à une discrimination, à un traitement déséquilibré entre les différents investisseurs nationaux. Ceux qui ont investi directement dans leur État et ceux qui ont investi par le biais d'une structure étrangère et qui bénéficient de la protection d'un TBI et de la convention de Washington.
Quoi qu'il en soit, cela pose un réel problème qu'une personne puisse internationaliser son investissement. Il est inconcevable de continuer à faire bénéficier de la protection des accords d'investissements, des personnes qui investissent sur leur propre sol.

Mais les investisseurs n'utilisent pas cette pratique uniquement pour donner une dimension internationale à leur investissement, mais aussi pour bénéficier d'accords plus favorables.

2. La remise en cause du système bilatéral

22. Le *treaty shopping* au sens propre. Le droit à la protection repose sur la Convention de Washington qui donne accès au CIRDI, mais ce droit est d'abord conféré par un accord international de protection des investissements. Ces accords bilatéraux, les TBI, sont pris par deux États pour faire bénéficier leurs nationaux de la protection convenue dans cet accord. Mais les investisseurs peuvent décider de s'établir dans un État avec lequel l'État hôte a conclu un TBI plus favorable. Les raisons des investisseurs sont multiples, cela peut être simplement pour bénéficier d'une protection, car son État d'origine ne dispose pas de TBI avec l'État d'accueil. Cela peut être pour bénéficier de stipulations plus favorables. Quoi qu'il en soit, l'investisseur peut choisir de se soumettre à n'importe quel TBI (le plus favorable) du moment qu'il s'établi conformément au droit interne de l'État d'incorporation.

23. L'inconsistance des négociations. Cette possibilité que n'importe quel investisseur puisse profiter de la protection de n'importe quel TBI ne laisse pas en l'état le droit positif. Les accords bilatéraux de protection des investissements reposent sur de « longues »[57] négociations entre les États. Les investisseurs, en choisissant le TBI qu'il leur est le plus favorable au lieu de choisir celui qui lie leur État de nationalité remettent en cause tout le processus de négociation des États entre eux. Finalement l'État va systématiquement essayer d'obtenir les meilleures protections pour ses ressortissants, et va essayer de ne pas accorder trop de protection pour ceux qui vont investir sur son sol. Mais si les investisseurs ne sont pas liés par l'engagement de leur État et qu'ils peuvent bénéficier de l'engagement de n'importe quel État, les négociations et le système bilatéral de protection des investissements n'ont pas lieu d'être.

[57] Les négociations devraient être d plus en plus longues avec l'émergence de plus en plus de modèles de TBI. Cela n'a pas toujours été le cas, avant cela les État développés imposaient leur modèles aux Pays en développement car ces derniers n'avaient pas encore développé de modèle propres. De toute façon, les États développés n'ont plus intérêts à imposer leurs modèles déséquilibrés car les États dits en développement montrent une forte croissance et sont à l'origine d'importants investisseurs (Chine, Pays du Golfe …).

CHAPITRE 2. LE SORT DE LA PRATIQUE DU *TREATY SHOPPING* FONDÉE SUR LA NATIONALITÉ DES PERSONNES MORALES DANS L'ESPACE JURIDIQUE INTERNATIONAL

24. Dans le premier chapitre nous avons décelé l'absence de règle internationale quant à la détermination de la nationalité des sociétés, personnes morales. Partant de là, la pratique utilise les règles internes pour la détermination de la nationalité de ces entités, avec l'idée qu'elles restent finalement les créatures des États qui leur ont donné la vie. L'hétérogénéité entre droit interne et droit international dans la protection internationale des investissements a laissé un vide dont profitent les investisseurs pour créer de toutes pièces une situation interne nouvelle pour se soumettre au droit international concernant la protection des investissements.
Les tribunaux arbitraux permettent ce genre de pratique car l'accueil de chaque situation est conforme au droit dû à la manipulation qui est effectuée en amont. Mais l'état du droit n'est pas stable et le problème de cohérence entre l'objectif de cette branche du droit et la pratique du *treaty shopping* ne laisse plus les tribunaux insensibles.

Ces considérations nous amènent à réfléchir à la conformité de cette pratique dans l'espace juridique international (Section 1) avant d'en envisager les correctifs (Section 2).

SECTION 1. LA CONFORMITÉ DU *TREATY SHOPPING* FONDÉE SUR LA NATIONALITÉ DES PERSONNES MORALES DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

La question de la conformité de cette pratique se pose à bien des égards. Il faut se poser la question de sa conformité au regard des instruments de droit international, c'est à dire au regard de la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États et au regard des TBI (A). Parfois le droit ne suffit pas à arrêter une situation qui est manifestement opposé à son objectif. C'est pourquoi il faut faire appel à des notions juridiques pus générales comme la bonne foi (B).

A. LE CONTRÔLE DE CONVENTIONALITÉ

La pratique du *treaty shopping* va à l'encontre du mécanisme juridique général. En effet, nous avons vu au n°20 et suivants qu'elle ne respecte pas la volonté des États qui est traduit dans les traités qu'ils ont conclus. Cette pratique va bien à l'encontre du système originel de protection, mais est-elle conforme au droit positif ?

