



HAL
open science

La notion d'investissement

Jean Matringe

► **To cite this version:**

Jean Matringe. La notion d'investissement. Charles Leben. Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Pedone, 2015. hal-03914125

HAL Id: hal-03914125

<https://paris1.hal.science/hal-03914125v1>

Submitted on 2 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

SOUS LA DIRECTION DE

CHARLES LEBEN

DROIT
INTERNATIONAL
DES INVESTISSEMENTS
ET
DE L'ARBITRAGE
TRANSNATIONAL



EDITIONS A. PEDONE



© Editions A. PEDONE

2015

EAN – 978 2 233 00772-8

CONTRIBUTEURS

- Laurie ACHTOUK-SPIVAK est avocat aux barreaux de Paris et New York. Elle exerce au sein du cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP dans le domaine de l'arbitrage et du contentieux international et du droit international public. Spécialiste du droit international de l'investissement, elle représente des investisseurs et des Etats dans le cadre d'arbitrages relatifs à des traités d'investissement, devant le CIRDI ainsi que d'autres institutions d'arbitrage. Elle a par ailleurs pris part à plusieurs arbitrages commerciaux impliquant des Etats, et conseille régulièrement des sociétés pour la structuration de leurs investissements à l'étranger. Laurie Achtouk-Spivak a reçu un LL.M. de la faculté de droit de Harvard en 2006, un DEA en droit international de Paris II en 2005, et un DESS en droit international économique de Paris I / Sciences-Po en 2004. En 2004, elle a également reçu le diplôme de Sciences-Po *summa cum laude*, avec une spécialisation en droit économique. Enfin, Laurie Achtouk-Spivak enseigne le droit du contentieux des investissements internationaux à l'Université de Poitiers, publie régulièrement sur l'arbitrage d'investissement, et fait partie du Peer Review Board du journal *ICSID Review*.
- Mathias AUDIT est professeur de droit privé à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense et codirecteur du Centre de droit international (CEDIN). Il y enseigne le droit international privé, le droit de l'arbitrage, le droit du commerce international et le droit des investissements internationaux et il est l'auteur de nombreuses contributions dans ces différentes matières. Avec S. Bollée et P. Callé, il a en particulier rédigé un manuel de droit du commerce international et des investissements étrangers (LGDJ, 2014). Dans sa pratique extra-universitaire, il intervient tant comme arbitre qu'en qualité de conseil dans des procédures arbitrales ou judiciaires impliquant des entités étatiques ou opposant des entreprises commerciales.
- Yas BANIFATEMI est une spécialiste du droit de l'arbitrage en matière d'investissements. Elle est associée dans le Groupe Arbitrage international du cabinet Shearman & Sterling LLP, et en dirige le département de Droit international public. Elle est intervenue comme conseil dans de nombreux arbitrages internationaux en matière d'investissements et siège régulièrement en tant qu'arbitre. Yas Banifatemi est titulaire d'un doctorat en droit international public de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et d'un LL.M. de l'Université de Harvard. Elle enseigne la matière à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) et à l'Université de Yale.

CONTRIBUTEURS

Walid BEN HAMIDA est maître de conférences en Droit à l'Université d'Evry Val d'Essonne. Il est l'auteur d'une thèse sur le règlement des différends entre Etats et investisseurs étrangers. Il a enseigné le droit des investissements dans une quarantaine de pays et a publié plus de 50 articles en cette matière. Il a été impliqué en tant que conseil, expert et arbitre dans plusieurs arbitrages commerciaux et d'investissement. Depuis juillet 2012, il est membre de la Cour d'arbitrage de la CCI.

Affef BEN MANSOUR est avocat au barreau de Paris. Elle exerce essentiellement en droit international public et en arbitrage international d'investissement au sein du cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP à Paris. Elle a participé à plusieurs arbitrages internationaux, en particulier des arbitrages d'investissement. Elle est docteur en droit public et qualifiée par le Conseil National des Universités aux fonctions de maître de conférence. Elle a effectué l'essentiel de ses recherches au sein du CEDIN (Paris Ouest Nanterre La Défense), et y a été nommée chercheur associé en 2015.

Julien CAZALA, docteur en droit (Université Panthéon-Assas). Maître de conférences en droit public, Université Orléans. Détaché en qualité d'expert technique international du Ministère des affaires étrangères auprès de l'Université Galatasaray à Istanbul (2011-2015). Membre de l'équipe de la Chronique « Investissements internationaux et arbitrage » dans *Les Cahiers de l'Arbitrage*.

Claire CRÉPET DAIGREMONT est maître de conférences en droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), après y avoir soutenu sa thèse en 2009 sur *La clause de la nation la plus favorisée*, sous la direction de Ch. Leben (prix Suzanne Bastid de la SFDI). Elle participe depuis sa création à la chronique « Investissements internationaux et Arbitrage » dans *Les Cahiers de l'arbitrage*.

Olivia DANIC, docteur en droit public et titulaire du Certificat d'aptitude à la profession d'avocat, actuellement maître de conférences à l'Université de Nîmes et membre du laboratoire CHROME (EA 7352).

Emmanuel DECAUX est professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) où il dirige l'Ecole doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé (ED 9) après avoir dirigé le Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CRDH) de Paris II. Il a récemment publié un manuel de *Droit international public* (Dalloz, 9^eed, 2014, avec Olivier DE FROUVILLE) et a dirigé un commentaire collectif du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Economica, 2011) et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (Economica, à paraître en 2015). Après avoir été membre de la Sous-Commission des droits de l'homme, puis du Comité consultatif du Conseil des droits de l'homme, il a été élu membre du Comité des disparitions forcées dont il est président depuis 2011.

Pierre-Marie DUPUY professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement, Genève. Associé de l'Institut de droit international. Arbitre international (CIRDI, PCA, UNCITRAL).

Ibrahim FADLALLAH, de nationalité française et libanaise, est agrégé de droit, professeur émérite de l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, membre de l'Institut de Droit International. Il a présidé la Commission de Réforme des Codes et Lois au Liban dans les années 1980, et participé aux travaux de la Conférence de La Haye de Droit international privé. Internationaliste, spécialiste du droit de l'arbitrage et des investissements ainsi que des pays arabes, le Professeur Fadlallah a publié de nombreux travaux dans des domaines variés.

Mathias FORTEAU est professeur de droit public à l'Université Paris Ouest, Nanterre La Défense, et membre du Centre de droit international de Nanterre. Depuis 2012, il est par ailleurs membre de la Commission du droit international des Nations Unies. Il est intervenu ces quinze dernières années comme avocat-conseil de plusieurs Etats devant la Cour internationale de Justice, le Tribunal international du droit de la mer et des tribunaux arbitraux internationaux, notamment dans des affaires intéressant des investissements internationaux.

Emmanuel GAILLARD est agrégé des Facultés de droit et professeur associé à la faculté de droit de Yale. Il dirige le département arbitrage international du cabinet Shearman & Sterling. Il est intervenu en qualité de conseil, d'arbitre ou d'expert dans plusieurs centaines d'arbitrages internationaux. Il est l'auteur de nombreuses publications dans ce domaine, notamment le premier essai de théorie générale de l'arbitrage international, fondé sur le cours donné à l'Académie de droit international de La Haye en 2007 (*Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*). Emmanuel Gaillard est le Président de l'Institut pour l'arbitrage International (IAI) et a été l'un des fondateurs et le premier Président de l'Académie internationale pour le droit de l'arbitrage.

Emmanuel JACOMY est collaborateur senior au sein du Groupe Arbitrage international du cabinet Shearman & Sterling LLP, basé à Singapour. Il est intervenu en tant que conseil dans plusieurs arbitrages internationaux en matière d'investissements. Il est diplômé de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) et de l'école des Hautes Etudes Commerciales (HEC).

Michal KUČERA est juriste senior au Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, depuis 2001. De nationalité slovaque, il a effectué son cursus de droit au sein de l'université Comenius de Bratislava. Il est titulaire d'un master et lauréat de l'examen du barreau slovaque. Il jouit également d'une expérience de juriste au sein de la Cour pénale internationale de La Haye, ainsi que du cabinet Linklaters. Il est membre de la Société française pour le droit international, de son équivalent slovaque et de l'Institut international des droits de l'homme. En outre, il suit régulièrement les sessions organisées par diverses institutions telles que l'Académie de droit international de Xiamen, en Chine, au sein de laquelle il a obtenu un diplôme de droit international.

CONTRIBUTEURS

Franck LATTY est professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

Docteur en droit de l'Université Paris X-Nanterre (2005), Prix Suzanne-Bastid de la SFDI (2006), agrégé de droit public (2008), il est auteur de la chronique « Arbitrage transnational et droit international général » à l'*Annuaire français de droit international* (depuis 2008). Il exerce des activités de conseil, notamment en droit des investissements. Membre du Conseil de la Société française pour le droit international, il est par ailleurs secrétaire général de la Branche française de l'Association de droit international / *International Law Association* et vice-président du Réseau francophone de droit international (Concours Charles-Rousseau).

Charles LEBEN est professeur émérite de l'université Panthéon-Assas, ancien directeur de l'Institut des hautes études internationales. Il est l'auteur de nombreux articles en droit international des investissements ainsi qu'en droit international général et en théorie du droit.

Loretta MALINTOPPI est admise aux Barreaux de Rome et Paris. Depuis 2013 elle est admise à exercer en tant qu'avocat étranger à Singapour. Mme Malintoppi travaille en tant que conseil et arbitre dans le domaine de l'arbitrage international, dans le cadre des principaux centres d'arbitrage institutionnels (ICC, CIRDI, LCIA, DIAC) ou devant des tribunaux ad hoc. Elle intervient également dans des affaires de droit international public devant la Cour internationale de Justice (CIJ) ou des tribunaux ad hoc. Mme Malintoppi est un des vice-présidents de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ICC).

Jean MATRINGE, professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon Sorbonne).

Pierre MAYER, professeur émérite de l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne).

Maja MÉNARD est avocate au Barreau de Paris, associée du cabinet Ulcar & Partners. Après son diplôme *cum laude* à la Faculté de droit de l'Université de Ljubljana en Slovénie en 2000, elle a poursuivi ses études à l'Université de Paris X avec un D.E.A. de droit international et communautaire des relations économiques et un doctorat sur le thème des activités *jure gestionis* des Etats en droit international, puis a rejoint le bureau parisien de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP en 2006. Depuis 2010, elle travaille au sein du cabinet slovène Ulcar & Partners, essentiellement dans le domaine du règlement des différends, et est auteure de publications spécialisées en matière de droit international et du règlement des différends et arbitre sur la liste de l'Arbitrage permanent auprès de la Chambre de commerce slovène.

Séverine MENÉTREY est assistant professeur de droit judiciaire à l'Université du Luxembourg. Ses principaux domaines de recherche sont le droit du procès entendu largement (droit judiciaire, arbitrage, modes alternatifs de règlement des différends, droits fondamentaux du procès) et la procéduralisation du droit, en particulier du droit européen.

Alexis MOURRE, est avocat au Barreau de Paris et spécialiste reconnu en matière d'arbitrage commercial international et d'arbitrage en matière d'investissements.

Arnaud DE NANTEUIL est agrégé des facultés de droit et professeur de droit public à l'Université du Maine. Auteur d'une thèse rédigée sous la direction du Pr. Ch. Leben publiée aux éditions Pedone il a également publié fin 2014 un manuel en droit international de l'investissement, matière dans laquelle il contribue annuellement à plusieurs chroniques et a écrit de nombreux articles.

Yves NOUVEL est professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) où il enseigne le droit international économique et les procédures qui en assurent la réalisation. Il exerce aussi en tant que conseil et arbitre dans des contentieux intéressant l'Etat et les entités paraétatiques en matière économique.

Bruno POULAIN est docteur en droit et avocat. Après avoir été chargé de recherches auprès de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Bruno Poulain a exercé dans différents cabinets parisiens et dirige aujourd'hui la pratique arbitrage du cabinet Ernst & Young. Il est plus spécifiquement impliqué dans le suivi des relations investisseurs-Etats, dans la zone Maghreb et Afrique Sub-saharienne.

Yannick RADI est professeur associé en droit international public à la Faculté de droit de l'Université de Leiden (Pays-Bas). Il est spécialisé en droit international des investissements et en contentieux international de l'investissement. Il est éditeur du *Leiden Journal of International Law*.

Mathieu RAUX est titulaire d'un doctorat en droit international obtenu à l'Université Paris II Panthéon-Assas pour une thèse portant sur la responsabilité de l'Etat sur le fondement des accords de protection des investissements. Il a été juriste au sein du Cabinet Teynier, Pic & Associés avant de rejoindre en 2011 la Direction générale du Trésor en tant que conseiller juridique, où il assure notamment le suivi des contentieux impliquant l'Union européenne dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce et participe à la négociation des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements pour le compte de la France.

Ana Carolina SIMÕES E SILVA est docteur en droit et avocate aux barreaux du Brésil et de Paris.

Alexandre VAGENHEIM, avocat au Barreau de Paris et chargé d'enseignements en droit international privé et droit de l'arbitrage.

PRÉFACE

Le droit international des investissements présente, pour la doctrine française, un curieux paradoxe : alors qu'il y a une réelle présence française et plus largement francophone dans le monde de l'arbitrage lié aux investissements internationaux, alors que les publications universitaires qui concernent la discipline sont nombreuses et de qualité, il n'y avait pas d'ouvrage en français englobant la totalité (ou la quasi totalité) des sujets qui forment et le droit substantiel des investissements internationaux et le droit de l'arbitrage transnational, expression synonyme dans cet ouvrage d'arbitrage en matière d'investissements. La comparaison avec les publications en langue anglaise, une dizaine pour le moins s'agissant d'ouvrages de portée générale, est non seulement cruelle mais aussi étonnante car nombre d'universitaires (pour ne parler que d'eux) français ou francophones, sont des acteurs de premier rang dans le monde de l'arbitrage et de la doctrine relative au droit international des investissements.

