

CHAPITRE 25

LA COEXISTENCE DE PROCÉDURES CONTENTIEUSES
EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

MATHIAS AUDIT*

En matière de règlement des différends liés aux investissements étrangers, la coexistence de procédures contentieuses ou l'opportunité d'une telle coexistence sont des situations qui, dans la pratique, s'avèrent finalement très fréquentes. D'une manière très générale, il est vrai que tous les litiges transnationaux, quel que soit leur objet, donnent bien souvent prise à des configurations de ce type. Le *forum shopping* y est commun et la saisine concomitante de plusieurs juridictions nationales ou arbitrales habituelle. Indéniablement, toutefois, le contentieux en matière de protection des investissements étrangers présente à cet égard une singularité supplémentaire. Les opportunités qu'il offre en matière d'instances concomitantes ou successives y sont, à l'évidence, plus importantes encore qu'en d'autres matières contentieuses.

Ce constat s'explique aisément. En se limitant à la seule saisine de tribunaux arbitraux, il existe en matière de protection des investissements étrangers trois fondements possibles à leur compétence : un contrat d'Etat, un traité (TBI ou AMI) ou une loi de l'Etat d'accueil¹. Dès lors, à l'occasion d'une même opération d'investissement, deux ou même trois de ces différentes procédures arbitrales sont susceptibles d'être engagées. Si l'investissement a fait l'objet d'un contrat avec l'Etat d'accueil ou l'une de ses émanations et entre par ailleurs dans le champ d'application d'un TBI, d'un AMI ou d'une loi nationale, toutes les procédures arbitrales prévues par ces différents instruments peuvent être envisagées et elles sont en principe susceptibles d'être concomitamment introduites.

Par ailleurs, des recours devant des tribunaux internes sont également possibles. Par application d'une clause attributive de juridiction, le litige contractuel peut en particulier être porté devant une juridiction étatique. On peut même envisager qu'une action non contractuelle, en responsabilité extracontractuelle ou de nature pénale ou administrative par exemple, ait été introduite à l'encontre de l'investisseur étranger devant les tribunaux de l'Etat d'accueil. A cette

* Mathias AUDIT, professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense (Paris X).

¹ Sur ces différents chefs de compétence arbitrale possibles et les régimes distincts qui en découlent, v. not. M. AUDIT, « Droit des investissements internationaux. Contentieux arbitral international. Droit commun », *JCl. Droit international*, fasc. 572-65, n° 7 et s.

PARTIE II – CHAPITRE 25

présentation des recours possibles, il peut même être envisagé que, pour la même affaire, une instance interétatique ait été introduite sur le fondement de la protection diplomatique. Dans l'affaire *Lucchetti*, par exemple, le Pérou a diligenté une procédure d'arbitrage – interétatique donc – à l'encontre du Chili, concomitamment à la procédure CIRDI en cours entre l'investisseur chilien et le premier Etat².

Il existe donc en la matière une possible démultiplication des opportunités contentieuses. S'il est une affaire qui est susceptible de l'illustrer, c'est très certainement le litige qui a opposé la société italienne Saipem à l'Etat du Bangladesh³. Dans un premier temps, l'investisseur avait ici commencé par introduire une requête en arbitrage commercial devant la CCI à l'encontre de son contractant direct, c'est-à-dire la *Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation* (Petrobangla) qui est une émanation de l'Etat bengali créée par voie législative.

Parallèlement à cette première procédure arbitrale, ladite émanation a successivement saisi plusieurs juridictions bangladaises afin que soit enjoint tant à la société Saipem qu'au tribunal CCI lui-même d'interrompre la procédure arbitrale. Celui-ci n'a toutefois pas obtempéré, finissant par prononcer une sentence sur le fond emportant condamnation de la société Petrobangla. Saisie par cette dernière société, la *High Court Division of the Supreme Court* du Bangladesh a refusé de reconnaître à la décision du tribunal CCI la valeur d'une sentence arbitrale du commerce international. Par ailleurs, et concomitamment, différentes instances ont été introduites devant les juridictions bangladaises par un sous-traitant de Saipem, tandis que cette dernière société saisissait de son côté les juridictions milanaises afin de prévenir l'appel en garantie bancaire que n'allait pas manquer de mettre en œuvre la partie bangladaise.

Or, à ces différentes procédures, est venue s'ajouter une autre puisque l'investisseur a fini par introduire une nouvelle requête arbitrale devant le CIRDI, sur le fondement cette fois-ci du traité bilatéral de protection des investissements conclu entre l'Italie et le Bangladesh. Dans le cadre de celle-ci, il a alors principalement demandé au tribunal CIRDI de juger que l'interruption de la procédure CCI par les juridictions bangladaises soit considérée comme une expropriation au sens du TBI !