1. Par rapport à la convention de Washington

25. Le moment de la manipulation. Concernant la date d'appréciation de la nationalité, l'article 25 §2 lettre b de la convention de 1965 prévoit dans le cas général, le moment du consentement à l'arbitrage[58], donc du dépôt de la requête d'arbitrage par l'investisseur. Pour les conventions sur la nationalité de l'investisseur, cet article prévoit la même date.

[58] V. précédemment, n° 12 et suiv.

C'est à dire qu'au moment des dépôts de la requête, l'investisseur doit déjà s'être constitué sous l'empire du droit auquel il veut se soumettre (et en prendre la nationalité). La convention de Washington ne permet pas le *treaty shopping* post-différent, mais ne présente pas de provisions contre lorsqu'il est effectué préalablement.

26. La volonté d'étendre la protection[59]. La convention de Washington a été conclue pour permettre aux investisseurs de bénéficier d'une protection confiée à un mécanisme non étatique de règlement des litiges. Cela garantit aux investisseurs que leur sort ne dépend pas du tribunal de l'État avec lequel ils ont un différent. L'objectif de la convention était clairement de protéger les investisseurs. Dans ces considérations, le tribunal CIRDI ne voit pas de problème à faire bénéficier de la protection (et de l'arbitrage institutionnel) les investisseurs à l'origine tiers à la relation conventionnelle (TBI) mais qui s'y sont soumis en créant une personne morale sous l'empire du droit d'un des États partie[60].

27. L'investissement doit être international. Sur ce point, la pratique était timide. Le tribunal arbitral dans l'affaire *Tokios Tokélès* à jugé qu'était international le litige relatif aux investissements qui opposait *in fine* des ukrainiens à l'Ukraine. Le président du tribunal, le Professeur Weil estimait dans une opinion dissidente, qu'il fallait utiliser le contrôle[61] comme théorie de détermination de la nationalité. Selon lui la condition de l'article 25 §2 lettre b sur la nationalité de la personne morale ne serait pas remplie lorsque l'investissement n'est pas international. Ce refus de percer le voile social n'a pas persisté[62], c'est pourquoi nous pouvons penser qu'à l'avenir l'article 25 de la convention exigera un investissement effectivement international.

28. L'avènement du critère du contrôle final ? Les tribunaux CIRDI depuis l'affaire *Tokios Tokélès* ont modifié leur jurisprudence. La reconnaissance de la nécessité de cumuler en plus du critère subjectif, le critère objectif[63], c'est à dire le contrôle a changé la façon de voir la deuxième partie de l'article 25 §2 b). Les sentences rendues dans les affaires *Vacuum Salt*[64], *TSA Spectrum*[65]

---

[59] E. Gaillard, La jurisprudence du CIRDI, vol 2, A. Pedone Paris, p. 13 ;

[60] V. Affaire *Tokios Tokélès* précédemment citée au n°16 ; V. sur le sujet : A. Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1972, 358-359 ;

[61] V. cette théorie au n° 8 ;

[62] V. cette idée au n°18 avec notamment l'affaire Nat Gas c/ Égypte ;

[63] V. n°18 *in fine* et V. en ce sens J. BAUMGARTNER, Treaty Shopping in International Investment Law, Oxford, 2016, 4.3.4.2.1, p. 130 ;

[64] Vacuum Salt Products c/ Ghana, CIRDI, 16 févr. 1994, sentence ARB 92/1, §38 « *Nevertheless the words "because of foreign control" have to be given some meaning and effect. These words are clearly intended to qualify an agreement to arbitrate and the parties are not at liberty to agree to treat any company of the host State as a foreign national: They may only do so because of foreign control* »

[65] TSA Spectrum c/ Argentine, CIRDI, 19 déc. 2008, sentence ARB 05/5, § 139 : « *As was stated in Vacuum Salt Products Ltd v. Republic of Ghana, "[t]he reference in Article 25(2)(b) to 'foreign control' necessarily sets an objective Convention limit beyond which ICSID jurisdiction cannot exist"* » et § 140 : « *A significant difference between the two clauses of Article 25(2)(b) is that the first uses a formal legal criterion, that of nationality, whilst the second uses a material or objective criterion, that of "foreign control" in order to pierce the corporate veil and reach for the reality behind the cover of nationality* » ;

et National Gas[66] parlent de ce critère objectif. Ainsi le critère subjectif (l'accord) n'engendrera qu'une présomption réfutable[67] qui peut être renversée avec l'examination du critère objectif. La justification de cet argument est de dire que même par accord, les parties ne peuvent pas utiliser la convention CIRDI à des fins pour lesquelles elle n'était manifestement pas destinée[68]. Les tribunaux CIRDI vont alors employer le terme « *outer limits* »[69] pour exprimer que les parties ne peuvent pas convenir au-delà des limites dans lesquelles le différent peut être soumis à l'arbitrage CIRDI.
Les tribunaux arbitraux ne semblent pas adopter le critère du contrôle final pour déterminer la nationalité des personnes morales, mais plutôt de l'utiliser pour refuser la protection de ceux qui n'entrent pas dans les limites voulues par la convention; c'est à dire les investisseurs qui se constituent ailleurs pour investir sur leur sol. Cela pose un problème, comment savoir préalablement si on adopte ce raisonnement juridique qui sert à lever le voile social ? Ce critère qui mêle bon sens et objectif de la convention va dévoiler en réalité un autre critère nécessaire à l'application de l'article 25, la bonne foi[70].

