

Mélanges en l'honneur

du Professeur

Pierre Mayer

Comité organisateur :

Vincent HEUZÉ,
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne),

Rémy LIBCHABER,
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne),

Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES,
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

LGDJ

lextenso éditions

Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements

Emmanuel GAILLARD

Professeur des Universités,

Associé responsable du département arbitrage international,

Shearman & Sterling LLP

1. Pour rendre hommage à Pierre Mayer, grand amateur d'idées, esprit toujours soucieux de l'utilité sociale de la règle de droit, une réflexion sur l'une des questions les plus délicates que soulève aujourd'hui le droit de l'arbitrage en matière d'investissements s'imposait.

Elle porte sur le concours de procédures arbitrales introduites pour la défense des mêmes intérêts sur le fondement de divers instruments de protection des investissements. Ces actions sont aujourd'hui fréquentes et ressenties comme injustes par les États qui doivent faire face, pour les mêmes agissements, à des procès multiples qui tendent au même but. Les arbitres qui s'y trouvent confrontés ne sont guère outillés pour y répondre et, pourtant, ces actions sont le meilleur révélateur de l'aptitude du droit des investissements, né d'une multitude d'initiatives individuelles d'États dans la conclusion de traités avec leurs partenaires commerciaux, à réagir en système et non en bric-à-brac¹ ou en collection de règles susceptibles de conduire, lorsqu'elles sont exploitées habilement, à des résultats incohérents ou indésirables. Au-delà de son intérêt pratique évident, le sujet présente donc une dimension théorique essentielle : la capacité du droit contemporain des investissements à trouver le point d'équilibre optimal en assurant la protection des investisseurs sans sacrifier les intérêts légitimes des États.

2. On présentera en plus grand détail la difficulté (I) avant d'envisager quelques solutions possibles (II).

I – LA DIFFICULTÉ

3. Les origines de la difficulté tendant à la pluralité de procédures arbitrales sur le fondement de différents traités au bénéfice des mêmes intérêts sont facilement identifiables. Après les avoir rappelées (A), on en donnera des exemples (B) et on s'efforcera d'analyser en quoi la situation crée un déséquilibre structurel en défaveur de l'État auquel il est nécessaire de remédier (C).

1. V., à propos du droit international, J. Combacau, « Le droit international, bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, 31 (1986), p. 85.

A. Les racines du problème

4. Le sentiment de malaise que donnent les situations dans lesquelles un État se trouve confronté à de multiples procédures sur le fondement de différents traités au bénéfice des mêmes intérêts à la suite des mêmes agissements est d'autant plus grand que les stratégies procédurales qui en sont à l'origine reposent sur l'invocation de règles ou de solutions jurisprudentielles qui, prises isolément, se justifient toutes parfaitement. Ce n'est que l'exploitation conjuguée de l'ensemble de ces règles qui est susceptible de donner un caractère pathologique ou abusif à l'action de l'investisseur.

5. La première de ces règles, sans laquelle la difficulté ne pourrait exister, réside dans la solution jurisprudentielle selon laquelle l'actionnaire d'une société de droit local est fondé, lorsque cette dernière a fait l'objet d'un traitement contraire aux prescriptions du traité, à demander directement réparation de son préjudice en application du traité conçu entre l'État dont il est le ressortissant et l'État d'accueil, et ce, même si la victime directe des agissements de l'État est la société de droit local. La jurisprudence arbitrale née de la crise argentine de 2001 en fournit de nombreux exemples². Il est paradoxal que cette solution puisse se targuer du qualificatif envié de jurisprudence constante alors même que les droits nationaux retiennent la solution contraire et n'admettent généralement pas qu'un actionnaire puisse demander directement réparation du préjudice subi par la société dont il détient des titres³. La solution retenue par la jurisprudence arbitrale se comprend dans la mesure où il peut être établi que les actes reprochés à l'État ont eu un impact réel sur l'actionnaire. Cela est certainement le cas lorsqu'il s'agit d'un actionnaire majoritaire ou même d'un actionnaire détenant une participation importante dans la société affectée par les agissements incriminés. Lorsque l'on se trouve en présence d'une participation très minoritaire, spécialement lorsque l'investissement peut être considéré comme spéculatif ou qu'il est intervenu à un moment où les faits reprochés à l'État étaient déjà survenus, la jurisprudence pourrait être appelée à reconsidérer l'idée qu'un actionnaire est nécessairement dans la même position, au prorata de sa participation, que la société dans laquelle il détient des titres.

De manière plus discutable, la jurisprudence poursuit l'idée sur le terrain de l'appréciation du montant du dommage lorsqu'une violation par l'État de ses

2. V. par ex. *CMS Gas Transmission Company c/ la République d'Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/01/08, décision sur la compétence du 17 juill. 2003, 48 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, et Vivendi Universal SA c/ la République d'Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/03/19, décision sur la compétence du 3 août 2006, 49 ; *Total SA c/ la République d'Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/04/01, décision sur la compétence du 25 août 2006, 80 ; *Impregilo S.p.A. c/ la République d'Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, 138.