La nature de cette dernière demande met en exergue la singularité de cette affaire, qui l'éloigne finalement du sujet ici traité. Les procédures alternatives à celle entreprise sous l'égide du CIRDI n'y sont envisagées qu'au titre d'éléments factuels afin de déterminer si le TBI a été ou non violé. A aucun moment, le tribunal CIRDI ne s'est posé la question de l'incidence – en droit – sur sa propre procédure de la solution donnée dans les autres contentieux. Mais il n'en reste pas moins que cette affaire illustre à merveille l'incroyable enchevêtrement possible de procédures contentieuses pour une même opération d'investissement.

² W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *AFDI*, 2005, pp. 564-602, spéc. p. 576.

³ *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, aff. n° ARB/05/7, SC du 21 mars 2007, *ICSID Rev.* 2007, p. 100 ; S. du 30 juin 2009.

LA COEXISTENCE DE PROCÉDURES CONTENTIEUSES

Y sont réunis tous les ingrédients propres à la question des procédures parallèles dans l'arbitrage en matière d'investissements étrangers. Pour un même litige, ont été saisis un tribunal arbitral de la CCI, des juridictions internes, ressortissant tant à l'Etat hôte qu'à l'Etat d'accueil, et un tribunal arbitral statuant sous l'égide du CIRDI.

Or, il est évident que ce type de situation ne favorise pas le règlement global des contentieux nés d'opérations d'investissement. Bien au contraire, il en perturbe fortement la résolution définitive. L'objet de la présente étude est donc, à terme, de présenter les différents outils procéduraux susceptibles d'être mis en œuvre afin qu'une solution univoque à ce type de litiges puisse être obtenue. Mais, à cette fin, il importe de présenter les différentes options contentieuses qui sont offertes aux investisseurs (I). On constatera alors qu'elles sont nombreuses, ce qui explique l'existence fréquente d'une concurrence des procédures contentieuses (II).

I. LES OPTIONS CONTENTIEUSES OFFERTES AUX INVESTISSEURS

En présence d'un litige né d'une opération d'investissement, l'Etat ou son émanation dispose d'un choix procédural restreint. S'il existe un contrat conclu avec l'investisseur, le juge de celui-ci, fût-il étatique ou arbitral, peut être saisi⁴. En l'absence de relations contractuelles directes entre l'Etat ou l'une de ses entités publiques et l'investisseur, les possibilités d'action se réduisent finalement à la saisine des juridictions étatiques, et ce sont généralement ses propres tribunaux qui sont privilégiés par la partie étatique. En revanche, la saisine d'un tribunal arbitral sur le fondement d'un TBI ou d'un AMI ne peut s'opérer à l'initiative de l'Etat d'accueil, même si celui-ci estime avoir subi un préjudice en lien avec l'opération d'investissement. Seuls les investisseurs étrangers peuvent en effet se prévaloir du mécanisme d'arbitrage prévu par ce type de traités.

D'une manière plus générale et dans la grande majorité des hypothèses, ce sont du reste ces investisseurs étrangers qui disposent du choix procédural le plus vaste. Cette situation est un atout, l'investisseur pouvant ainsi identifier la procédure *a priori* la plus favorable à la préservation de ses intérêts. Ce choix doit toutefois être opéré avec une grande circonspection, car bien souvent il présente un caractère définitif avec pour effet de lui fermer certaines alternatives procédurales.

On étudiera donc successivement les différentes options contentieuses offertes à l'investisseur. Il peut avoir à choisir entre une offre générale d'arbitrage et la saisine des juridictions de l'Etat d'accueil (A) ou entre une offre du même type et une clause de compétence (B). Enfin, même sur le fondement d'un seul et même traité ou d'une seule et même loi de l'Etat d'accueil, l'investisseur est tout de même fréquemment confronté à un choix contentieux (C).

⁴ En pratique, les affaires CIRDI où un Etat ou une entité étatique apparaissent en qualité de demandeurs sont toutefois très rares : *Gouvernement de la Province du Kalmantan de l'Est c. PT Kalim Prima Coal*, aff. n° ARB/07/3 ; *Gabon c. Sté Serete SA*, aff. n° ARB/76/1 ; *Tanzania Electric Supply Company Limited c. Independent Power Tanzania Ltd.*, aff. n° ARB/98/8, S. du 12 juillet 2001.