

**CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE
ET LE DÉVELOPPEMENT**

PORTÉE ET DÉFINITIONS

**Collection de la CNUCED consacrée
aux problèmes relatifs aux accords
internationaux d'investissement II**



NATIONS UNIES
New York et Genève, 2011

NOTE

Centre de coordination du système des Nations Unies pour les activités relatives à l'investissement et à la technologie et forte de trente années d'expérience en ces domaines, la CNUCED s'emploie, par l'intermédiaire de sa Division de l'investissement et des entreprises (DIAE), à faire mieux comprendre un certain nombre de questions clefs, en particulier celles qui concernent l'investissement étranger direct (IED). La DIAE aide les pays en développement à attirer l'IED et à en tirer parti en améliorant leurs capacités de production, en renforçant leur compétitivité internationale et en faisant mieux connaître le lien entre l'investissement et le développement durable. Elle met l'accent sur une approche intégrée de l'investissement et du développement des entreprises.

Dans la présente étude, le terme «pays» s'entend également, selon qu'il convient, de territoires ou de zones. Les appellations employées et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites. En outre, les désignations de groupes de pays ne sont utilisées que pour des raisons de commodité statistique ou analytique et n'expriment pas nécessairement de jugement quant au degré de développement atteint par tel ou tel pays ou zone.

Les signes typographiques ci-après ont été utilisés dans les tableaux:

Deux points (..) signifient que les données ne sont pas disponibles ou ne sont pas fournies séparément.

Dans le cas où aucune donnée n'était disponible pour l'ensemble des éléments composant une ligne d'un tableau, celle-ci a été omise.

Un tiret (–) signifie que l'élément considéré est égal à zéro ou que sa valeur est négligeable.

Tout blanc laissé dans un tableau indique que l'élément considéré n'est pas applicable.

Une barre oblique (/) entre deux années, par exemple 1994/95, indique qu'il s'agit d'un exercice financier.

Le trait d'union (-) entre deux années, par exemple 1994-1995, indique qu'il s'agit de la période tout entière, y compris la première et la dernière année.

Sauf indication contraire, le terme «dollars» (\$) s'entend du dollar des États-Unis d'Amérique.

Sauf indication contraire, les taux annuels de croissance ou de variation sont des taux annuels composés.

Les chiffres ayant été arrondis, leur somme et celle des pourcentages figurant dans les tableaux ne correspondent pas nécessairement aux totaux indiqués.

Le texte de la présente étude peut être cité sans autorisation sous réserve qu'il soit fait mention de la source.

UNCTAD/DIAE/IA/2010/2

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente F.11.II.D.9

ISBN 978-92-1-212393-6

Copyright © Nations Unies, 2011
Tous droits réservés
Imprimé en Suisse

PRÉFACE

La présente publication s'inscrit dans le cadre d'une série d'éditions révisées – ou *suites* – de la «Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement» de la CNUCED. La première génération de cette collection (également appelée «Collection rose») a été publiée entre 1999 et 2005 dans le cadre du programme de travail de la CNUCED sur les accords internationaux d'investissement (AII). Elle se proposait d'aider les pays en développement à participer aussi efficacement que possible à la définition des règles régissant l'investissement international aux niveaux bilatéral, régional, plurilatéral et multilatéral, et s'attachait à présenter des analyses équilibrées des questions pouvant se poser dans le cadre des discussions portant sur les AII. Elle est devenue depuis un outil de référence classique des négociateurs d'AII, des décideurs, du secteur privé, des milieux universitaires et d'autres parties prenantes.

Depuis la publication de la Collection rose, le monde des AII a prodigieusement changé. Les AII se sont multipliés et leur nombre continue de croître, encore qu'à un rythme moins rapide. Par ailleurs, l'impact des AII a évolué. Un grand nombre de règlements de litiges entre investisseurs et États ont mis au jour des conséquences indirectes imprévues – et en partie inopportunes – des AII. Donnant lieu à des interprétations larges – et parfois contradictoires –, le processus d'interprétation arbitrale a créé un nouvel environnement d'apprentissage pour les pays et, en particulier, pour les négociateurs d'AII. Les questions liées à la transparence, à la prévisibilité et à la marge d'action se sont hissées au premier rang des préoccupations. Le débat s'est également focalisé sur l'objectif consistant à garantir la cohérence entre les AII et d'autres domaines de l'action publique, y compris les politiques visant à relever des défis mondiaux tels que la protection de l'environnement (changements climatiques) ou la santé et la sécurité publiques. Enfin, la dynamique de fond des conditions contractuelles de l'investissement international a changé.

L'augmentation des flux Sud-Sud d'IED et le rôle croissant des pays émergents en tant qu'investisseurs à l'étranger – y compris dans le monde développé – commencent à modifier le contexte et le cadre général de la négociation des AII.

Les *suites* se proposent d'examiner la manière dont les questions abordées dans la Collection rose ont évolué, en se focalisant plus particulièrement sur les pratiques contractuelles et le processus d'interprétation arbitrale. Chacune des *suites* contient les mêmes éléments essentiels, à savoir: a) une introduction replaçant la question traitée dans son contexte élargi; b) un inventaire des pratiques contractuelles et des sentences arbitrales; et c) une section sur les options qui se présentent aux négociateurs d'AII, qui y trouveront des indications sur la manière d'établir de nouvelles clauses permettant de mieux tenir compte des besoins de développement des pays d'accueil et de renforcer la stabilité et la prévisibilité de l'ordre juridique.

Les mises à jour sont conceptualisées comme des *suites*; autrement dit, elles visent non à remplacer, mais à compléter les études de la Collection rose. Elles seront plus détaillées que ces dernières et ne se contenteront pas de fournir des informations. Conformément au mandat de la CNUCED, elles s'emploieront à analyser l'impact des AII sur le développement et à renforcer la contribution de ces derniers au développement. La mise au point de ces *suites* prévoit un processus rigoureux d'examen par des spécialistes, processus favorisé par les enseignements tirés collectivement et le partage des données d'expérience. Il s'agit d'assurer la participation d'un large éventail de parties prenantes et de recueillir les idées et les préoccupations de l'ensemble de la société.

Le texte définitif de ces *suites* est mis au point par Anna Joubin-Bret et produit par une équipe dirigée par Jörg Weber et placée sous la supervision générale de James Zhan. Les autres membres de l'équipe sont Bekele Amare, Suzanne Garner, Hamed

El-Kady, Jan Knörich, Sergey Ripinsky, Diana Rosert, Claudia Salgado, Ileana Tejada, Diana Ruiz Truque et Elisabeth Tuerk.

Anna Joubin-Bret et Sergey Ripinsky ont assuré la mise au point définitive de la présente publication, qui est basée sur une étude établie par Peter Muchlinski. Des observations ont été formulées par Sedat Çal, Vilawan Mangklatanakul, Julie A. Maupin et Khondaker Golam Moazzem. La publication a également bénéficié des observations faites à l'occasion d'une réunion d'experts ad hoc que la CNUCED a organisée en décembre 2009 sur le thème «Questions principales soulevées par l'évolution du système de définition des règles régissant l'investissement international» et à laquelle ont participé un grand nombre d'experts et de professionnels en la matière.



Le Secrétaire général de la CNUCED
Supachai Panitchpakdi

Janvier 2011

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	iv
SIGLES ET ABRÉVIATIONS	x
RÉSUMÉ	xi
INTRODUCTION	1
I. EXPOSÉ DE LA QUESTION	5
A. Portée des accords internationaux d'investissement	5
B. Définitions des principaux termes	7
1. Définition de l'investissement.....	8
2. Définition de l'investisseur.....	14
II. INVENTAIRE ET ANALYSE	21
A. Investissement	21
1. Principaux types de définitions	21
2. La définition large de l'investissement fondée sur les actifs	24
3. Réduction de la portée du terme «investissement».....	30
4. L'impact du paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention du CIRDI.....	54
5. L'«investissement» et les groupes de sociétés constituant les STN.....	74
B. Investisseur	81
1. Personnes physiques.....	82
2. Personnes morales	90
C. Territoire	112
III. ÉVALUATION ET OPTIONS	125
A. Investissement	127
B. Investisseur	137

BIBLIOGRAPHIE.....	143
AFFAIRES ET SENTENCES ARBITRALES.....	147
QUELQUES PUBLICATIONS DE LA CNUCED SUR LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT, LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES ET L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER DIRECT	153
QUESTIONNAIRE.....	161

FIGURES

Figure 1.	Investissement indirect réalisé par la société mère depuis le pays d'accueil.....	17
Figure 2.	Investissement indirect structuré par l'intermédiaire d'un État tiers qui n'a pas conclu d'AII avec l'État d'accueil.....	18
Figure 3.	Exemple d'investissement indirect (groupe de sociétés).....	76
Figure 4.	Investissement effectué par un investisseur d'une partie non contractante par le biais d'une société intermédiaire établie dans la partie contractante	98
Figure 5.	Investissement effectué par un investisseur de l'État d'accueil par le biais d'une société intermédiaire établie dans la partie contractante	99
Figure 6.	Investissement effectué par le biais d'une société intermédiaire constituée dans une partie non contractante	101

ENCADRÉS

Encadré 1.	Quelques exemples de définitions larges fondées sur les actifs utilisées dans les AII.	26
Encadré 2.	Portée de l'investissement dans l'ABI type canadien (2004)	37
Encadré 3.	ABI Rwanda/États-Unis (2008)	47
Encadré 4.	Exemples de l'élargissement de la portée du terme «investissement»	56
Encadré 5.	L'affaire <i>Salini Costruttori SpA et Italstrade Spa c. Royaume du Maroc</i>	60
Encadré 6.	L'affaire <i>Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo</i>	63

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

ABI	Accord bilatéral d'investissement
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AII	Accord international d'investissement
ALE	Accord de libre-échange
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
APE	Accord de partenariat économique
CARICOM	Communauté des Caraïbes
CARIFORUM	Forum des Caraïbes
CCS	Chambre de commerce de Stockholm
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
COMESA	Marché commun des États de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe
FMI	Fonds monétaire international
IED	Investissement étranger direct
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OMC	Organisation mondiale du commerce
PMA	Pays les moins avancés
STN	Société transnationale
TCE	Traité sur la Charte de l'énergie
UE	Union européenne

RÉSUMÉ

La présente étude analyse la portée et les définitions des accords internationaux d'investissement (AII). Les AII doivent préciser non seulement leur couverture géographique et temporelle, mais aussi, et surtout, leur objet. La démarche adoptée consiste essentiellement à définir les termes «investissement» et «investisseur», ce qui est le sujet principal de la présente étude. La définition de l'«investissement» détermine des intérêts économiques, auxquels les gouvernements accordent des garanties importantes liées aux AII, tandis que celle de l'«investisseur» indique l'éventail des personnes physiques et des personnes morales qui peuvent se prévaloir d'un accord spécifique.

Dans une large mesure, les définitions précisent les limites de l'exposition d'un pays au risque de devoir faire face à des réclamations concernant des litiges entre investisseurs et États. Les résultats du nombre de décisions arbitrales rendues dans le passé ont été déterminés par l'interprétation donnée par un tribunal à la question de savoir si la transaction ou l'actif considéré avait droit au statut d'investissement protégé et/ou si le requérant avait droit au statut d'investisseur protégé. Les décisions arbitrales ont montré que telles définitions ou telles dispositions d'un accord pouvaient donner lieu à une profusion d'incidences. Aussi la présente deuxième édition de l'étude examine-t-elle non seulement l'approche retenue dans les accords d'investissement pour définir l'investissement et l'investisseur, mais aussi la manière dont les différentes définitions sont susceptibles d'être interprétées.

En ce qui concerne la définition de l'investissement, si les ABI axés sur la protection de l'investissement ont continué de privilégier la définition large et non restrictive fondée sur les actifs, les accords plus récents ont mis en œuvre des techniques visant à limiter la portée de cette définition. Il convient sans doute de voir dans cette tendance une réaction aux sentences arbitrales qui ont donné des définitions non restrictives une interprétation trop extensive. En particulier, certains accords ont commencé à utiliser

une définition «fermée» et non plus «ouverte», à retenir certains critères ou éléments objectifs pour déterminer quand un actif peut être considéré comme un investissement, à exclure expressément certains types d'actifs et à mettre en œuvre d'autres techniques limitatives. La pratique arbitrale a également souligné l'importance d'insérer une clause conditionnelle aux termes de laquelle un accord ne s'applique qu'aux investissements effectués conformément à la législation du pays d'accueil.

Le terme «investissement» a soulevé une difficulté supplémentaire, à savoir le lien réciproque entre sa portée au sens de l'AII applicable, d'une part, et celle que lui reconnaît le paragraphe 1 de l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention du CIRDI), d'autre part. Les tribunaux divergent sur la question de savoir lequel des deux textes juridiques doit être considéré comme déterminant et sur le sens exact que la Convention donne au terme «investissement»: tout en requérant l'existence d'un «investissement», celle-ci ne définit pas le terme. Ce débat porte notamment sur l'importante question de savoir si un investissement doit contribuer au développement économique de l'État d'accueil pour que la Convention du CIRDI soit applicable.

En ce qui concerne la définition de l'investisseur, des questions distinctes se posent selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale. En règle générale, la situation des personnes physiques prête moins à controverse, les questions qu'elle soulève tournant pour l'essentiel autour de la possibilité d'appliquer l'accord considéré, outre aux ressortissants des États d'origine, aux résidents permanents et/ou aux doubles nationaux. La mobilité croissante de la population mondiale implique également que les liens économiques existant entre une personne et le pays dont elle a la nationalité peuvent être distendus, voire inexistant: on peut alors se demander si cette personne devrait être couverte par un accord.

Le statut des personnes morales est plus complexe. La nationalité d'une société peut être déterminée à l'aide d'un certain nombre de critères, qui présentent tous des avantages et des inconvénients. Le critère du pays où la société est constituée reste très largement utilisé dans les AII, même si ses limites ont été mises en évidence par plusieurs affaires retentissantes qui portaient sur des pratiques de recherche de l'accord le plus favorable. Le fait qu'un AII ne retienne que le critère du pays où la société est constituée invite à se demander si un tribunal arbitral doit «déchirer le voile de la société» afin de déterminer la nationalité des entités propriétaires ultimes de la société considérée ou investies du contrôle ultime sur cette société. La plupart des tribunaux arbitraux ont décidé que ce critère ne les autorisait ni ne les obligeait à le faire.

C'est une question qui mérite réflexion, dès lors qu'un État souhaite éliminer le risque de voir des sociétés «boîtes aux lettres» présenter des réclamations. On relève une tendance croissante à combiner le critère du pays où la société est constituée avec l'obligation pour une société d'avoir son siège dans le même pays et/ou d'y exercer de véritables activités économiques. Un autre scénario consiste à compléter le critère du pays où la société est constituée par une clause de déni des avantages, même si la pratique arbitrale initiale a montré qu'une clause discrétionnaire de déni des avantages peut ne pas être aussi efficace en pratique qu'on le pense généralement. Enfin, il y a la possibilité de déterminer la nationalité d'un investisseur par celle des personnes qui sont les propriétaires ultimes de la société considérée ou sont investies du contrôle ultime sur cette société. Tout en étant difficile à mettre en œuvre, cette méthode n'en permettrait pas moins de «déchirer le voile institutionnel» afin d'établir la «véritable» nationalité de la société. Toutefois, le critère du pays où la société est constituée suffira dans les cas où un État est prêt à accorder la protection des AII aux investissements quelle que soit la nationalité des personnes qui en sont les propriétaires ultimes ou sont investies du contrôle ultime sur ces investissements. Dans le cadre des clauses consacrées aux définitions, les négociateurs doivent approfondir les questions liées

aux réclamations multiples et à celles qui sont présentées par des actionnaires minoritaires.

Il ne faut pas perdre de vue que la meilleure définition de l'«investissement» ou de l'«investisseur» n'existe pas; ces définitions ne font que traduire les préférences et les politiques de chaque pays. La présente étude met en évidence les incidences que peuvent avoir différentes manières de concevoir et de rédiger les accords afin d'aider les États à trouver la formule qui cadre le mieux avec leurs objectifs de politique générale.