3. Ce paradoxe est souligné par l'étude de droit comparé conduite par l'OCDE, D. Gaukrodger, « Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency. A Preliminary Framework for Policy Analysis », *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2013/3, OECD Investment Division, disponible sur le site de l'Organisation.

obligations a été retenue. C'est en effet de manière généralement simpliste qu'elle considère que l'actionnaire doit être traité comme la société elle-même, au prorata de sa participation. En d'autres termes, un actionnaire à 80 % aurait subi 80 % du dommage de la société elle-même et un actionnaire à 3 %, 3 % de ce dommage⁴. Sur ce point, une appréciation plus fine serait bienvenue. Ce qui est vrai pour un actionnaire majoritaire à qui le contrôle de la société permet de faire remonter les bénéfices sous forme de dividendes ne l'est pas nécessairement pour un actionnaire plus modeste, dont la position peut elle-même varier selon qu'il dispose ou non d'une minorité de blocage. S'agissant de l'actionnaire très minoritaire, nullement en mesure de peser sur le destin de la société et qui mise essentiellement sur l'évolution de son cours de bourse, l'analyse consistant à dériver au prorata le dommage subi par la société pour déterminer le préjudice subi par l'actionnaire est plus artificielle encore. Dans toutes ces hypothèses, la situation des créanciers de la société concernée au premier chef par les agissements de l'État doit également être prise en compte. Dans l'appréciation du scénario « *but for* » qui s'efforce de reconstituer ce qui se serait passé en l'absence des agissements retenus à la charge de l'État, on ne saurait perdre de vue que le fait, pour la société, de ne pas encourir une perte ne signifie pas nécessairement que chaque actionnaire aurait évité un appauvrissement proportionnel. Il suffit de songer au cas d'une société très endettée pour se rendre compte que le préjudice subi par chaque actionnaire peut être différent de celui qu'une simple règle de trois pourrait laisser penser. Si la jurisprudence est fondée, pour les besoins de la compétence du tribunal arbitral, sur l'idée qu'il est légitime de protéger, en tant que tel, le droit de l'actionnaire, c'est l'impact sur ce droit et pas seulement sur la société qui doit être apprécié au moment de la détermination du montant du dommage. Sous ces réserves, que la jurisprudence, de plus en plus sensible à une analyse économique fine, finira sans doute par prendre en compte, le principe de la protection en tant que tel de l'actionnaire d'une société affectée par les agissements contraires aux engagements pris dans les traités de l'État d'accueil ne nous paraît pas injustifié⁵. C'est donc selon nous une règle légitime dans son principe que celle qui assure la protection d'un actionnaire confronté aux agissements de l'État affectant la société dans laquelle il détient des droits.

6. La deuxième règle sans laquelle une situation de cumul d'actions au profit des mêmes intérêts peut exister mais qui est susceptible d'en accroître la fréquence est celle selon laquelle une société contrôlée par des actionnaires d'une certaine nationalité peut être considérée comme partageant cette nationalité pour les besoins du traité qui contient la règle. Cet emprunt de nationalité fondé sur le contrôle peut concerner une entité relevant d'un droit autre que celui de l'État

4. V. par ex., pour une valorisation au prorata de la valeur de la société tout entière du dommage d'un actionnaire détenant une participation de 0,0032 %, *Quasar de Valores Sicav SA, Orgor de Valores Sicav SA, GBI 9000 Sicav SA et Alos 34 SL c/ Fédération de Russie* (SCC), sentence du 20 juill. 2012, 187 et 218.

5. V. en sens contraire, Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, OUP, 2009, p. 397 et s.

d'accueil ou une société de droit local. Cette dernière hypothèse est celle qui a été envisagée dès 1965 par l'article 25 (2) (b) *in fine* de la Convention de Washington selon lequel un « ressortissant d'un État contractant » justiciable de la compétence du Centre inclut « toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la [...] date [à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage] et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ». Les traités de protection des investissements négociés par la suite ont parfois fait usage de ce mécanisme d'emprunt de nationalité en stipulant que, pour les besoins du traité, une société non constituée dans l'État d'origine de l'investissement mais contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'État d'origine ou des personnes morales incorporées dans l'État d'origine sont elles-mêmes des nationaux de cet État pour les besoins du traité⁶. Certains d'entre eux précisent expressément que la personne morale de droit local contrôlée par des ressortissants de l'État d'origine satisfait automatiquement les conditions d'application de l'article 25 (2) (b) *in fine* de la Convention de Washington. C'est le cas notamment du Traité sur la Charte de l'Énergie de 1994 dont l'article 26 (7) dispose qu'« un investisseur, autre qu'une personne physique, qui a la nationalité d'une partie contractante partie au différend à la date du consentement écrit [de recourir à l'arbitrage] et qui, avant qu'un différend ne survienne entre lui et cette partie contractante, était contrôlé par les investisseurs d'une autre partie contractante est traité, aux fins de l'article 25 paragraphe 2 point b) de la convention CIRDI, comme un "ressortissant d'une autre partie contractante" et, aux fins de l'article 1^{er} paragraphe 6 du règlement du mécanisme supplémentaire, comme un "ressortissant d'un autre État" ». Ces dispositions ont pour effet de permettre non seulement aux ressortissants directs de l'État d'origine mais également aux entités qu'ils contrôlent, y compris, le cas échéant, la filiale de droit local, de bénéficier de la protection du traité, tant de fond que celle qui résulte de la faculté d'introduire en son nom propre une procédure d'arbitrage en application de la clause de règlement des différends investisseur-État du traité.