Cela étant, les arbitres peuvent avoir cette position au regard de la deuxième clause de l'article 25 §2 b) de la convention de Washington, mais ne le peuvent pas toujours au regard des accords internationaux relatifs aux investissements.

2. Par rapport aux TBI

29. La protection des investissements est garantie par les TBI, la convention de Washington quant à elle prévoit l'accès à l'arbitrage CIRDI fondé sur la violation d'un TBI. Ce sont deux sources conventionnelles et le TBI est indépendant de la convention de Washington. Cela fait donc sens d'étudier la conventionalité de la pratique du *treaty shopping* au regard du seul TBI.
Il faut tout de même préciser qu'il existe plus de 3300 traités bilatéraux relatifs aux investissements, et qu'ils sont tous potentiellement différents[71].

30. En cas de stipulations sur la nationalité. Lorsque les TBI prévoient des critères de détermination de la nationalité (contrôle final), de refus des avantages ou d'accords sur la nationalité de l'investisseur, il faut prendre en compte la volonté des parties et respecter ces stipulations : *Pacta sunt servanda*. Le Professeur Schreuer semblait confirmer cette possibilité : « *Agreement on nationality : The parties could have agreed freely to treat any judicial person as a*

---

66 National Gas c/ Arab Republic of Egypt, CIRDI, sentence, 3 avr. 2014, ARB 11/7, § 131 : « *The objective test is raised by the words "because of foreign control"; and it is not met simply by meeting the subjective test: these two tests are not the same* ».

67 « *a rebuttable presumption* » affaire *Vacuum Salt* § 38, repris dans l'affaire National Gas § 134 ;

68 Affaires *Vacuum Salt* § 37 et Nat Gas § 134 : « *an agreement could not permit parties to use the ICSID Convention "for purposes for which it was clearly not intended"* » ;

69 Affaires *Autopista Concesionada* c/ République Bolivarienne du Vénézuela, décision sur la juridiction, 27 sept. 2001, ARB 00/5, § 109 et affaire Nat Gas § 134 « *The outer limits within which disputes may be submitted to [...] arbitration under the auspices of the Centre* », A. Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 136 Recueil des Cours 331 ;

70 V. plus loin au n°33 et suiv.

71 V. en détail les différents modèles de TBI proposés par les États : M. Paparinskis, International investment protection, document in international law, Oxford and Portland, Oregon, 2012, n°45 et suiv. « *Model investment protection rules* » ;

'national of another Contracting State' »[72]. La protection de l'investissement sera alors accordée que si l'investisseur est bien ressortissant de l'État partie au TBI. Une autre pratique apparait parfois, c'est la stipulation qui permet de se réserver la possibilité de refuser la protection pour les sociétés démontrant un rattachement faible à l'État partie au TBI. Par exemple, le TBI Corée / Suisse, stipule que « chaque partie peut se réserver le droit de refuser les avantages de la présente convention à toute société contrôlée par des ressortissants ou société d'un pays tiers ».
Ces stipulations restreignent fortement l'hypothèse du *treaty shopping*. Mais la plupart des TBI prévoient encore des règles générales relatives à la nationalité de l'investisseur, sans aller plus loin pour prévenir cette pratique.

31. En cas de silence du TBI. Dans la plupart des TBI, l'investisseur étranger est considéré comme ressortissant de l'autre partie parce qu'il est incorporé juridiquement dans cet État. C'est le cas pour le modèle français de TBI ci-contre. Dans ce cas-là, il est vraiment difficile de refuser la protection à un investisseur ayant effectué le *treaty shopping*. En effet, si le TBI reconnait la société incorporée comme ressortissante nationale de l'autre État partie, il sera très facile de démontrer que la société incorporée dans le seul but de bénéficier d'une meilleure protection est ressortissante de cet État partie. La pratique du *treaty shopping* ne pourra pas selon ce genre de stipulation être déclarée inconventionelle. La généralité de ces stipulations qui entrainent la validité de cette pratique était sur le même niveau que la convention de Washington tant que les tribunaux arbitraux ne reconnaissaient pas l'inconventionalité de celle-ci par rapport à la deuxième clause de l'article 25 §2 b). Maintenant que la pratique a évolué, on peut se retrouve dans la situation où le traité de protection des investissements s'applique (car l'investisseur est considéré comme ressortissant de l'autre État partie), mais où le CIRDI ne peut pas se déclarer compétent car la situation ne remplirait pas le critère objectif (en raison du contrôle) pour définir l'investisseur. Cela pose un problème concernant l'accès à l'arbitrage pour ce genre de litige d'investissement.

Modèle de TBI français

Article 1. Définitions

2. The term "nationals" means physical persons possessing the nationality of either Contracting Party.

3. The term "company" means any legal person constituted on the territory of one Contracting Party in accordance with the legislation of that Party and having its head office on the territory of that Party, or controlled directly or indirectly by the nationals of one Contracting Party, or by legal persons having their head office in the territory of one contracting Party and constituted in accordance with the legislation of that Party.

