

ATF 146 III 142 | TF, 25.03.2020, 4A_306/2019*

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

Faits

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

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

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

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

Droit

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

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

Le Tribunal fédéral voit dans l'interprétation essentiellement littérale opérée par le Tribunal arbitral une réflexion en réalité plus complexe. Le Tribunal fédéral considère que le Tribunal arbitral a analysé la provenance matérielle des investissements effectués au Venezuela, lesquels proviennent de sociétés américaines. Or il semble que la société espagnole a précisément été créée afin d'obtenir la protection du TBI dont les sociétés américaines ne pouvaient pas profiter.

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

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

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

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

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

Proposition de citation : CÉLIAN HIRSCH, La notion d'investissement en arbitrage international et l'abus de droit, in:
<https://lawinside.ch/926/>