Là encore, prise isolément, cette règle n'a rien de condamnable. L'idée de faire intervenir la notion de contrôle aux fins de déterminer la nationalité d'une société pour lui faire bénéficier des prérogatives attachées à un traité ne fait que reconnaître une réalité économique, le contrôle étant, à tout prendre, un critère d'attribution de la nationalité moins artificiel que celui de la simple incorporation dans un État donné. Le fait de permettre à la société de droit local elle-même d'introduire l'action en son nom est assez saine dans la mesure où elle évite, d'une part, de ne protéger qu'une partie des actionnaires et de laisser sans protection les actionnaires locaux ou les actionnaires dont l'État d'origine n'a pas conclu de traité avec l'État d'accueil et, d'autre part, d'inciter les actionnaires de diverses nationalités à faire valoir leurs droits devant les tribunaux arbitraux différents sur

6. V. par ex. en ce sens, l'art. I (b) (iii) de l'accord Pays-Bas-Kazakhstan de 2002.

le fondement de traités différents. Du point de vue de l'efficacité procédurale, l'action introduite par la société de droit local empruntant à cet effet la nationalité de l'actionnaire ou des actionnaires qui la contrôlent est la plus économe et la plus juste. C'est du reste la raison pour laquelle elle avait été envisagée par les rédacteurs de la Convention de Washington à un moment où l'on ne songeait pas à l'action individuelle des actionnaires. Dans un premier temps, la jurisprudence en a donné quelques illustrations⁷, avant que cette option ne soit délaissée au profit des actions individuelles des actionnaires. Il n'est pas exclu qu'elle connaisse un regain d'intérêt dans le contexte d'un droit des investissements se préoccupant davantage des réalités économiques que de critères formels.

L'emprunt de nationalité par la société de droit local permet également à la société contrôlée et à l'actionnaire dont elle tient sa nationalité de former ensemble, sur le fondement du même traité, une action tendant à obtenir réparation des conséquences des agissements de l'État contraires au traité. Une telle combinaison n'a rien de critiquable, l'État n'ayant dans ce cas qu'un groupe de demandeurs à confronter devant un même tribunal arbitral et aucun risque de solutions incohérentes ou de double chance de l'emporter n'étant créé de ce fait⁸.

Il en va différemment lorsqu'un actionnaire ou un groupe d'actionnaires décide d'exploiter ce mécanisme d'emprunt de nationalité non pour commencer l'action au nom de la société de droit local, voire au nom de la société et de ses actionnaires, mais pour mettre en œuvre deux actions distinctes, l'une au nom de l'actionnaire, l'autre au nom de la société de droit local, pour obtenir réparation des mêmes agissements reprochés à l'État. C'est cette situation qui peut être légitimement considérée comme abusive par l'État, pour des raisons que l'on analysera en plus grand détail après avoir rappelé qu'elle n'a rien de théorique.

B. Illustrations

7. Le contentieux arbitral contemporain est de plus en plus complexe. Cette complexité est parfois le fait du législateur⁹, parfois celui des plaideurs tentés d'exploiter des règles qui n'ont pas été conçues pour le résultat pour lequel elles sont invoquées.

Deux exemples suffisent à montrer que la situation qui fait l'objet de la présente étude n'est pas une hypothèse d'école.

7. V. E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, p. 59-62, 208-211 et 277-280.

8. Sur l'intérêt pratique de spécifier dans les demandes quelles sont les parties lésées et dans quelles proportions, v. *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL et AC Multipack SRL c/ Roumanie*, aff. CIRDI n° ARB/05/20, sentence du 11 déc. 2013, 1239-1248.

9. Sur la complexité des mécanismes mis en place par le législateur européen en matière de protection des investissements, v. E. Gaillard, « L'avenir des traités de protection des investissements », in C. Leben, *Droit international des investissements et arbitrage transnational*, 2015, p. 951.

8. Le premier concerne le cas d'utilisation de divers traités à différents étages d'une même chaîne de contrôle d'un investissement local.

Après les émeutes du printemps arabe en Égypte qui ont entraîné des perturbations sur le gazoduc reliant l'Égypte à Israël et la Jordanie et la résiliation du contrat d'approvisionnement de gaz de la société égyptienne East Mediterranean Gas (« EMG ») qui s'approvisionnait en Égypte auprès des sociétés nationales EGPC et EGAS pour transporter du gaz naturel en Israël, les actionnaires étrangers d'EMG ont introduit plusieurs arbitrages contre l'Égypte en lui reprochant notamment la mauvaise exécution, puis la résiliation du contrat d'approvisionnement de gaz bien que le contrat ait été conclu par une société nationale, ainsi que l'impuissance du gouvernement à protéger le gazoduc d'actions terroristes.

Le litige a donné lieu à quatre arbitrages conduits en parallèle et dans lesquels la grande majorité des témoins et experts sont communs aux quatre arbitrages. Les mêmes faits ont ainsi été débattus au cours de quatre audiences de deux semaines chacune au cours desquelles des mêmes questions ont été abordées, les mêmes documents examinés et les mêmes témoignages entendus. Deux de ces procédures ont été introduites sur le fondement des conventions conclues entre EMG et les sociétés nationales égyptiennes et le double emploi de ces actions et des actions introduites sur le fondement de traités de protection des investissements par les actionnaires et EMG dépassent les limites du présent article¹⁰. En revanche, les deux actions introduites par certains actionnaires d'EMG sur le fondement de traités font double emploi non seulement avec les actions contractuelles dans lesquelles EMG réclame réparation au titre des mêmes faits, mais encore entre elles.