De plus, il est évident que les définitions ne sauraient à elles seules établir un juste équilibre entre l'octroi d'un degré suffisant de protection aux investisseurs étrangers et la préservation des intérêts essentiels du pays d'accueil, y compris sa marge d'action réglementaire. Il convient de garder à l'esprit cet objectif essentiel au moment de la rédaction tant des définitions que de chaque obligation fondamentale de l'accord d'investissement.

INTRODUCTION

La présente étude est la première d'une série d'éditions révisées de la collection de la CNUCED consacrée aux *Problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement* (AII). Il s'agit ici d'examiner comment la question de la portée et des définitions a évolué, tant dans les pratiques contractuelles que dans le processus d'interprétation arbitrale. L'univers des AII a connu une expansion spectaculaire depuis la publication de la première édition de la présente étude, en 1999. En 2008, le réseau des AII a continué de s'étendre, encore que le nombre d'accords bilatéraux d'investissement (ABI) conclus en 2008 (59) ait été inférieur à celui de 2007 (65). Le nombre total d'ABI est passé à 2 750 à la fin de 2009 (CNUCED, 2010, p. 81). De même, l'impact des AII s'est développé et modifié. À l'origine, pendant la période de décolonisation postérieure à la Seconde Guerre mondiale, les traités négociés avaient une large couverture et protégeaient contre un grand nombre de menaces potentielles. En particulier, la menace d'expropriation massive dans le cadre des plans nationaux stratégiques de développement économique était considérée comme un problème majeur pour les investisseurs dans les pays d'accueil ayant récemment accédé à l'indépendance qui étaient les anciennes colonies des grandes puissances. En revanche, les dispositions de ces AII qui concernaient le règlement des litiges étaient assez limitées et étaient axées sur des mécanismes interétatiques. Toutefois, cela a changé depuis l'adoption, en 1965, de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention du CIRDI): désormais, les AII, et en particulier les ABI, comportent tous une clause relative au règlement des litiges entre investisseurs et États. Cette clause prévoit souvent le recours au CIRDI en tant que principale instance d'arbitrage.

Jusqu'à une date récente, ces formes de règlement des litiges étaient relativement peu répandues. Mais depuis le début du XXI^e siècle, le nombre des litiges entre investisseurs et États a augmenté à un rythme sans précédent¹. Un ensemble important d'interprétations

arbitrales de clauses spécifiques des AII, notamment des clauses relatives à la portée et aux définitions, a ainsi pu se constituer. Il est parfois désigné sous l'appellation de «jurisprudence», mais il serait plus approprié de parler d'«interprétation arbitrale», car les sentences rendues par les tribunaux dans ce domaine ne s'imposent pas aux tiers et il n'existe pas de doctrine du précédent qui obligerait les tribunaux à reprendre l'argumentation développée dans des sentences antérieures. Cela dit, aucune discussion contemporaine des clauses des AII ne peut faire l'impasse sur les résultats et les motifs des sentences.

Le processus d'interprétation arbitrale a créé un nouvel environnement d'apprentissage pour les pays et, en particulier, pour les négociateurs des AII. Les pays comme les négociateurs tirent les enseignements de leurs expériences et de nouveaux défis les attendent à mesure que se rapproche le moment où les accords de la première génération doivent être renouvelés et renégociés. En particulier, au vu des interprétations données depuis quelques années aux clauses relatives à la portée et aux définitions, la couverture effective des AII en est venue à susciter des préoccupations croissantes, amenant à se demander si ces derniers n'offrent pas un soutien trop extensif aux investisseurs et aux différentes catégories d'investissement que des accords spécifiques peuvent protéger. Le risque pour la marge d'action du pays d'accueil s'en trouve accru, car des transactions qui n'étaient pas considérées comme des investissements au moment de la signature de tel ou tel accord pourraient soudainement se trouver couvertes. Par exemple, comme on le verra plus loin en examinant des sentences arbitrales récentes, certains types de créances contractuelles sont désormais considérés comme des «investissements» en vertu des dispositions des AII et peuvent donc faire l'objet d'une réclamation devant une instance arbitrale. Un certain nombre d'autres phénomènes que les États peuvent juger nocifs ont fait leur apparition, tels que la pratique consistant pour les investisseurs nationaux à structurer les investissements par l'intermédiaire de sociétés étrangères afin de pouvoir bénéficier de la protection des AII; d'autres formes de recherche de l'accord le plus favorable; le risque de présentation de

réclamations multiples par différents maillons de la chaîne institutionnelle au titre d'AII différents; etc.

Ces préoccupations modifient l'environnement dans lequel opèrent les négociateurs ainsi que les objectifs des négociations. En particulier, il importe à présent de déterminer si les AII n'en sont pas venus à pécher par défaut d'équilibre: les interprétations extensives de la portée de la couverture et de la protection offerte par ces accords ont fait craindre que la marge nationale d'action et le droit de réglementer des pays d'accueil n'aient été inconsidérément rognés d'une façon susceptible de nuire à la réalisation de leurs objectifs de développement légitimes (CNUCED, 2003, chap. V et VI). De surcroît, au vu de l'importance accordée par ces pays à la promotion des investisseurs et des investissements, il pourrait être utile de mieux cibler la protection, de manière à couvrir non pas tous les investissements, mais uniquement ceux qui contribuent au développement.

Compte tenu de ces préoccupations, le négociateur peut aujourd'hui se fixer pour objectif de veiller à ce que l'accord couvre les investisseurs et investissements pouvant concourir à la réalisation des objectifs de développement. Ces objectifs ont évolué depuis la négociation des premiers ABI. En particulier, tout en conservant une place très importante, le grand projet d'extraction de ressources naturelles ou de création d'infrastructures à forte intensité de capital n'est plus le principal type de projet d'investissement axé sur le développement couvert par les accords en question. Depuis quelques années, la priorité est accordée à un accroissement du nombre des projets de petite et moyenne taille axés sur les industries manufacturières tournées vers l'exportation, la fourniture de services et le développement de la recherche-développement dans le pays d'accueil en développement (CNUCED, 2002; 2004; et 2005a). Dans cette optique, on a notamment défini deux objectifs. En premier lieu, les AII devraient se focaliser sur un investissement ayant des effets bénéfiques pour le développement et, en second lieu, il faudrait faire en sorte que la stabilité et la prévisibilité de

l'ordre juridique, requises par les investisseurs et leurs investissements, soient renforcées par des règles claires et précises. C'est tout particulièrement important dans le cadre des accords de libéralisation de l'investissement assortis de droits d'entrée et d'établissement. Dans ce contexte, la définition des investisseurs et investissements protégés doit être limitée à ce qui doit réellement être couvert de façon à garantir un équilibre entre le droit des investisseurs et des investissements à la protection et le droit légitime des pays d'accueil de réglementer. De même, certaines sentences arbitrales soulignent la nécessité de tenir compte de la contribution au développement au moment de déterminer l'objet de la protection d'un AII. L'argumentation développée dans ces sentences intéresse la mise au point d'une clause de nouvelle génération relative à la portée et à la définition qui soit véritablement favorable au développement. En conséquence, les sentences allant dans le sens de cette démarche et celles qui la critiquent seront examinées en détail dans la section II plus loin. Mais auparavant, la section I aura donné un aperçu des questions spécifiques qui se posent dans le contexte des clauses relatives à la portée et aux définitions. Enfin, la section III présentera certaines options dont pourraient s'inspirer les accords futurs et donnera des exemples de ce qui pourrait constituer de nouvelles clauses types tenant mieux compte des besoins des pays d'accueil en matière de développement.

Note

- ¹ Pour des chiffres récents sur les arbitrages entre investisseurs et États, voir CNUCED, 2010, p. 83.

I. EXPOSÉ DE LA QUESTION

A. Portée des accords internationaux d'investissement

En matière de pratiques contractuelles, la définition de l'investissement la plus utilisée reste la définition large fondée sur les actifs dans le cas de l'«investissement» et la définition fondée sur la nationalité dans celui de l'«investisseur». Comme on le verra plus loin, les sentences arbitrales ont donné un sens très large à ces deux termes, ce qui a suscité des préoccupations quant à la portée de chacun d'eux.

Une nouvelle évolution s'est ainsi fait jour, à savoir l'expérimentation dans les accords récents de techniques permettant de réduire le champ interprétatif. S'agissant de l'«investisseur», elles sont axées sur la nationalité, la propriété, le contrôle et, dans le cas des personnes morales, le siège de la société et l'obligation d'exercer de véritables activités économiques dans le pays d'accueil (encore que nombre d'accords continuent d'utiliser le critère formel du pays où la société est constituée). S'agissant des investissements, les techniques de réduction sont notamment les suivantes:

- Ne faire bénéficier de la protection de l'accord que les investissements qui sont effectués d'une manière conforme à la législation du pays d'accueil;
- Utiliser une définition «fermée» au lieu d'une définition «ouverte»;
- Exclure du portefeuille les actions en ne retenant l'approche fondée sur les actifs que pour les investissements directs;
- Tenir compte du risque d'investissement et d'autres facteurs objectifs pour déterminer si un actif doit être protégé par l'accord;

- Exclure certains types d'actifs tels que certains contrats commerciaux, certains prêts et titres d'emprunt et certains actifs utilisés à des fins non commerciales;
- Une approche plus sélective des droits de propriété intellectuelle en tant qu'actifs protégés; et
- Traiter les problèmes spéciaux posés par la définition de l'investissement dans le cas d'entreprises collectives complexes considérées en tant qu'entités investisseuses.

Outre les termes essentiels d'«investisseur» et d'«investissement», qui définissent les personnes et les actifs bénéficiant de la protection des AII, un accord d'investissement présente au moins deux dimensions, à savoir les dimensions géographique et temporelle. Elles ne font le plus souvent pas l'objet de définitions, mais de dispositions spécifiques, insérées soit dans les «clauses finales» de l'instrument, soit sous la forme de dispositions spéciales. La dimension *géographique* d'un accord d'investissement est déterminée, tout d'abord, par le nombre et l'identité des États qui y sont parties. Elle l'est aussi par les limites territoriales des États concernés. À cet égard, la définition du terme «territoire» est importante et il en sera brièvement question dans la section II.C. Pour établir la dimension *temporelle* précise d'un accord, il faut en déterminer la date d'entrée en vigueur pour chacune des parties et la durée. Indépendamment de ces questions de droit international général, la dimension temporelle d'un accord soulève la question de savoir si l'accord s'applique à un investissement établi avant son entrée en vigueur; souvent abordée dans la définition de l'«investissement», cette question sera examinée ici en liaison avec ce terme. Une autre question consiste à se demander si les dispositions d'un accord continuent de s'appliquer aux investissements établis après l'extinction d'un accord. En règle générale, les dispositions relatives aux définitions n'abordent pas cette question, qui ne sera pas examinée ici.

Les États peuvent encore circonscrire la portée des AII en excluant certaines questions, telles que l'imposition, les marchés publics ou les subventions et aides, ou en ajoutant des exceptions ou des réserves, etc. Ces questions ne sont pas abordées ici, mais le seront dans d'autres publications de la CNUCED. La présente étude porte principalement sur les problèmes liés aux définitions, et plus particulièrement celles des termes «investissement» et «investisseur», autour desquels gravitent la plupart des questions principales qui se posent et dont l'importance a été mise en lumière par l'arbitrage international.

B. Définition des principaux termes

Les définitions répondent à un grand nombre de besoins. Dans les accords internationaux, elles soulèvent de difficiles questions de politique générale et sont souvent âprement négociées entre les parties. Il convient donc d'y voir non des formulations objectives du sens des termes, mais des éléments faisant partie intégrante du contenu normatif de l'accord considéré, dans la mesure où elles déterminent la portée et les modalités de l'application des autres dispositions. Il s'ensuit que la définition d'un terme fera l'objet d'une décision au coup par coup, compte tenu de l'objectif et des circonstances des négociations engagées. En outre, la Convention de Vienne sur le droit des traités requiert des tribunaux qu'ils s'en remettent au sens ordinaire à attribuer aux termes de l'accord comme étant la meilleure manifestation de l'intention des négociateurs et stipule que, d'une façon générale, les dispositions de fond spécifiques d'un accord doivent avoir la priorité sur les principes généraux tels que ceux qui figurent dans les préambules¹. Les négociateurs doivent donc manifester leurs intentions dans les dispositions spécifiques, y compris les définitions.

S'agissant des clauses relatives à la portée et aux définitions, les considérations précitées soulèvent la question de savoir comment définir le mieux les termes «investissement» et «investisseur» compte tenu des priorités et préoccupations relatives au développement les plus importantes.

1. Définition de l'investissement

i) Historique du concept

Ce qu'il faut entendre par investissement étranger a évolué avec le temps à mesure que les relations économiques internationales changeaient de nature. L'éventail des types d'actifs pouvant faire l'objet d'une protection par les accords internationaux d'investissement s'est nettement élargi à partir du milieu du XIX^e siècle. Auparavant, les flux de capitaux transfrontaliers prenaient généralement la forme de prêts que des investisseurs européens accordaient à des emprunteurs d'autres États européens (Kindleberger, 1993, p. 208 à 224). L'investissement étranger direct (IED) n'était pas en tant que tel la principale forme d'investissement international. Il était fréquent que les biens étrangers dans un pays prennent plutôt la forme de biens corporels et de participations financières dans des projets d'investissement. Le droit international avait donc principalement pour objet de protéger ces biens contre la saisie et de défendre le droit des créanciers de recouvrer des dettes. Certains pays négociaient des traités qui protégeaient les biens étrangers, comme des marchandises et des navires, contre l'expropriation².

Au milieu du XX^e siècle, le droit international se souciait de plus en plus de protéger les investissements étrangers réalisés sous la forme de prises de participations dans des sociétés. Étant donné que l'IED concernait surtout le secteur primaire, les accords de concession pour l'extraction de ressources naturelles sont devenus une question importante en droit international³. Vers la fin du XX^e siècle, les formes d'investissement étranger s'étaient diversifiées. La diffusion des innovations technologiques à travers le monde a amené les producteurs de technologies à se protéger contre les contrefaçons de brevets et les atteintes au droit d'auteur. Le regroupement d'entreprises en sociétés transnationales (STN) connues dans le monde entier a conféré une grande valeur à certaines marques qui sont associées à des produits de grande qualité et/ou fortement demandés. La réglementation de la propriété intellectuelle est donc

devenue une question revêtant une importance croissante pour le droit interne et le droit international. Nombre de pays développés qui avaient concentré leurs ressources productives dans le secteur manufacturier au XIX^e siècle ont commencé à redéployer une grande partie de ces ressources vers le secteur des services, et l'amélioration constante des communications et des transports a permis aux fournisseurs de services de fournir des services à des clients de pays étrangers (CNUCED, 2004). On voit donc que l'évolution des circonstances crée de nouvelles modalités d'investissement dans les pays étrangers. En d'autres termes, on assiste à une multiplication des actifs étrangers ayant une valeur économique et pouvant, de ce fait, être considérés comme des investissements étrangers.

ii) Nécessité d'une précision accrue

Dans ces conditions, l'investissement peut devenir un terme non restrictif et vague dans les AII. Il convient d'élaborer des critères précis permettant de définir ce qu'est un investissement afin de pouvoir déterminer si tel ou tel actif ou transaction constitue un investissement ou un autre type de transaction commerciale non couvert. Ces critères constitueront la base du texte de l'accord qui pourra ultérieurement être interprété au cas par cas dans une sentence arbitrale. Lorsqu'il apparaît clairement que l'AII en question fixe des limites concernant ce qui peut être considéré comme un investissement aux termes de l'accord, un tribunal doit respecter ces limites. Il est devenu important, dans le cadre du processus de négociation, de se demander comment adresser un message clair quant aux limites à fixer d'un commun accord par les parties en ce qui concerne les investissements protégés par l'AII.