C'est pour remédier à cette lacune doctrinale que nous avons voulu réunir un nombre significatif d'auteurs pour couvrir une matière à l'importance toujours plus grande dans le droit international actuel. Les auteurs réunis ici sont soit des universitaires « seniors » dont l'importance et le prestige sont connus de tous, soit des universitaires plus jeunes mais qui ont déjà contribué de façon marquante à la discipline.

Nous avons joint à ces auteurs des praticiens du barreau qui travaillent de façon habituelle dans le domaine de l'arbitrage. Tous apportent à leurs contributions une expérience et une qualité qui font la richesse de ce recueil. Plusieurs d'entre eux sont des contributeurs à la chronique annuelle « Investissements internationaux et arbitrage » publiée dans les *Cahiers de l'arbitrage* et ont constitué le noyau dur et la préfiguration de l'ensemble plus large d'auteurs qui participent à l'ouvrage que nous présentons.

Une telle publication ne peut se faire qu'avec l'aide et le dévouement de nombreuses personnes. Nous voulons remercier ici tout particulièrement Claire Crépet Daigremont qui a apporté son enthousiasme au projet et m'a constamment aidé dans la réflexion doctrinale nécessaire à la conception du plan général et à la mise en place des différents chapitres. Elle a également relu et corrigé une grande partie du texte final. Nous lui devons beaucoup. De même que nous devons à plusieurs des auteurs dont la participation est

PRÉFACE

allée bien plus loin que l'écriture d'un chapitre. Nous avons en outre grandement bénéficié du travail de correction et de mise en forme du manuscrit de Mmes Marie-Madeleine Pottier (CNRS) et Michèle Poulain (CNRS). En outre Melle Mathilde Frappier s'est chargée de l'immense travail de présentation d'un index complet de la jurisprudence citée dans cet ouvrage. Nous voudrions enfin, remercier les Editions Pedone pour leur engagement dans la réalisation de ce projet.

Aux uns et aux autres nous disons toute notre gratitude.

Charles LEBEN

SOMMAIRE

INTRODUCTION

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS : UN SURVOL HISTORIQUE

par CHARLES LEBEN

PARTIE I.

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

CHAPITRE 1

LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

par CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT

CHAPITRE 2

LA JURISPRUDENCE ARBITRALE COMME SOURCE DU DROIT INTERNATIONAL
DES INVESTISSEMENTS

par MATHIAS AUDIT

CHAPITRE 3

LA NOTION D'INVESTISSEMENT

par JEAN MATRINGE

CHAPITRE 4

NATIONALITÉ DES INVESTISSEURS PERSONNES PHYSIQUES ET NATIONALITÉ
DES INVESTISSEURS PERSONNES MORALES, ACTIONNAIRES (MINORITAIRES)

par MATHIAS FORTEAU

CHAPITRE 5

APPLICATION *RATIONE TEMPORIS* DE LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET
DES INVESTISSEURS

par MAJA MÉNARD

CHAPITRE 6

L'ADMISSION DES INVESTISSEMENTS ET DES INVESTISSEURS

par WALID BEN HAMIDA

CHAPITRE 7

LES STANDARDS INDIRECTS DE TRAITEMENT :
TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE ET TRAITEMENT NATIONAL

par JULIEN CAZALA

CHAPITRE 8

LES STANDARDS DE TRAITEMENT :
LE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE, LA SÉCURITÉ PLEINE ET ENTIÈRE

par YVES NOUVEL

SOMMAIRE

CHAPITRE 9

LA CLAUSE DE RESPECT DES ENGAGEMENTS

par JULIEN CAZALA

CHAPITRE 10

LE DROIT DE L'EXPROPRIATION DIRECTE ET INDIRECTE

*par PIERRE-MARIE DUPUY
et YANNICK RADI*

CHAPITRE 11

CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ
DE L'ÉTAT D'ACCUEIL DE L'INVESTISSEMENT

par FRANCK LATTY

CHAPITRE 12

LES CONSÉQUENCES DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT
D'ACCUEIL DE L'INVESTISSEMENT

par MATHIEU RAUX

CHAPITRE 13

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EN MATIÈRE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

*par EMMANUEL DECAUX
et MICHAL KUČERA*

CHAPITRE 14

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS, DROITS DE L'HOMME,
DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

par OLIVIA DANIC

CHAPITRE 15

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ET DROIT DE L'OMC

par ARNAUD DE NANTEUIL

CHAPITRE 16

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

par SÉVERINE MENÉTREY

**PARTIE II.
ARBITRAGE TRANSNATIONAL**

CHAPITRE 17

PROCÉDURE ARBITRALE DEVANT LES TRIBUNAUX CIRDI ET HORS CIRDI

par LORETTA MALINTOPPI

CHAPITRE 18

LE CONSENTEMENT À L'ARBITRAGE

*par PIERRE MAYER
et ANA CAROLINA SIMÕES E SILVA*

CHAPITRE 3

LA NOTION D'INVESTISSEMENT

JEAN MATRINGE*

La recherche de ce que veut dire le mot « investissement » en droit international peut présenter plusieurs enjeux.

Il peut s'agir d'identifier ce qu'est le « droit international des investissements ». Heinrich Triepel écrivit en ce sens que si nous prenons dans l'ensemble des règles juridiques qu'on appelle « droit » un groupe particulier de règles qui présentent une qualité commune et si, grâce à une épithète, on lui donne un nom particulier, c'est en fonction de deux critères principaux à savoir l'objet des règles ainsi remarquées et la volonté de leur auteur. Quand on utilise le premier critère, on distingue des « branches » du droit ; quand on utilise le second « des systèmes juridiques »¹. En suivant ces prémisses, la formule « droit international des investissements » devrait définir une branche du droit international (lui-même conçu comme un système juridique) qui serait déterminée à raison de son objet – les investissements –, lesquels auraient conduit par leur spécificité par rapport à d'autres à l'apparition de règles particulières. Le nom et l'existence d'un tel droit exigent donc que « les investissements » existent et la détermination de ceux-ci permettra de déterminer le champ de celui-là. Si on peut découvrir une définition générale du mot investissement à raison de caractères qui seraient communs aux investissements contemplés dans les énoncés juridiques qui s'y rapportent et qui justifieraient qu'on ne l'appelle pas du nom d'autres objets qui existent en droit international – ce qu'est une définition par intension –, on devrait pouvoir mesurer le champ de la discipline. Si, en revanche, nous sommes condamnés à une définition par extension et que nous devons conclure qu'il y a une multitude de types d'investissements correspondant à une très grande diversité de sens attribués au mot par les énoncés juridiques qui utilisent celui-ci, sans pouvoir trouver de caractères communs entre les objets contemplés, il sera impossible de délimiter cette branche du droit².

* Jean MATRINGE, professeur à l'école de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

¹ H. TRIEPEL, *Droit international et droit interne* [1899], trad. R. Brunet, Bibliothèque française de droit des gens de la Fondation Carnegie, Paris/Oxford, Pedone/Imprimerie de l'Université, 1920, rééd. : coll. Introuvables, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2010, 448 p., pp. 8-9.

² Celle-ci ne pourra être elle-même définie que si son critère identificateur est autre chose que cet objet, par exemple un certain régime juridique. Il conviendrait alors mieux ou plus clairement de nommer la branche du droit international à raison de ce critère, ce qui n'est pas le cas.

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL
PARIS, PEDONE, 2015

Il faut surtout s'interroger sur l'apparition du mot « investissement » et sur ce qu'il peut signifier concernant les rapports entre le droit international des investissements et l'ancienne condition des biens étrangers comprise dans le standard international minimum de traitement des étrangers³. Cette interrogation ne peut pas ne pas en soulever une nouvelle qui concerne la présence d'une certaine idée politique qui animerait cette branche du droit que la particularité de son nom, précisément, désignerait : est-elle la continuation de ce vieux droit libéral qu'on vient de citer ou aurait-elle été gagnée par certaines considérations du droit du développement en mettant le développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement au cœur de ses préoccupations ou caractéristiques ? On peut en effet supposer intuitivement que le choix de ce qui est protégé par ce droit n'est pas indifférent à une idée politique que celui-ci pourrait porter. Dit autrement, le choix de faire couvrir par le droit des investissements tel ou tel type de biens, services ou opérations pourrait révéler un dessein politique des auteurs de ce droit.

C'est une banalité de dire que s'il est abondamment utilisé, il n'apparaît aucune définition généralement acceptée en droit positif du mot « investissement »⁴. Cela est dû au très grand nombre d'énoncés qui utilisent ce mot et au fait que pour chaque énoncé – sauf peut-être ceux issus de la doctrine – l'utilisation du mot a une fin ou utilité bien spécifique dans un cadre déterminé qui n'est pas reproductible à l'identique. Les énoncés législatifs et conventionnels d'une part et juridictionnels d'autre part ne se réfèrent jamais à une notion *a priori* de l'investissement. Les premiers ne définissent ce mot que pour préciser le champ d'application du régime qu'ils posent ; les seconds n'ont recours à cette opération de définition que pour déterminer ce même champ d'application et/ou le champ de leur compétence. Il faut donc se garder du danger de traiter comme lexicales leurs définitions qui ne sont que stipulatives.

Il faut mettre en évidence ce phénomène selon lequel, sous couvert parfois d'un discours qui prétend dégager une notion unitaire d'« investissement », coexistent en réalité une multitude d'« investissements protégés » et que ce qui est dénommé « investissement » dans les énoncés juridiques n'est jamais qu'un investissement « protégé » par un instrument ou un investissement « justiciable » devant un tribunal arbitral (toutefois, puisque dans les discours juridictionnels un investissement est généralement tenu pour justiciable parce qu'il est protégé par l'instrument invoqué devant l'arbitre, on confondra ici souvent les deux expressions pour parler d'une manière globale d'investissement protégé même si nous pensons que cette confusion par les tribunaux est régulièrement fondée sur des raisons erronées). Il s'agira ensuite d'étudier ces énoncés pour montrer que, dans la pratique contemporaine, ces « investissements protégés » s'inscrivent dans une remarquable continuité avec les « biens étrangers » naguère régis par le standard minimum de traitement des étrangers qu'accompagne une non moins nette continuité du caractère libéral du régime applicable à ces objets juridiques.

³ Sur cette ancienne réglementation, entre autres, A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, chapitre 1 – Historical Development of Investment Treaty Law, Kluwer Law International, 2008, pp. 1 et s.

⁴ V. notamment D. CARREAU, *Répertoire international Dalloz*, V° Investissements, 2008, §§ 13-14.

I. L'« INVESTISSEMENT PROTÉGÉ »
COMME UNIQUE FIGURE DE L'« INVESTISSEMENT »

La pratique énonciative des Etats et des tribunaux arbitraux limite l'usage du mot « investissement » aux seules fins d'établissement de l'applicabilité et de décision d'application d'un régime juridique particulier à des choses ou opérations économiques données. Cette limitation de l'angle dans lequel la définition intéresse les Etats et les tribunaux conduit logiquement à une portée limitée des définitions du mot investissement qu'ils posent. Plus précisément, la définition du mot investissement énoncée dans un code d'investissement ou dans un traité de promotion et protection des investissements n'est pour l'Etat auteur du premier et les Etats parties au second qu'un instrument de délimitation du champ d'application des normes qu'ils édictent dans ces instruments. Pour les tribunaux saisis de différends relatifs à ces instruments, elle a généralement, en plus de cet objet, celui de déterminer leur compétence en tant qu'ils estiment (parfois à tort) que celle-ci est identique à ce champ et est donc limitée aux investissements protégés par le texte en question. En somme, l'investissement défini dans ces lois, traités et sentences n'est que l'investissement protégé par les instruments de protection, seul investissement qui intéresse dans la pratique les Etats, les investisseurs et les tribunaux.

Si le fait de se voir attribuer dans les énoncés juridiques une fonction particulière est la condition de tous les mots du droit, une ambiguïté réside dans certains discours arbitraux et doctrinaux dans la mesure où, ne traitant en réalité que d'investissements protégés par un instrument juridique, ils s'expriment comme s'ils se rapportaient à une notion générale d'investissement.

A. La portée limitée du mot « investissement » dans les énoncés juridiques

Le mot « investissement », même s'il est généralement utilisé seul et sans épithète, apparaît très généralement dans la pratique comme ayant une signification limitée à l'énoncé qui le porte.

1. Les codes d'investissement et traités

Incontestablement, les traités comme les instruments étatiques de promotion et protection des investissements n'ont pas pour objet de définir abstraitement ce qu'est un investissement. En revanche, ils doivent définir ce que signifie dans leur cadre le mot investissement dans la mesure où une telle définition borne le champ d'application du régime qu'ils posent. Les définitions qu'ils portent servent ainsi seulement à déterminer quels sont les biens et/ou opérations auxquels ils veulent rendre applicable le régime qu'ils édictent. L'approche est en ce sens « pragmatique » ou « fonctionnelle » et un recensement de toutes les clauses de « définition » ne permettrait pas de définir une notion d'« investissement » qui existerait en tant que telle, mais, au mieux, de déterminer un ensemble d'« investissements protégés » par les traités dits de promotion et protection des investissements et les codes d'investissement (ou les

« investissements admissibles à la garantie » dans le cadre de l'Agence multilatérale de garantie des investissements)⁵.