Ainsi, la société Ampal-American Israel Corporation, actionnaire indirect d'EMG à hauteur de 12,5 %, poursuit, avec d'autres, un contentieux à l'encontre de l'Égypte devant un tribunal arbitral statuant sous l'égide du CIRDI sur le fondement du traité USA-Égypte de 1986¹¹ tandis que la filiale directe de cette société (ainsi que son actionnaire ultime se situant dans la chaîne de contrôle au-dessus d'Ampal American Israel Corporation, M. Maiman), poursuit, au bénéfice des mêmes 12,5 % d'actions, avec d'autres sociétés également contrôlées par l'actionnaire ultime, une procédure d'arbitrage CNUDCI contre l'Égypte sur le fondement du traité conclu entre la Pologne et l'Égypte en 1995¹².

Les demandeurs aux deux procédures introduites sur le fondement de traités ne font pas mystère du fait que, pour 12,5 % des titres, le préjudice réclamé dans

10. Sur la question de l'articulation des procédures fondées sur un traité d'une part et un contrat d'autre part, v. par ex. I. Fadlallah, « La distinction "Treaty claims – Contract claims" et la compétence de l'arbitre (CIRDI : Faisons-nous fausse route ?) », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, vol. III, juill. 2006, p. 126-131 ; J. Crawford, « *Treaty and Contract in Investment Arbitration* », *Arbitration International*, 2008, 351. Sur les procédures d'arbitrage parallèles en général, v. D. Mouralis, *L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèle*, thèse Université d'Aix-Marseille, 2014.

11. *Ampal-American Israel Corporation et a. c/ Égypte*, aff. CIRDI n° ARB/12/11. Le traité USA-Égypte a été signé le 11 mars 1986 et est entré en vigueur le 27 juin 1992.

12. *Yosef Maiman et a. c/ Egypte*, aff. CNUDCI. Sur la pression ainsi sciemment exercée contre l'État, v. également « *Yossi Maiman Threatens \$8b Lawsuit* », *Globes*, 31 mai 2011.

chacune de ces deux procédures pour la perte de valeur découlant des mêmes allégations de fait est identique. Ils soutiennent seulement que chacun des traités invoqués et, virtuellement, chacun des traités dont pourrait bénéficier un actionnaire quelconque à un étage quelconque de la chaîne, n'interdit pas le concours d'actions, les arbitres étant seulement invités à tenir compte d'un éventuel paiement au titre d'une autre procédure. Cette position laisse entière la question de la double ou de la multiple chance de l'emporter qui ne bénéficie qu'à l'un des plaideurs, l'autre devant supporter la charge, et surtout le risque, d'une multitude de procès tendant aux mêmes fins.

9. Le second exemple illustre l'utilisation abusive de la faculté ouverte pour certains traités et par l'article 25 (2) (b) *in fine* de la Convention de Washington de considérer la filiale de droit local comme étrangère pour les besoins de l'action sur le fondement du traité.

Il est tiré du contentieux qui s'est noué à la suite de la nationalisation par le Venezuela de deux usines de production de verre détenues par des sociétés contrôlées à hauteur de 73 % par la société néerlandaise OI European Group BV (« OIEG »).

OIEG a d'abord introduit une procédure d'arbitrage CIRDI contre le Venezuela sur le fondement du traité conclu entre les Pays-Bas et le Venezuela, en faisant valoir que son investissement, consistant dans les actions lui permettant de contrôler les sociétés détenant les usines, avait fait l'objet d'une expropriation¹³. Dans un deuxième temps, les filiales de droit local d'OIEG ont introduit leur propre procédure CIRDI contre le Venezuela sur le fondement du même traité pour l'expropriation des usines¹⁴. Aux termes de ce traité, les filiales de droit local sont considérées comme ressortissantes néerlandaises en raison du contrôle exercé sur elles par des intérêts néerlandais.

Dans le second arbitrage, le Venezuela a sollicité du tribunal qu'il suspende la procédure en raison du double emploi ainsi créé au bénéfice des mêmes intérêts. Par une décision du 23 septembre 2013, le tribunal arbitral, statuant à la majorité, a rejeté cette demande. Les deux arbitrages se sont donc poursuivis en parallèle.

C. Analyse de la difficulté

10. La multiplicité des procédures introduites à l'encontre du même État au profit des mêmes intérêts pour les mêmes agissements ne soulève pas seulement, comme on pourrait le penser de prime abord, des questions d'économie de moyens et de risque de contradiction ou de double indemnisation.

11. Le souci d'économie de moyens et le risque de contradictions sont réels mais non spécifiques. Ils existent déjà dans la situation voisine mais fondamentalement

13. *OI European Group BV c/ Venezuela*, aff. CIRDI n° ARB/11/25. Le traité Pologne-Égypte fut signé le 1^{er} juill. 1995 et est entré en vigueur le 17 janv. 1998.