Le maintien de l'emprise de la définition large fondée sur les actifs traditionnels fait courir le risque de voir des transactions qui n'étaient pas considérées comme des investissements au moment de la conclusion de l'accord se retrouver couvertes par celui-ci en raison du caractère non restrictif de la définition. Les créances contractuelles ont suscité un débat à cet égard; on a en particulier

soulevé la question de la distinction entre une transaction commerciale ordinaire et un investissement. Nombre d'AII contenant une définition large fondée sur les actifs incluent des «*créances liquides et (des) droits à prestations au titre d'un contrat à valeur financière*». Cette catégorie peut donner à penser que le terme «investissement» englobe même des transactions commerciales ordinaires à moins que ces dernières ne soient expressément exclues. Le libellé ne semble pas exiger qu'il s'agisse de contrats de longue durée. Aucune distinction n'est faite entre des transactions qui pourraient être considérées comme relevant du commerce des services et celles qui pourraient relever de l'investissement dans les services. Des dispositions aussi larges font courir le risque d'une extension progressive, par les tribunaux arbitraux, des types de créances contractuelles pouvant être considérées comme des actifs protégeables en vertu de la définition large de l'investissement fondée sur les actifs.

iii) Restreindre le champ de la définition

Face au risque d'interprétation trop extensive de ce qui constitue un investissement, diverses restrictions peuvent être apportées à une vision large au niveau de la clause relative à la portée et aux définitions. En premier lieu, on pourrait exclure certains actifs spécifiques du champ de la définition. Par exemple, les actions de portefeuille peuvent être exclues de la définition des actifs couverts. Cela s'explique notamment par le fait que le risque associé à certains investissements de portefeuille n'est pas aussi élevé pour l'investisseur que dans le cas d'un investissement direct, car le premier investissement peut en principe être rapatrié plus facilement que l'autre (Sornarajah, 2004, p. 227 et 228). On peut aussi songer à ne protéger que les investissements directs ou les investissements réalisés par l'intermédiaire d'une entreprise implantée localement, en soulignant ainsi que seule une contribution reposant sur un transfert du contrôle financier et gestionnaire sur l'investissement justifiera la protection, étant donné l'engagement de ressources plus important et le risque plus élevé que cette

configuration entraîne pour l'investisseur. Plus récemment, comme indiqué dans la section II plus loin, certains pays ont pris l'habitude d'insérer dans leurs AII une «liste fermée» d'actifs protégés strictement définis. Tout en protégeant un large éventail d'intérêts, cette liste prévoit un ensemble de caractéristiques précises permettant de mieux faire la distinction entre les actifs et transactions couverts et non couverts.

Les accords peuvent également exiger que seuls les investissements réalisés d'une façon conforme à la législation du pays d'accueil pourraient se voir accorder une protection. De la sorte, les investissements qui ne respecteraient pas cette législation appliquée dès l'entrée et l'établissement ne pourraient plus compter sur la protection de l'AII, car leur illégalité les priverait du droit au statut d'investissement protégé. Selon sa formulation exacte, cette prescription pourrait très bien être utilisée pour faire perdre à un investisseur la protection de l'accord pour infraction grave à la législation du pays d'accueil reconnue pendant la durée de l'investissement, c'est-à-dire après sa réalisation.

Il est également possible d'inclure des critères objectifs pour définir un investissement à couvrir par un accord, liés à la contribution en capital, au risque d'investissement, à la durée et à la contribution au développement. Enfin, il faut s'attaquer aux problèmes créés par une protection trop large des droits de propriété intellectuelle en tant qu'investissements. Le fait d'accorder une protection aux droits de propriété intellectuelle qui ne sont pas protégés par la législation nationale de l'État considéré peut conduire à restreindre de façon inconsidérée le pouvoir discrétionnaire de réglementer de ce dernier qui doit se déterminer à l'égard de ces droits en tenant compte du fait que sa politique de développement repose notamment sur un transfert de technologie et de compétences. Une protection mieux ciblée et plus limitée pourrait donc être exigée par le biais d'une définition plus spécifique des droits de propriété intellectuelle à protéger.

iv) L'application du paragraphe 1 de l'article 25 de la Convention du CIRDI

Une difficulté supplémentaire tient au fait que nombre d'arbitrages s'appuient sur un ABI comportant une définition de l'«investissement» ouverte fondée sur les actifs et que les affaires sont en même temps portées devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements créé par la Convention du CIRDI. Celle-ci utilise également le terme d'«investissement», sans toutefois le définir. Le paragraphe 1 de son article 25, qui définit la compétence du CIRDI, stipule ce qui suit:

*«La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui...) et un ressortissant d'un autre État contractant **qui sont en relation directe avec un investissement** et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre». (C'est nous qui soulignons.)*

Comme on le verra en détail au paragraphe 4) de la partie A de la section II, les tribunaux arbitraux ont émis des avis différents sur la question de savoir s'il convient de considérer comme déterminante la définition de l'investissement donnée dans l'ABI ou une interprétation de l'«investissement» aux termes du paragraphe 1 de l'article 25 de la Convention du CIRDI. Cette question a des incidences importantes sur l'approche consistant à utiliser une définition du terme qui soit axée sur le développement. Certains tribunaux ont interprété le terme «investissement» indiqué au paragraphe 1 de l'article 25 comme connotant certains éléments objectifs qui caractérisent tout investissement ainsi que certains impacts liés au développement, même si ces éléments ne sont pas expressément mentionnés dans l'article en question. Selon cette interprétation, le terme d'«investissement» tel qu'il figure dans la Convention du CIRDI pourrait s'avérer avoir un sens plus étroit que le même terme employé par l'AII applicable, surtout si ce dernier utilise une définition large fondée sur les actifs. D'autres tribunaux

ont considéré que la définition donnée dans l’AII applicable doit être déterminante. La question de savoir quelle approche doit prévaloir n’est pas tranchée. Du point de vue du développement, la première semblerait préférable et, vu l’importance du CIRDI en tant que centre d’arbitrage des différends opposant les investisseurs et les États en vertu des AII, il semblerait raisonnable de recommander que la compétence *ratione materiae* émane de la Convention du CIRDI plutôt que de l’ABI considéré, étant donné le choix laissé aux parties de porter l’affaire devant le CIRDI. D’un autre côté, cette approche pourrait inciter les investisseurs à se tourner vers un arbitrage ad hoc fondé sur le seul ABI plutôt que vers le CIRDI.

v) L’impact des groupes de sociétés complexes

Enfin, il convient d’évoquer les problèmes particuliers associés aux groupes complexes d’entreprises investisseuses. Selon les définitions larges de l’investissement, la participation directe comme la participation indirecte dans une chaîne d’actionariat sont des actifs protégés qui peuvent donner lieu à des réclamations multiples. Autrement dit, une société mère peut structurer son investissement dans l’État d’accueil par l’intermédiaire d’une ou de plusieurs sociétés de portefeuille intermédiaires établies dans différents pays. Chacune de ces sociétés aura potentiellement le droit de présenter une réclamation, dès lors que le pays intéressé a conclu un AII avec l’État d’accueil. Les réclamations de sociétés de portefeuille intermédiaires découlant de leurs investissements dans des filiales ne sont pas rares. Les tribunaux les considèrent comme relevant de la compétence des ABI qui mentionnent les participations dans des sociétés en tant que catégorie d’investissement protégé (Dolzer et Schreuer, 2008, p. 54 et 55). D’où l’utilisation de sociétés de portefeuille intermédiaires ou de sociétés écrans, enregistrées dans des pays entretenant avec les pays d’accueil des relations fondées sur des accords d’investissement, comme moyen de renforcer la protection au titre des AII, en particulier lorsque le pays d’origine de la société mère n’a conclu aucun accord avec un pays d’accueil donné. On parle souvent à ce

propos de «recherche de l'accord le plus favorable». Les incidences de cette situation seront examinées plus en détail au paragraphe 5) de la partie A de la section II.

En règle générale, la référence à des participations dans des sociétés ne comporte pas pour l'investisseur l'obligation d'y détenir des blocs de contrôle. De fait, les participations minoritaires sont généralement protégées en vertu des AII et les tribunaux arbitraux ont soutenu cette approche (McLachlan *et al.*, 2007, p. 187 à 189).

2. Définition de l'investisseur

Les accords d'investissement ne s'appliquent généralement qu'aux investissements réalisés par des personnes ayant droit au statut d'investisseurs couverts conformément aux dispositions de ces accords. La définition du terme «investisseur» peut donc être essentielle pour déterminer la portée d'un accord d'investissement. La définition de ce terme soulève deux questions d'ordre général: Quels types de personnes ou d'entités peut-on considérer comme des investisseuses? Et quels sont les critères en vertu desquels une personne est couverte par un accord? Deux types de personnes peuvent être incluses dans la définition de l'«investisseur»: les personnes physiques et les personnes morales. Parfois, le terme «investisseur» n'est pas utilisé, l'accord mentionnant des «ressortissants» et des «sociétés», le premier terme désignant les personnes physiques et le second divers types de personnes morales⁴.

i) Personnes physiques

S'agissant de la catégorie des personnes physiques, la principale question est celle de savoir si une personne physique est couverte par un accord. Cela est déterminé par les liens que cette personne entretient avec l'État partie à l'accord. En règle générale, il s'agit d'un lien de nationalité, mais d'autres liens, comme la résidence permanente, le domicile, la résidence ou une combinaison de certains de ces liens, sont également utilisés. Pour les personnes

physiques, les critères de détermination de la nationalité dans les AII se réfèrent le plus souvent à la législation nationale pertinente des parties contractantes pour établir la nationalité (Schlemmer, 2008, p. 69 et 70). En principe, cela soulève peu de problèmes pratiques. Dans la plupart des cas, l'investisseur individuel en quête d'une protection en vertu de l'AII est le ressortissant d'un autre État partie. Toutefois, dans les cas de double nationalité, comme on le verra au paragraphe 1) de la partie B de la section II, les sentences arbitrales ont jusqu'à présent refusé d'appliquer le principe général du droit international reposant sur le critère du lien effectif, pour ce qui est de la compétence personnelle aux fins de l'arbitrage du CIRDI. En droit international coutumier, un État peut exercer la protection diplomatique en faveur de l'un de ses ressortissants à raison d'une réclamation déposée contre un autre État, même si son ressortissant possède également la nationalité de l'autre État, pour autant que la nationalité dominante et effective de cette personne soit celle de l'État qui exerce la protection diplomatique (cf. *affaire Nottebohm* et *affaire Barcelona Traction*)⁵. Ce critère ne figure ordinairement pas dans les accords d'investissement en vigueur, qui sont généralement silencieux sur la question de la double nationalité. On examinera plus loin, au paragraphe 1) c) de la partie B de la section II, la question de savoir si cette situation est supportable dans la pratique.

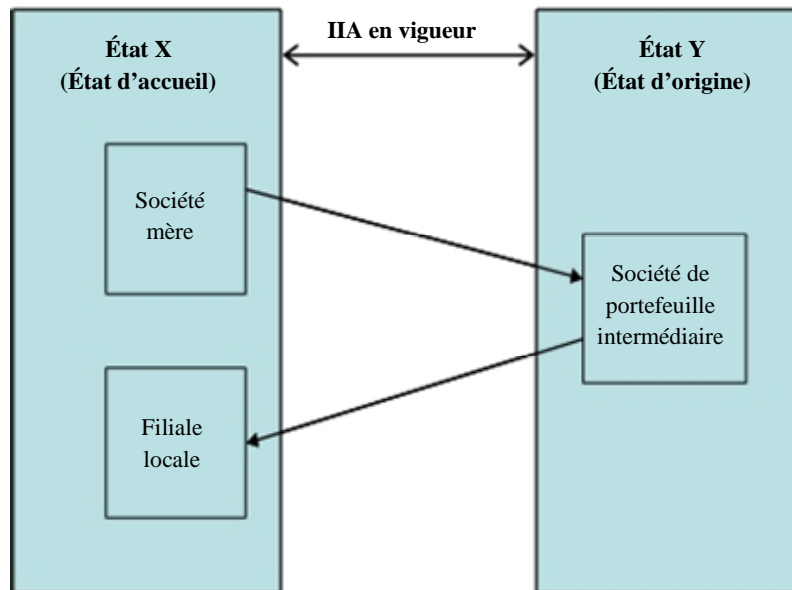
ii) Personnes morales

La catégorie des personnes morales peut, elle, être définie de façon à inclure ou à exclure plusieurs types d'entités. Les entités peuvent être exclues sur la base de leur forme juridique, de leur objectif ou de la propriété du capital. Les différences de forme légale d'une entité peuvent être importantes pour un pays d'accueil dans diverses circonstances. La forme d'une entité détermine, par exemple, ceux des actifs auxquels les créanciers de celle-ci peuvent avoir accès pour recouvrer des dettes, ainsi que, peut-être, la mesure dans laquelle l'entité peut être poursuivie en justice. Un pays d'accueil peut souhaiter exclure de la catégorie des investisseurs couverts les entités publiques telles que les fonds souverains ou les

entités qui, du fait de limites légales en matière de responsabilité ou d'assignation en justice, sont déchargées de toute responsabilité financière au titre des préjudices qu'elles pourraient causer. En outre, le pays d'accueil peut exiger de l'entité qu'elle ait des liens commerciaux réels et effectifs avec le pays d'origine partie à l'AII pertinent. Ainsi, seuls les investisseurs originaires de cette partie contractante bénéficieront-ils de la protection de l'accord.

En fait, la nationalité des sociétés peut soulever des questions en rapport avec son utilisation abusive, en particulier dans le contexte des groupes constitués par les sociétés transnationales. Par exemple, les ressortissants d'une partie contractante à un AII peuvent enregistrer une entité dans l'autre partie contractante, de façon à tirer parti des règles de l'AII contre leur propre pays (fig. 1). C'est sans doute incompatible avec l'intention de l'AII, qui est d'accorder une protection aux investisseurs étrangers d'une autre partie contractante et non à des investisseurs nationaux opérant par l'intermédiaire d'une société «écran» étrangère. De même, des investisseurs d'un pays qui n'est partie à aucun des AII conclus avec le pays d'accueil peuvent enregistrer une entité dans un pays tiers pour tirer parti de l'AII que ce dernier a conclu avec le pays d'accueil en question. On parle alors de «recherche de l'accord le plus favorable», phénomène qui soulève lui aussi des questions quant à la méthode à retenir pour définir les investisseurs institutionnels aux fins d'un AII. Ces deux situations soulèvent la question de savoir si l'AII devrait autoriser un tribunal arbitral à «lever le voile institutionnel» afin d'identifier les véritables détenteurs d'une part majoritaire du capital d'une société donnée et de déterminer si leur nationalité leur donne droit au statut de parties à la réclamation présentée en vertu de l'AII en question. Comme on le verra au paragraphe 2) b) de la partie B de la section II, ces méthodes ont suscité des controverses au niveau des sentences arbitrales.