32. L'accès à l'arbitrage. La situation délicate décrite dans le point précédent est celle de l'affaire Nat Gas vue précédemment. L'investisseur s'est en effet vu refuser la protection par le CIRDI car il s'est déclaré incompétent au regard de la convention de Washington. Mais l'investisseur ne pouvait pas se voir refuser la protection au regard du TBI Émirats arabes unis / Égypte car l'Égypte prévoyait une simple incorporation pour la reconnaissance de la nationalité de l'investisseur. Dans ce cas-là, l'investisseur se voit refuser les bénéfices de la convention de Washington (accès au CIRDI et reconnaissance comme un jugement national) mais ne perd pas pour autant son droit à la protection. L'accord international relatif aux investissements persiste et contraint toujours les parties. L'investisseur peut donc utiliser - s'il y en a - une clause qui prévoit un arbitrage (hors CIRDI) car selon ce TBI il est toujours considéré comme un investisseur étranger.

---

[72] C. H. SCHREUER *et alii*, The ICSID Convention A Commentary, 2nd Ed, Cambridge University Press, 2009, (Article 25, Determination of Corporate Nationality, p. 279, n°694) ;

Ce n'est pas parce ce que l'accès à l'arbitrage CIRDI est refusé que l'investisseur étranger (selon le TBI) ne peut pas bénéficier de la protection garantie dans le TBI devant un autre tribunal.

La conformité de la pratique du *treaty shopping* par rapport aux deux sources conventionnelles principales que sont la convention de Washington et les TBI semble tantôt admise, tantôt réprimée. La conformité stricte au droit écrit ne reflète parfois pas les buts et objectifs poursuivis lors de la rédaction de ces règles. Il convient parfois de se référer à des principes plus larges pour justifier sa décision.

B. LE RAPPORT À LA BONNE FOI

33. L'ajout du critère de bonne foi. Le tribunal du CIRDI à l'occasion d'une affaire Phoenix c/ Rep Tchèque[73] a émis le critère de la bonne foi. Commençons par restituer le contexte. La société Phoenix acquiert en 2002 deux sociétés tchèques. En 2003 Phoenix introduit une demande d'arbitrage CIRDI contre la République Tchèque contre le traitement infligé par l'État aux deux filiales dans les cadres de deux procédures judiciaires. Ici la discussion va porter sur l'objection de l'État, car les sociétés avaient été acquises dans l'unique but de rendre applicable le TBI entre le République Tchèque et Israel. La société Israélienne a-t-elle été crée dans le seul but d'internationaliser le litige de rendre applicable un TBI ? On constate que les sociétés tchèques n'avaient plus aucune activité (lié au contentieux en cours), mais est-ce que l'acquisition d'une société sans activité peut être qualifié d'investissement ? En réalité c'était le propriétaire tchèque qui était devenu israélien qui a racheté ses propres sociétés tchèques. Selon le tribunal la bonne foi faisait ici défaut, il s'agissait d'internationaliser un litige interne pour le placer sous la protection d'un TBI. Le tribunal, dans sa sentence au § 100 ajoute un critère, celui de la bonne foi : « *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 6 8 or investments not made in goodfaith, obtained for example through misrepresentations, concealments or corruption, or amounting to an abuse of the international ICSID arbitration system* ».

34. L'abus de droit comme violation du critère de la bonne foi. Le tribunal pour sanctionner le défaut de bonne foi dans l'investissement va dire qu'il y a eu abus de droit et va qualifier ce fait en français comme étant un détournement de procédure : § 143 « *Although, at first sight, the operation realized by Phoenix looks like an investment, numerous factors converge to demonstrate that the apparent investment is not a protected investment. All the elements analyzed lead to the same conclusion of an abuse of rights. The abuse here could be called a «* détournement de procédure *», consisting in the Claimants creation of a legal fiction in order to gain access to an international arbitration procedure to which it was not entitled* ».
Une fois n'est pas coutume - dans cette matière - le critère apporté est à l'avantage des États hôtes. Il leur permet de refuser la protection d'un investissement réalisé en violation du principe général de bonne foi, qui s'est exprimé ici par la pratique du *treaty shopping*.

---

[73] Phoenix Action Ltd c/ République tchèque, CIRDI, sentence, 15 avr. 2009, ARB 06/5 ;

35. Le rapport entre le moment du *treaty shopping* et bonne foi. La question est délicate. Il s'agit de savoir si le détournement de procédure, qui est l'abus de droit dû à la violation du critère de la bonne foi joue aussi bien quand la manipulation a eu lieu avant qu'après le litige. En principe le traité s'applique que pour les différends, donc après la naissance du litige. Le traité n'est pas rétroactif. C'est pourquoi la manipulation de la nationalité après la naissance du litige ce n'est pas conforme au droit convenu. C'est effectivement ce que nous avons pu observer dans l'affaire Phoenix, le rachat des deux sociétés s'est opéré après que ces dernières ont engagé la procédure devant les tribunaux. C'est logique, nous avons vu que devant la nationalité devant le CIRDI s'appréciait au moment du dépôt de la requête, donc à la naissance du litige.
Ce critère vient conforter l'idée que la pratique du *treaty shopping* est légale lorsqu'elle est effectuée « pré-différend » et illégale lorsqu'elle est effectuée « post-différent »[74]. Mais il faut tout de même mesure cette affirmation car les tribunaux CIRDI vont vers une réflexion juridique qui restreint de plus en plus cette pratique. Et le critère de la bonne foi étant large et abstrait peut très bien être utilisé pour un *treaty shopping* pré-différent. On reprocherait à l'investisseur d'avoir changé fictivement sa nationalité uniquement pour se soumettre à la protection d'un TBI.