Cela ressort nettement de la rédaction des clauses conventionnelles portant « définition de l'investissement » qui énoncent ce que doit signifier le terme « investissement(s) » « aux fins »⁶ de l'accord ou « au sens »⁷, « dans »⁸ ou « pour l'application »⁹ de celui-ci, quelle que soit la méthode de définition utilisée¹⁰. On retrouve le même type d'énoncé dans les codes d'investissement dont la clause portant définitions énonce ce que signifie le terme « investissement(s) » ou « investissement(s) direct(s) » « au sens »¹¹ de la loi ou « au titre »¹², « aux fins »¹³ ou encore « dans »¹⁴ celle-ci.

⁵ On peut lire très clairement en ce sens : « *In order for the Tribunal to have jurisdiction over this dispute, Claimant must establish that it has made an investment that is protected by the [BIT] and that is within the ambit of the ICSID Convention* », Tribunal CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH, c. Ukraine*, aff. n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010, § 254.

⁶ En ce sens, notamment, l'article I de l'accord Bulgarie/Albanie sur la promotion et la protection des investissements de 1974 ; l'article 1 de l'accord Bulgarie/Chypre sur l'encouragement et la protection mutuelles des investissements du 12 novembre 1987 ; l'article I de l'accord Australie/Chine sur l'encouragement réciproque et la protection des investissements du 11 juillet 1988 ; l'article I de l'accord Canada/Argentine pour la promotion et la protection des investissements du 5 novembre 1991 ; l'article 1 de l'accord Chili/Danemark concernant la promotion et la protection réciproques des investissements du 28 mai 1993 ; l'article 1 de l'accord Croatie/Bulgarie sur la promotion et la protection réciproque des investissements du 25 juin 1996 ; l'article 1 de l'accord République tchèque/Costa Rica pour la promotion et la protection réciproque des investissements du 28 octobre 1998 ; l'article I de l'accord Cambodge/Philippines concernant la promotion et la protection des investissements du 16 août 2000 ; l'article 1 de l'accord Bangladesh/Iran sur la promotion et la protection réciproques des investissements du 29 avril 2001 ; l'article 1 de l'accord Autriche/Arménie pour la promotion et la protection des investissements du 12 novembre 2002.

⁷ V., p. ex., l'article 1 de l'accord Burkina Faso/Tchad concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 18 mai 2001.

⁸ Cf., entre autres, l'article premier de l'accord Canada/Barbade du 29 mai 1996.

⁹ Ainsi l'article 1 de l'accord Bénin/Union économique belgo-luxembourgeoise concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements du 18 mai 2001 ou l'article 1 de l'accord Cameroun/Mali relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements du 18 mai 2001.

¹⁰ V. également l'article 1^{er} du Traité sur la Charte de l'énergie qui commence par la formule : « Tels qu'ils sont employés dans le présent traité les termes qui suivent ont la signification indiquée ci après [...] ».

¹¹ P. ex., l'article 2 de la loi n° 62-95 ADP du 14 décembre 1995 modifiée par la loi n° 007-2010/AN du 29 janvier 2010 portant Code des investissements du Burkina Faso ; l'article 2 de la loi n° 91-048/AN-RM du 26 février 1991 portant Code des investissements du Mali ; la loi n° 004/2002 du 21 février 2002 portant Code des investissements de la République démocratique du Congo ; l'article 4 de la loi n° 2002-004 du 19 avril 2002 modifiée par la loi n° 2004-20 du 22 juillet 2004 portant Charte des investissements du Cameroun. Relèvent de la même veine des dispositions comme l'article 2 du décret législatif n° 9312 du 19 Rabie Ethani 1414 correspondant au 5 octobre 1993 relatif à la promotion de l'investissement d'Algérie : « Bénéficiaire des dispositions du présent décret législatif les investissements de création, d'extension de capacité, de réhabilitation ou de restructuration, réalisés, sous forme d'apport en capital ou en nature, par toute personne physique ou morale ». V. encore l'article 5 de la loi portant sur le Code des investissements modifiant le décret du 30 octobre 1989 relatif au Code des investissements d'Haïti.

¹² Chapitre I de la loi n° 90-002 du 9 mai 1990 portant Code des investissements du Bénin.

¹³ V. l'article 1 de la loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant Code des investissements du Sénégal.

2. Les sentences arbitrales

Dans ces énoncés également, la définition donnée de l'investissement a une fonction précise et l'investissement dont il s'agit est le même que le précédent ; il ne s'agit pas d'un investissement idéal, mais de celui protégé par le traité ou le code d'investissement en tant que l'un ou l'autre fonde la compétence du tribunal ou en tant qu'il en est demandé application par ce tribunal, deux choses distinctes que plusieurs tribunaux ont pourtant confondues¹⁵. Là encore, par conséquent, aucune ontologie n'est en jeu, mais seulement un travail de qualification d'une chose ou opération économique sous la clause de « définitions » de l'instrument sur lequel est fondée sa compétence ou dont il est demandé application.

L'appréhension de la notion au sein de la Convention de Washington établissant le CIRDI relève d'un même type d'approche en ce sens que la notion d'investissement n'est pertinente qu'aux fins d'appréciation de la compétence des tribunaux arbitraux. Instituant le Centre de règlement des différends relatifs aux investissements, elle mentionne le concept d'investissement principalement dans la disposition relative à la compétence de celui-ci, l'article 25. Cette approche est bien révélée dans l'explication donnée par les Administrateurs de la Banque mondiale de l'absence de définition du mot investissement qui rattache la question de la définition du mot à la question de la compétence des tribunaux CIRDI¹⁶. Il n'est dès lors pas étonnant que ces derniers ne s'emparent de la question de la définition du mot investissement que dans le cadre restreint de l'examen de leur compétence – par examen de ce que les parties au différend veulent et peuvent leur soumettre – et non comme une question générale¹⁷. Certains tribunaux précisent bien en ce sens qu'ils s'intéressent à un investissement « au sens » de la convention.

Le recensement de la pratique arbitrale ne nous dira par conséquent rien sur une notion générale d'investissement : ces tribunaux ne font qu'apprécier le champ d'application des instruments qui leur sont soumis ou leur compétence qui dépend en partie de la qualification comme investissement de la chose ou opération litigieuse, mais au seul regard de cet instrument et éventuellement de leur statut.

¹⁴ Ainsi l'article 3 du *Tanzania Investment Act*, 1997 ; l'article 2 du *Foreign Private Investment (Promotion and Protection) Act*, 1980 (*Act n° XI of 1980*) du Bangladesh ; l'article 2 de l'*Investment Promotion Act* de 2004 du Kenya.

¹⁵ Sur ce problème, v. notamment J. MATRINGE, « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux. Aspects récents*, Ch. LEBEN (dir.), Paris/Louvain-la-Neuve, LGDJ/Anthemis, 2010, pp. 45-83.

¹⁶ Rapport des Administrateurs, partie V relative à la « Compétence du Centre », § 27 : « Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme "investissement", compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25(4)) ».

¹⁷ C'est dans ce sens, semble-t-il, que la question fut comprise dans les négociations de la Convention CIRDI qui révélèrent une vraie ambiguïté sur la question de savoir s'il existe une notion « objective » ou non : A. BROCHES, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction », 5 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, pp. 263-280, 268.

En somme, l'investissement dont il est question dans ces énoncés n'est pas un investissement abstrait ou objectif, mais ce qu'on pourrait appeler, en réalité avec des réserves, « un investissement protégé ».

B. L'assimilation trompeuse de l'« investissement protégé » et de l'« investissement »

Cette façon d'appréhender la définition du mot investissement ne poserait presque aucune difficulté (hormis la confusion entre champ d'application du traité et compétence du tribunal) si certains discours arbitraux et le discours doctrinal dominant ne faisaient pas comme si ces exercices de définition produisaient une notion générale ou objective d'« investissement ». En généralisant ce qui ne peut pas l'être, ces discours produisent une ambiguïté qui consiste dans une confusion d'une prétendue notion d'investissement et des investissements protégés ou justiciables.

Une excellente illustration de ce phénomène est le discours très général selon lequel il existerait dans le cadre du CIRDI, en opposition à une définition « subjective » (celle posée par les parties au différend), une définition « objective » du mot investissement qui découlerait – de l'esprit sinon de la lettre – de la Convention de Washington elle-même. On sait en effet que cette convention qui institua le Centre international pour le règlement des différends relatifs, précisément, aux investissements, n'a pas défini ce mot qui détermine pourtant le cœur de la compétence de ses tribunaux et il est admis, on l'a vu, que cette absence de définition fut volontaire pour laisser un certain jeu à la volonté des parties qui saisiraient le Centre. Certains tribunaux institués dans le cadre du CIRDI estiment que l'examen de l'existence d'un investissement, en tant qu'il participe de l'établissement de leur compétence, ne saurait s'épuiser dans l'examen de la volonté des parties au différend, mais dépend également du statut qui leur est applicable, c'est-à-dire la convention de 1965. Ils estiment ainsi qu'il existe, malgré l'absence de définition dans ce texte, une notion d'investissement au sens de cette convention à laquelle ils confrontent ce qui leur est soumis¹⁸,

¹⁸ Pour une telle approche, entre autres, Tribunal CIRDI, *Fedax N.V. c. République du Venezuela*, aff. n° ARB/96/3, décision sur la compétence du 11 juillet 1997, *JDI* 1999, p. 278, trad. et obs. E. GAILLARD, §§ 20 et s. ; Tribunal CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovaquie*, aff. n° ARB/97/4, décision sur la compétence du 24 mai 1999, 5 *ICSID Rep.* 335 (2002), trad. E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, 1105 p., p. 577, § 68 ; Tribunal CIRDI, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, 42 *ILM* 609 (2003) ; *JDI*, 2002, p. 196, obs. E. GAILLARD, §§ 43 et s., spécialement §§ 44 et 52 ; Tribunal CIRDI, *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, aff. n° ARB/00/2, 15 mars 2002, *ICSID Review* 2002, vol. 17, p. 142, pp. 151 et s. ; Tribunal CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/01/13, décision sur la compétence du 6 août 2003, § 133 ; Tribunal CIRDI, *IBM World Trade Corporation c. République d'Equateur*, aff. n° ARB/02/10, décision sur la compétence du 22 décembre 2003, §§ 38 et s. ; Tribunal CIRDI, *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, 9 février 2004, §§ 55-56 (et Comité d'annulation CIRDI, *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, aff. n° ARB/99/7, décision du 1^{er} novembre 2006, *JDI* 2007, p. 340, obs. E. GAILLARD, § 25) ; Tribunal CIRDI, *Tokios Tokelès c. Ukraine*, aff. n° ARB/02/18, sentence du 29 avril 2004, § 79 ; Tribunal CIRDI, *Joy Mining Machinery Ltd. c. République arabe d'Egypte*, aff. n° ARB/03/11, sentence sur la

même si ce contrôle peut ne pas être contraignant¹⁹. Certains autres décident que, dans la mesure où leur compétence est fondée sur le consentement des parties au différend, ils doivent s'en remettre à la volonté de celles-ci et tenir pour investissement tout ce que celles-ci auront voulu leur présenter comme tel, sous réserve des exclusions unilatérales faites par les Etats parties au titre de l'article 25, § 4²⁰.

Il est évident que la compétence des tribunaux CIRDI ne saurait dépendre du seul accord des parties au différend puisqu'elle est régie par la Convention de 1965 qui constitue le statut du tribunal – et s'impose donc à lui à ce titre – et a un objet différent de celui d'une clause d'engagement juridictionnel²¹. La question est seulement de savoir si cette convention dit quelque chose sur la notion d'investissement, les tribunaux ne s'entendant pas sur ce point puisque les premiers estiment qu'elles est porteuse d'une définition qui détermine leur compétence et que les seconds considèrent qu'elle a implicitement renvoyé à l'accord des parties et permet donc que ces dernières y mettent ce qu'elles veulent.

On observe cependant dans le premier discours – surtout dans le discours doctrinal relatif à ce discours – un jeu d'objectivation selon lequel tout se passe comme s'il existait une notion d'investissement qui n'est produite ni par les auteurs de ladite convention ou les tribunaux eux-mêmes ni par les Etats, mais existerait comme abstraitement. Or, ce discours dit « objectif » par la doctrine

compétence du 6 août 2004, *JDI* 2005, p. 163, obs. E. GAILLARD, §§ 42 et s. ; Tribunal CIRDI, *Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. République démocratique et populaire d'Algérie*, aff. n° ARB/03/08, sentence sur la compétence du 10 janvier 2005, *ICSID Review* 2004, vol. 19, p. 426 ; *JDI*, 2006, p. 237, trad. et obs. E. GAILLARD, § 13 ; Tribunal CIRDI, *AES Corporation c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/02/17, décision sur la compétence du 26 avril 2005, §§ 23 et s. ; Tribunal CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/03/29, décision sur la compétence du 14 novembre 2005, §§ 122-138 ; Tribunal CIRDI, *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. Egypte*, aff. n° ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2006, § 90 ; Tribunal CIRDI, *M.C.I. Power group L.C. and New Turbine, Inc. c. République d'Equateur*, aff. n° ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007, §§ 157-166 ; Tribunal CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, aff. n° ARB/98/2, sentence arbitrale du 8 mai 2008, extraits in *JDI* 2009, p. 369, chron. E. GAILLARD, spéc. §§ 118 et 230-232 ; Tribunal CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. République unie de Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22, 24 juillet 2008, §§ 310 et s. ; Tribunal CIRDI, *Pantehniki SA Contractors & Engineers c. Albanie*, aff. n° ARB/07/21, sentence du 30 juillet 2009, §§ 32-49 ; Tribunal CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, aff. n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010, §§ 241 et 254.

¹⁹ Il est alors ambigu. Voir, p. ex., Tribunal CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH, c. Ukraine*, aff. n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010, §§ 313-315.