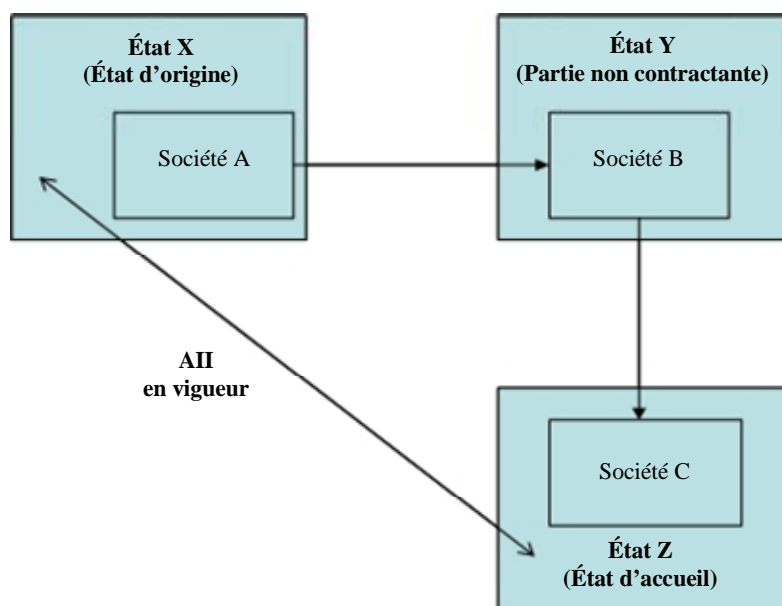
Figure 1. Investissement indirect réalisé par la société mère depuis le pays d'accueil



Le cas des groupes institutionnels complexes amène également à se demander si un actionnaire exerçant un contrôle indirect qui possède la nationalité d'une partie contractante peut présenter une réclamation au nom d'une filiale dont il contrôle indirectement le capital lorsque l'entité qui exerce un contrôle direct sur cette filiale est implantée dans une partie non contractante. Cela revient à se demander si une société appartenant indirectement à une autre ou étant indirectement contrôlée par celle-ci relève de la portée d'un accord. Par exemple, lorsque la société «A» détient une participation majoritaire dans la société «B» qui détient elle-même une part majoritaire du capital de la société «C», cela fait-il de la société «C» un investissement contrôlé par la société «A» aussi bien que la société «B» (fig. 2)? Cette situation a des incidences particulières lorsque tous les pays dans lesquels les sociétés exercent leurs activités ne sont pas parties à un accord. Revenons à notre

exemple. Si la société «B» a la nationalité d'un pays non partie à l'accord, alors que les sociétés «A» et «C» ont la nationalité des pays parties à cet accord, la société «A» peut-elle revendiquer la protection de l'accord en dépit du fait que son investissement dans «C» est réalisé par l'intermédiaire de «B», c'est-à-dire d'une partie non contractante? Comme on le verra au paragraphe 2) b) de la partie B de la section II, les tribunaux arbitraux se sont dans l'ensemble reconnus compétents pour examiner ces réclamations indirectes. Cela soulève la question de savoir comment les AII devraient traiter la question, au vu, notamment, de la prolifération des systèmes internationaux de production intégrés mis en place par les STN.

Figure 2. Investissement indirect structuré par l'intermédiaire d'un État tiers qui n'a pas conclu d'AII avec l'État d'accueil



iii) Déni des avantages

Du point de vue des grandes orientations, la détermination de la nationalité d'un investisseur soulève la question de savoir dans quelle mesure les parties à un accord souhaitent que le contenu juridique de ce dernier s'articule avec les liens économiques existant entre les parties et l'investissement couvert. Un pays cherchant à créer un climat favorable à l'investissement peut être disposé à appliquer les dispositions d'un accord aux investissements qui entretiennent des liens économiques minimaux avec l'autre partie, tandis qu'un autre pays pourrait vouloir ne le faire que dans le cas des investissements qui entretiennent des liens économiques étroits avec ses partenaires. C'est ainsi que les AII contiennent des clauses de «déni des avantages» destinées à n'admettre au bénéfice de l'accord que les investisseurs qui possèdent la nationalité d'une partie contractante. En vertu d'une de ces clauses, un État d'accueil peut refuser la possibilité de se prévaloir de l'accord aux sociétés «boîtes aux lettres» constituées sur le territoire de l'autre partie par des personnes originaires d'un pays tiers ou de l'État d'accueil lui-même. On y reviendra au paragraphe 2) d) de la partie B de la section II.

Notes

- ¹ Voir la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), art. 31 et 32.
- ² Voir, par exemple, l'article 10 de la Convention générale de paix, d'amitié, de navigation et de commerce, conclue entre les États-Unis d'Amérique et la Colombie le 3 octobre 1824, dans la collection des traités des États-Unis d'Amérique, n° 52.
- ³ Voir, par exemple, *Petroleum Development Limited c. Cheikh d'Abou Dhabi*, arrêt (*International Law Reports*, 1951, vol. 18, p. 144 à 164); *Sapphire International Petroleum Limited c. National Iranian Oil Company*, arrêt (*International Law Reports*, 1967, vol. 27, p. 117 à 233); *Ruler of Qatar c. International Marine Oil Company Limited*, arrêt (*International Law Reports*, 1953, vol. 20, p. 534 à 547); *Saudi*

Arabia c. Arabian American Oil Company (ARAMCO), arrêt (*International Law Reports*, 1963, vol. 27, p. 117 à 233).

- ⁴ En outre, certains instruments mentionnent expressément les «sociétés transnationales» ou les «entreprises multinationales». Ces termes apparaissent généralement dans des documents institutionnels directifs tels que les Directives pour les entreprises multinationales de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ou le projet de code de conduite des sociétés transnationales de l'ONU. Ces termes n'étant généralement pas utilisés dans les AII, il n'en sera plus question dans la présente étude. Pour un examen complet du lien entre ces deux termes, voir Muchlinski, 2007, p. 6 et 7. Pour un examen plus approfondi, voir CNUCED 1999, p. 45 à 48.
- ⁵ *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, CIJ, arrêt du 18 novembre 1953; arrêt du 6 avril 1955 (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 4 à 65); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, CIJ, 1970, arrêt du 24 juillet 1964; arrêt du 5 février 1970 (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 3 à 357).

II. INVENTAIRE ET ANALYSE

La présente section aborde les faits nouveaux intervenus dans la pratique des AII et la pratique arbitrale depuis la publication de la première édition de la présente étude. Au cours de cette période, un nombre important de litiges entre investisseurs et États ont été tranchés. Il n'entre pas dans le champ de la présente étude d'examiner toutes les affaires dans lesquelles les termes «investissement» ou «investisseur» ont été discutés, mais elle se propose de mettre en lumière les principales orientations de l'analyse qui se dégagent des sentences arbitrales faisant autorité. Ces dernières n'étant pas toujours claires ni cohérentes entre elles, on ne saurait se contenter de les exposer. Il s'agira ici plutôt de les aborder en se demandant dans quelle mesure l'interprétation qui y est donnée peut permettre d'introduire une dimension de flexibilité dans le développement des AII, de réaliser un équilibre satisfaisant entre la protection de l'investisseur et de ses droits et celle du droit du pays d'accueil d'édicter des règles au service d'intérêts légitimes de politique publique et de développement, et d'élaborer une structure définitionnelle claire.

A. Investissement

1. Principaux types de définitions

Les accords de protection des investisseurs et des investissements ont toujours utilisé des définitions fondées sur les actifs. Les instruments orientés vers la protection visent à sauvegarder les intérêts des investisseurs ou, dans une perspective plus générale, à promouvoir l'investissement étranger en protégeant les droits de propriété, les actifs et les intérêts de ces investisseurs. L'investissement est considéré comme quelque chose qui existe déjà ou qui existera au moment où la protection deviendra nécessaire. La vieille terminologie, qui faisait référence à des «droits acquis» ou à des «biens étrangers» (projet de Convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers, 1962), clarifie le contexte. En l'occurrence, la nature exacte des actifs considérés importe peu en

elle-même, car la protection doit être accordée aux actifs après leur acquisition par l'investisseur, lorsqu'ils constituent une partie de son patrimoine.

Les instruments dont l'objectif principal est de protéger l'investissement étranger contiennent des définitions de l'investissement qui sont généralement larges et englobantes. Ils couvrent non seulement le capital (ou les ressources) qui a franchi les frontières en vue de la création d'une entreprise ou de l'acquisition du contrôle d'une entreprise existante, mais aussi la plupart des autres types d'actifs de l'entreprise ou de l'investisseur, tels que des biens et divers droits de propriété, des investissements sans participation au capital, notamment plusieurs types de prêts et d'opérations de portefeuille, ainsi que d'autres droits contractuels, notamment, parfois, des droits créés par voie administrative par l'État d'accueil (autorisations, permis, etc.). Cette définition est très souvent retenue dans les ABI.

Définition fondée sur l'entreprise. D'un autre côté, certains AII ont choisi la définition fondée sur l'entreprise utilisée pour la première fois par l'Accord de libre-échange Canada/États-Unis d'Amérique (1988). Aux termes de cet accord, l'investissement incluait la création ou l'acquisition d'une entreprise commerciale, ainsi qu'une part du capital de celle-ci permettant à l'investisseur d'en prendre le contrôle. Par ailleurs, cet accord limitait l'investissement aux entreprises qui constituaient un investissement direct, excluant de ce fait l'investissement de portefeuille. Cet accord a depuis été remplacé par l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) (1992), qui utilise également une définition fondée sur l'entreprise, mais nettement plus large (ouverte). Selon la définition de l'ALENA, une «entreprise» appartenant à un investisseur ou contrôlée par lui est un type d'investissement, et l'Accord énumère des types d'actifs plus classiques, notamment ceux qui sont liés aux activités d'une entreprise, tels que ses fonds propres ou ses titres d'emprunt. À la différence de celle de l'Accord

de libre-échange Canada/États-Unis d'Amérique, la définition donnée par l'ALENA englobe l'investissement de portefeuille.

L'approche fondée sur l'entreprise est utile dans les cas où l'accord applique le traitement avant et après l'entrée, car l'acte d'entrée et d'établissement doit être accompli par l'intermédiaire d'une entité spécifique et non par le biais d'un simple transfert d'actifs tels que des biens et/ou des services. En revanche, un accord ne prévoyant qu'un traitement après l'entrée met en exergue la protection des actifs détenus et contrôlés depuis l'étranger qui ne prennent pas la forme d'une entreprise constituée en société. De plus, les lois et règlements des États d'accueil s'adressent souvent aux entreprises (et non à leurs actionnaires), si bien que si une entreprise constitue un type d'investissement, il devient plus facile de subsumer ces lois et règlements dans l'expression «traitement des investissements» utilisée dans différentes obligations au titre d'AII. Enfin, à la différence d'autres types d'investissement, une «entreprise» possède la personnalité morale: il est fréquent que les accords retenant l'approche fondée sur l'entreprise autorisent expressément un investisseur étranger à engager des recours non seulement en son nom propre, mais aussi au nom de son entreprise, ce qui peut avoir des incidences sur le montant des indemnités pouvant être versées pour les dommages subis.

Définition faisant référence à la «présence commerciale». Dans certains AII, les investissements couverts se limitent à ceux qui prennent la forme d'une «présence commerciale», autrement dit aux personnes morales créées par un investisseur dans l'État d'accueil ainsi qu'aux succursales ou bureaux de représentation¹. Toutefois, les définitions de ce type ne sont pas utilisées dans les accords de protection de l'investissement classiques. De portée très restreinte², cette définition est le plus souvent retenue dans les accords dont l'objectif spécifique est la libéralisation du commerce des services. La «présence commerciale» est alors considérée comme un mode de fourniture transfrontalière d'un service. Dans la mesure où elle implique une présence dans un État d'accueil, il

s'agit également d'une forme d'IED et les accords de ce type font donc partie de l'univers des AII. Les accords qui utilisent la définition fondée sur la «présence commerciale» ne comportent pas de mesures de protection des investissements établis (telles que l'application d'un traitement juste et équitable et la protection contre l'expropriation). Ils ne s'occupent que d'offrir des possibilités d'accès aux marchés³.

Dans les accords économiques conclus par l'Union européenne (UE), la notion de «présence commerciale» s'applique non seulement aux services, mais aussi à un éventail plus large d'activités économiques. Toutefois, les obligations fondamentales sont analogues à celles que prévoient les accords de services et sont limitées à la libéralisation⁴. Ainsi la définition faisant référence à la «présence commerciale» concourt-elle à la réalisation des buts des accords de libéralisation ou d'accès aux marchés, mais est trop étroite pour les accords de protection des investissements, qui visent généralement à protéger un éventail d'actifs beaucoup plus ouvert⁵.

2. La définition large de l'investissement fondée sur les actifs

Comme on l'a déjà vu, la définition large fondée sur les actifs est celle que retient l'immense majorité des AII et des ABI; elle a fait l'objet d'abondantes interprétations arbitrales. Elle indique tout d'abord que l'investissement inclut «tout type d'actif», ce qui laisse entendre que l'expression englobe tout ce qui a une valeur économique, pratiquement sans limitation. Certains ABI utilisent le libellé «tout type d'intérêt économique», ce qui évite d'avoir à distinguer entre «actif» et «intérêt» et est sans doute encore plus général. La définition générale s'accompagne d'une liste indicative des principales catégories d'investissement à protéger. Il s'agit le plus souvent des catégories suivantes:

- Les biens meubles et immeubles et tous autres droits de propriété tels que les hypothèques, les créances privilégiées et les gages;

- Les actions, les titres et les obligations de sociétés ou autres intérêts dans des sociétés;
- Les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur financière;
- Les droits de propriété intellectuelle et la survaleur;
- Les concessions commerciales conférées par la loi ou par contrat, y compris pour la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles.

Ces catégories sont expressément incluses dans la définition de l'«investissement», mais la liste n'est pas exhaustive. En conséquence, les actifs de «tout type» sont inclus, même s'ils ne relèvent d'aucune des cinq catégories susvisées. Ces catégories figurent parmi celles qui sont le plus souvent mentionnées dans les accords d'investissement qui utilisent la définition large de l'«investissement» (voir encadré 1)⁶.

**Encadré 1. Quelques exemples de définitions larges
fondées sur les actifs utilisées dans les AII**

ALE Chine/Pakistan (2006)

Article 46 Définitions

Aux fins du présent chapitre,

1. Le terme «investissement» désigne tout type d'actif investi par des investisseurs d'une partie conformément aux lois et règlements de l'autre partie sur le territoire de cette dernière et, en particulier, mais pas exclusivement:

a) Les biens meubles et immeubles et autres droits de propriété tels que les hypothèques, les gages et les droits analogues;

b) Les actions, obligations et toutes autres formes de participation dans des sociétés;

c) Les créances liquides ou tous autres droits à prestations ayant une valeur économique associée à un investissement;

d) Les droits de propriété intellectuelle, en particulier les droits d'auteur, les brevets, les marques, les noms commerciaux, les procédés techniques, les savoir-faire et la survalueur;

e) Les concessions commerciales conférées par la loi ou par contrat, y compris pour la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles.

Encadré 1 (suite)**ABI Azerbaïdjan/Finlande (2003)****Article 1***Définitions*

Le terme «investissement» désigne tout type d'actif établi ou acquis par un investisseur d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante conformément aux lois et règlements de cette dernière et, en particulier, mais pas exclusivement:

a) Les biens meubles et immeubles ou tous droits de propriété tels que les hypothèques, les créances privilégiées, les gages, les baux, les droits d'usufruit et les droits analogues;

b) Les actions, obligations ou toutes autres formes de participation dans une société;

c) Les titres monétaires ou créances liquides ou les droits à prestations ayant une valeur économique;

d) Les droits de propriété intellectuelle, tels que les brevets, les droits d'auteur, les procédés techniques, les marques, les dessins et modèles industriels, les noms commerciaux, les savoir-faire et la survaleur;

e) Les concessions conférées par la loi, par un acte administratif ou par une autorité compétente dans le cadre d'un contrat, y compris pour la prospection, la mise en valeur, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles.

La modification de la forme sous laquelle les actifs sont investis ou réinvestis n'affecte pas leur caractère d'investissement.

Encadré 1 (fin)**ABI Botswana/Ghana (2003)****Article 1***Définitions**1. Aux fins du présent Accord:*

a) Les «investissements» désignent tout type d'actif et en particulier, mais pas exclusivement:

i) Les biens meubles et immeubles et tous autres droits de propriété tels que les hypothèques, les créances privilégiées ou les gages;

ii) Les actions et obligations d'une société et toutes autres formes de participation dans une société;

iii) Les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur financière;

iv) Les droits de propriété intellectuelle, la survalueur, les procédés techniques et les savoir-faire;

v) Les concessions commerciales conférées par la loi ou par contrat, y compris pour la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles; [...]