Bien que la tendance soit à la dénonciation de cette pratique, elle n'en reste pas pour autant illégale. Beaucoup de situations l'ont vu conforme au droit prévu par la convention de Washington ou par les TBI. L'objectif du droit écrit est de le rendre clair, facile d'utilisation et prévisible pour ses utilisateurs. Ici la pratique du *treaty shopping*, ne satisfait pas les États hôte et devient de plus en plus incertaine avec l'évolution des arguments des tribunaux arbitraux. La clarification de la situation doit passer par une réforme générale sur ce sujet, ou tout le moins faire en sorte d'exclure *a priori* cette pratique.

[74] Expression utilisée par S. H. Nikièma, Définition de l'investisseur, Institut international de développement durable, mars 2012, n° 5.2, p. 14 ; accès : http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practices_definition_of_investor_fr.pdf

SECTION 2. LES CORRECTIFS À LA PRATIQUE DU *TREATY SHOPPING*

La manipulation des critères de détermination de la nationalité est facilement réalisable pour un investisseur international qui dispose de moyens pour le faire. Cette pratique ne pourra pas cesser, les opérateurs internationaux trouvent toujours plus de raisons de s'établir à l'étranger (exil fiscal, facilité de constitution, conquêtes de nouveaux marchés, etc …). Mais il est possible de faire cesser la pratique du *treaty shopping* - en droit international des investissements - afin de ne pas permettre la protection d'un investissement (ou investisseur) qui n'en bénéficie normalement pas. Pour cela il s'agirait de réformer le système de protection des investissements en créant un système multilatéral (B) ou simplement de prescrire à l'avance cette pratique (A).

A. L'INSERTION DE CORRECTIFS PONCTUELS

36. Prévoir l'exclusion du *treaty shopping*. Le droit substantiel à la protection des investissements vient des traités bilatéraux relatifs aux investissements. Même si le CIRDI n'est pas compétent selon la convention de Washington l'investisseur pourra se faire indemniser s'il est bien considéré comme un investisseur étranger selon le TBI en cause. Mais dans ce traité de protection des investissements, les États peuvent prévoir de ne pas se faire surprendre par la nationalité du contrôle final de la société qui a investi. Pour cela, il faut qu'ils prévoient des stipulations sur la nationalité des sociétés. Cela peut être la présence d'une clause de refus des avantages[75] qui permettra de ne pas faire bénéficier de la protection une société qui est en réalité une coquille vide, une « *mailbox company* »[76] contrôlée par un investisseur d'une autre nationalité que celle requise pour le traité qu'il allègue. Cette clause figure par exemple dans le modèle de TBI des États-Unis qui a été repris dans le TBI USA-Bolivie.

Modèle de TBI des États-Unis

Article 17: Denial of Benefits

1. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party:

(a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or

(b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non- Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Treaty were accorded to the enterprise or to its investments.

2. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.

---

[75] V. n°19 sur les clauses « *denial of benefits* » ;

[76] Expression utilisée par J. BAUMGARTNER, Treaty Shopping in International Investment Law, Oxford, 2016, n° 4.3.1.2, p. 108 « *So-called mailbox or shell companies* » ;

37. Clause sur l'établissement de la nationalité. Cela peut simplement être une stipulation sur le du critère de détermination de la nationalité utilisé dans les rapports entre les deux États et leurs investisseurs. Après tout le contrat est la loi des parties. Avec cette solution il ne serait plus possible de faire référence à la loi interne pour savoir ce qu'elle prévoit pour reconnaitre la nationalité d'une société. Bien souvent la société est née dans le l'État dont l'investisseur réclame la nationalité, comment faire pour stipuler sur la nationalité d'une personne morale si elle est née dans cet État, elle n'a *a priori* pas de lien avec un autre État. Il faudrait dans ce cas-là prévoir la nationalité du contrôle final, c'est à dire la nationalité de la personne physique qui contrôle *in fine* la société qui demande la protection. C'est prévu par la lettre c) du TBI Suisse / Argentine reproduit ci-contre. On peut y lire la mention « effectivement contrôlée », on demande le contrôle de fait et non seulement la société qui contrôle l'entité. On veut savoir en réalité qui tire les ficelles pour savoir si l'État de sa nationalité est partie au traité de protection des investissements.

TBI Suisse / Argentine du 12 avril 1991

Art. 1 Définitions

Aux fins du présent Accord:

(1) Le terme «investisseur» désigne, en ce qui concerne chaque Partie Contractante,

. (a) les personnes physiques qui, d'après la législation de cette Partie Contractante, sont considérées comme ses nationaux;

. (b) les entités juridiques, y compris les sociétés, les sociétés enregistrées, les sociétés de personnes ou autres organisations, qui sont constituées ou organisées de toute autre manière conformément à la législation de cette Partie Contractante, et qui ont leur siège, en même temps que des activités économiques réelles, sur le territoire de cette même Partie Contractante;

. (c) les entités juridiques établies conformément à la législation d'un quelconque pays, qui sont effectivement contrôlées par des nationaux de cette Partie Contractante ou par des entités juridiques ayant leur siège, en même temps que des activités économiques réelles, sur le territoire de cette Partie Contractante.