²⁰ En ce sens, il y a fusion de la condition d'investissement avec celle relative au consentement ainsi que formulé par W. BEN HAMIDA, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *Gaz. Pal.* 15 décembre 2007, n° 349, p. 33, § 3. Pour une telle approche, v. notamment Tribunal CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, aff. n° ARB/95/3, sentence du 10 février 1999, *ICSID Review* 2000, vol. 15, p. 457, § 83 ; Tribunal CIRDI, *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, aff. n° ARB/00/9, sentence du 16 septembre 2003, 44 *ILM* 404 (2005), §§ 8.1 et s. De même, bien que de manière compliquée : Comité d'annulation CIRDI, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. n° ARB/05/10, 16 avril 2009, §§ 57 et s.

²¹ V., en ce sens, I. FADLALLAH, « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ? », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC, 2005, pp. 259-268, 265.

n'est aucunement porteur d'une définition objective du mot investissement indépendante de sa considération aux fins d'appréciation de la compétence des tribunaux CIRDI saisis. Dit autrement, les investissements définis par ces tribunaux ne sont pas des investissements « objectifs », mais seulement – et au mieux – des investissements justiciables des mécanismes arbitraux du CIRDI.

Participe également de ce phénomène la confusion entre investissement et investissement protégé qu'on trouve dans certains discours actuels qui portent sur l'exigence de légalité des investissements. Un certain nombre de traités et codes d'investissement, en effet, exigent que l'investissement qui fait l'objet du régime qu'ils posent doit être régulièrement constitué sur le territoire de l'Etat d'accueil. Dans un certain nombre de traités, cette exigence est posée dans la clause qui porte définition du mot investissement en ce sens que cette définition paraît poser comme élément le fait que l'investissement soit conforme au droit de l'Etat d'accueil²². Se fondant sur un tel type de clause, certains tribunaux posent cette question de légalité comme élément de définition du mot investissement et, en vertu d'un raisonnement qui nous échappe encore²³, comme une condition de leur compétence²⁴. Il découle de cette manière de procéder des ambiguïtés puisque les énoncés relatifs à ce genre de clause vont afficher comme éléments d'une définition du mot investissement des éléments qui devraient en être exclus²⁵.

On l'a déjà écrit, on ne croit pas que la légalité de l'investissement puisse relever d'une définition du mot investissement pris abstraitement²⁶. Elle permet au mieux de déterminer ceux qui peuvent être protégés par le traité²⁷. Nul système juridique, par exemple, ne dit d'un contrat irrégulier qu'il ne répond pas à la définition du mot contrat. La question de l'irrégularité éventuelle d'un

²² Clause que ne comprennent pas le Traité sur la Charte de l'énergie ou l'ALENA. On trouve déjà cette préoccupation dans le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers adopté par le Conseil le 12 octobre 1967.

²³ V. J. MATRINGE, « La condition de légalité des investissements et le procès arbitral », *Rev. arb.*, 2010, n° 4, pp. 928-933.

²⁴ P. ex., Tribunal CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH, c. Ukraine*, aff. n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010, § 298.

²⁵ Sur ce dernier point, dans notre sens, notamment, U. KRIEBAUM, « Investment Arbitration – Illegal Investments », *Austrian Arbitration Yearbook*, 2010, pp. 307-335, *passim* ; S. MANCIAUX, « Actualité de la notion d'investissement international », in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux. Aspects récents*, Ch. LEBEN (dir.), Paris/Louvain-la-Neuve, LGDJ/Anthemis, 2010, pp. 145-173, 145, note 2 ; B. POULAIN, « La conformité de l'investissement au droit local dans le contentieux investisseur-Etat », *Cah. arb.*, Recueil IV, Paris, Pedone, 2008, pp. 440-444, § 6.

²⁶ En ce sens, Tribunal CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/03/29, décision sur la compétence du 14 novembre 2005, *JDI* 2006, p. 350, trad. extraits et obs. E. GAILLARD, § 109 ; Tribunal CIRDI, *Desert Line Projects LLC c. République du Yémen*, aff. n° ARB/05/17, 6 février 2008, § 104 ; Tribunal CIRDI, *Mr. Saba Fakes c. République de Turquie*, aff. n° ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010, §§ 112 et 114. De même, Tribunal CIRDI, *Railroad Development Corporation (RDC) c. République du Guatemala*, aff. n° ARB/07/23, deuxième décision sur la compétence du 18 mai 2010, § 140.

²⁷ En ce sens, Tribunal CIRDI, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, 2 juillet 2001, *op. cit.*, § 46 ; Tribunal CIRDI, *LESI SpA et ASTALDI SpA c. République algérienne démocratique et populaire*, aff. n° ARB/05/3, décision du 12 juillet 2006, § 83.

investissement concerne son efficacité juridique entre les parties audit contrat, question qui relève de l'office du juge dont elle n'affecte pas la compétence²⁸. Car cette exigence de légalité a pour unique objet de limiter la protection offerte par les instruments qui la posent aux seuls investissements légalement formés et d'éviter que soient protégées des opérations illégales²⁹, protection de fond ou protection processuelle qui devrait prendre alors la figure d'une irrecevabilité de la demande plutôt que d'une incompétence du tribunal. L'illégalité de l'investissement dans le cadre de ces énoncés conventionnels ne devrait donc pas signifier que les opérations litigieuses ne sont pas des investissements, mais, éventuellement, des « investissements protégés » par eux³⁰.

II. LES ÉNONCÉS DÉFINISSANT LES INVESTISSEMENTS PROTÉGÉS

Des énoncés qu'on vient de voir, ce qui pourrait d'une manière générale ressembler à un investissement protégé fait penser de prime abord à la vieille définition des biens étrangers protégés par le standard minimum de traitement des étrangers. Cela nous semble vrai, que la définition du mot s'inscrive dans une logique de détermination d'éléments constitutifs nécessaires à l'investissement ou dans celle d'une appréciation plus globale qu'éclairerait la présence de certaines caractéristiques illustratives. Il faut cependant préciser l'affirmation.

²⁸ En ce sens, notamment, Tribunal CIRDI, *IBM World Trade Corporation c. République d'Equateur*, aff. n° ARB/02/10, décision sur la compétence du 22 décembre 2003, § 16. V. aussi sur ce point sans se référer à une clause de légalité dans le TBI : Tribunal CIRDI, *World Duty Free Company Limited c. République du Kenya*, aff. n° ARB/00/7, sentence du 4 octobre 2006, §§ 187 et s.

²⁹ V. notamment Tribunal CIRDI, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, 23 juillet 2001, *op. cit.*, § 46, repris in Tribunal CIRDI, *Tokios Tokelès c. Ukraine*, 29 avril 2004, *op. cit.*, § 84. De même, Tribunal CIRDI, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. République du Salvador*, aff. n° ARB/03/26, sentence du 2 août 2006, § 203 : tout investissement fait contrairement à la loi d'accueil est hors de la protection de l'accord (et « donc » de la compétence du tribunal) ; Tribunal CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, aff. n° ARB/03/25, sentence du 16 août 2007, § 404 : la définition de l'investissement dans le traité posant la condition de formation conforme, et l'investisseur n'ayant pas constitué son investissement conformément au droit philippin, ce dernier n'est pas un investissement couvert par le traité (or, comme il est la base de compétence du tribunal, la demande doit être rejetée pour incompétence *ratione materiae*). De même, en l'absence de clause de légalité dans le Traité sur la Charte de l'énergie atomique : Tribunal CIRDI, *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, aff. n° ARB/03/24, sentence du 27 août 2008, §§ 135-146.

³⁰ Il n'est pas sûr, en outre, que l'exigence posée par les traités doive être conçue comme une exigence de régularité à proprement parler. L'exigence de conformité semble devoir se comprendre dans un autre esprit, moins formel, mais plus matériel : l'investissement doit être fait conformément aux exigences non de validité, mais de fond que l'Etat pose à l'accueil des investissements. Si, en effet, l'Etat a une politique en matière d'investissement, il la posera dans son code d'investissement et la clause de conformité signifie que les investissements étrangers doivent s'y conformer pour pouvoir bénéficier de la protection. V. J. WEBER, « Balancing Private and Public Interests in International Investment IAs », in *UNCTAD Expert Meeting on Development implications of International Investments Rule Making*, 28-29 June 2007.

A. Le double mouvement de la notion

1. La notion « classique »

Le terme investissement semble être apparu, après la Seconde guerre mondiale, pour désigner quelque chose de plus précis que les classiques biens des étrangers desquels rien ne semblait exclu³¹, le droit international protégeant déjà les droits contractuels de l'étranger³². Il s'agissait de s'intéresser essentiellement aux apports étrangers en propriété qui pouvaient se réaliser de deux grandes manières. L'apport consistait soit dans la création de nouvelles sociétés sur le territoire de l'Etat d'accueil dont le capital social relevait de la personne étrangère ou pouvait être partagé entre elle (généralement majoritaire) et des entités locales, soit par une prise de participation (généralement majoritaire) dans le capital social d'entreprises déjà constituées sur le territoire de l'Etat d'accueil³³. Il fallait en tout état de cause que l'investisseur puisse exercer un contrôle ou une influence significative sur la gestion de cette entreprise³⁴. On trouve trace de cette conception dans certains codes d'investissement³⁵ ainsi que, notamment, dans le cadre de la Définition de référence des investissements

³¹ En ce sens, sur ce dernier point, entre autres, v. R. ARNOLD, « Aliens », in *Encyclopedia of Public International Law*, R. Bernhardt (ed.), 1992, vol. 1, p. 102, 106 ; A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, op. cit., pp. 1 et s. V. aussi, comme exemple de jurisprudence, *David Goldenberg et fils c. Etat allemand (Allemagne c. Roumanie)*, 27 septembre 1928, RSA, vol. II, p. 901, 909, ou un instrument comme le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers adopté par le Conseil le 12 octobre 1967 dans lequel la notion de biens englobait les investissements, qui n'en étaient qu'une manifestation. La note 2 précisait en effet au sujet de l'objet de la protection : « En droit international les règles figurant dans la Convention et en particulier à l'article premier s'appliquent aux « biens » dans l'acception la plus large du terme qui englobe les investissements sans s'y limiter. De même, l'article 9 c) dispose : « [l]e terme "biens" désigne tous les biens, droits et intérêts, détenus directement ou indirectement, y compris les intérêts que le membre d'une société est censé avoir dans les biens de la société » et la note y adossée : « La définition de ce terme qui figure au paragraphe c) et qui est conforme à la pratique juridique internationale montre qu'il est employé dans son acception la plus large qui englobe, non limitativement d'ailleurs, les investissements ». Pour une comparaison, en ce sens, entre l'approche du projet de 1967 et le « premier TBI moderne entre l'Allemagne et le Pakistan », v. M. SASSON, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration. The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*, Kluwer Law International, 2010, 266 p., p. 29.

³² Voir, en ce sens, L. CAVARÉ, *Le droit international public positif*, Tome I : *La notion de droit international public ; Structure de la société internationale*, 3e éd. mise à jour J.-P. QUÉNEUDEC, Paris, Pedone, 1967, 806 p., p. 303 et J. MATRINGE, « Les effets juridiques internationaux des engagements des personnes privées », in *Le sujet en droit international*, colloque de la SFDI, Paris, Pedone, 2005, 170 p., pp. 117-156, pp. 119 et s.

³³ V. ainsi Ch. OMAN, « Diversification des stratégies d'investissements dans le contexte des rapports Nord-Sud », in *Les investissements français dans le tiers monde*, J. BOURRINET (dir.), Paris, Economica, 1984, pp. 37-58, p. 37. V. également P. JUILLARD, « Chronique de droit international économique. Investissements privés », *AFDI*, 1984, pp. 773-781.

³⁴ V. notamment R. PRITCHARD, « The Contemporary Challenges of Economic Development », in *Economic Development, Foreign Investment and the Law. Issues of Private Sector Involvement, Foreign Investment and the Rule of Law in a New Area*, R. PRITCHARD (ed.), London/The Hague/Boston, Kluwer Law International and International Bar Association, 1996, pp. 1-11, note 8.

³⁵ Voir, p. ex., le code précité de la République démocratique du Congo, article 2 c) définissant l'investissement étranger direct comme « [t]out investissement dont la participation étrangère dans le capital social d'une entreprise dans laquelle l'investissement réalisé est au moins égale à 10% ».

directs internationaux de 2008 de l'OCDE centrée sur l'entreprise et les mouvements financiers³⁶ ou dans la révision de 2004 du Manuel de la balance des paiements du FMI³⁷.

Une doctrine importante apparut ensuite très rapidement qui dégagait une conception « traditionnelle » ou « classique » de l'investissement³⁸, peut-être un peu plus compréhensive, qui s'articule avec quelques variantes sur trois ou quatre grands caractères. Il faut un apport (financier, de savoir-faire, en matériel) de l'investisseur « sur » le territoire de l'Etat étranger (sous réserve de ce que peut signifier une telle condition de territorialité pour les opérations financières immatérielles ou les droits contractuels) ; que cet apport s'inscrive dans une certaine durée (ce qui permet de le distinguer de l'investissement purement spéculatif et de la transaction commerciale instantanée) ; qu'il soit constitué aux risques et périls économiques de l'investisseur qui supportera les pertes ou recueillera les produits de l'opération ; et qu'il comprenne, si ce caractère n'est pas inclus dans l'un des précédents, la possibilité d'exercer une influence ou un contrôle dans la gestion de l'opération économique, notamment une entreprise locale si l'investissement consiste dans la prise de participation dans le capital d'une telle société ou dans la constitution d'une société³⁹.

Cette définition, qu'on trouve dans le modèle américain de TBI⁴⁰, ne paraît cependant plus pouvoir rendre compte de manière fidèle des énoncés des nouveaux traités de protection des investissements et codes d'investissement ni de la pratique arbitrale.