Réinvestissement. Se pose également la question de savoir si le terme «investissement» couvre le réinvestissement, c'est-à-dire l'investissement des recettes de l'investissement initial, ou si seul le réinvestissement qui est formellement autorisé est couvert. On peut supposer que ces recettes ont été encaissées dans le pays d'accueil et n'ont pas été importées de l'étranger, comme a pu l'être le capital initial (ou une partie de ce dernier). Dans la mesure où les règles nationales ou internationales régissant l'investissement étranger visent à encourager l'importation de capital étranger, sous quelque forme que ce soit, le réinvestissement des recettes peut, du point de vue du pays d'accueil, être considéré comme ne remplissant pas les conditions requises. D'un autre côté, les investisseurs étrangers tiendront compte, au moment de prendre leurs décisions en matière d'investissement, de la politique d'un pays d'accueil concernant le traitement de tous leurs actifs et préféreront sans doute que ces derniers soient tous traités de la même manière, qu'ils aient été achetés initialement à l'aide de capital importé ou financés par le biais d'un réinvestissement ultérieur. C'est ainsi que, par exemple, le paragraphe 1 de l'article 1 de l'ABI Chine/Finlande (2004) dispose expressément ce qui suit: *«Les rendements réinvestis bénéficient du même traitement que l'investissement initial»*.

Modification de la forme de l'investissement. Nombre d'ABI prévoient qu'une modification de la forme de l'investissement est couverte dans la même mesure que l'investissement initial. Par exemple, l'article I de l'ABI Royaume-Uni/Mexique (2006) dispose qu'*«(u)ne modification de la forme sous laquelle les actifs sont investis n'affecte pas leur caractère d'investissement du moment qu'ils sont couverts par cette définition»*⁷. Ce libellé supplémentaire est important dans les cas où les investisseurs étrangers modifieraient la forme de leur investissement initial, par exemple en remplaçant une créance contractuelle par une participation au capital d'une société. Les investisseurs souhaiteront pouvoir restructurer leurs investissements sans avoir à craindre que ceux-ci ne soient plus protégés par l'AI pertinent. Certains accords d'investissement stipulent expressément

que le réinvestissement n'est couvert que s'il est établi conformément aux conditions auxquelles l'investissement initial était soumis. Par exemple, l'article 2 de l'ABI Belgique/Luxembourg/Chypre (1991) dispose que *«[t]oute modification de la forme sous laquelle les actifs sont investis n'affecte pas leur catégorisation en tant qu'investissement, pour autant que cette modification ne contrevienne pas à l'approbation éventuellement accordée en ce qui concerne les actifs initialement investis»*.

3. Réduction de la portée du terme «investissement»

Contrairement à la possibilité d'adopter une approche large de la définition de l'investissement, l'évolution récente de la pratique des accords d'investissement va dans le sens d'une réduction de la portée de ce terme. On indiquera ici un certain nombre de stratégies allant dans ce sens:

- Exclure des types spécifiques d'actifs, tels que les investissements de portefeuille, certains contrats commerciaux, certain prêts et titres d'emprunt, etc.;
- Utiliser une définition «fermée» assortie d'une longue liste d'exemples fondée sur les actifs qui soit non indicative, mais exhaustive;
- Limiter les investissements à ceux réalisés «conformément à la législation du pays d'accueil»;
- Compléter les définitions de l'«investissement» par des références expresses au risque d'investissement et à d'autres facteurs communément associés à l'investissement, introduisant par là même des critères objectifs pour l'analyse de ce terme;
- Limiter les investissements couverts en fonction de la date de leur établissement;

- Limiter les investissements couverts à certaines branches d'activité;
- Restreindre l'éventail des droits de propriété intellectuelle couverts.

i) Exclusion de types spécifiques d'actifs

Investissements de portefeuille. Certains accords d'investissement précisent qu'ils s'appliquent à l'investissement étranger direct, non à l'investissement de portefeuille. L'investissement de portefeuille est un investissement ayant un caractère purement financier, dans le cas duquel l'investisseur reste passif et ne contrôle pas la gestion de l'investissement. Les investisseurs de portefeuille se soucient essentiellement de l'appréciation de la valeur de leur capital et du rendement qu'il peut générer, indépendamment de toute considération de relation à long terme avec l'entreprise en question ou de contrôle de celle-ci. L'investissement de portefeuille ne donne lieu ni à un transfert de technologie, ni à la formation de salariés locaux, ni à l'octroi des autres avantages liés à l'investissement direct.

Lorsqu'un accord est limité à l'investissement étranger direct, l'investissement couvert doit être davantage qu'un investissement financier passif: il doit englober également un élément de contrôle de la gestion de l'investissement. Cette restriction peut être incluse dans un accord destiné à faciliter les flux d'investissements internationaux lorsque le pays d'accueil cherche à attirer l'investissement étranger direct – mais non pas nécessairement l'investissement de portefeuille – ou lorsqu'il redoute les effets néfastes que pourrait avoir l'application des dispositions de l'accord à certains types d'investissement, comme l'investissement de portefeuille. Par exemple, en vertu de l'article 45 de l'ALE Association européenne de libre-échange (AELE)/Mexique (2000):

«(a)ux fins de la présente section, l'investissement réalisé conformément aux lois et règlements des parties s'entend d'un investissement direct défini comme un investissement réalisé en vue d'établir des relations économiques durables avec une entreprise, comme dans le cas, en particulier, des investissements qui donnent la possibilité d'exercer une influence effective sur leur gestion».

On peut également citer l'exemple de l'Accord-cadre relatif à la zone d'investissement de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) (1998), qui a expressément exclu les investissements de portefeuille (art. 2)⁸.

Les gouvernements pourraient envisager d'établir un critère – 10 % d'actions ordinaires, par exemple – pour faire la distinction entre les investissements directs et les investissements de portefeuille⁹. Cette méthode permettrait de déterminer avec une plus grande certitude les investissements qui sont couverts et les autres.

Outre les titres de participation, la notion d'investissements de portefeuille inclut les *titres d'emprunt* (FMI, 1993, par. 385). La quasi-totalité des AII incorporent les titres d'emprunt dans la définition de l'investissement, même si certains d'entre eux choisissent d'exclure les titres d'emprunt à échéance initiale courte (en règle générale inférieure à trois ans) ou de n'inclure dans la définition que les titres d'emprunt dont l'échéance initiale est supérieure à une certaine durée minimale. L'utilité de cette distinction entre les titres d'emprunt à échéance longue et courte est contestable dans la mesure où l'on considère que l'échéance initiale peut n'avoir aucune influence sur la durée d'un investissement (ibid., par. 337).

Certains contrats commerciaux. L'exécution d'un contrat par une entité étrangère dans un pays d'accueil peut impliquer la création d'un investissement; à ce titre, elle pourrait entrer naturellement dans la définition d'un investissement. De fait, cette définition englobe ordinairement des contrats tels que les contrats

clefs en main et les contrats de construction, de gestion, de production, de concession, de partage des recettes et autres contrats analogues. Toutefois, le fait que certains AII incluent également les «*créances liquides et (les) droits à prestations au titre d'un contrat à valeur financière*»¹⁰ a amené certains tribunaux à considérer même les contrats de vente et de services isolés ordinaires comme des investissements.

Un certain nombre de pays ont estimé que l'inclusion des contrats commerciaux ordinaires dans la définition de l'investissement donnerait à ce terme une portée excessivement large. Ils ont donc entrepris de préciser dans les accords que ces contrats étaient exclus du champ de la définition de l'investissement. C'est ainsi que l'article 1 de l'ABI type canadien (2004) dispose notamment ce qui suit:

«mais l'investissement ne désigne pas

X) des créances liquides découlant uniquement

i) de contrats commerciaux concernant la vente de biens ou de services par un ressortissant ou une entreprise se trouvant sur le territoire d'une partie à une entreprise se trouvant sur le territoire de l'autre partie [...]».

Les clauses de ce type lèvent les doutes sur la manière dont il convient de traiter les contrats de vente de biens et de services et fournissent de précieuses indications aux tribunaux arbitraux.

Certains prêts et titres d'emprunt. L'ABI type canadien (2004) fournit également un exemple de définition qui exclut certains titres d'emprunt et prêts:

- Les titres d'emprunt et les prêts dont l'échéance initiale est inférieure à trois ans (art. 1 (III) et (IV));

- Les titres d'emprunt d'une entreprise publique et les prêts à une entreprise publique, quelle qu'en soit l'échéance initiale (art. 1 (III) et (IV));
- Un prêt à une institution financière ou un titre d'emprunt émis par une institution financière qui n'est pas traité comme étant un capital réglementaire par la partie sur le territoire de laquelle est située l'institution financière en question;
- L'octroi d'un crédit à l'occasion d'une transaction commerciale (financement du commerce, par exemple).

Un exemple différent et moins explicite de cette approche se trouve dans l'ALE Pérou/États-Unis (2006). Son article 10.28 énonce une définition de l'investissement assortie d'exclusions indiquées en notes. Par exemple, alors que la définition couvre les *«les obligations, les autres titres d'emprunt et les prêts»*, une note de cet article est ainsi libellée:

«Certaines formes de dette, telles que les obligations et les bons à long terme, sont plus susceptibles de présenter les caractéristiques d'un investissement, tandis que d'autres formes de dette, telles que les créances qui sont immédiatement exigibles et découlent de la vente de biens ou de services, sont moins susceptibles de posséder ces caractéristiques».

Titres de dette publique. Certains États ont choisi d'exclure les titres de dette souveraine des investissements¹¹, dans la mesure où les obligations relevant des AII pourraient affecter la restructuration ou le rééchelonnement de la dette en cas de défaut ou de difficultés financières. Une autre option, utilisée dans l'ALE Pérou/États-Unis, consiste à limiter la capacité d'un investisseur de présenter une réclamation concernant un litige investisseur-État basée sur la restructuration d'une dette lorsque les détenteurs d'au moins 75 % de la dette à rembourser ont accepté la restructuration¹².

Actif utilisés à des fins non commerciales. Les AII visant en général à promouvoir les flux de capitaux destinés à un usage commercial, un certain nombre d'entre eux excluent expressément les actifs étrangers devant être utilisés à des fins non commerciales, tels que les résidences secondaires. Les AII s'y prennent de diverses manières:

- Dans le chapeau d'une définition: «Le terme “investissement” désigne tout type d'actif **investi en vue d'activités économiques** par un investisseur d'une partie contractante...» (ABI Bélarus/République tchèque (1996), art. 1; c'est nous qui soulignons);
- Dans la dernière phrase «fourre-tout» de la liste indicative d'investissements: *«intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une partie en vue d'une activité économique sur ce territoire...»* (ALENA (1992), art. 1139; c'est nous qui soulignons);
- Dans une note séparée: *«Aux fins du présent chapitre, les “prêts et autres formes de dette” [...] et les “créances liquides et les droits à prestations au titre d'un contrat” [...] renvoient à des actifs qui se rapportent à une activité commerciale et ne renvoient pas à des actifs qui ont un caractère personnel, sans rapport avec une activité commerciale»* (APE Japon/Singapour (2002), art. 72 a); c'est nous qui soulignons).

L'affaire *Phoenix Action c. République tchèque* a révélé un aspect intéressant de cette prescription. Le tribunal a privé l'investissement de la protection juridique conférée par l'ABI pertinent en estimant principalement que l'investissement avait été réalisé dans le seul but d'accéder au mécanisme de règlement des litiges du CIRDI, non de se livrer à une activité économique dans l'État d'accueil¹³. Le tribunal a considéré qu'un tel investissement contrevenait à un principe séparé, le principe de bonne foi, mais il ressort également de son argumentation que, pour qu'un

investissement puisse être admis au bénéfice de la protection, il doit exister chez l'investisseur une véritable intention de se livrer à une activité économique.

ii) Approches fondées sur une «liste fermée»

L'approche de la «liste fermée» dont relève la définition de l'investissement utilisée dans l'ABI type canadien de 2004 (encadré 2) diffère de l'approche ouverte et large en ce qu'elle ne contient pas de chapeau conceptuel définissant l'investissement («*tout type d'actif ...*»), mais une liste longue tout en étant non complétable d'actifs corporels et incorporels que l'accord doit couvrir ainsi que certaines exclusions explicites de certaines transactions purement commerciales, y compris les contrats de vente et les conventions de prêt purement financier sans risque pour le capital (CNUCED, 2007a, p. 10 et 11). La méthode de la «liste fermée» peut être appliquée pour restreindre le champ de la définition fondée sur les actifs ainsi que la définition fondée sur l'entreprise.

**Encadré 2. Portée de l'investissement
dans l'ABI type canadien (2004)**

L'investissement désigne:

- I) *Une entreprise;*
- II) *Un titre de participation d'une entreprise;*
- III) *Un titre d'emprunt d'une entreprise*
 - i) *lorsque celle-ci est une filiale de l'investisseur, ou*
 - ii) *lorsque l'échéance initiale du titre d'emprunt est d'au moins trois ans,*

mais n'inclut pas un titre d'emprunt, quelle qu'en soit l'échéance initiale, d'une entreprise publique;
- IV) *Un prêt à une entreprise*
 - i) *lorsque l'entreprise est une filiale de l'investisseur, ou*
 - ii) *lorsque l'échéance initiale du prêt est d'au moins trois ans,*

mais n'inclut pas un prêt, quelle qu'en soit l'échéance initiale, à une entreprise publique;
- V) *i) Nonobstant les alinéas III) et IV) ci-dessus, un prêt à une institution financière ou un titre d'emprunt émis par une institution financière n'est un investissement que dans les cas où le prêt ou le titre d'emprunt est traité comme étant un capital réglementaire par la partie sur le territoire de laquelle est située ladite institution financière; et*

Encadré 2 (suite)

ii) *Un prêt accordé ou un titre d'emprunt détenu par une institution financière autre qu'un prêt à une institution financière ou un titre d'emprunt d'une institution financière visé à i) n'est pas un investissement;*

Pour plus de sécurité:

iii) *Un prêt ou un titre d'emprunt émis par une partie ou une entreprise de cette dernière n'est pas un investissement; et*

iv) *Un prêt accordé ou un titre d'emprunt détenu par un fournisseur de services financiers transfrontaliers, autre qu'un prêt à une institution financière ou un titre d'emprunt émis par une institution financière, est un investissement si ce prêt ou ce titre d'emprunt répond aux critères énoncés pour les investissements dans une autre partie du présent article;*

VI) *Une participation dans une entreprise qui donne droit à son détenteur à une part des revenus ou des bénéfices de l'entreprise;*

VII) *Une participation dans une entreprise qui donne droit à son détenteur à une part des actifs de cette entreprise lors de sa dissolution, autre qu'un titre d'emprunt ou un prêt exclu des alinéas III), IV) ou V);*

VIII) *Biens immobiliers ou autres biens, corporels ou incorporels, acquis dans la perspective ou utilisés aux fins d'un avantage économique ou à d'autres fins commerciales; et*

Encadré 2 (fin)

IX) Intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une partie en vue d'une activité économique sur ce territoire, comme au titre de

i) contrats impliquant la présence du bien d'un investisseur sur le territoire de la partie concernée, y compris les contrats clefs en main ou les contrats de construction, ou les concessions, ou

ii) contrats dans le cadre desquels la rémunération est largement tributaire de la production, des recettes ou des bénéfices d'une entreprise;

mais l'investissement ne désigne pas

X) des créances liquides qui découlent uniquement de

i) contrats commerciaux concernant la vente de biens ou de services par un ressortissant ou une entreprise située sur le territoire d'une partie à une entreprise située sur le territoire de l'autre partie, ou

ii) l'octroi d'un crédit à l'occasion d'une transaction commerciale, dans le cas, par exemple, du financement du commerce, autre qu'un prêt couvert par les alinéas IV) ou V); et

XI) Toutes autres créances liquides

qui ne relèvent pas des types d'intérêts visés aux alinéas I) à IX). (C'est nous qui soulignons.)

iii) Limitation des investissements à ceux qu'autorise la législation du pays d'accueil

Certains AII contiennent une prescription selon laquelle un investissement n'est couvert que s'il est effectué d'une manière conforme à la législation du pays d'accueil. Par exemple, la plupart des ABI conclus par la République populaire de Chine stipulent que «[l]e terme "investissement" désigne tout type d'actif investi par des investisseurs d'une partie contractante conformément aux lois et règlements de l'autre partie contractante sur le territoire de cette dernière...»¹⁴. Cette prescription a pour effet de subordonner la protection de l'investissement au titre de l'ABI à l'obtention de toutes autorisations exigées en vertu de la législation nationale de la partie contractante qui est l'État d'accueil (Gallagher et Shan, 2009, p. 56). De même, le paragraphe 9 de l'article 1 de l'Accord relatif à la zone d'investissement commune du Marché commun des États de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) (2007) indique que «l'"investissement" s'entend des actifs admis ou admissibles en conformité avec les lois et règlements pertinents de l'État membre du COMESA sur le territoire duquel l'investissement est effectué». Dans les accords qui appliquent cette restriction, un investissement qui n'est pas établi conformément aux lois et règlements du pays d'accueil ne sera pas considéré comme un investissement protégé. Un tribunal a souligné que l'analyse pertinente «(devait) être effectuée compte tenu des lois en vigueur au moment de l'établissement de l'investissement», et non des modifications ultérieurement apportées à la législation¹⁵.