38. Stipulation sur la réalité de l'établissement. Ce correctif recoupe un peu les autres. Ici on exigerait le lien effectif avec l'État de la nationalité. C'est quelque part le principe de proximité qu'on chercherait à faire prévaloir. On pourrait imaginer une clause qui exige un lien réel avec le pays dont on se réclame ressortissant. Cela peut être une durée requise depuis l'incorporation ou alors la justification d'activités réelles dans cet État. En bref il faudrait démontrer que cette entité n'est pas une coquille vide. Car c'est l'intention qui détermine la manipulation. Par exemple deux ressortissants marocains veulent s'incorporer en Angleterre, un le fait vraiment et exerce son activité sur place avant d'effectuer un investissement en Islande, l'autre créé juste sa structure là-bas pour profiter du TBI Angleterre - Islande. Juridiquement la situation est la même. Dans les deux cas un marocain contrôle une société anglaise qui investit en Islande. Bien que l'investissement reste international, ils auraient pu investir au Maroc après une seconde incorporation dans un autre État. Quoi qu'il en soit on peut différencier la situation où l'investisseur s'est vraiment installé sur place (qui mérite sa nationalité quelque part) et celle où l'investisseur n'a aucun lien avec l'État sous la nationalité duquel il investit. Il y a un exemple de ce genre de clause au point b) *in fine* de l'article 1 du TBI Suisse / Argentine. La nationalité doit être corroborée par une « activité économique réelle » pour pouvoir faire partie de l'investisseur. Ce genre de clause va empêcher les investisseurs étrangers de bénéficier de ce traité s'ils sont venus s'installer dans un de ces pays seulement pour bénéficier de sa protection.

La pratique du *treaty shopping* peut être combattue au niveau des États, c'est à dire dans les traités bilatéraux qui les lient. Mais cela se traduirait toujours par un droit incertain. Seuls les États qui en tirerait avantage et qui sont en mesure de négocier insèreront des clauses excluant ce genre de

pratique. Les investisseurs internationaux (et nationaux) se tourneront vers ces pays qui sont liés par des TBI qui reconnaissent largement la notion de nationalité des personnes morales. Cela créerait une inégalité dans le droit à la protection, une sorte de droit des investissements à deux vitesses. Nous pourrions imaginer des mécanismes qui permettraient de mettre fin à cette pratique de manière générale.

B. LA CRÉATION DE CORRECTIFS GÉNÉRAUX

Afin de mettre fin à la pratique qui vise à choisir sa nationalité pour se soumettre sous la protection d'un TBI choisi, deux voies principales nous sont ouvertes. Il est bien-sûr possible de réfléchir sur la création d'un système multilatéral de protection des investissements (2), mais cet objectif peut aussi bien être atteint sans modifier profondément le système actuel de protection des investissements (1).

1. L'adoption d'une règle internationale sur la nationalité des personnes morales à vocation transfrontalière.

39. Le principe. Le droit international ne définit pas la comment est déterminée la nationalité d'une personne morale qui opère dans plusieurs États. Pour le moment cette question est laissée à souveraineté des États, qui déterminent sur leurs sols les règles qui permettent de donner la vie à une personne morale. L'émergence d'une telle règle est guidée par l'évolution du droit et des rapports de droits toujours plus internationaux. Le principe consiste à créer une règle commune aux États qui reconnaissent la protection des investissements. L'objectif est de combler l'absence de cette norme dans les différents instruments. La présence d'une telle règle pourrait à terme mettre fin à la pratique controversée du *treaty shopping*. Soit en prescrivant une règle qui ne la permet pas, soit en élaborant une norme qui prend en compte seulement l'internationalité de l'investissement, laissant les ressortissant étrangers (vis à vis de l'État hôte) s'établir où ils le veulent[77].

40. Le moyen. La question la plus délicate est celle du moyen à employer pour créer une telle norme. Beaucoup essayent de la dégager de la coutume internationale, mais l'objectif ici est d'en établie une écrite, expresse. Il faut un droit écrit et clair. Dans tous les cas il faut que cette norme soit reconnue par tous les États reconnaissants la protection des investissements. C'est le traité, la convention. Mais cela entrainerait automatiquement tous les inconvénients inhérents à la voie conventionnelle. C'est à dire la lenteur des négociations, qui a priori se feront entre la presque totalité des États. La lenteur des phases de signatures et de ratification. Sans compter qu'il va falloir confier l'interprétation finale de ce texte à une Cour. Tout cela semble bien long et compliqué et aucun ne s'y risquerait s'il existait des chances d'échec.

---

[77] Dans cette situation, une telle norme rejoindrait l'idée de E. Gaillard (V. introduction sur la notion de *treaty shopping*) qui consiste à dire que ce genre de pratique ne relève pas du treaty shopping, car acceptée par les règles de droits. Cela ne constituerait qu'une voie juridique conforme, que l'on pourrait qualifier « de bonne guerre ».