14. *Fábrica de Vidrios Los Andes, CA et Owens-Illinois de Venezuela, CA c/ Venezuela*, aff. CIRDI n° ARB/12/21.

différente dans laquelle différents arbitrages sont introduits à l'encontre du même État sur le fondement des mêmes faits par des parties demanderessees ayant des intérêts distincts. L'hypothèse est celle dans laquelle la même mesure affecte une série de parties placées dans la même position, comme cela peut être le cas lorsque l'État a pris les mêmes engagements à l'égard de diverses parties sur la base du même contrat type ou, compte tenu de la jurisprudence permettant à l'actionnaire de faire valoir son action propre, dans laquelle plusieurs actionnaires attaquent le même État pour la même mesure, chacun agissant dans son intérêt sur le fondement du traité correspondant à sa nationalité. Dans une telle situation, aucun double emploi ou aucune double chance de l'emporter n'est à craindre. Seuls les principes de préservation des ressources de l'État et de cohérence des solutions sont en cause. La solution est à trouver dans les dispositions qui permettent à l'État d'imposer la constitution d'un seul tribunal arbitral pour connaître de l'ensemble du contentieux né de la même situation de fait.

Ainsi, l'article 1117 (3) de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) permet-il de consolider au sein d'un même tribunal les actions entreprises par plusieurs actionnaires ou groupe d'actionnaires sur le fondement des mêmes agissements de l'État. Le texte dispose en effet que « Where an investor makes a claim under this Article and the investor or a non-controlling investor in the enterprise makes a claim under Article 1116 arising out of the same events that gave rise to the claim under this Article, and two or more of the claims are submitted to arbitration under Article 1120, the claims should be heard together by a Tribunal established under Article 1126, unless the Tribunal finds that the interests of a disputing party would be prejudiced thereby »¹⁵. De même, l'article 10.25 de l'Accord de libre-échange d'Amérique centrale (ALEAC) prévoit la consolidation d'actions qui mettent en cause une même question de droit ou de fait et découlent des mêmes événements ou circonstances.

12. Les mêmes risques de dispersion des ressources de l'État et de possible contrariété de décisions se retrouvent lorsque les différentes actions sont formées au bénéfice des mêmes intérêts. Mais dans cette dernière situation, ces risques sont complétés par d'autres, plus graves encore.

13. On songe immédiatement au risque de double indemnisation. Celui-ci est réel dès lors qu'une filiale, susceptible de faire remonter les bénéfices résultant d'une indemnisation, a formé une demande, tandis que la société mère poursuit sa propre action en réparation du préjudice qu'elle a indirectement subi du fait des mêmes agissements. Cependant, précisément parce qu'il est manifeste, ce

15. La traduction française de l'article 1117 (3) de l'ALENA qui figure sur le site de l'ALENA est si défectueuse qu'elle ne peut figurer qu'en note : « Lorsqu'un investisseur dépose une plainte en vertu du présent article, et qu'il dépose aussi ou qu'un investisseur non majoritaire de l'entreprise dépose en vertu de l'article 1116 une plainte résultant des mêmes circonstances que celles ayant donné lieu à la plainte en vertu du présent article, et que deux ou plusieurs plaintes sont soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 1120, les plaintes devraient être entendues ensemble par un tribunal établi conformément à l'article 1126, à moins que le tribunal ne constate que les intérêts d'une partie contestante s'en trouveraient lésés ».

risque ne nous paraît pas le plus redoutable. Il est permis de penser en effet que des arbitres saisis de demandes susceptibles de se recouper avec d'autres auront à cœur de mettre en place des mécanismes susceptibles d'éviter une double réparation. Ils pourront par exemple spécifier, dans une éventuelle sentence de condamnation, que toute somme perçue en vertu d'autres décisions profitant indirectement à la partie bénéficiant de la condamnation viendra en déduction de celle-ci¹⁶.

14. L'essentiel nous paraît ailleurs. Plus que dans le risque de double indemnisation, il réside dans le risque de double, voire de multiple, chance de l'emporter. L'actionnaire qui agit directement et, dans le même temps, par l'entremise d'une filiale qu'il contrôle, voire encore par le canal de la société de droit local considérée comme étrangère pour les besoins de sa protection, bénéficie d'une double, triple, ou multiple, chance de prévaloir. La question de la double indemnisation n'existe pas lorsqu'un des tribunaux saisis en parallèle déboute l'un des demandeurs à l'un quelconque des maillons de la chaîne de réclamations. Il n'en est pas moins injuste pour l'État qu'après avoir convaincu l'un des tribunaux saisis du bien-fondé de sa position, il doive recommencer devant un deuxième, voire un troisième tribunal, pour parvenir aux mêmes fins. Sur le plan de la justice procédurale et de l'égalité des parties, c'est le phénomène des chances multiples de l'emporter au bénéfice du seul investisseur qui heurte le principe fondamental du droit de l'arbitrage qu'est l'égalité des parties. En pratique, on voit très bien comment le fait de mettre en place de multiples tribunaux arbitraux dont la composition peut apparaître plus ou moins satisfaisante à l'investisseur multiplie les chances de celui-ci. Cette stratégie procédurale ne sert pas seulement de police d'assurance à l'égard des aléas de la composition des tribunaux arbitraux. Si trois tribunaux sont mis en place, l'État devra, pour sortir indemne du contentieux, convaincre six arbitres sur neuf tandis qu'il suffira à l'investisseur d'en convaincre deux sur neuf pour sortir victorieux du contentieux. Raisonner en termes de prévention d'indemnisation multiple ne prend pas la mesure de la profonde inégalité procédurale qui consiste à permettre à l'investisseur de s'arrêter s'il est victorieux à l'un quelconque des maillons de la chaîne et de bénéficier d'une deuxième, troisième ou nième chance de l'emporter s'il subit au contraire un revers devant l'un des tribunaux ainsi mis en place. Ce sont bien ces procédures parallèles à effet de cliquet qui constituent la difficulté la plus aiguë à laquelle le système se trouve confronté lorsque plusieurs procédures sont introduites pour les mêmes faits sur le fondement de divers traités au bénéfice des mêmes intérêts.

