

Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ?

Journée d'études Conventions du 27 mars 2013

Table-ronde n°2 : Les arbitrages et les procédures abusives

Les avantages procurés aux investisseurs par l'accès à une juridiction neutre internationale pour le règlement des litiges avec les Etats d'accueil sont significatifs. Ainsi, occasionnellement certains investisseurs n'hésitent pas à utiliser des moyens abusifs ou frauduleux pour entrer dans le champ d'application d'un traité bilatéral. Comment ? Il existe de multiples façons. Prenons le cas où l'investisseur se rend compte qu'il investit à travers une société qui n'a pas la nationalité requise pour bénéficier des dispositions d'un traité bilatéral avec l'Etat d'accueil. Il peut, par exemple, organiser une restructuration pour faire passer la société sous le contrôle d'une autre société, qui elle a la nationalité requise pour entrer dans le champ d'application du traité, et ce afin d'introduire une requête d'arbitrage. L'investisseur peut aussi s'aventurer dans des sessions de parts de société antidatées à une date qui précède le moment auquel le litige est né. On ne peut plus parler de cas isolés. Ces dernières années nous comptons plus d'une dizaine d'arbitrages engagés contre des Etats qui ont été qualifiés de frauduleux ou frivoles. La Turquie a par exemple été victime de sept arbitrages de ce genre, pour des montants de réclamation supérieurs à 50 milliards de dollars devant le CIRDI et la CNUDCI.

Quelles sont les procédures abusives de la part des investisseurs et quelles sont les conséquences ?

Quelles sont les difficultés rencontrées par un Etat lorsqu'une procédure qualifiée de frauduleuse est engagée par un investisseur ? Tout d'abord la bureaucratie. L'Etat met du temps à organiser sa défense. Une fois la requête d'arbitrage

enregistrée, l'Etat doit expliquer pourquoi le CIRDI n'a pas compétence et fournir des documents à l'appui. Ce n'est pas une tâche facile notamment si l'Etat désire recourir à la procédure accélérée prévue à l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage du CIRDI plutôt que d'attendre la possibilité de soulever un déclinatoire de compétence selon l'article 41(1) du même Règlement. La procédure accélérée permet de soulever un déclinatoire ou d'invoquer un moyen relatif à une demande manifestement dénuée de fondement juridique. Cependant, il est en pratique difficile de recourir à une telle procédure car la partie défenderesse ne dispose que d'un mois à partir de la constitution du tribunal arbitral pour l'initier. Très souvent l'Etat ne possède pas les documents requis pour appuyer ses arguments. En effet, les Règlements du CIRDI permettent à un investisseur d'introduire une requête d'arbitrage en fournissant un minimum de documents justificatifs (voir article 2(2) du Règlement d'introduction des instances). En particulier aucun document justificatif n'est requis sur la nature de l'investissement. En outre, il est presque impossible de plaider qu'un acte est faux, les experts ne pouvant pas être assez précis sur un document antidaté. Il faut donc souvent compter sur des présidents qui sont de bons juristes et ont un certain vécu.

Aujourd'hui, nous constatons l'émergence d'une autre catégorie de procédure abusive qui est de plus en plus préoccupante. Il s'agit du recours à des procédures multiples en présence d'intérêts liés. Par exemple dans le cas d'une chaîne de sociétés avec une société de droit local détenue par une société anglaise, elle-même détenue par une société néerlandaise, etc. L'investisseur met une pression maximale sur l'Etat en multipliant les procédures à chaque maillon de la chaîne. Dans ce cas de figure, nous atteignons les limites du système car les Etats – sur la base des traités bilatéraux et multilatéraux qu'ils ont négociés et signés – ont accepté la compétence d'un tribunal international composés de « juges » neutres, les arbitres, à la place de leurs juridictions locales. En revanche,

les Etats n'ont pas consenti à avoir plusieurs niveaux de procès sur un même sujet.

Quelles conséquences ? D'une manière générale, le constat est que l'introduction d'une instance arbitrale contre un Etat a presque toujours un impact négatif sur les flux d'investissements vers cet Etat, même si la procédure est abusive. Il y a donc des enjeux économiques préoccupants. Tout d'abord, la réputation de l'Etat est affectée. Ensuite, les organismes de garantie des investissements tiennent compte de l'existence de procédures pendantes impliquant l'Etat concerné. Le coût de garantie des investissements vers cet Etat est donc plus élevé. Il serait intéressant d'évaluer le dommage moral subi par l'Etat dans le cadre d'une procédure abusive.

Quels abus de la part des Etats ?

Les procédures abusives sont l'apanage des investisseurs. Cependant, il ne semble pas être les seuls à recourir à des moyens abusifs. Deux exemples : premièrement, celui des dépenses antérieures à l'investissement. Beaucoup d'Etats exigent des conditions spécifiques pour la délivrance d'un certificat d'investissement, mais ces conditions peuvent être très difficiles à remplir. Par exemple, un ministère des hydrocarbures dans tel pays peut conditionner l'obtention d'un certificat d'investissement à la présence dans le pays de 20 ingénieurs depuis plus de six mois, ou bien encore à la preuve d'un apport dans le pays d'un montant minimum. Ces dépenses précédant l'investissement ne sont pas couvertes par les traités bilatéraux d'investissement. Il y aurait ici un axe de réforme sur lequel réfléchir. Deuxième exemple de procédé abusif : les recours sans mérite contre les sentences. Il s'agit, en particulier, dans le cadre du CIRDI de la procédure en annulation de la sentence devant un comité *ad hoc*, alors que le demandeur en annulation ne dispose d'aucun argument valable ou tente de replaider l'affaire sur

le fond. Comme dans la majorité des cas, ce sont les Etats qui ont été condamnés à payer des dommages qui demandent une procédure en annulation, ne faudrait-il pas exiger de l'Etat, qui introduit un recours abusif, de mettre en place des garanties ? On le voit donc, il peut y avoir des abus des deux côtés.