³⁶ *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, 4^{ème} éd., 2008, en particulier p. 17, § 11 et p. 25, § 29. Selon cet instrument, « [l']investissement direct est un type d'investissement transnational effectué par le résident d'une économie ("l'investisseur direct") afin d'établir un intérêt durable dans une entreprise ("l'entreprise d'investissement direct") qui est résidente d'une autre économie que celle de l'investisseur direct », cet intérêt durable consistant dans l'exercice par le premier d'une influence significative sur la gestion de la seconde. La participation au capital est le critère décisif pour l'IDE, car le principal objectif de l'investisseur direct est d'exercer cette influence ou un contrôle sur l'entreprise, contrairement à l'investisseur de portefeuille. V. également OCDE, *Code de la libération des mouvements de capitaux*, Annexe A portant listes de libération des mouvements de capitaux, Liste A, I. Investissements directs.

³⁷ *Révision du Manuel de la balance des paiements*, 5^{ème} éd., FMI, 2004, p. 80, § 5.13 : par le concept d'investissement direct, « on entend des placements qui sont effectués par l'investisseur en vue d'acquiescer un intérêt durable dans une entité et lui confèrent un pouvoir de décision effectif sur la gestion de celle-ci, et dont le comportement a, par conséquent, tendance à différer de celui d'autres types d'investissement ».

³⁸ E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009, pp. 17-32, § 4.

³⁹ En ce sens, D. CARREAU, V^o Investissements, *op. cit.*, §§ 74 et 98.

⁴⁰ « "Investment" means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include [...] ».

2. L'extension de la notion

Car un mouvement ultérieur des instruments relatifs aux investissements internationaux a fait apparaître de nouvelles formes d'opérations économiques qualifiées d'investissements. La notion a gagné en extension pour dépasser l'investissement originel en propriété, ce qui était déjà intégré dans la définition « traditionnelle », et inclure toute une série d'apports sans prise de participation dans le capital social d'une entreprise ou avec une prise minimale.

Les définitions de l'investissement qu'on trouve dans les traités sont aujourd'hui particulièrement larges ainsi que cela a pu être constaté par les tribunaux arbitraux⁴¹. D'une manière générale, ces traités, bilatéraux ou multilatéraux comme le Traité sur la Charte de l'énergie ou l'ALENA, couvrent tous les biens au sens d'actifs étrangers, certains exigeant tout de même qu'ils présentent certaines caractéristiques comme un engagement, l'attente de profits ou gains ou une prise de risque⁴².

La définition généralement adoptée des investissements « protégés » correspond ainsi largement à la catégorie des biens étrangers protégés par le droit international du XIX^{ème} siècle⁴³, au détriment de l'idée initiale que l'investissement n'était pas tant un apport figé qu'une opération économique⁴⁴.

⁴¹ V. notamment Tribunal CIRDI, *Fedax N.V. c. République du Venezuela*, décision sur la compétence du 11 juillet 1997, *op. cit.*, § 34 ; Tribunal CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/8, décision sur la compétence du 17 juillet 2003, 42 *ILM* 788 (2003), § 50.

⁴² V. ainsi le modèle américain de TBI de 2004 précité. V. aussi les notes à l'article 2 du projet AMI. Alors que ce dernier énonçait : « [o]n entend par "investissement" : Tout type d'actif détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur, notamment [...] », la note 1 précisait que cette large définition exigeait qu'on étudie de plus près des sauvegardes adéquates et la note 2 énonçait qu'il faudrait une note interprétative indiquant que, pour être considéré comme un investissement dans le cadre de l'AMI, un actif devrait avoir les caractéristiques d'un investissement, notamment l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente d'un gain ou d'un bénéfice, ou la prise en charge d'un risque.

⁴³ Pour un même constat, I. FADLALLAH, « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ? », *op. cit.*, p. 260. V. aussi P. JUILLARD, « Les rapports juridiques bilatéraux entre la France et les pays du tiers monde », in *Les investissements français dans le tiers monde*, J. BOURRINET (dir.), Paris, Economica, 1984, pp. 83-110, 84 et « Chronique de droit international économique. Investissements privés », *op. cit.*, § 7, où l'auteur remarque que les instruments bilatéraux sur l'encouragement des investissements sont « en réalité consacrés non pas au traitement et à la protection des investissements internationaux, mais au traitement et à la protection des biens étrangers – en ce compris les investissements internationaux », de sorte qu'ils remplacent les dispositions des anciens modèles qui définissaient avant le statut juridique des biens étrangers. Plutôt qu'accepter d'étendre la catégorie « investissements », l'auteur estime que ces traités qui se disent pourtant applicables à des investissements sont en réalité applicables à une multitude de choses dont les investissements ne sont qu'un élément.

⁴⁴ V. E. SILVA-ROMERO, « Observations sur la notion d'investissement après la sentence *Phoenix* », *Cah. arb.*, 20 octobre 2011, n° 4, pp. 987 et s. : « 15. [L]es listes d'investissements dans les TBI constituent plutôt des listes d'actifs. Elles ne sauraient être considérées comme des catalogues d'"investissements". Ce sont des énumérations de "biens des étrangers". 16. Le mot "investissement" revêt en réalité deux sens. Dans le premier sens, il désigne une action, consistant à affecter certains biens à une entreprise. Dans le second sens, il désigne les biens investis. Dès lors que le traité se borne à énumérer les diverses sortes de biens susceptibles d'être investis, et dès lors protégés,

Il semble même qu'elle l'étende, la notion d'investissement englobant et dépassant celle de propriété qu'à l'origine elle devait limiter. Sont ainsi appelés investissements, outre toute une série de techniques contractuelles dont la violation par l'Etat qui y était partie engageait déjà la responsabilité de celui-ci, des droits de propriété intellectuelle ou de simples droits contractuels privés sans une quelconque « participation » ou un « apport » ou sans les conditions de durée ou de risque exigées par la définition « traditionnelle » de l'investissement direct⁴⁵. L'investissement protégé par ces traités recouvre également des objets et opérations juridiques bien plus larges que la notion « traditionnelle » articulée autour de l'idée d'un apport (quelle que soit sa nature).

On observe cette même extension dans les codes d'investissement⁴⁶, certains pouvant ramener l'investissement à une opération commerciale ou prestation de services⁴⁷. Cette extension de la catégorie des investissements protégés basée sur la notion d'actif est également consacrée par une jurisprudence qui n'exige pas les éléments du noyau classique, mais qui, partant de la notion dégagée par le TBI d'actif, de bien ou d'avoir, se contente d'un apport financier ou autre et de l'attente d'un profit⁴⁸.

Il n'est pas question dans ce schéma d'exigence de développement, que ce soit dans la définition de l'investissement protégé ou dans son régime. Il conviendrait donc de dire que l'investissement protégé comprend généralement l'ensemble des biens et droits constitués par une personne privée « sur » le territoire d'un

il n'aborde pas la question de savoir en quoi consiste l'action d'investir. La réponse à ces questions doit être cherchée ailleurs que dans la liste des biens, objets possibles des investissements ».

⁴⁵ V., en ce sens, A.R. PARRA, « The Scope of New Investment Laws and International Instruments », in *Economic Development, Foreign Investment and the Law. Issues of Private Sector Involvement, Foreign Investment and the Rule of Law in a New Area*, R. PRITCHARD (ed.), London/The Hague/Boston, Kluwer Law International and International Bar Association, 1996, pp. 27-44, 31.

⁴⁶ Ainsi n'est exigée que la participation sans condition à l'article 2 du décret législatif précité relatif à la promotion de l'investissement d'Algérie. V. également l'article 1.2 de la loi 2002-03 portant Code des investissements de Mauritanie : « Sont considérés comme investissements directs : les apports en nature, industrie ou capitaux sur le territoire mauritanien faits par des investisseurs, personnes physiques ou morales sans distinction de nationalité, de résidence, de taille d'entreprise ou de volume d'investissement ».

⁴⁷ V. l'article 4 de la Charte de l'investissement du Cameroun précitée : « Est considéré comme investissement au sens de la présente loi, un actif détenu par un investisseur, en particulier : une entreprise ; les actions, parts de capital ou autres formes de participation au capital d'une entreprise ; les obligations et autres titres de créances ; les créances monétaires ; les droits de propriété intellectuelle ; les droits au titre des contrats à moyen et long terme notamment les contrats de gestion, de production, de commercialisation ; les droits conférés par la loi et les règlements notamment les concessions, licences, autorisations ou permis ; tout autre bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, tous les droits connexes de propriété ». De même, l'article 1^{er} de la loi n° 95-015/AF du 30 juin 1995 portant Code des investissements des Comores : « Le présent Code régit toute forme d'investissement, direct ou indirect, réalisé par apports de capitaux, de biens, de matériels, de services, de licences, de technologies de savoir ou de savoir-faire ou par tout autre moyen constitutif d'avoir, en vue de l'exercice d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou de pêche ou de toute autre activité d'ordre économique ».

⁴⁸ V. ainsi Tribunal CIRDI, *Tokios Tokelès c. Ukraine*, aff. n° ARB/02/18, sentence du 29 avril 2004, spéc. § 75. V. aussi, au titre de l'existence d'un investissement au sens du TBI : Tribunal CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH, c. Ukraine*, aff. n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010, § 308.

Etat dont il n'a pas la nationalité⁴⁹ ou des activités économiques « situées sur » ce territoire⁵⁰. En ce sens, le droit des investissements d'aujourd'hui s'inscrit dans le prolongement de l'ancien droit des biens étrangers dont il se serait contenté d'étendre le champ d'application et de perfectionner les instruments. Dans cet esprit, le régime des investissements étrangers établi par les traités de promotion et protection des investissements consiste essentiellement en un ensemble d'obligations opposables à l'Etat d'accueil de l'investissement pour protéger les droits, avoirs et activités économiques des personnes privées étrangères ; le droit des investissements est un droit dont l'objet principal est cette protection dessinée originellement essentiellement par méfiance à l'égard de l'Etat d'accueil, communiste ou nouvellement indépendant⁵¹.

Cela a pu faire dire à certains auteurs que le glissement ou l'extension de la notion lui aurait fait perdre toute signification singulière ainsi qu'à sa réglementation⁵². D'autres auteurs contestent l'idée même que la notion d'investissement aurait changé, car une notion devrait, pour pouvoir exister, revêtir certaines qualités, notamment ne pas s'étendre à un nombre d'objets trop important et avoir une certaine compréhension⁵³. Certes, ce genre de définition peut ne pas satisfaire dans la mesure où elle ne permet pas toujours facilement de faire une claire distinction entre les investissements directs et de portefeuille ou entre les investissements directs et les transactions commerciales. On ne voit cependant pas d'où viendraient ces règles de définition d'une notion qui ne seraient que des conventions de langage relatives à des conventions de langage et porteraient ainsi en elles une notion de la notion – ou métanotion – qui serait impérative. En revanche, si rien n'interdit à notre sens de parler d'une notion d'investissement (protégé) qui embrasserait l'immensité des objets actuellement régis par les règles qu'on appelle « droit international des investissements », il est bien évident que le caractère signifiant de la notion se réduit d'autant ;

⁴⁹ En ce sens, Ch. LEBEN, « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986) », *JDI*, 1986, pp. 895-957, 944.

⁵⁰ Article 1^{er} de la loi n° 95-260 du 3 août 1995 portant Code des investissements de Côte d'Ivoire : « Le présent Code fixe les régimes d'incitations aux investissements réalisés par les personnes physiques ou morales, ivoiriennes ou étrangères, résidentes ou non, au titre de l'exercice de leurs activités ou de leur participation au capital des sociétés en Côte d'Ivoire, en vue d'encourager l'investissement privé et d'accroître la production nationale ».

⁵¹ En ce sens, entre autres, H. MANN, K. VON MOLTKE, L. E. PETERSON, A. COSBEY, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development, April 2005, <<http://www.iisd.org/>>, Introduction, p. 5. V. aussi M. JEZEWSKI, « Development Considerations in Defining Investment », in *Sustainable Development in World Investment Law*, M.-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING *et al.* (eds.), Global Trade Law Series, vol. 30, Kluwer Law International, 2011, pp. 215-235, 218 où les caractères de l'investissement résultent de l'approche actuelle du droit international des investissements qui se concentre sur la promotion et la protection des investissements et non sur d'autres considérations sociales de l'Etat hôte ou de l'Etat de nationalité de l'investisseur.

⁵² Dans ce sens, v. Ph. KAHN, « Les définitions de l'investissement international », in *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009, 268 p., pp. 11-16, 16.

⁵³ V. notamment P. JUILLARD, « Chronique de droit international économique. Investissements privés », *op. cit.*

elle n'est cependant pas « d'une compréhension nulle et d'une extension indéfinie »⁵⁴ même si elle conduit à revoir des catégories juridiques désormais anciennes⁵⁵. On peut donc peut-être regretter que la notion soit telle qu'elle est parce qu'on la trouverait trop large et pas assez excluante⁵⁶; on ne voit pas pourquoi l'invalider au nom de ce qu'elle devrait être ou, alors, il faut prendre le parti qu'on cherche à présenter une notion *a priori*, ce qu'une méthode positiviste d'analyse du droit rend particulièrement délicat...