16. V. par ex., pour un mécanisme de ce type, la sentence rendue le 9 oct. 2014 dans l'affaire *Exxon Mobil c/ Venezuela* par un tribunal composé de Gilbert Guillaume, Président, Gabrielle Kaufmann et Ahmed El-Kosheri, dans laquelle la condamnation prononcée est réduite des montants qui seraient précédemment payés aux filiales des demanderessees par la société nationale vénézuélienne au titre d'arbitrages conduits en parallèle sur le fondement de contrats, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, BV, Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., et Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c/ Venezuela*, aff. CIRDI n° ARB/07/27, sentence du 9 oct. 2014, 378-381, 404(e).

Aussi est-ce la dimension procédurale de l'injustice causée à l'État par les stratégies procédurales de ce type qu'il convient d'avoir présente à l'esprit lorsque l'on se préoccupe des remèdes susceptibles d'y être apportés.

II – LES SOLUTIONS CONCEVABLES

15. La réponse susceptible d'être apportée à l'iniquité procédurale résultant de la situation de procédures multiples au bénéfice des mêmes intérêts est plus délicate *de lege lata* que *de lege ferenda*.

A. *De lege lata*

16. La difficulté la plus grande est celle que rencontrent les arbitres saisis sur le fondement de traités classiques qui ne comportent aucune disposition susceptible de faire directement échec aux actions multiples au bénéfice des mêmes intérêts. Même s'ils n'ont manifestement pas été conçus pour permettre de telles actions, les traités anciens n'exigent généralement que la satisfaction de conditions traditionnelles d'investissement, de nationalité, etc., que la partie demanderesse dans chaque procédure introduite en parallèle paraît formellement remplir. Aussi la société mère pourra, selon un examen superficiel de la matière, se prévaloir de sa qualité d'investisseur au sens du traité correspondant à sa nationalité, tandis que la filiale pourra en faire de même sur le fondement du traité correspondant à la sienne. Pour peu que la chaîne de contrôle soit plus longue, chaque société du groupe pourra, au moins de prime abord, prétendre justifier de la satisfaction des conditions d'application du traité qui lui correspond. Comme on l'a vu, seul le concours de ces actions est critiquable, et non chaque action prise individuellement. La difficulté provient précisément du fait qu'aucune disposition spécifique n'a été envisagée, dans les traités de cette génération, à ce sujet.

17. Les arbitres ne sont pas pour autant nécessairement démunis, plusieurs voies pouvant être envisagées. La première consiste à raisonner en termes de compétence. Suivant les circonstances, on peut s'interroger, même sur le fondement d'un traité classique, sur le point de savoir si l'État d'accueil a consenti à considérer comme investissement protégé de l'autre État partie au traité un investissement indirectement détenu par un national de cet État mais plus directement détenu, dans une même chaîne de contrôle, par une société d'une autre nationalité qui présente le même investissement comme ayant cette dernière nationalité pour les besoins de l'application d'un autre traité de protection des investissements. Si par exemple un investissement au Kazakhstan est indirectement détenu par une société française mais directement par sa filiale néerlandaise – que l'on suppose à 100 % pour les besoins de l'illustration – l'investisseur français pourrait-il prétendre à la protection de l'investissement comme français en application du traité France-Kazakhstan de 1998 alors même que sa filiale présente le même

investissement comme néerlandais pour les besoins de l'application du traité Pays-Bas-Kazakhstan de 2002 ? Les termes mêmes du traité France-Kazakhstan peuvent paraître satisfaits dans la mesure où un investissement indirect au Kazakhstan peut être considéré comme français par le traité France-Kazakhstan¹⁷. En revanche, le lien de contrôle indirect n'est-il pas rompu, pour les besoins de la satisfaction de la condition que l'investisseur français possède un investissement au Kazakhstan, si ce même investissement n'est pas considéré comme français selon la représentation qu'en fait, pour les besoins d'un autre traité, l'entité qui le contrôle directement, cette représentation ne pouvant intervenir qu'avec le consentement, sinon la décision expresse, de l'entité qui la contrôle ? Dans l'exemple, la filiale néerlandaise ne pourrait en effet décider d'introduire une action à l'encontre du Kazakhstan sur le fondement du traité néerlandais sans le consentement ou la participation active de sa société mère à la prise de décision. Si on estime que l'interposition de nationalité rompt la logique permettant de considérer que l'investisseur français possède, en tant que tel, un investissement protégé parce qu'il constitue un investissement français au Kazakhstan, c'est la condition d'investisseur ou d'investissement au sens du traité qui n'est pas satisfaite pour les besoins de la compétence des arbitres.