Un autre scénario consiste à inclure une disposition séparée stipulant qu'un accord ne s'applique qu'aux investissements réalisés conformément aux lois et règlements de l'État d'accueil et/ou préalablement approuvés par les autorités de cet État. C'est ainsi que, dans le nouvel Accord d'investissement global de l'ASEAN de 2009, le terme «investissement couvert» désigne, en ce qui concerne un État membre, «un investissement effectué sur son territoire par un investisseur originaire de tout autre État membre et existant à la

date d'entrée en vigueur du présent Accord ou établi, acquis ou élargi par la suite, et ayant été accepté en conformité avec ses lois, règlements et politiques nationaux et, le cas échéant, approuvé spécifiquement par écrit par l'autorité compétente d'un État membre».

Les accords prévoyant une assurance d'investissement ou des garanties en matière d'investissement accordent une attention particulière à cet élément des investissements, que ce soit du strict point de vue des définitions ou à un autre titre. Par exemple, l'article 15.6 de la Convention instituant la Société interarabe de garantie des investissements dispose que «[l]es contrats d'assurance ne peuvent être conclus que si l'investisseur a préalablement obtenu l'approbation de l'autorité officielle compétente du pays d'accueil en ce qui concerne la réalisation de l'investissement et l'assurance de cet investissement par la Société contre les risques à assurer». Et l'article 12 d) sur les investissements admissibles de la Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements stipule notamment que «(l)orqu'elle garantit un investissement, l'Agence s'assure: ii) que ledit investissement satisfait à la législation et à la réglementation du pays d'accueil; iii) que ledit investissement est compatible avec les objectifs et les priorités déclarés du pays d'accueil en matière de développement».

Le fait de limiter l'applicabilité d'un accord d'investissement aux investissements effectués conformément aux lois et/ou aux procédures d'approbation applicables vise à inciter les investisseurs étrangers à satisfaire aux lois et règlements locaux lorsqu'ils établissent un investissement. De surcroît, cela permettra de garantir le respect de la législation du pays considéré par les investisseurs tant étrangers que nationaux et, par là même, d'offrir des chances égales à tous. Qui plus est, en partant du principe que la législation du pays d'accueil relative à l'investissement sera élaborée et appliquée de façon à promouvoir sa politique de développement, cette restriction vise également à faire en sorte que l'investissement ne soit couvert que s'il est compatible avec la politique de

développement et d'autres politiques du pays d'accueil qui, comme l'immigration et la sécurité intérieure, ont des incidences sur l'investissement. Selon la manière exacte dont elle sera formulée, cette prescription pourrait très bien être utilisée pour faire perdre à un investisseur la protection de l'accord pour infraction grave à la législation du pays d'accueil reconnue pendant la durée de l'investissement, c'est-à-dire après sa réalisation.

Pratique arbitrale. Le non-respect des lois et règlements nationaux pourrait amener un tribunal à refuser de se reconnaître compétent pour examiner toute réclamation ultérieure de l'investisseur¹⁶. Certains tribunaux ont considéré l'obligation de respecter la législation locale comme implicite même si elle n'était pas expressément mentionnée dans l'ABI pertinent¹⁷. On note également une prise de conscience du fait que les ordres juridiques nationaux comportent une obligation générale de bonne foi qui devrait empêcher la réalisation d'investissements par le biais de déclarations inexactes ou le recours à la dissimulation ou à la corruption¹⁸.

Toutefois, le pays défendeur ne saurait invoquer une interprétation de sa législation nationale qui exclurait effectivement toute possibilité de recours en vertu de l'ABI. Le souci prioritaire de la bonne foi en matière d'application des approbations d'investissements par les autorités nationales et en ce qui concerne les autres obligations découlant de la réglementation nationale a sans doute son importance à cet égard. C'est ainsi que le retrait d'une approbation ne pourra pas invalider le fait qu'un investissement a été effectué conformément à la législation applicable aux investissements. S'il en allait autrement, le pays d'accueil pourrait unilatéralement réduire à néant la protection de l'ABI applicable (McLachlan *et al.*, 2007, p. 196). De plus, comme l'a fait observer le tribunal dans l'affaire *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, l'État ne peut pas faire obstacle à la protection prévue par l'ABI «*au motif que ses propres actions sont illégales au regard de sa propre législation. En d'autres termes, un pays d'accueil ne peut pas éviter*

de s'en remettre à l'arbitrage en vertu de l'ABI en invoquant le fait qu'il n'a pas respecté sa propre législation nationale»¹⁹.

Le fait que le pays d'accueil doive faire preuve de bonne foi a été récemment mis en relief par la décision du tribunal dans l'affaire *Desert Line Projects LLC c. Yémen*²⁰. Le litige concernait un projet de construction routière. Le requérant avait accepté de construire un certain nombre de routes goudronnées au Yémen. Un différend était survenu au sujet de la rémunération du requérant. Ce dernier avait fait valoir en justice que le règlement ultérieur du litige était insuffisant et erroné et que ses ouvriers et employés avaient été agressés et harcelés par des Yéménites. N'ayant pas obtenu gain de cause devant les tribunaux yéménites, le requérant avait engagé une procédure devant le CIRDI. L'État défendeur a affirmé que l'investissement du requérant n'avait pas été *«accepté, par la partie qui était le pays d'accueil, en tant qu'investissement conforme à sa législation et à sa réglementation et donnant lieu à la délivrance d'un certificat d'investissement»* en application de l'article 1 de l'ABI Oman/Yémen (1998). Selon l'État défendeur, aucun certificat de ce type n'avait été délivré et, de ce fait, l'investissement n'était pas couvert. Le tribunal a rejeté cet argument formel, en indiquant que l'article 1 devait être interprété comme ayant un *«objectif pertinent»* qu'il n'était pas concevable d'atteindre à l'aide d'une prescription purement formelle qui ne servait aucun intérêt véritable de l'un ou de l'autre signataire, mais qui, en revanche, constituerait *«un piège artificiel privant les investisseurs de la protection même que l'ABI était censé fournir»²¹*. En fait, l'investissement avait été accepté de bonne foi et accueilli favorablement par le chef de l'État; l'imposition de réserves et de prescriptions formalistes aurait donc été incompatible avec *«la notion de bonne foi la plus élémentaire et insultante pour le chef de l'État»²²*.

Il convient de noter que la mention des investissements effectués conformément aux lois et procédures du pays d'accueil ne renvoie pas aux définitions données par les lois et règlement de ce pays, mais à la validité de l'investissement (Joubin-Bret, 2008,

p. 27). En substance, elle établit que seuls les investissements effectués conformément aux lois et règlements du pays d'accueil doivent bénéficier de la protection prévue par l'accord. Les investissements illégaux ne méritent pas cette protection²³.

La question de savoir s'il conviendrait, dans les accords futurs, de s'en tenir à la non-prise en considération de la législation nationale pour définir ce qui constitue un investissement au regard d'un AII est ouverte au débat. En particulier, on peut au moins soutenir que la définition d'un investissement couvert par un AII devrait tenir compte des définitions d'un investissement pertinentes utilisées dans la législation nationale de la partie contractante qui est l'État d'accueil. Ce point de vue peut être défendu au motif qu'il semble anormal que la législation nationale joue un rôle essentiel s'agissant de définir qui peut être considéré comme un «investisseur» au sens de l'AII et n'en joue aucun lorsqu'il s'agit de définir l'«investissement». Comme on le verra plus loin, la pratique normale des AII en matière de définition de l'«investisseur» consiste à se référer à la loi sur la nationalité du pays d'origine de l'investisseur et à déterminer si le candidat a droit au statut de ressortissant en vertu de cette loi. Si c'est le cas, il est un «investisseur» protégé. Or, pour ce qui est de l'«investissement», la législation nationale ne joue aucun rôle s'agissant d'établir la signification de ce terme dans les AII. Il se pourrait donc que la législation nationale du pays d'accueil doive à l'avenir déterminer ce qui est et ce qui n'est pas un «investissement» couvert en examinant les définitions de cette législation nationale. De la sorte, l'accord pourrait mieux protéger la marge d'action réglementaire du pays d'accueil et veiller à ne protéger que les investissements que la législation de ce pays considère comme relevant de la catégorie des investissements couverts. Les incidences d'une telle disposition seront examinées plus avant à la section III.

iv) Références expresses au risque d'investissement et à d'autres facteurs

Pour canaliser et contrôler la portée du terme «investissement», on peut aussi utiliser des références expresses au risque d'investissement et à d'autres caractéristiques économiques couramment associées à un investissement afin qu'un tribunal puisse disposer de critères objectifs lui permettant d'établir si la transaction dont il est saisi est ou n'est pas un «investissement» couvert. On peut s'inspirer à cette fin des caractéristiques incluses dans ce qu'il est convenu d'appeler le «critère Salini», sur lequel on reviendra au paragraphe 4) de la partie A de la section II à propos de l'article 25 de la Convention du CIRDI; on peut aussi utiliser un éventail de caractéristiques plus étroit. Par exemple, l'ABI type colombien se fonde sur un critère analogue appliqué dans l'affaire *Fedax c. Venezuela*²⁴ et, dans son article 2.3, énumère ces critères en tant que caractéristiques minimales d'un investissement, mais sans retenir le critère du développement de l'État d'accueil (Rivas, 2009, p. 4).

On peut aussi, comme le font les ABI conclus par les États-Unis, limiter la définition de l'investissement à *«tout actif qu'un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement, et qui a les caractéristiques d'un investissement»*, puis présenter une liste indicative d'investissements fondés sur les actifs. Pour avoir droit au statut d'investissement au regard de l'ABI type des États-Unis (2004), un actif doit avoir les caractéristiques d'un investissement, *«notamment des caractéristiques telles que l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, la perspective de réaliser des gains ou des bénéfices, ou la prise en charge de risques»* (encadré 3). De même, l'APE Brunéi/Japon (2007) précise dans une note à propos de la définition de l'investissement que:

«Note 3: Un actif qui est dépourvu des caractéristiques d'un investissement n'est pas un investissement quelle que soit la forme sous laquelle il se présente. Les caractéristiques d'un investissement sont notamment l'engagement de capitaux, la

perspective de réaliser des gains ou des bénéfices, ou la prise en charge de risques».

Une sentence arbitrale a indiqué que ces trois critères constituaient une «définition usuelle intrinsèque» du terme «investissement»²⁵. De même, dans l'affaire *Romak c. Ouzbékistan*, le tribunal a considéré que «le terme “investissement” a, au regard de l'ABI, un sens intrinsèque qui implique une contribution s'étendant sur une certaine période de temps et comportant des risques»²⁶. En conséquence, malgré la définition large de l'investissement figurant dans l'ABI applicable («tout type d'actifs et en particulier...»), le tribunal a estimé que le requérant ne détenait pas d'investissement au sens de l'article 1 de l'ABI, dans la mesure où ses droits étaient énoncés dans un contrat de vente et découlaient de ce contrat. Le tribunal a ainsi rejeté les prétentions du requérant après s'être déclaré incompetent²⁷. Toutefois, cette manière d'aborder la question ne fait pas encore l'unanimité, si bien que si un gouvernement tient à s'assurer qu'un tribunal tiendra compte des caractéristiques objectives d'un investissement, il a tout intérêt à les inclure dans la définition.

Encadré 3. ABI Rwanda/États-Unis (2008)*Article 1*

Un «investissement» désigne tout actif qu'un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement, et qui a les caractéristiques d'un investissement, notamment des caractéristiques telles que l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, la perspective de réaliser des gains ou des bénéfices, ou la prise en charge de risques. Les formes sous lesquelles un investissement peut se présenter sont notamment les suivantes:

- a) Une entreprise¹;*
- b) Des actions, titres et autres formes de participation au capital dans une entreprise;*
- c) Des obligations et autres titres d'emprunt, et des prêts²;*
- d) Des instruments à terme, des options et d'autres produits dérivés;*
- e) Des contrats clefs en main et des contrats de construction, de gestion, de production, de concession, de partage des recettes et autres contrats analogues;*
- f) Des droits de propriété intellectuelle;*
- g) Des licences, autorisations, permis et autres droits analogues conférés en vertu de la législation nationale^{3, 4};*

Encadré 3 (fin)

h) D'autres biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, et les droits de propriété connexes tels que baux, hypothèques, créances privilégiées et gages.

1. Pour plus de sécurité, une entreprise qui est dépourvue des caractéristiques d'un investissement n'est pas un investissement quelle que soit la forme sous laquelle elle se présente.

2. Certaines formes de dette, telles que les obligations et les bons à long terme, sont plus susceptibles de présenter les caractéristiques d'un investissement, tandis que d'autres formes de dette, telles que les créances qui sont immédiatement exigibles et découlent de la vente de biens ou de services, sont moins susceptibles de posséder ces caractéristiques.

3. Pour déterminer si un certain type de licence, d'autorisation, de permis ou instrument analogue (y compris une concession, dans la mesure où elle est de même nature qu'un tel instrument) présente les caractéristiques d'un investissement, il faut examiner des facteurs tels que la nature et l'étendue des droits que la législation de la partie confère à son détenteur. Au nombre des licences, des autorisations, des permis et instruments analogues qui ne présentent pas les caractéristiques d'un investissement figurent ceux qui ne créent aucun droit protégé par la législation nationale. Pour plus de sécurité, les faits précités sont sans préjudice de la question de savoir si un actif associé à la licence, à l'autorisation, au permis ou à un instrument analogue présente les caractéristiques d'un investissement.

4. Le terme «investissement» n'englobe pas une ordonnance ou un jugement rendu à l'issue d'une procédure judiciaire ou administrative.

«**Ou**» par opposition à «**et**». Fait important, nombre de dispositions des accords qui énoncent les caractéristiques d'un investissement utilisent la conjonction «ou», soulignant par là même que tous les facteurs n'ont pas à être présents pour qu'un investissement soit identifié (voir, par exemple, les passages des accords cités plus haut). Un investissement peut donc être couvert s'il présente simplement «une perspective de réaliser des bénéfices»: il n'a pas besoin d'inclure un engagement de capitaux ou la prise en charge de risques. Il reste à déterminer si cette approche est viable. En particulier, dans le contexte de l'article 25 de la Convention du CIRDI (voir sect. II.3 plus loin), les tribunaux arbitraux ont traité les caractéristiques des investissements comme étant cumulatives, autrement dit en considérant qu'il y a investissement seulement si tous les facteurs sont présents. On trouvera également des exemples de formulation cumulative dans certains accords tels que l'ABI Belgique-Luxembourg/ Colombie (2009) (par. 2.3 de l'article I).

v) **Date d'établissement d'un investissement**

Un autre facteur utilisé par les AII pour délimiter le champ de l'«investissement» est une restriction fondée sur la date d'établissement. L'accord peut exclure un investissement établi avant une certaine date, comme la date à laquelle l'accord est signé ou entre en vigueur. Par exemple, l'article 13 de l'ABI Égypte/Fédération de Russie (1997) dispose que «*[l]e présent accord s'applique à tous les investissements réalisés par des investisseurs de l'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre partie contractante à partir du 1^{er} janvier 1987*». Il arrive que les pays en développement veuillent exclure un investissement établi avant l'entrée en vigueur d'un accord de protection des investissements. Par exemple, l'article 12 de l'ABI Chypre/ Égypte (1998) stipule ce qui suit:

«Le présent accord s'applique à tous les investissements effectués par des investisseurs de l'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre partie contractante après son entrée en vigueur».