3. Signification de l'évolution

Une nouvelle interrogation se pose par conséquent, qui concerne la détermination des rapports entre la branche du droit international applicable aux investissements – le « droit international des investissements » – et celle qui est applicable aux échanges de marchandises et prestations de services – le « droit international des échanges » –. Si, finalement, la notion d'investissement se dilue dans la notion de bien ou intérêt ou si les investissements sont liés à une transaction commerciale quand ils ne sont pas cette transaction elle-même contrairement aux notions originelle et traditionnelle⁵⁷, ne faudrait-il pas unifier le régime de ces opérations ou choses économiques, ainsi que l'OMC a essayé en vain de le faire ?⁵⁸ Se poserait alors la question de l'objet d'un tel régime des investissements, car soumettre ceux-ci aux règles de l'OMC consiste à les plonger sans ambiguïté dans la logique libérale qui gouverne aujourd'hui les échanges, ce qui risque de poser problème au regard du fait que, pour le moment, les énoncés les plus importants en la matière relèvent du giron de la Banque mondiale (principes directeurs de la BIRD pour le traitement de l'investissement étranger, Convention CIRDI ou Convention AMGI) qui n'obéissent en principe pas tout à fait à cette logique. D'où l'intérêt de la querelle sur l'existence ou non d'une condition d'apport d'une opération au développement de l'Etat d'accueil pour que cette opération puisse être qualifiée d'investissement, notamment au sein du CIRDI. Si cette condition devait exister, on voit mal comment les investissements pourraient échapper à la BIRD pour migrer résolument vers l'OMC. Si, en revanche, elle n'existait pas, les investissements n'auraient pas à rester cantonnés dans cette arène historique et pourraient très aisément être ingérés par le droit de l'OMC. Ce sont des enjeux de politique économique qui sont à l'œuvre.

⁵⁴ Expression de P. JUILLARD, *ibid.*, § 15, qui lui fait condamner l'idée qu'il y ait eu une nouvelle notion d'investissement qui aurait épousé de nouvelles formes d'investissements.

⁵⁵ En ce sens, Ch. LEBEN, « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986) », *op. cit.*, p. 946.

⁵⁶ En ce sens, S. MANCIAUX, « Actualité de la notion d'investissement international », *op. cit.*, *passim* qui cherche une définition – qu'il estime devoir être limitative – à l'aune de laquelle il approuve ou désapprouve les sentences observées.

⁵⁷ Sur la reconnaissance de nouveaux investissements, mais l'insistance d'un critère qui les distingue de la vente commerciale, v. C.-A. MICHALET, « Les nouveaux cadres de la coopération industrielle », in *Les investissements français dans le tiers monde*, J. BOURRINET (dir.), Paris, Economica, 1984, pp. 59-71, 68.

⁵⁸ Sur cette question, v. Ph. KAHN, « Les définitions de l'investissement international », *op. cit.*, pp. 14-15.

Or, si l'investissement a pu être présenté à un moment comme un instrument d'une politique juridique de développement économique⁵⁹, ce dont atteste le fait qu'il a été pris en charge par la BIRD et qu'il fait l'objet d'une attention très soutenue de la CNUCED et de l'OCDE⁶⁰, organisations internationales qui ont le développement comme objet exprimé, il est aujourd'hui un instrument de libéralisation des opérations économiques sans distinction⁶¹. En somme, pendant que l'investissement couvre tout ce qu'y mettent les énoncés juridiques contemporains, le droit des investissements ressemble étrangement à l'ancienne protection des biens étrangers gouvernée par une logique économique libérale qui se distingue d'ailleurs dans la pratique arbitrale de plus en plus difficilement du droit du commerce international applicable aux transactions commerciales ordinaires.

B. La place de l'exigence de la contribution au développement de l'Etat d'accueil

Si l'investissement devait contribuer au développement de l'Etat d'accueil, le droit international des investissements pourrait n'être qu'une partie du droit international économique, visant certaines opérations seulement et obéissant à une autre politique. Il est incontestable que cette approche a perdu beaucoup de terrain⁶².

En particulier, ce critère de la contribution du bien ou de l'opération au développement de l'Etat hôte n'est pas énoncé partout et, quand il est cité, n'a pas toujours la même place. Si le développement de l'Etat d'accueil peut être mentionné dans certains traités de promotion et protection des investissements, il ne figure jamais dans la définition même de l'investissement protégé par ces traités, mais sert au mieux, placé dans le préambule, à caractériser l'« esprit » de telle ou telle réglementation conventionnelle ou tout simplement à reconnaître les effets escomptés de celle-ci. Cette mention du développement n'apparaît également que de manière exceptionnelle dans les définitions de l'investissement des codes d'investissement⁶³. Cette exigence n'apparaît finalement dans la définition du mot investissement, outre dans certains discours doctrinaux, que dans certains énoncés juridictionnels très précisément situés dans le cadre du CIRDI. En ce sens donc, une telle exigence ne relève pas d'une notion généralement acceptée de l'investissement ou de l'investissement protégé⁶⁴.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁰ On remarquera que le préambule du projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers adopté par le Conseil le 12 octobre 1967 contenait un considérant dans lequel il était reconnu « qu'il importe de promouvoir les mouvements de capitaux nécessaires à l'activité et au développement économiques ».

⁶¹ En ce sens, M. JEZEWSKI, « Development Considerations in Defining Investment », *op. cit.*, p. 216.

⁶² Comme, d'une manière générale, avec l'explosion du contentieux et en particulier du contentieux relatif au contentieux, le droit substantiel étant délaissé au profit du droit processuel. Ainsi, à un droit en partie politique s'est substitué un droit de plus en plus technique et judiciaire.

⁶³ V. ainsi l'article 2 de la loi n° 91-048/AN-RM du 26 février 1991 portant Code des investissements du Mali : « Est considéré comme investissement, au sens du présent Code, le financement des immobilisations et du fonds de roulement initial dans le cadre d'un projet de développement ».

⁶⁴ Pour le rejet de ce critère, dans la définition de l'investissement, v. notamment F. HORCHANI, « Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissement », in *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle*. *op. cit.*, pp. 49-80, 66.

1. Les codes d'investissement et traités

Ces énoncés ne comprennent pas l'exigence, aux fins de définition, que les investissements contribuent au développement de l'Etat d'accueil. Les références au développement recensées dans les TBI sont cantonnées à leur préambule. C'est le cas notamment du modèle américain de TBI de 2004 qui ne comprend pas dans sa définition du mot investissement d'exigence en matière de développement de l'Etat d'accueil, mais dont le préambule comprend la formule « Recognizing that agreement on the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties »⁶⁵. On peut également lire dans le préambule du TBI France/Algérie du 13 février 1993 : « Convaincus que l'encouragement et la protection de ces investissements contribuent à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique ». On peut lire dans le même sens un grand nombre de préambules qui énoncent que le développement des investissements va accroître la prospérité des Etats parties⁶⁶. Cette pratique conventionnelle a pu faire dire à certains que les TBI reposent sur deux propositions élémentaires : l'investissement étranger tend à stimuler le développement économique et les protections juridiques fondamentales tendent à encourager et promouvoir cet investissement⁶⁷.

Plusieurs éléments incitent cependant à relativiser ces références au développement économique qu'il n'est pas nécessaire de trop préciser ici. Tout d'abord, outre la portée limitée des préambules des traités internationaux en droit international général, on notera que les tribunaux arbitraux se désintéressent très largement de ceux des TBI⁶⁸, étant plus divisés, on y reviendra, sur celui de la

⁶⁵ De même, n'exige pas une contribution au développement de l'Etat d'accueil dans la définition de l'investissement, mais s'y réfère dans le préambule, notamment, l'accord Argentine/Canada pour la promotion et la protection de l'investissement du 5 novembre 1991.

⁶⁶ En ce sens, entre autres, les TBI Royaume-Uni/Sierra Leone du 13 janvier 2000 et Allemagne/Bosnie-Herzégovine du 18 octobre 2011.

⁶⁷ B. LEGUM, « Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim ? », *Arbitration International*, 2006, vol. 22, issue 4, pp. 521-526, 521.

⁶⁸ En ce sens, notons deux décisions refusant de retenir le critère de la contribution au développement face à des TBI dont les préambules reconnaissent que le développement des investissements contribuerait au développement des Etats parties : Cour d'appel de Paris, arrêt du 25 septembre 2008, *République tchèque c. Monsieur Pren Nreka*, RGDIP, 2008, p. 954, note Y. NOUVEL, saisie d'une demande d'annulation d'une sentence rendue conformément au règlement d'arbitrage CNUDCI (TBI Croatie/République tchèque) et Tribunal CNUDCI, *Mytilineos Holdings SA c. Union de Serbie et de Monténégro et République de Serbie*, sentence partielle sur la compétence du 8 septembre 2006, §§ 112 et s. (TBI Grèce/Yougoslavie). V. également la position du tribunal dans l'affaire *Victor Pey Casado*, sentence du 8 mai 2008, §§ 374-375 : s'il peut éclairer le sens des dispositions des articles du traité, le préambule ne saurait poser, à lui seul, une condition supplémentaire qui ne figure pas dans le corps du traité. Or, ce dernier ne pose pas de difficulté particulière d'interprétation d'où il suit que le préambule, composé de trois brefs paragraphes rédigés en termes très généraux, reflète essentiellement le souhait de créer des conditions favorables à l'investissement entre les deux Etats parties, car il est clair que ces paragraphes ne contiennent aucune disposition de fond susceptible de créer des conditions supplémentaires à l'octroi de la protection offerte par le TBI. V. cependant le Comité d'annulation, saisi de l'affaire *Mitchell*, qui accorda un certain poids dans l'appréciation de l'exigence du développement dans le système CIRDI à la formule précitée du préambule du TBI Etats-Unis/République démocratique du Congo qui apparaît dans tous les traités bilatéraux des Etats-

Convention de Washington. On notera également que la référence au développement des Etats est souvent mise sur le même plan qu'une référence au développement des investissements et qu'il n'est pas toujours fait mention d'un rapport d'implication du premier par le second⁶⁹. Or si les deux peuvent être liés, il n'en est pas toujours ainsi. Au mieux, ces énoncés ne font généralement que « reconnaître » que la promotion et/ou la protection des investissements a pour effet ou peut avoir pour effet – lequel ne peut être que « factuel » – de contribuer au développement⁷⁰ ; ils ne « commandent » pas ni ne déclarent « vouloir » cet effet qui aurait pu – sous réserve de la question de la normativité d'énoncés de ce genre – être « de droit ». On remarquera au surplus que le développement dont il s'agit n'est généralement pas celui des seuls Etats en développement⁷¹. L'idée qui gouverne ces énoncés conventionnels serait donc qu'il n'y a pas à exiger qu'un investissement ait un effet de développement pour mériter la qualité juridique d'investissement parce qu'il l'aurait dans les faits et que cela ne concerne pas sa définition.

Le développement ne relève donc pas de la définition du mot investissement⁷². On observera en ce sens que, si le modèle d'accord de l'Institut international du

Unis et le modèle 2004 (*op. cit.*, § 32). V. également Tribunal CPA (CNUDCI), *Romak S.A. c. République d'Ouzbékistan*, affaire n° AA280, sentence du 26 novembre 2009, spéc. §§ 181 et s.

⁶⁹ *Cf.*, p. ex., le préambule de l'accord Chili/Turquie concernant la promotion et la protection réciproques des investissements du 21 août 1998 dont l'article portant définition n'exige pas de l'investissement qu'il contribue au développement de l'Etat d'accueil. De même, le préambule de l'accord Croatie/Finlande qui n'exige pas non plus le développement de l'Etat d'accueil comme caractère de l'investissement.

⁷⁰ En ce sens, notamment, les préambules des accords Autriche/Bosnie-Herzégovine et Chine/Djibouti pour la promotion et la protection des investissements des 2 octobre 2000 et 18 août 2003 dont les articles portant définitions n'exigent pas pour l'investissement que celui-ci contribue au développement de l'Etat d'accueil. Parfois, les TBI ne font que reconnaître l'importance de promouvoir les flux de capitaux pour l'activité économique et le développement. En ce sens, p. ex., le préambule de l'accord Australie/Egypte sur la promotion et la protection des investissements du 3 mai 2001 dont la clause portant définitions n'exige pas pour l'investissement qu'il contribue au développement de l'Etat d'accueil.

⁷¹ En ce sens, p. ex., le préambule de l'accord Bolivie/France des 25 octobre 1989, 18 mars 1992 et 17 décembre 1993 dont l'article portant définitions n'exige pas de l'investissement qu'il contribue au développement de l'Etat d'accueil (« Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique »). De même, les accords précités Chine/Djibouti et Croatie/Finlande.

⁷² V., en ce sens, Tribunal CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH, c. Ukraine*, aff. n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010, § 312 : « *The contribution-to-development criterion [...] would appear instead to reflect the consequences of the other criteria and brings little independent content to the inquiry. At the same time, the criterion invites a tribunal to engage in a post hoc evaluation of the business, economic, financial and/or policy assessments that prompted the claimant's activities. It would not be appropriate for such a form of second-guessing to drive a tribunal's jurisdictional analysis* ». V. encore Tribunal CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, aff. n° ARB/98/2, sentence arbitrale du 8 mai 2008, § 232, qui exclut la condition du développement de la « compétence » pour la renvoyer au fond, le développement étant une conséquence et non une condition de l'investissement, mais l'estime comprise dans les trois conditions classiques qu'elle apprécie au regard de la compétence... En faveur d'une telle position, E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », *op. cit.*, § 20. *Contra* : G.R.

développement durable se réfère à plusieurs reprises dans le préambule au développement durable et que si son article 1 énonce très clairement : « *The objective of this Agreement is to promote foreign investment that supports sustainable development, in particular in developing and least-developed countries* », cette exigence de contribution au développement ne figure pas dans la définition de l'investissement telle que celle-ci est posée à l'article 2 portant définitions, mais dans le corps du texte relatif aux obligations des investisseurs et des Etats d'accueil⁷³. C'est semble-t-il une meilleure manière d'intégrer une telle exigence, car un apport, même s'il réunit certaines caractéristiques, n'est pas intrinsèquement porteur de développement ou non. Tout dépend des circonstances d'espèce ou des modalités de sa constitution, de sa gestion et de sa terminaison, autant de modalités qui peuvent figurer dans le corps du traité, mais que ne peut pas comprendre une définition stipulative selon laquelle un investissement est un apport ou une opération qui contribue au développement de l'Etat d'accueil.