18. Une autre manière, plus subjective, d'envisager les choses, consisterait à se demander si la décision prise par l'investisseur français d'inviter sa filiale à présenter l'investissement concerné comme néerlandais aux fins du traité néerlandais ne vaut pas renonciation à présenter le même investissement comme français pour les besoins du traité conclu entre le Kazakhstan et la France. Sauf à considérer qu'un même investissement peut avoir deux nationalités différentes pour les besoins de sa protection par deux instruments différents, ce qui n'est pas naturel, la décision de se placer sous la protection d'un traité peut être considérée comme excluant celle de solliciter le bénéfice d'un autre traité reposant sur des prétentions contradictoires. Si ce n'est le principe d'*estoppel*, du moins celui de l'interprétation de bonne foi des traités de protection des investissements peut être invoqué au soutien de cette argumentation.

19. Qu'il s'agisse des notions d'investisseur et d'investissement, sous la dépendance desquelles se trouve le consentement de l'État d'accueil, ou celle de la renonciation à se prévaloir d'une certaine nationalité par des actions qui contredisent cette volonté, l'argumentation se heurte, il est vrai, à l'absence de texte traitant directement de la question dans les traités de facture classique. À cette objection, pourrait être opposée celle qui ferait valoir que le problème tout entier est né d'une solution purement prétorienne, celle selon laquelle l'actionnaire étranger d'une société de droit local victime d'agissements de l'État d'accueil contraires au traité était fondée à demander réparation du préjudice personnellement subi de ce fait¹⁸. C'est cette solution qui crée des risques de réclamations multiples du fait des mêmes agissements, la victime directe étant en réalité mieux

17. V. l'art. 1 (3) de l'accord France-Kazakhstan de 1998.

18. V. *supra*, n° 5.

placée que la victime indirecte pour demander réparation du préjudice subi, la victime indirecte n'ayant elle-même aucune réclamation légitime à avancer si la victime directe est en mesure de faire valoir ses prétentions devant une juridiction impartiale susceptible de la remplir de ses droits. Il ne serait donc pas anormal que cette règle prétorienne soit corrigée par un tempérament, lui-même purement jurisprudentiel, tendant à cantonner les effets les plus indésirables du principe. Celui-ci pourrait être trouvé dans l'idée qu'en invitant sa filiale à former une demande indemnitaire devant un tribunal arbitral saisi sur le fondement d'un traité, l'actionnaire décide par là même que cette action est susceptible de remplacer, dans le patrimoine de la filiale, la perte de valeur née des agissements reprochés à l'État. L'actionnaire qui, par ailleurs, conserve intacte sa participation dans la filiale, n'a aucun grief à faire valoir. Sur le terrain de la compétence, sans préjudice de la discussion relative aux notions d'investisseur et d'investissement, l'argument se traduit en termes de renonciation à se prévaloir d'un autre traité en présentant le même investissement sous la bannière d'une autre nationalité.

20. La deuxième réponse susceptible d'être apportée à la difficulté créée par le concours de procédures arbitrales au profit des mêmes intérêts se conçoit en termes d'intérêt à agir et donc de recevabilité. Il est possible de soutenir que la société mère ayant concouru à la décision de la filiale de faire valoir ses droits sur le fondement d'un traité n'a, faute de droit affecté indépendant de celui de sa filiale, pas d'intérêt à agir pour la réparation d'un préjudice qui n'existe pas si l'action de la filiale est portée devant un tribunal indépendant, autre que l'organe de l'État défendeur, susceptible d'appliquer des standards qui ne sont pas substantiellement différents de ceux qui seraient appliqués par le tribunal saisi par la société mère sur le fondement du traité correspondant à sa propre nationalité.

21. Une troisième réponse consisterait à faire valoir, cette fois sur le terrain du fond, qu'une société qui conserve les actions d'une filiale dont la valeur a pu être affectée par les agissements reprochés à l'État mais qui possède corrélativement dans son patrimoine une action en réparation de cette perte de valeur sur le fondement d'un traité international devant un tribunal indépendant n'a en réalité subi aucun préjudice.

Cette dernière approche est moins satisfaisante que les précédentes dans la mesure où elle ne permet pas à l'État d'accueil de mettre un terme à l'action redondante de la société la plus indirectement concernée par les faits litigieux dès le début de l'instance, sans avoir à faire face à la charge d'une double ou d'une multiple procédure. Dans la mesure où le raisonnement ne suppose aucune investigation de fond autre que la contestation que la société demanderesse a conservé ses titres dans une filiale ayant formé une action devant un tribunal indépendant, l'efficacité procédurale invite à le considérer au rang des objections préliminaires et non en tant qu'argument de fond à proprement parler.

22. Que ce soit sur le terrain de la compétence, de la recevabilité ou du fond, il est permis d'espérer que la jurisprudence arbitrale qui a admis l'action propre de l'actionnaire pour un préjudice subi par la filiale sans mesurer l'intégralité des

conséquences procédurales susceptibles d'en découler, apportera le correctif nécessaire à la règle de façon à éviter que celle-ci ne devienne un instrument d'oppression des États lorsqu'elle est utilisée par des investisseurs peu soucieux de l'intégrité du système.