Cela écarte l'éventualité de voir un tribunal arbitral étendre sa compétence aux litiges découlant d'investissements établis avant l'entrée en vigueur de l'accord pertinent.

La plupart des accords bilatéraux d'investissement n'excluent pas formellement les investissements préexistants. Certains d'entre eux indiquent même expressément qu'ils s'appliquent aux investissements existants. Par exemple, l'article 6 de l'ABI Estonie/Suisse (1992) prévoit que «*[l]e présent accord s'applique également aux investissements effectués sur le territoire d'une partie contractante conformément à sa législation et à sa réglementation par des investisseurs de l'autre partie contractante avant l'entrée en vigueur du présent accord*». L'ABI Autriche/Philippines (2002) contient une disposition analogue. En vertu d'une telle disposition, un tribunal spécialisé en matière d'investissement a compétence pour examiner toute réclamation présentée après l'entrée en vigueur de l'accord, mais découlant d'un investissement effectué avant cette entrée en vigueur.

Peu d'AII excluent les investissements établis avant une autre date, comme la date à laquelle la loi du pays d'accueil sur les investissements étrangers est entrée en vigueur. Par exemple, le paragraphe 3) de l'article 2 de l'ABI Indonésie/Royaume-Uni (1976) stipule que «*[l]es droits et obligations des deux parties contractantes en ce qui concerne les investissements réalisés avant le 10 janvier 1967 ne sont en aucune manière affectés par les dispositions du présent accord*». Il est vraisemblable que cette disposition visait à exclure les investissements établis avant l'entrée en vigueur de la loi n° 1 de 1967 sur les investissements étrangers de l'Indonésie. De fait, les ABI conclus entre l'Indonésie et le Royaume-Uni (1977), l'Australie (1993) et le Chili (1999) prévoient que les investissements réalisés en Indonésie ne peuvent être protégés que s'ils sont acceptés conformément à la loi n° 1 de 1967 et de toute autre loi portant modification de cette loi ou la remplaçant²⁸.

Certains AII soulignent que les investissements antérieurs sont protégés s'ils sont approuvés par le gouvernement du pays d'accueil. Par exemple, l'article 9 de l'ABI Égypte/Allemagne (2005) stipule que «[l]e présent accord s'applique également aux investissements réalisés par des ressortissants ou des sociétés de l'une ou l'autre partie contractante avant l'entrée en vigueur du présent accord et acceptés conformément à la législation en vigueur dans l'une ou l'autre partie contractante».

Date des litiges. Certains accords qui s'appliquent aux investissements effectués avant aussi bien qu'après leur entrée en vigueur peuvent également traiter de la question de la date des litiges. C'est ainsi que l'accord peut préciser qu'il ne s'applique qu'aux litiges survenant après son entrée en vigueur²⁹. Le tribunal doit donc déterminer la date exacte de survenance du litige. Pour qu'il puisse se reconnaître compétent, le litige doit être survenu après l'entrée en vigueur de l'accord. À cet égard, les sentences des tribunaux ne sont guère éclairantes car on relève des contradictions en ce qui concerne les constatations de fait. Il ressort toutefois de ces sentences que le simple fait que l'investissement ait cessé d'exister au moment où la réclamation est présentée n'invalide pas la compétence du tribunal. S'il en était autrement, les investissements pourraient être expropriés sans aucune obligation d'indemnisation au motif qu'il n'y aurait plus de propriétaire de l'investissement (McLachlan *et al.*, 2007, p. 174 à 177).

vi) Limiter les investissements couverts à certaines branches d'activité

Pour limiter la portée du terme «investissement», on pourrait également utiliser des facteurs tels que le montant et la branche d'activité. Nombre de pays, toutefois, cherchent à attirer les investissements étrangers effectués par des petites et moyennes entreprises, si bien que les restrictions portant sur le montant de l'investissement ne sont pas courantes dans les accords d'investissement. Le terme «investissement» peut être limité à l'investissement effectué dans certains secteurs de l'économie. Par

exemple, l'article premier du Traité sur la Charte de l'énergie dispose que le terme «investissement» vise tout investissement associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie et tout investissement ou catégorie d'investissements effectués dans sa zone par une partie contractante, désignés par elle comme des «projets d'efficacité de la Charte» et notifiés en tant que tels au Secrétariat. Dans ce cas particulier, l'accord avait pour objet de couvrir uniquement le secteur de l'énergie et toutes ses dispositions se limitaient à ce secteur.

On en a un autre exemple dans l'Accord d'investissement global de l'ASEAN (2009), qui s'applique, aux fins de la libéralisation, aux secteurs suivants: «a) industrie manufacturière; b) agriculture; c) pêche; d) sylviculture; e) industries extractives; f) services accessoires à l'industrie manufacturière, à l'agriculture, à la pêche, à la sylviculture, et aux industries extractives; et g) tous autres secteurs dont pourront convenir tous les États membres» (par. 3 de l'article 3). Nombre d'AII excluent de leur portée les activités de passation de marchés publics.

vii) Droits de propriété intellectuelle

Comme indiqué précédemment, nombre d'accords inscrivent les droits de propriété intellectuelle sur la liste indicative des actifs qui sont des «investissements». Ces droits peuvent englober les marques, les secrets commerciaux, les brevets et les droits d'auteur. Dans certains accords d'investissement, l'éventail des actifs de propriété intellectuelle protégés comprend également les «procédés techniques» et le «savoir-faire», qui ne sont pas juridiquement protégés en tant que formes traditionnelles de propriété intellectuelle. Par exemple, l'ABI Roumanie/Royaume-Uni (1999) retient cette approche. Cette catégorie englobe également le fonds commercial, ce qui montre que les actifs protégés d'une société peuvent inclure non seulement ses biens corporels, mais aussi sa réputation. Le transfert de propriété intellectuelle ou de savoir-faire sera considéré comme une contribution au développement du pays d'accueil aux fins de sa caractérisation en tant qu'investissement³⁰.

Certains ABI énoncent une définition très large des droits de propriété intellectuelle, ce qui peut susciter de sérieuses préoccupations en ce qui concerne l'efficacité du transfert de technologies et de compétences dans les cas où il constitue l'une des orientations de politique générale du pays d'accueil. Par exemple, le paragraphe 1) f) de l'article 1 de l'ABI Japon/Pérou (2008) dispose notamment ce qui suit:

«f) les droits de propriété intellectuelle, à savoir notamment les droits d'auteur et droits connexes, les droits de brevet et les droits relatifs aux modèles d'utilité, les marques, les dessins et modèles industriels, les schémas de configuration de circuits intégrés, les nouvelles variétés végétales, les noms commerciaux, les indications de provenance ou indications géographiques et les renseignements non divulgués; [...]

h) tous autres biens corporels et incorporels, meubles et immeubles, et tous droits de propriété y afférents, tels que les baux, les hypothèques, les créances privilégiées et les gages»³¹.

Sont ainsi couverts la quasi-totalité des droits incorporels dont un investisseur pourrait jouir. Étant donné que les tribunaux sont disposés à accepter les droits de propriété intellectuelle et les droits connexes relatifs au savoir-faire et au fond de commerce, et les autres droits incorporels en tant qu'investissements protégés, cette approche large pourrait devoir être reconsidérée dans les cas où elle risquerait de porter atteinte au droit de réglementer du pays d'accueil. Il convient de veiller à harmoniser le champ de protection offert par l'AII et la législation et la réglementation nationales relatives aux droits de propriété intellectuelle.

4. L'impact du paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention du CIRDI

S'agissant des réclamations présentées au titre des AII, une proportion importante de requérants se tourne vers les tribunaux arbitraux créés en vertu de la Convention du CIRDI, laquelle fixe ses propres prescriptions juridictionnelles. Le paragraphe 1) de son article 25 limite la compétence des tribunaux arbitraux aux différends d'ordre juridique «*qui sont en relation directe avec un investissement*». Les administrateurs de la Banque mondiale ont délibérément évité d'insérer une définition de l'«investissement» dans le paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention du CIRDI, ce qui tient en partie au fait que les membres se sont trouvés dans l'impossibilité de s'entendre sur le sens exact du terme (Schreuer *et al.*, 2009, p. 114 à 117). De même, cette approche a été retenue pour permettre à la Convention de prendre en compte tant les types classiques d'investissement, sous la forme d'un apport de capitaux, que les nouveaux types d'investissement, notamment les contrats de services et les transferts de technologie (Delaume, 1983, p. 795; 1982, p. 800 à 808).

Le caractère large et non exhaustif de la définition de l'investissement fondée sur les actifs donnée en particulier par les ABI, à quoi il convient d'ajouter le fait que le paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention du CIRDI ne définit pas le terme «investissement», a élargi l'éventail des types de transactions que les tribunaux acceptent en tant qu'investissements. Cela pourrait rendre floue la distinction entre les investissements et les autres types de transactions commerciales et multiplier les litiges susceptibles d'être portés devant les tribunaux arbitraux. Des opérations qui auraient pu être considérées comme de simples transactions commerciales au moment de la signature de l'AII pourraient à présent être considérées comme des investissements.

Selon Gaillard, on relève dans les sentences et les ouvrages des spécialistes deux méthodes fondamentales d'interprétation du terme «investissement» tel qu'il figure au paragraphe 1) de

l'article 25 (Gaillard, 2009). La première est une méthode intuitive libérale, qui consiste à examiner principalement les éléments de la transaction ponctuelle dont le tribunal est saisi, et la seconde est une méthode déductive reposant sur des critères objectifs qui dépassent le consentement subjectif des parties au litige pour considérer la transaction comme un investissement. La première est plus susceptible d'amener le tribunal à se reconnaître compétent, tandis que la seconde est plus restrictive.

i) Recherche de la flexibilité dans la définition d'un investissement

Une approche libérale de la définition des investissements peut introduire une plus grande flexibilité en matière de protection des investissements dans la mesure où ces derniers prennent des formes plus complexes. À cet égard, les investissements peuvent être souvent considérés comme des paquets de transactions, dont certaines peuvent être des contrats purement commerciaux, mais dont le regroupement constitue un processus d'investissement. Il n'est pas toujours facile de dégrouper de tels processus et de faire apparaître le caractère contractuel de la transaction dont découle la réclamation et de ne pas tenir compte de son contexte. Comme l'a indiqué le Tribunal du CIRDI dans l'affaire *CSOB c. Slovaquie*:

«Un différend qui est porté devant le Centre doit être réputé être en relation directe avec un investissement même s'il repose sur une transaction qui, en elle-même, ne constituerait pas un investissement en vertu de la Convention, dès l'instant que cette transaction s'inscrit dans une opération globale ayant droit au statut d'investissement³²».

En conséquence, il ne serait pas avisé de ne plus pouvoir compter sur cet élément de flexibilité en matière de protection de l'investisseur au vu de la manière dont les STN et les autres investisseurs étrangers développent leurs pratiques opérationnelles. Toutefois, il peut y avoir lieu de réduire cette flexibilité si on en abuse pour accéder à l'arbitrage international relatif aux

investissements afin de régler des problèmes découlant d'une transaction spécifique. Le meilleur exemple de cette tendance a été fourni à l'occasion de l'élargissement des investissements aux différents processus financiers et contractuels (encadré 4).

Encadré 4. Exemples de l'élargissement de la portée du terme «investissement»

Selon le tribunal arbitral statuant sur l'affaire *Mytilineos Holdings SA c. l'Union d'États de Serbie-Monténégro et République de Serbie*, CNUDCI, sentence partielle, 8 septembre 2006, par. 113, 115:

«La pratique antérieure du CIRDI offre les exemples suivants: construction d'une usine chimique clefs en main combinée avec un contrat de gestion prévoyant une assistance technique en vue de l'exploitation de l'usine, affaire Klöckner Industrie Anlagen GmbH c. Cameroun et Société Camerounaise des Engrais (SOCAME), n° ARB/81/2; un contrat de gestion pour l'exploitation d'une filature de coton, affaire SEDITEX c. Madagascar, n° CONC/82/1; un contrat de transformation de navires en bateaux de pêche et de formation d'équipages, affaire Atlantic Triton Company Ltd c. Guinée, n° ARB/84/1; ou des accords techniques ou des accords de licence pour la fabrication d'armes comme dans l'affaire Colt Industries Operating Corp, Firearms Div c. République de Corée, n° ARB/84/2.

Plus récemment, des instruments financiers (Fedax N. V. c. Venezuela, CIRDI, affaire n° ARB/96/3, Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. c. la République slovaque, CIRDI, affaire n° ARB/97/4), la construction de routes (Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Jordanie, CIRDI, affaire n° ARB/02/13; Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Maroc, CIRDI, affaire n° ARB/00/4) et des modalités d'inspection avant expédition (SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du

Encadré 4 (*fin*)

Pakistan, *CIRDI, affaire n° ARB/01/13*; SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines, *CIRDI, affaire n° ARB/02/6*) ont été considérés comme des investissements en vertu de l'article 25 de la Convention du CIRDI».

Cela dit, les sentences arbitrales interprétant les ABI ont établi une distinction entre les modalités contractuelles qui sont des investissements et celles qui n'en sont pas. C'est ainsi que les passifs éventuels, tels que des garanties bancaires, ne seront pas considérés comme des «investissements»³³. Les transactions de vente simples ne le seront pas non plus, à moins d'être expressément incluses dans la définition de l'investissement³⁴. On a estimé que les dépenses de préinvestissement ne constituaient pas un «investissement», bien que chacun de ces cas soit déterminé par des circonstances particulières et, notamment, la question de savoir si les parties ont décidé que ces dépenses seraient récupérables en cas de non-réalisation de l'investissement³⁵. En outre, un contrat d'investissement peut être réputé exister même si l'adoption de certaines de ses dispositions est remise à plus tard et dans les cas où existe une possibilité de renégociation (Muchlinski, 2007, p. 732 et 733)³⁶.

ii) La question des critères objectifs à appliquer en ce qui concerne la définition de l'«investissement»

Il a été indiqué plus haut que l'interprétation arbitrale de la définition large de l'investissement fondée sur les actifs exige de déterminer les liens réciproques entre la définition de l'«investissement» donnée dans l'ABI qui régit la transaction considérée et les prescriptions juridictionnelles du paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention du CIRDI. Les tribunaux ont donc été amenés à se demander s'il ne serait pas possible de déduire de la notion d'«investissement» des critères définitionnels obligatoires

devant limiter le droit de l'investisseur de saisir un tribunal du CIRDI. C'est une question qui concerne spécifiquement les affaires dans lesquelles il est fait appel à l'arbitrage du CIRDI, mais elle a aussi influencé l'analyse du terme même dans les arbitrages ad hoc appliquant des règles différentes de celles du CIRDI³⁷.

a) *La Convention du CIRDI*

Avant d'examiner les sentences pertinentes, il importe de se pencher sur la Convention du CIRDI elle-même. Les administrateurs de la Banque mondiale ont délibérément évité d'insérer une définition de l'«investissement» dans le paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention du CIRDI, ce qui tient en partie au fait que les membres se sont trouvés dans l'impossibilité de s'entendre sur le sens exact du terme (Schreuer *et al.*, 2009, p. 114 à 117). De même, cette approche a été retenue pour permettre à la Convention de prendre en compte tant les types classiques d'investissement, sous la forme d'un apport de capitaux, que les nouveaux types d'investissement, notamment les contrats de services et les transferts de technologie (Delaume, 1983, p. 795; 1982, p. 800 à 808). Les administrateurs ont estimé que le respect de la Convention par un pays constituerait une incitation et une motivation supplémentaires à la croissance des flux d'investissements privés internationaux à destination de son territoire. C'était d'ailleurs, à leur avis, la finalité principale de la Convention (BIRD, 1965, p. 525, par. 11 et 12). La Convention du CIRDI ne devait donc pas être considérée simplement comme un moyen de régler des différends. Elle était aussi «*un instrument de politique internationale au service de la promotion du développement économique*» (Delaume, 1986, p. 23; Schreuer *et al.*, 2009, p. 4 et 5). De fait, le préambule de la Convention évoque «*la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux*».