L'exigence de contribution au développement est également absente des définitions législatives. Quand le développement de l'Etat est mentionné, il l'est à d'autres endroits certainement plus pertinents⁷⁴.

2. Les énoncés juridictionnels

Dans les discours hors CIRDI, le critère de la participation de l'apport au développement de l'Etat d'accueil, en tant qu'il n'est pas mentionné dans la définition de l'investissement dans un TBI ou une loi applicable, a été considéré comme ne devant pas être pris en compte par un tribunal CNUDCI et une juridiction étatique en tant que juge de l'annulation d'une sentence CNUDCI quand bien même le préambule des TBI en jeu se réfèrent selon le schéma vu *supra* à l'objectif de développement⁷⁵.

DELAUME, « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *JDI*, 1982, pp. 775-843, pp. 800 et s.

⁷³ Ainsi, dans la partie relative aux obligations et devoirs des investisseurs et investissements, l'article 11 c); dans la partie 5 relative aux droits de l'Etat d'accueil, l'article 25, intitulé « *Inherent Rights of States* ». De même encore, dans la partie 6 relative aux droits et obligations de l'Etat d'origine de l'investisseur, l'article 29 concernant l'assistance et la facilitation de l'investissement étranger.

⁷⁴ Une autre manière d'intégrer un souci de contribution au développement sans en faire un caractère de l'investissement peut se trouver ainsi dans des énoncés comme le *Foreign Private Investment (Promotion and Protection) Act, 1980 (Act n° XI of 1980)* du Bangladesh qui adopte une définition très large de l'investissement (« *“Foreign private Investment” means investment of foreign capital by a person who is not a citizen of Bangladesh or by a company incorporated outside Bangladesh [...] c)*»), l'article 3.1 relatif à l'investissement privé énonçant « *The Government may, for the promotion of foreign private investment, sanction establishment with foreign capital of any industrial undertaking [...] c) which is likely to contribute to i) the development of capital, technical and managerial resources of Bangladesh; or [...] v) the economic development of the country in any other manner* ». De même, le Code haïtien adopte-t-il une définition très large de l'investissement, le développement apparaissant dans une autre disposition, l'article 1 qui énonce que le Code a pour objet de promouvoir la croissance et le développement économique d'Haïti en facilitant, libéralisant, stimulant et garantissant les investissements privés.

⁷⁵ Cour d'appel de Paris, arrêt du 25 septembre 2008, *République tchèque c. Monsieur Pren Nreka*, *RGDIP*, 2008, p. 954, note Y. NOUVEL, *op. cit.* V. aussi Tribunal CNUDCI, *Mytilineos Holdings SA*

Parmi les tribunaux CIRDI qui estiment que la convention de 1965 est porteuse d'une notion d'investissement qui gouverne leur compétence, il existe une césure entre ceux qui se contentent pour apprécier l'existence d'un investissement des conditions d'un apport, d'une certaine durée de l'opération et de la prise de risque et ceux qui ajoutent à ces conditions une contribution au développement du pays d'accueil en se fondant sur le préambule de la Convention de Washington.

a. L'exigence d'une contribution au développement

Plusieurs sentences se réfèrent à la décision sur la compétence prise dans l'affaire *Salini c. Maroc* qui identifia quatre éléments indicatifs de l'existence d'un investissement dans le cadre du CIRDI, en précisant que ces éléments peuvent être interdépendants et doivent être appréciés dans leur ensemble : 1) l'existence d'apports ; 2) une certaine durée de réalisation du projet ; 3) une participation aux risques de l'opération ; et 4) en vertu du préambule de la convention, une contribution au développement économique de l'Etat d'accueil⁷⁶.

Cela peut s'expliquer, dans le silence des instruments de protection des investissements, par le fait que les sentences internationales dont il s'agit ne sont pas des sentences de tribunaux *ad hoc* qui n'auraient à appliquer que ces instruments, mais des sentences rendues dans le cadre du CIRDI institué sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le « développement » qui ne peut en principe pas agir hors de son objet. En tant que cette convention a une dimension statutaire pour eux, les tribunaux doivent y

c. Union de Serbie et de Monténégro et République de Serbie, 8 septembre 2006, *op. cit.*, §§ 112 et s. (TBI Grèce/Yougoslavie). V. W. Ben HAMIDA, « Investment Treaties and Domestic Courts. Transnational Mosaic Reviving Thomas Walde Legacy », in *A Liber Amicorum: Thomas Wälde. Law Beyond Conventional Thought*, CMP Publ., octobre 2009 ; B. POULAIN, « Contribution au développement d'une conception large de la notion d'investissement », *Cah. arb.* 2008/4, pp. 51-54. V. toutefois Tribunal CNUDCI, *Alps Finance and Trade AG c. La République de Slovaquie*, sentence du 5 mars 2011, §§ 236-257, qui exige, sur le fondement du préambule du TBI, que l'investissement favorise la prospérité économique de l'Etat.

⁷⁶ Tribunal CIRDI, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, 23 juillet 2001, *op. cit.*, § 52. Reprennent, parfois avec des différences mineures, le test *Salini*, entre autres : Tribunal CIRDI, *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. c. Egypte*, 16 juin 2006, *op. cit.*, § 91 ; Comité d'annulation CIRDI, *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, 1^{er} novembre 2006, *op. cit.*, §§ 27 et s. ; Tribunal CIRDI, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. n° ARB/05/10, sentence du 17 mai 2007, §§ 124 et s. (sentence, on le sait, annulée notamment en raison de la place accordée par elle à ce critère. V. Comité d'annulation CIRDI, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. n° ARB/05/10, 16 avril 2009, § 80). Entre autres décisions, la sentence CIRDI du 15 avril 2009, *Phoenix Action, Ltd. c. République tchèque*, aff. n° ARB/06/5, entend substituer à cette condition le critère de la contribution à l'économie du pays (§ 85). Les décisions sur la compétence *Joy Mining Machinery Ltd. c. République arabe d'Egypte*, du 6 août 2004, *JDI* 2005, p. 163, chr. E. GAILLARD, § 53 et Tribunal CIRDI, *Helnan International Hotels A/S c. Egypte*, aff. n° ARB/05/19, 17 octobre 2006, § 77, se référant à des activités ne parlent pas d'un apport, mais exigent une régularité de profit et revenus. La décision sur la compétence précitée prise dans l'affaire *Fedax N.V. c. République du Venezuela* doit être distinguée de cet ensemble dans la mesure où après avoir examiné la notion d'investissement au titre de l'article 25 de la Convention CIRDI d'où il ne ressort aucune condition restrictive, puis la notion selon le TBI en cause, le tribunal ajouta, après avoir fait mention de la loi d'accueil, § 43 « un intérêt certain pour le développement du pays d'accueil », cela en liant expressément cette condition à la définition législative et non à une définition ontologique de l'investissement.

conformer leur pratique. Or, si on lit le rapport des Administrateurs de la BIRD sur la Convention CIRDI, la création de ce Centre semble avoir obéi à l'origine à un certain esprit qui était celui de faciliter les investissements aux fins de développement économique des Etats⁷⁷. De même, le premier alinéa du préambule de la convention invoque expressément « la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux »⁷⁸. L'idée était que les Etats en développement avaient besoin d'investissements pour se développer et qu'il fallait donc promouvoir ceux-ci, notamment en facilitant le règlement des contentieux qu'ils pourraient faire surgir. Certains tribunaux institués dans le cadre du Centre ont estimé qu'ils devaient prendre en compte cette finalité de celui-ci et que ne pouvaient relever de leur compétence que les investissements qui ont pour objet de participer au développement de l'Etat d'accueil. Ils ont de la sorte considéré que cette exigence relève de la signification du terme « investissement » et donc de sa définition⁷⁹ alors qu'on aurait très bien pu imaginer qu'elle soit prise en compte plutôt au niveau de l'interprétation des régimes qu'ils auraient eu à appliquer.

Bien sûr, dans le cadre d'une telle jurisprudence, des problèmes surgissent qu'on ne peut pas développer ici, notamment celui de la place du critère du développement économique, qui est parfois un critère supplémentaire aux critères économiques classiques, parfois un critère de reconnaissance alternatif à ceux-ci, parfois un critère contenu dans les autres ou révélé par eux⁸⁰. L'appréhension de la notion même de développement pose également des difficultés qu'il n'est pas utile de voir ici⁸¹.

⁷⁷ Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, § 9 : « En soumettant la Convention ci-jointe aux Gouvernements, les Administrateurs sont mus par le désir de renforcer la collaboration des pays à la cause du développement économique. La création d'une institution destinée à faciliter le règlement des différends entre Etats et investisseurs étrangers peut constituer une étape importante vers l'établissement d'un climat de confiance mutuelle et permettre ainsi de stimuler un plus large accès du capital international aux pays qui désirent l'attirer chez eux », E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, 1105 p., pp. 935-946.

⁷⁸ En ce sens, très clairement, Comité d'annulation CIRDI, 1^{er} novembre 2006, *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, *op. cit.*, paras 28-29.

⁷⁹ En ce sens, également Chr. SCHREUER, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge, CUP, 2001, 1266 p., pp. 83-344, « Article 25 [Jurisdiction] », p. 140, § 122.

⁸⁰ Il semble ainsi que la sentence CIRDI du 10 janvier 2005, *Conorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. République démocratique et populaire d'Algérie*, aff. n° ARB/03/08), *ICSID Rev. – FILJ* 2004, vol. 19 ; p. 426, *JDI*, 2006, p. 237, trad. et obs. E. GAILLARD, ait considéré que cet engagement substantiel dans le développement du pays est réalisé si les trois autres critères sont remplis. C'est ce que comprit et approuva la décision sur la compétence CIRDI *Bayindir Insaat c. Pakistan* du 14 novembre 2005, aff. n° ARB/03/29 estimant qu'il n'est pas distinct des autres, mais serait contenu en eux. De même, entre autres, sentence Tribunal CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, 8 mai 2008, *op. cit.*, § 232. La décision précitée Tribunal CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovaquie*, aff. n° ARB/97/4 24 mai 1999, est ambiguë.

⁸¹ Ainsi, dans la décision précitée *Salini c. Maroc*, elle semble se diluer dans le service de l'intérêt public (§ 57) et, dans la décision d'annulation également précitée *Mitchell*, peut avoir n'importe quelle valeur (§ 33.). V. aussi Tribunal CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente*

b. Le rejet du critère du développement

Dans le cadre du même CIRDI, des énoncés arbitraux n'utilisent pas⁸² ou rejettent⁸³ ce critère du développement de l'Etat d'accueil, décidant de s'en tenir aux énoncés des traités applicables et à la notion « traditionnelle » d'investissement. On notera en faveur de cette pratique que le rapport des Administrateurs de la BIRD sur la Convention CIRDI, après avoir énoncé, comme on le sait, que ceux-ci étaient mus par le désir de renforcer la collaboration des pays à la cause du développement économique, indiqua également, rabaisant la place de l'objectif de développement : « Bien que l'objectif principal de la Convention soit d'encourager l'investissement privé international, les dispositions de la convention sont conçues en vue de maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des Etats hôtes. En outre, la Convention permet tant aux Etats hôtes qu'aux investisseurs d'entamer la procédure et les Administrateurs ont eu pour constante préoccupation de prévoir des dispositions qui répondent aux besoins de deux situations ».

D'une manière générale, la méthode d'appréciation par les tribunaux de l'existence d'un investissement au sens de la Convention CIRDI n'est pas stabilisée, ce qui rejaillit nécessairement sur la place que devrait occuper l'exigence de la contribution au développement là où elle est reconnue. On sait en effet que les énoncés des tribunaux CIRDI qui considèrent qu'il existe une notion d'investissement au sens de la convention sont partagés entre deux approches⁸⁴. La première pose une définition de l'investissement qui comprend des éléments à réunir cumulativement, de sorte que l'absence de l'un d'entre eux disqualifie l'opération⁸⁵. La seconde part de l'idée qu'un investissement s'apprécie au regard de quelques caractéristiques variables à apprécier *in concreto*, l'appréciation d'ensemble faisant qu'on peut aboutir à qualifier une opération d'investissement même en l'absence d'une caractéristique⁸⁶.

Allende » c. *Chili*, 8 mai 2008, où il fut précisé *obiter dictum* que si la condition de contribution au développement de l'Etat d'accueil avait été requise ; elle aurait été satisfaite en l'espèce dans la mesure où l'acquisition et le développement du journal en question, dont le tirage était le plus important du pays, avait indubitablement participé à l'essor économique, social et culturel du pays.

⁸² En ce sens, entre autres, Tribunal CIRDI, *Fedax N.V. c. République du Venezuela*, décision sur la compétence du 11 juillet 1997, *op. cit.*, §§ 21-29.

⁸³ En ce sens, notamment Tribunal CIRDI, *Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. République démocratique et populaire d'Algérie*, 10 janvier 2005, *op. cit.*, § 13(iv). V. encore Tribunal CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH, c. Ukraine*, sentence du 8 novembre 2010, *op. cit.*, §§ 311-312, peut-être remis en cause par le paragraphe 113.

⁸⁴ Sur ce point, v. Tribunal CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, 8 mai 2008, *op. cit.*, § 231 et E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI » *op. cit.*, pp. 21 et s.

⁸⁵ En ce sens, entre autres, Tribunal CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili*, 8 mai 2008, *op. cit.*, § 232.