B. *De lege ferenda*

23. La possibilité de déclencher en parallèle de multiples procédures arbitrales au profit des mêmes intérêts sur le fondement de différents traités est probablement l'une des questions qui, dans le droit contemporain de la protection des investissements, mérite d'être réglée de la manière la plus urgente.

24. *De lege ferenda*, la manière la plus simple d'y parvenir est sans doute celle qui consiste à subordonner, dans les nouveaux traités de protection des investissements, l'offre d'arbitrer émise par l'État à la renonciation pure et simple par l'investisseur à toute action en réparation des conséquences des mêmes agissements, tant de son propre chef que du chef de toute entité qu'il contrôle.

Il suffirait pour cela d'aménager un mécanisme sur le modèle de la clause qui, dans les arbitrages ALENA et ALEAC, impose à l'investisseur d'avoir irrévocablement renoncé à toute action de fond devant les juridictions locales à titre de condition de recevabilité de la demande fondée sur l'un ou l'autre de ces instruments. Ainsi l'article 1121 de l'ALENA dispose que « 1. A disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration only if: ... (b) the investor and, where the claim is for loss or damage to an interest in an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, the enterprise, waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1116, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party. 2. A disputing investor may submit a claim under Article 1117 to arbitration only if both the investor and the enterprise: ... (b) waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1117, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party »¹⁹.

19. La traduction française de l'article 1121 de l'ALENA sur le site de l'ALENA, indique : « (1) Un investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, aux termes de l'article 1116, uniquement (...) b) dans les cas où la plainte porte sur des pertes ou dommages subis par une personne qui a des intérêts dans une entreprise d'une autre Partie qui est une personne morale qu'il possède ou contrôle directement ou indirectement, si lui-même et l'entreprise renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire

L'article 10.18 de l'ALEAC dispose pour sa part que « 2. No claim may be submitted to arbitration under this Section unless: (a) the claimant consents in writing to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and (b) the notice of arbitration is accompanied, (i) for claims submitted to arbitration under Article 10.16.1(a), by the claimant's written waiver, and (ii) for claims submitted to arbitration under Article 10.16.1(b), by the claimant's and the enterprise's written waivers of any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 10.16. 3. Notwithstanding paragraph 2(b), the claimant (for claims brought under Article 10.16.1(a)) and the claimant or the enterprise (for claims brought under Article 10.16.1(b)) may initiate or continue an action that seeks interim injunctive relief and does not involve the payment of monetary damages before a judicial or administrative tribunal of the respondent, provided that the action is brought for the sole purpose of preserving the claimant's or the enterprise's rights and interests during the pendency of the arbitration ». Ces règles visent à éviter un double emploi entre les demandes susceptibles d'être formées par la société de droit local et par l'actionnaire dont l'investissement réside précisément dans les titres détenus dans cette société devant un tribunal arbitral saisi en application des instruments qui les contiennent. Le souci d'éviter une double chance de l'emporter devant diverses juridictions susceptibles d'être saisies sur des fondements différents mais aux mêmes fins est au cœur de ces dispositions. Telles qu'actuellement rédigées, ces règles n'éliminent pas cependant le risque d'actions multiples sur le fondement de différents traités correspondant à différents maillons d'une chaîne de contrôle. Elles pourraient en revanche aisément être aménagées par l'exigence, pour la partie qui cherche à se prévaloir du traité concerné, de la preuve de la renonciation, par toute entité qu'elle contrôle, au bénéfice de tout instrument de protection des investissements qu'elle pourrait invoquer pour obtenir réparation des conséquences des mesures reprochées à l'État qui constituent le fondement de sa propre demande d'arbitrage. L'Union européenne, qui a hérité de la compétence pour négocier les traités de protection des investissements concernant l'ensemble de l'Union depuis le traité de Lisbonne, serait bien

ou administratif aux termes de la législation d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 1116, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante ; (2) Un investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, aux termes de l'article 1117, uniquement si lui-même et l'entreprise (...) b) renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation interne d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 1117, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante ».

avisée d'introduire dans les traités qu'elle conclut des dispositions analogues destinées à éviter le concours inopportun de procédures. En attendant l'hypothétique révision de tous les traités déjà conclus qui ne contiennent pas de disposition de ce type, la négociation d'un instrument susceptible d'être adopté par les États qui souhaitent éviter les situations de double chance entre les différents traités qu'ils ont conclus – sur le modèle de l'instrument adopté par le CNUDCI sur la question de la transparence²⁰ – serait également bienvenue²¹.

25. Si des clauses ou des instruments de ce type venaient à être adoptés, ils permettraient de gommer l'injustice procédurale permettant à diverses parties appartenant à une même chaîne de contrôle de poursuivre en parallèle diverses actions sur le fondement de différents traités au bénéfice des mêmes intérêts. Cela contribuerait sans doute à renforcer la légitimité du système tout entier.

20. Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, 1^{er} avr. 2014.

21. Pour une initiative de la CNUDCI en ce sens, v. les rapports de la 46^e session (8-26 juill. 2013), §§ 129-133 et 311 ; et de la 47^e session (7-18 juill. 2014), §§ 126 et 130.