Pour l'instant les chances d'échec sont grandes, c'est ailleurs pour cela que la convention CIRDI ne prévoit pas de définition de l'établissement de la nationalité, il fallait, pour garantir le succès de la convention, se débarrasser de cette question épineuse. Cependant, il ne peut en être ainsi pour un texte qui en est l'objet, c'est pourquoi il convient de présenter un argument qui est susceptible de conforter les États : la spécialité.

41. La dimension transfrontalière. La convention sur la détermination de la nationalité devra être spéciale. C'est à dire qu'il faudra préciser qu'elle ne s'applique que dans le cadre d'investissements transfrontaliers. Les États ne veulent pas abandonner leurs concepts internes de détermination de la nationalité, ils veulent continuer souverainement à décider dans quelles mesures ils veulent donner naissance aux personnes morales. Mais la spécialité de la convention et la précision qu'elle ne s'applique que pour les situations impliquant au moins deux États pourrait suffire à convaincre les États réticents.

Cette proposition pourrait mettre fin à la pratique du chalandage des traités. Mais si elle est mise en oeuvre, ce serait le premier pas vers la négociation d'un système multilatéral de protection des investissements.

2. La création d'un système multilatéral

42. Principe et lutte contre le *treaty shopping*. L'idée est simple, puisque le *treaty shopping* repose sur la pluralité de sources bilatérales, si on réforme le droit pour ne créer qu'une seule source multilatérale il n'y aura plus d'intérêt à s'établir sous une autre nationalité à travers une personne morale. On ne pourra plus parler de *treaty shopping* car tous les États parties bénéficieront de la protection de l'instrument multilatéral, qui sera finalement la même pour tous. Alors certes les investisseurs pourront toujours manipuler les critères de détermination de la nationalité concernant leur entité (qu'ils soient internes ou prévus dans la convention), mais la finalité sera toujours l'application du même instrument multilatéral. Il ne sera donc plus question de *treaty shopping*. Bien évidemment ces considérations constituent, aujourd'hui, une utopie au vu des milliers de TBI en place. Il faut aussi ajouter que cette idée fut largement discutée et tentée[78] au début de la mise en place du droit à la protection des investissements, mais sans succès.

43. Faisabilité. Après la deuxième guerre mondiale, les inégalités économiques étaient telles que les États développés voulaient eux même négocier, pour ne pas dire imposer, leurs conditions quant au rapport entre investisseurs et États hôte dans la protection. Il paraissait presque impossible d'imposer un modèle unique (multilatéral) susceptible de s'appliquer pour un investisseur (historiquement issu d'un pays développé) qui opérait dans un État en voie de développement ou qui opérait dans un autre pays développé. Il fallait ajouter à cela une carence, en politique des États en voie de développement, de l'étude du droit international des investissements.
Or ces dix dernières années la donne a changé, les anciens pays en voie de développement affichent des niveaux de croissances exceptionnels et investissent dans les États « riches ». Ce rééquilibrage de la balance des investissements peut laisser penser qu'un rééquilibrage des obligations entre États

[78] Après la deuxième guerre mondiale, nous pensons notamment aux tentatives de l'organisation de coopération et de développement économiques.

hôtes et investisseurs peut être opéré. Dans cet optique, il serait possible de proposer un instrument multilatéral qui convienne à tout le monde.

44. Vers la régionalisation des accords internationaux relatifs aux investissements. L'intérêt récent suscité pour le droit international des investissements pousse les États à réformer ce droit, notamment en ce qui concerne les ancien États en voie de développement. Notre optimisme à propos d'une future multilatéralisation n'est pas infondé, actuellement la tendance est bien à la multilatéralisation des sources de protection des investissements. Plus précisément à la « plurilatéralistation, à la régionalisation »[79] des sources conventionnelles. Les groupes régionaux commencent à s'allier pour défendre leurs intérêts face au reste du monde, face aux investisseurs étrangers. C'est le cas de l'Afrique et du Code panafricain d'investissement rédigé en 2015 pour mettre fin au « puzzle des AII[80] en Afrique »[81] afin de faciliter l'investissement dans cette zone. Mais ce n'est pas seulement le cas pour les zones régionales constituées de pays en développements, c'est aussi le cas pour les zones régionales constituées de pays développés. L'Union Européenne et le Canada ont intégré, dans le *Comprehensive and Economic Trade Agreement* (CETA), la prévision de créer un tribunal multilatéral des investissements. Il semble que l'heure est à la régionalisation du droit international des investissements. Le système de protection des investisseurs étrangers devient commun et la régionalisation pourrait être qu'une étape avant la multilatéralisation générale, à l'échelle de la convention de Washington.

Accord économique et commercial global UE-Canada

Article 8.29 : Création d'un tribunal multilatéral des investissements et d'un mécanisme d'appel connexe

Les Parties s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal
multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements. Dès la création d'un tel mécanisme multilatéral, le Comité mixte de l'AECG adopte une décision établissant que les différends relatifs aux investissements relevant de la présente section seront tranchés dans le cadre du mécanisme multilatéral, et prend les dispositions transitoires appropriées.

[79] Expression utilisée par : J. Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, Oxford, 2016, n° 8.1.1 *Negotiation of a multilateral investment framework*, p. 239-240 ;

[80] Acronyme utilisé pour désigner les accords internationaux relatifs aux investissements.