⁸⁶ En ce sens, notamment, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovaquie*, aff. n° ARB/97/4, *op. cit.*, § 90 ; Comité d'annulation CIRDI, *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, 1^{er} novembre 1006, *op. cit.*, § 27 ; Tribunal CIRDI, *MCI Power group L.C. and New Turbine, Inc. c. République d'Equateur*, aff. n° ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007, § 165 ; Tribunal CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. République unie de Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22, 24 juillet

Pour toutes ces raisons, il semble qu'on ne peut pas inclure cette exigence dans la définition du mot investissement⁸⁷. En tout état de cause, même dans le cadre du CIRDI, ainsi qu'on l'a dit en traitant des énoncés conventionnels, l'exigence de contribution au développement de l'Etat d'accueil ne saurait relever de la définition de l'investissement, mais, au mieux, de l'investissement justiciable dans certaines procédures arbitrales du CIRDI.

3. Signification

Si l'absence de la préoccupation du développement des Etats d'accueil dans la définition des investissements protégés ne commande en soi aucun régime particulier pour les investissements ni ne saurait suffire à dessiner une logique générale qui gouvernerait le droit applicable à ceux-ci, elle peut en être un indice. En ce sens, elle est peut-être un signe du fait que le droit des investissements ne se préoccupe pas particulièrement de ce développement, ce dont témoigne le régime qui leur est applicable. Il est évident que le droit des investissements n'est pas construit avec l'objet de favoriser à titre principal le développement des Etats d'accueil⁸⁸. Il s'inscrit en ce sens dans la lignée de l'ancienne condition des étrangers.

Cela ressort de manière très claire de la lecture des traités concernés, à part le Traité AMGI qui limite la garantie de l'Agence aux investissements qui contribuent au développement du pays d'accueil (sans toutefois faire de cette contribution un élément de définition des investissements). Ainsi qu'il a été remarqué⁸⁹, leur intitulé est éloquent en tant qu'ils montrent sans équivoque que leur objet principal est la protection des investissements étrangers et non celle du développement de l'Etat hôte. On voit en outre que ces traités ne contiennent en principe pas dans le corps de leurs prescriptions de normes ayant pour objet le développement ou la protection de ce développement ou peut-être de manière marginale comme, ainsi que dit *supra*, dans leur préambule ou dans des clauses d'aménagement de leurs obligations de traitement et protection des investissements étrangers.

Si la question du développement intéresse l'étude du droit des investissements, ce n'est par conséquent pas comme une fin juridique de celui-ci mais, dans le meilleur des cas, comme conséquence considérée comme factuelle ou comme

2008, §§ 316-318. En faveur de cette approche, I. FADLALLAH, « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ? », *op. cit.*, p. 267.

⁸⁷ Contre l'exigence d'une contribution au développement, dans le cadre du CIRDI, D. CARREAU, *V° Investissements*, *op. cit.*, §§ 81-82. V. aussi I. FADLALLAH, « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ? », *op. cit.*, p. 267 : « Le développement est une exigence politique : il n'est pas nécessaire d'en faire une condition juridique » et S. MANCIAUX, « Actualité de la notion d'investissement international », *op. cit.*, p. 170.

⁸⁸ Voir, en ce sens, entre autres, W. BEN HAMIDA, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », in *UNCTAD Expert Meeting on Development implications of International Investments Rule Making*, 28-29 June 2007 et L.G. MWAUNGULU, « Development Implications of International Investment Rule Making », *ibid.*

⁸⁹ V. J. KARL, « Development Dimension », in *UNCTAD Expert Meeting on Development implications of International Investments Rule Making*, 28-29 June 2007, §§ 3-4.

élément de certaines modélisations économiques souvent erronées (le développement des investissements entraînerait lui-même – et non doit avoir pour objet – le développement des Etats d'accueil). On le voit immédiatement, le droit des investissements n'est pas articulé autour de cette problématique, mais de celle de la protection de certains biens, droits et activités, comme hier la condition des étrangers, les nouvelles générations de traités commençant à peine à accorder une certaine attention aux intérêts des Etats d'accueil des investissements qu'ils protègent. Peut-être toutefois ces dernières inaugurent-elles un changement d'orientation du « droit international des investissements ».

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

- ARNOLD (R.), « Aliens », in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, R. Bernhardt (ed.), 1992, p. 102.
- BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *Gaz. Pal.* 15 décembre 2007, n° 349.
- « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », in *UNCTAD Expert Meeting on Development implications of International Investments Rule Making*, 28-29 June 2007.
 - « Investment Treaties and Domestic Courts. Transnational Mosaic Reviving Thomas Walde Legacy », in *A Liber Amicorum: Thomas Wälde. Law Beyond Conventional Thought*, CMP Publ., octobre 2009.
- BROCHES (A.), « The Convention on the Settlement of Investment Disputes : Some Observations on Jurisdiction », *5 Columbia Journal of Transnational Law* 1966, pp. 263-280.
- CARREAU (D.), *Répertoire international Dalloz*, V° Investissements, 2008, 52 p.
- CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 2003, 706 p.
- DELAUME (G.R.), « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *JDI* 1982, pp. 775-843.
- FADLALLAH (I.), « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ? », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC, 2005, pp. 259-268.
- GAILLARD (E.), « Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009, pp. 17-32.
- HORCHANI (F.), « Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissement », in *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009, pp. 49-80.
- JEZEWSKI (M.), « Development Considerations in Defining Investment », in *Sustainable Development in World Investment Law*, M.-C. CORDONIER SEGGER, M. W. GEHRING et al. (eds.), Global Trade Law Series, vol. 30, Kluwer Law Intern., 2011, pp. 215-235.
- JUILLARD (P.), « Les rapports juridiques bilatéraux entre la France et les pays du tiers monde », in J. BOURRINET (dir.), *Les investissements français dans le tiers monde*, Paris, Economica, 1984, pp. 83-110.

- « Chronique de droit international économique. Investissements privés », *AFDI* 1984, pp. 773-781.
- KAHN (Ph.), « Les définitions de l'investissement international », in *Le droit international économique à l'aube du XXI^{ème} siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009, 268 p., pp. 11-16.
- KARL (J.), « Development Dimension », in *UNCTAD Expert Meeting on Development implications of International Investments Rule Making*, 28-29 June 2007.
- LEBEN (Ch.), « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986) », *JDI*, 1986, pp. 895-957.
- LEGUM B., « Defining Investment and Investor : Who is Entitled to Claim ? », *Arbitration International*, 2006, vol. 22, Issue 4, pp. 521-526.
- MANCIAUX (S.), « Actualité de la notion d'investissement international », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux. Aspects récents*, Paris/Louvain-la-Neuve, LGDJ/Anthemis, 2010, pp. 145-173.
- MANN (H.), VON MOLTKE (K.), PETERSON (L. E.), COSBEY (A.), *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development, April 2005, [<http://www.iisd.org/>]
- MATRINCE (J.), « La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents*, Paris/Louvain-la-Neuve, LGDJ/Anthemis, 2010, pp. 45-83.
- MICHALET (C.-A.), « Les nouveaux cadres de la coopération industrielle », in J. BOURRINET (dir.), *Les investissements français dans le tiers monde*, Paris, Economica, 1984, pp. 59-71.
- MWAUNGULU (L.G.), « Development Implications of International Investment Rule Making », in *UNCTAD Expert Meeting on Development implications of International Investments Rule Making*, 28-29 June 2007.
- NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2008, 590 p.
- OMAN (Ch.), « Diversification des stratégies d'investissements dans le contexte des rapports Nord-Sud », in *Les investissements français dans le tiers monde*, J. BOURRINET (dir.), Paris, Economica, 1984, pp. 37-58.
- PARRA (A.R.), « The Scope of New Investment Laws and International Instruments », in R. PRITCHARD (ed.), *Economic Development, Foreign Investment and the Law. Issues of Private Sector Involvement, Foreign Investment and the Rule of Law in a New Area*, London/The Hague/Boston, Kluwer Law International and International Bar Association, 1996, pp. 27-44.
- POULAIN (B.), « La conformité de l'investissement au droit local dans le contentieux investisseur-Etat », *Cah. arb.*, Recueil IV, Paris, Pedone, 2008, pp. 440-444.
- « Contribution au développement d'une conception large de la notion d'investissement », *Cah. arb.* 2008/4, pp. 51-54.
- PRITCHARD (R.), « The Contemporary Challenges of Economic Development », in R. PRITCHARD (ed.), *Economic Development, Foreign Investment and the Law. Issues of private Sector Involvement, Foreign Investment and the Rule of Law in a New Area*, London/The Hague/Boston, Kluwer Law International and International Bar Association, 1996, pp. 1-11.

PARTIE I – CHAPITRE 3

- RUBINS (N.), « The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration », in N. HORN (ed.), *Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2004, pp. 283-324.
- SASSON (M.), *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration. The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*, Kluwer Law Intern., 2010, 266 p.
- SCHREUER (Chr.), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, CUP, 2001, 1266 p., pp. 83-344 (« Article 25 [Jurisdiction] »).
- SILVA-ROMERO (E.), « Observations sur la notion d’investissement après la sentence *Phoenix* », *Cah. Arb.*, 20 octobre 2011, n° 4, pp. 987 et s.
- WEBER (J.), « Balancing Private and Public Interests in International Investment IAs », in *UNCTAD Expert Meeting on Development implications of International Investments Rule Making*, 28-29 June 2007.

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ET ARBITRAGE TRANSNATIONAL

CHAPITRE 19

CONSENTEMENT À L'ARBITRAGE ET CLAUSE DE LA NATION
LA PLUS FAVORISÉE

par CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT

CHAPITRE 20

LA DISTINCTION *TREATY CLAIMS* – *CONTRACT CLAIMS*

par IBRAHIM FADLALLAH

CHAPITRE 21

COMPÉTENCE ET RECEVABILITÉ DANS LE DROIT DE L'ARBITRAGE
EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS

*par YAS BANIFATEMI
et EMMANUEL JACOMY*

CHAPITRE 22

LE DROIT APPLICABLE AUX ARBITRAGES EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS

par LAURIE ACHTOUK-SPIVAK

CHAPITRE 23

LES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES : À PROPOS DE QUELQUES
QUESTIONS RÉCURRENTES DANS L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS

*par ALEXIS MOURRE
et ALEXANDRE VAGENHEIM*

CHAPITRE 24

LES VOIES DE RECOURS DANS L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS

par LAURIE ACHTOUK-SPIVAK

CHAPITRE 25

LA COEXISTENCE DE PROCÉDURES CONTENTIEUSES
EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

par MATHIAS AUDIT

CHAPITRE 26

L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL ET LE DROIT FRANÇAIS
DES IMMUNITÉS DE L'ÉTAT ÉTRANGER

par BRUNO POULAIN

CHAPITRE 27

RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES
EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT

*par Laurie ACHTOUK-SPIVAK
et Affef BEN MANSOUR*

CONCLUSION

L'AVENIR DES TRAITÉS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

par EMMANUEL GAILLARD

Droit international des investissements : un survol historique

par CHARLES LEBEN

PARTIE I.

Droit international des investissements

Les sources du droit international des investissements

par CLAIRE CREPET DAIGREMONT

La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements

par MATHIAS AUDIT

La notion d'investissement

par JEAN MATRINGE

Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires)

par MATHIAS FORTEAU

Application *ratione temporis* de la protection des investissements et des investisseurs

par MAJA MENARD

L'admission des investisseurs et des investisseurs

par WALID BEN HAMIDA

Les standards indirects de traitement : traitement de la nation la plus favorisée et traitement national

par JULIEN CAZALA

Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière

par YVES NOUVEL

La clause de respect des engagements

par JULIEN CAZALA

Le droit de l'expropriation directe et indirecte

par PIERRE-MARIE DUPUY et YANNICK RADI

Conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement

par FRANCK LATTY

Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement

par MATHIEU RAUX

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des investissements

par EMMANUEL DECAUX et MICHAL KUČERA

Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement

par OLIVIA DANIC

Droit international des investissements et droit de l'OMC
par ARNAUD DE NANTEUIL

Droit international des investissements et droit de l'Union européenne

par SEVERINE MENETREY

PARTIE II.

Arbitrage transnational

Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI

par LORETTA MALINTOPPI

Le consentement à l'arbitrage

par PIERRE MAYER et ANA CAROLINA SIMÕES E SILVA

Consentement à l'arbitrage et clause de la nation la plus favorisée

par CLAIRE CREPET DAIGREMONT

La distinction *Treaty claims* – *Contract claims*

par IBRAHIM FADLALLAH

Compétence et Recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissements

par YAS BANIFATEMI et EMMANUEL JACOMY

Le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissements

par LAURIE ACHTOUK-SPIVAK

Les mesures provisoires et conservatoires : à propos de quelques questions récurrentes dans l'arbitrage en matière d'investissements

par ALEXIS MOURRE et ALEXANDRE VAGENHEIM

Les voies de recours dans l'arbitrage en matière d'investissements

par LAURIE ACHTOUK-SPIVAK

La coexistence de procédures contentieuses en matière d'investissements étrangers

par MATHIAS AUDIT

L'arbitrage transnational et le droit français des immunités de l'Etat étranger

par BRUNO POULAIN

Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales en matière d'investissement

par LAURIE ACHTOUK-SPIVAK et AFFEF BEN MANSOUR

L'avenir des traités de protection des investissements

par EMMANUEL GAILLARD

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL

Commande aux Editions A. PEDONE - 13 Rue Soufflot - 75005 PARIS, ou par fax :

+ 33 (0)1.46.34.07.60 et sur editions-pedone@orange.fr - **234 € l'ouvrage, 250 € par la poste.**

Le montant peut être envoyé par :

Chèque bancaire

Règlement sur facture

ISBN 978-2-233-00772-8

Carte Visa

N°...../...../...../.....

Cryptogramme

Signature :

Nom.....

Adresse.....

Ville.....Pays.....

ISBN 978-2-233-00772-8