Comment se protéger des procédures abusives ?

Plusieurs solutions sont envisageables.

1°: Demander que l'investisseur produise avec sa requête d'arbitrage des documents justifiant de sa qualité à agir ou de la nature de son investissement. Cela permettrait à l'Etat de mieux organiser sa défense. Les entreprises ne voient généralement pas d'inconvénient à produire ces documents. Pour cela il faudrait modifier l'article 2(2) du Règlement d'introduction des instances du CIRDI. Cependant une telle modification pose des problèmes pratiques : quel type de documents exiger ? Comment le CIRDI peut-il vérifier que les documents produits justifient la qualité à agir ou la présence d'un véritable investissement. Cela risque en outre d'accentuer la différence entre le CIRDI et les autres institutions d'arbitrage qui n'ont pas un système de filtrage de requêtes similaire. Une solution plus simple, et peut-être plus efficace, serait d'ajouter dans les traités bilatéraux des conditions spécifiques au versement de preuves. Cela aurait l'avantage d'offrir une approche harmonisée pour tous les arbitrages relatifs aux investissements, pas uniquement ceux initiés sous l'égide du CIRDI.

2°: Prolonger le délai de 1 mois prévu à l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage du CIRDI pour contester une demande manifestement dénuée de fondement, ce délai étant trop court selon les praticiens, voire incompatible avec les règles de fonctionnement d'un Etat. Les Etats ne connaissent pas toujours l'existence d'une telle disposition et sont contraints de suivre de longues procédures pour sélectionner des avocats par le biais d'appels d'offres. Nous pouvons toutefois nous demander si cela règlera vraiment le problème : un délai de 6 à 7 mois

s'écoule en moyenne entre l'enregistrement d'une requête et la constitution d'un tribunal. Allonger les délais pour soulever une demande selon l'article 41(5) risque de mécontenter les parties demanderesses. L'estoppel pourrait jouer un rôle. Cela peut être efficace mais il faut que les positions soient claires et sur la base d'une instruction qui est courte.

3°: Les « *security for costs* » pour protéger les Etats. Ici se pose la question de l'accès à la justice pour les parties demanderesses qui sont de bonne foi mais avec des difficultés financières. Il ne faut certes pas décourager en amont des investisseurs de pouvoir engager un arbitrage. Cela dit, si les investisseurs sont sérieux, ils peuvent trouver des fonds pour offrir des garanties à l'Etat. Il existe notamment la possibilité de recourir au « *third-party funding* » (on trouve des investisseurs pour financer la procédure qui vont évaluer les chances de succès de cette procédure). Il convient de souligner que si l'obtention de « *security for costs* » était facilitée, les deux parties pourraient en bénéficier, pas seulement l'Etat. Cependant, cette facilitation semble peu probable car l'on observe une certaine réticence de la part des tribunaux pour accorder de telles garanties. Peut-être serait-il dissuasif de prévoir à l'avance dans les traités bilatéraux que si un tribunal conclut qu'une demande d'arbitrage est abusive, la partie demanderesse sera condamnée à payer les frais de procédure et les frais de représentation de la partie défenderesse.

4°: Le certificat d'investissement. Il convient de bien définir les conditions d'approbation dans les traités bilatéraux et d'indiquer que les bénéfices du traité ne s'appliqueront pas en l'absence d'approbation. Mais, si les certificats d'investissement deviennent une condition systématique, ils deviennent un enjeu. Apparaît alors le risque de pratiques de corruption pour l'obtention des certificats et le risque de litiges entre l'Etat et l'investisseur pour cette obtention. Pour l'instant de tels différends doivent être portés devant les tribunaux locaux. Se

pose alors la question de l'indépendance de la justice locale par rapport à l'exécutif. Ainsi, si la pratique des certificats d'investissement devait être systématisée, il conviendrait de donner accès à un recours international sous le TBI pour le refus arbitraire du certificat. Cette solution aurait cependant le désavantage de multiplier les étapes pour investir dans un pays d'accueil.

Enfin, notons qu'il existe déjà plusieurs moyens de contrer les procédures abusives. Dans un arbitrage CIRDI, une décision rejetant de telles procédures peut être prise à quatre échelons : le premier est celui de l'article 36(3) de la Convention du CIRDI permettant au Secrétaire général de refuser l'enregistrement d'une affaire. Cependant, il est difficile pour le Secrétaire général de bloquer l'affaire, ses pouvoirs sont limités. Le deuxième est celui de l'article 41(5) du Règlement d'arbitrage du CIRDI dont nous avons déjà parlé. Le troisième est de rendre une sentence rejetant la compétence. Enfin, le tribunal peut rendre une sentence sur le fond mais cela reste une procédure lourde qui peut prendre plusieurs années.