[81] Expression utilisée par Mr. le Professeur M. Mbengue, Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable, source : https://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/un-code-panafricain-dinvestissement-pour-promouvoir-le-développement

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

Lexique des termes juridiques, dir. S. Guinchard, Dalloz, 2013 ;

R. KOLB, The law of treaties an introduction, Ed. Edward Elgar, 2016 ;

J. BAUMGARTNER, Treaty Shopping in International Investment Law, Oxford, 2016 ;

D. E. ONGUENE ONANA, La compétence en arbitrage international relatif aux investissements, les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI, Bruylant, 2012 ;

J. P. LAVIEC, Protection et promotion des investissements, Graduate Institute Publications, collection International, 2015 ;

M. KINNEAR, G. FISCHER, J. MINGUEZ ALMEIDA, L. FERNANDA TORRES, M. URAN BIDEGAIN, Building International Investment Law, The first 50 Years of ICSID, Wolters Kluwer and ICSID, 2016 (Chapter 10, Criteria to Determine Investor Nationality (Judicial Persons), p.141) ;

A. DE NANTEUIL, Droit international de l'investissement, 2è Ed, A. Pedone, 2017 ;

C. H. SCHREUER et alii, The ICSID Convention A Commentary, 2nd Ed, Cambridge University Press, 2009 ;

M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, Droit du commerce international et des investissements étrangers, LGDJ, 2è Ed, 2016 ;

E. GAILLARD, La jurisprudence du CIRDI, vol 1 et 2, A. Pedone Paris ;

S. ROBERT-CUENDET, Droit des investissements internationaux, perspectives croisées, droit international économique, Bruylant, 2017 ;

C. LEBEN, Droit international des investissements, A. Pedone, 2015 ;

A. BROCHES, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ;

J. CARTER, The international arbitration review, Ed. 5, Law Business Research ;

M. PAPARINSKIS, International investment protection, document in international law, Oxford and Portland, Oregon, 2012 ;

M. MATHIAS FORTEAU, Détermination du droit international coutumier, Commission du droit international, ONU, 2015 ;
A. FOURNIER MONTGIEUX, Nationalité des personnes morales et treaty shopping en droit international des investissements, Paris 10, 2014 ;

J-M. JACQUET, La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, IHEID, Genève ;

REVUES, RÉPERTOIRES

W. BEN HAMIDA, La notion d'investisseur, Cah. arb. 2005/3 ;

Dalloz, Rép. Int. Arbitrage (CIRDI), C. LEBEN, n°29 et suiv. ;

E. GAILLARD, Chronique des sentences arbitrales, Journal du droit international (Clunet), n° 2/2010 ;

SITES INTERNET

M. MBENGUE, Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable, https://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/un-code-panafricain-dinvestissement-pour-promouvoir-le-développement ;

italaw.com pour les sentences arbitrales ;

S. H. NIKIÈMA, Définition de l'investisseur, Institut international de développement durable, mars 2012, http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practices_definition_of_investor_fr.pdf ;

TABLES DES MATIÈRES

INTRODUCTION

CHAPITRE 1. LE CHOIX DE SA NATIONALITÉ, UNE REMISE EN CAUSE DU SYSTÈME ACTUEL DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

SECTION 1. LES CRITÈRES DU FONDEMENT DE LA NATIONALITÉ DES PERSONNES MORALES

A. SUR L'EXISTENCE D'UNE NORME DE DROIT INTERNATIONAL SUR **5**
B. L'ÉTABLISSEMENT DE LA NATIONALITÉ DES PERSONNES MORALES DES CRITÈRES DE RATTACHEMENT DÉFINIS PAR LES ÉTATS **7**

SECTION 2. LA MANIPULATION DES CRITÈRES DE RATTACHEMENT PAR LES INVESTISSEURS

A. LA PRATIQUE DU TREATY SHOPPING PAR LES INVESTISSEURS INTERNATIONAUX **10**
B. UNE PRATIQUE OPPOSÉE AU SYSTÈME ORIGINEL DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS **17**
1. La fin de la condition d'extranéité
2. La remise en cause du système bilatéral

CHAPITRE 2. LE SORT DE LA PRATIQUE DU TREATY SHOPPING FONDÉE SUR LA NATIONALITÉ DES PERSONNES MORALES DANS L'ESPACE JURIDIQUE INTERNATIONAL

SECTION 1. LA CONFORMITÉ DU TREATY SHOPPING FONDÉE SUR LA NATIONALITÉ DES PERSONNES MORALES DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

A. LE CONTRÔLE DE CONVENTIONALITÉ **19**
1. Par rapport à la convention de Washington
2. Par rapport aux TBI
B. LE RAPPORT À LA BONNE FOI **23**

SECTION 2. LES CORRECTIFS À LA PRATIQUE DU TREATY SHOPPING

A. L'INSERTION DE CORRECTIFS PONTUELS **25**
B. LA CRÉATION DE CORRECTIFS GÉNÉRAUX **27**
1. L'adoption d'une règle internationale sur la nationalité des personnes morales à vocation transfrontalière.
2. La création d'un système multilatéral

BIBLIOGRAPHIE **30**