Le sens exact de ce considérant est au cœur des divergences relevées dans les différentes sentences rendues par les tribunaux du CIRDI dans lesquelles est examiné le sens à donner à

l'«investissement». Certains tribunaux ont cru devoir déclarer que le paragraphe 1) de l'article 25 introduit certains critères objectifs, basés sur la nature et l'objet de la Convention du CIRDI, qui doivent être présents pour qu'une transaction puisse être considérée comme un «investissement». Cette approche est fondée sur l'opinion selon laquelle la compétence du CIRDI ne peut pas dépendre simplement de la volonté des parties à l'AI qui offre la possibilité de recourir à l'arbitrage du CIRDI. De fait, selon les sentences de ce type, le paragraphe 1) de l'article 25 exerce une tutelle sur l'ABI en vertu duquel la réclamation est présentée en ce qui concerne la compétence *ratione materiae*. D'autres tribunaux ont rejeté cette approche en faisant valoir que la compétence du CIRDI ne repose pas sur des critères prédéterminés, mais sur l'ABI applicable.

b) *Sentences favorables aux critères objectifs*

Le meilleur exemple de l'approche des «critères objectifs» est fourni par l'affaire *Salini c. Maroc*, dans laquelle la référence du préambule de la Convention au développement économique a été considérée comme un facteur important s'agissant de définir la nature d'un investissement aux fins de la compétence du CIRDI (encadré 5). L'affaire établit quatre critères permettant de déterminer l'existence d'un investissement relevant de la compétence d'un tribunal du CIRDI. D'autres sentences se sont inspirées de celle rendue dans cette affaire. C'est ainsi que, dans *Joy Mining c. Égypte*, litige découlant d'un différend sur la question de savoir si le requérant avait droit à une dispense de garantie bancaire, le tribunal indique que, pour qu'elle puisse être reconnue comme un «investissement», une opération doit faire intervenir «une certaine durée, la régularité des bénéfices et des rendements, un élément de risque et un engagement substantiel, et elle doit apporter une contribution importante au développement de l'État d'accueil»³⁸. En règle générale, l'élément concernant le développement devrait être présent dans la plupart des cas où l'existence des autres éléments susvisés est démontrée (Dolzer et Schreuer, 2008, p. 69). La question d'une contribution au développement a été prise en considération dans l'affaire *Patrick Mitchell c. Congo* (voir encadré 6).

**Encadré 5. L'affaire *Salini Costruttori SpA et Italstrade Spa*
c. *Royaume du Maroc***

Cette affaire a été la conséquence d'un non-paiement par l'État défendeur aux requérants, deux sociétés de construction italiennes, pour exécution tardive (retard de quatre mois par rapport au délai stipulé au contrat) d'un contrat de construction d'une autoroute conclu par les requérants avec la Société Nationale des Autoroutes du Maroc (ADM). Cette dernière a affirmé que le projet n'avait pas été achevé dans les délais prévus, ce qui constituait un manquement aux obligations contractuelles, tandis que les requérants ont fait valoir que le retard avait été dû à des causes externes, non à l'inexécution par eux de leurs obligations contractuelles. Sur la question de la définition de l'«investissement», le tribunal a indiqué ce qui suit:

«51. La Convention ne donne aucune définition de l'investissement. Les deux parties ont rappelé qu'une telle définition avait paru inutile aux représentants des États qui l'avaient négociée. De fait, comme indiqué dans le rapport des administrateurs sur la Convention, aucune tentative n'avait été faite pour définir le terme "investissement" au vu du critère essentiel du consentement des parties, et du mécanisme par lequel les États contractants peuvent faire connaître à l'avance, s'ils le souhaitent, les catégories de différends qu'ils considéreraient comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre (par. 4) de l'article 25).

Encadré 5 (suite)

52. *Le Tribunal note qu'il n'y a eu pratiquement aucune affaire dans laquelle ait été soulevée la question de la notion d'investissement au sens de l'article 25 de la Convention. Toutefois, il serait erroné de considérer que le consentement des parties contractantes vide d'une bonne partie de sa substance la prescription selon laquelle un différend doit être "en relation directe avec un investissement". Bien au contraire, pour la jurisprudence du CIRDI et les spécialistes, la règle de l'existence d'un investissement doit être respectée en tant que critère objectif de la compétence du Centre (voir, en particulier, le commentaire d'E. Gaillard dans JDI, 1999, p. 278 et suivantes, qui cite la sentence rendue en 1975 dans l'affaire Alcoa Minerals c. Jamaïque ainsi que plusieurs autres spécialistes).*

*Les critères à appliquer à la définition d'un investissement en vertu de la Convention seraient plus faciles à établir s'il existait des sentences refusant de reconnaître la compétence du Centre sur la base de la transaction ayant donné lieu au différend. À l'exception d'une décision du Secrétaire général du CIRDI refusant d'enregistrer une demande d'arbitrage concernant un différend découlant d'une simple vente (I. F. I. Shihata et A. R. Parra, *The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 14, n° 2, 1999, p. 308), les sentences disponibles n'abordent que très rarement la question de la notion d'investissement. Il est frappant de constater que la première décision n'est intervenue qu'en 1997 (affaire Fedax, déjà mentionnée).*

Encadré 5 (fin)

Les critères de caractérisation ont donc pour origine des affaires dans lesquelles la transaction ayant donné lieu au différend a été considérée comme un investissement sans que la question ait, dans la quasi-totalité des cas, été véritablement examinée.

La doctrine considère généralement qu'un investissement implique des contributions, une certaine durée pour l'exécution du contrat et une participation aux risques associés à la transaction (voir le commentaire de E. Gaillard, mentionné plus haut, p. 292). La lecture du préambule de la Convention peut conduire à ajouter aux critères celui de la contribution de l'investissement au développement économique de l'État d'accueil.

En réalité, ces différents éléments peuvent être interdépendants. Ainsi les risques associés à la transaction peuvent-ils dépendre des contributions et de la durée d'exécution du contrat. Il s'ensuit que ces divers critères devraient être évalués ensemble même si, pour les besoins du raisonnement, le tribunal les examine ici individuellement.

*Source: Salini Costruttori SpA et Italstrade Spa c. Royaume du Maroc, CIRDI, affaire n° ARB/00/4, décision statuant sur la compétence, 23 juillet 2001 (42 *International Legal Materials* 609 (2003)).*

Encadré 6. L'affaire *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*

Dans cette affaire, une réclamation présentée par un avocat américain travaillant dans son cabinet de conseil juridique en République démocratique du Congo, qui, selon lui, aurait été exproprié par les autorités de ce pays, lesquelles auraient fermé le cabinet et emprisonné deux de ses avocats, a été rejetée par le Comité d'annulation au motif que le tribunal désigné à l'origine avait commis un excès de pouvoir manifeste et n'avait pas indiqué les raisons pour lesquelles il considérait que le cabinet d'avocats était un investissement au regard du paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention du CIRDI:

«28. Le préambule de la Convention de Washington énonce un certain nombre de principes fondamentaux concernant son objet et ses buts, qui imprègnent chacune de ses dispositions, y compris l'article 25, ce qui rend inutile de mentionner qu'elle a été conclue sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement elle-même: "Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux"; [...]

29. Il est donc naturel que le principe de la contribution au développement économique de l'État d'accueil ait toujours été pris en considération, explicitement ou implicitement, par les tribunaux arbitraux du CIRDI dans le contexte de leur argumentation concernant l'application de la Convention et d'une façon tout à fait indépendante de toutes dispositions des accords entre les parties ou de l'accord bilatéral pertinent.

Encadré 6 (suite)

30. De fait, dans l'affaire Salini, la contribution au développement économique de l'État d'accueil a été expressément établie en tant que "critère" d'investissement qui a été ultérieurement pris en compte en ce qui concerne la construction d'une autoroute, ce qui a permis d'aboutir à la conclusion que cette autoroute relevait manifestement de l'intérêt général. De même, dans l'affaire Fedax, qui portait sur des billets à ordre émis par la République du Venezuela pour garantir un prêt d'un montant équivalent, le tribunal arbitral a fait observer ce qui suit: "Il apparaît clairement que les transactions considérées dans cette affaire ne sont pas des transactions commerciales ordinaires et participent bel et bien d'un intérêt général fondamental. [...] Il existe manifestement un lien important entre la transaction et le développement de l'État d'accueil". Enfin, dans l'affaire CSOB, qui portait sur un "accord de consolidation" entre la République tchèque, la Slovaquie et la banque tchécoslovaque CSOB, chacun des deux nouveaux États garantissant le remboursement du prêt octroyé par la CSOB à sa Société nationale de collecte, le tribunal arbitral a relevé que "(d)ans certaines circonstances, un prêt peut apporter une contribution substantielle au développement économique d'un État. [...] de la CSOB au développement économique de la République [L']initiative représentait une contribution importante slovaque au sens de la Convention". Il est vrai que dans ces affaires, où il a été fait expressément référence à la "contribution au développement économique de l'État d'accueil", la notion d'investissement a été quelque peu "élargie", mais cela ne modifie en rien la nature fondamentale de cette caractéristique.

Encadré 6 (suite)

On a ainsi constaté que, dans un autre groupe d'affaires dans lesquelles la contribution au développement économique de l'État d'accueil n'avait pas été expressément mentionnée, elle était incontestablement assurée par l'objet même des contrats en question – qui étaient tous des contrats publics –, lesquels ont eu un impact manifeste et incontesté sur le développement de l'État d'accueil.

31. En sus des faits précités, il convient de noter que le professeur Schreuer considère la contribution au développement économique de l'État d'accueil comme "la seule indication possible d'une signification objective" du terme "investissement". Autrement dit, les parties à un accord et les États qui concluent un accord d'investissement ne peuvent pas étendre la compétence du Centre à toute opération qu'ils pourraient arbitrairement qualifier d'investissement. Il est donc réitéré que, devant les tribunaux arbitraux du CIRDI, la Convention de Washington a préséance sur un accord conclu entre parties ou un ABI.

32. Cela dit, le problème ne se pose pas en l'espèce, car non seulement les dispositions susvisées de l'accord bilatéral conclu entre la République démocratique du Congo et les États-Unis sont tout à fait habituelles et ne sont en rien excessives, mais encore le préambule de l'accord en question considère que l'agrément des deux pays quant au traitement à accorder à ces investissements stimulera les flux de capitaux privés et le développement économique des deux parties. Il s'agit au demeurant d'une disposition qui apparaît dans tous les accords bilatéraux signés par les États-Unis et qui a même été rappelée dans le préambule à l'ABI type de 2004.

Encadré 6 (fin)

33. *Le Comité ad hoc n'en tient pas moins à préciser qu'à son sens, l'existence d'une contribution au développement économique de l'État d'accueil en tant que caractéristique essentielle – mais non suffisante – ou critère incontestable de l'investissement ne veut pas dire que cette contribution doit toujours être importante ou concluante; et, naturellement, les tribunaux du CIRDI n'ont pas à évaluer la contribution effective de l'opération considérée. Il suffit que cette opération contribue d'une manière ou d'une autre au développement économique de l'État d'accueil, et ce concept de développement économique est, en tout état de cause, extrêmement large, mais aussi variable selon les cas».*

Source: Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo, CIRDI, affaire n° ARB/99/7, décision d'annulation, 1^{er} novembre 2006.

La plus longue liste de facteurs a été présentée dans l'affaire *Phoenix Action c. République tchèque*:

«114. *Récapitulant toutes les conditions à réunir par un investissement pour bénéficier de la protection internationale du CIRDI, le tribunal considère que les six éléments ci-après doivent être pris en considération:*

1. *Une contribution en capitaux ou autres actifs;*
2. *Une certaine durée;*
3. *Un élément de risque;*
4. *Une opération exécutée afin de développer une activité économique dans l'État d'accueil;*

5. *Des actifs investis conformément à la législation de l'État d'accueil;*

6. *Des actifs investis de bonne foi.*

115. *Le tribunal tient à souligner qu'un examen approfondi de toutes ces conditions n'est pas toujours nécessaire, car elles sont le plus souvent remplies a priori, quand elles ne se recouvrent pas partiellement ou ne sont pas implicitement subsumées dans d'autres conditions, et qu'elles doivent être analysées compte dûment tenu de toutes les circonstances de l'espèce³⁹».*

Dans cette affaire, le requérant a allégué un certain nombre de manquements aux obligations contractuelles prévues par l'ABI République tchèque/Israël (1997). Selon la République tchèque, les prétentions de Phoenix ne relevaient pas de la compétence du tribunal car Phoenix n'était «rien de plus que la création a posteriori d'une entité israélienne fictive par un Tchèque fuyant la justice, Vladimír Beňo, pour créer une diversité de nationalité»⁴⁰. Après examen des faits, le tribunal a confirmé cette opinion, en concluant que le seul objet de la création de la société du requérant avait été non d'effectuer de bonne foi un investissement, mais d'accéder aux procédures du CIRDI. En conséquence, les transactions dont il était question dans l'affaire sortaient du champ de la définition d'un «investissement» selon le CIRDI et n'étaient rien d'autre qu'un abus de procédure⁴¹.

Dans une affaire récente, un tribunal du CIRDI a rejeté – à l'issue d'une procédure accélérée et en tant que «manifestement non fondée» – une réclamation qu'il considérait comme découlant d'un contrat d'achat et de vente, non d'un investissement au sens de la Convention du CIRDI⁴². Cette approche de la définition de l'«investissement» a également fait sentir ses effets dans des affaires portées devant d'autres instances que le CIRDI. Par exemple, dans *Romak SA c. Ouzbékistan*, un tribunal constitué en vertu du

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a adopté la définition de l'«investissement» ci-après:

«Le tribunal arbitral considère que le terme “investissements” visé par l'ABI a un sens spécifique (que l'investisseur ait recours à la procédure d'arbitrage du CIRDI ou de la CNUDCI) impliquant une contribution qui s'étale sur une certaine période de temps et comportant certains risques⁴³».

Le tribunal a estimé que la réponse à la question de savoir s'il y avait investissement devrait être apportée sur la base de l'«ensemble de la transaction économique faisant l'objet de la présente procédure arbitrale»⁴⁴. La question considérée était celle de savoir si un transfert de propriété consécutif à une vente de blé et réalisé entre le requérant et le défendeur constituait un investissement. Appliquant la définition susvisée, le tribunal a conclu que les intérêts du requérant ne constituaient pas un investissement parce que le transfert de propriété consécutif à une vente de blé était une transaction de vente et n'apportait pas une contribution en nature aux fins d'une entreprise, ne représentait pas un engagement au-delà d'une transaction unique⁴⁵ et ne comportait pas le risque généralement associé à l'investissement⁴⁶. À propos de cette question, le tribunal a indiqué ce qui suit:

«Un “risque d'investissement” implique un type d'aléa différent, une situation dans laquelle l'investisseur ne peut pas être sûr que son investissement lui rapportera quoi que ce soit et peut ne pas savoir le montant total de ce qu'il aura à dépenser, même si toutes les parties concernées s'acquittent de leurs obligations contractuelles. Lorsqu'un “risque” de ce type existe, il est tout simplement impossible à l'investisseur de prévoir le résultat de la transaction⁴⁷».

c) *Sentences rejetant les critères objectifs*

D'autres sentences ont refusé de retenir cette approche déductive et ont indiqué que la définition de l'investissement découlant du paragraphe 1) de l'article 25 ne comporte aucun élément obligatoire. Par exemple, dans *Biwater c. Tanzanie*, réclamation présentée devant le CIRDI par un exploitant au titre d'un accord de fourniture de services d'approvisionnement en eau et d'assainissement après que l'État défendeur eut déclaré son intention de mettre fin à l'accord, le tribunal a jugé qu'il n'y avait guère de raisons de se prévaloir du paragraphe 1) de l'article 25 pour réduire la portée du terme «investissement» tel que le définissait l'ABI applicable:

«Qui plus est, le critère Salini lui-même pose problème si, comme certains tribunaux l'ont déclaré, les "caractéristiques typiques" d'un investissement définis dans cette décision sont élevées au rang de critères fixes et inflexibles et si les transactions doivent être présumées exclues du champ de la Convention du CIRDI si elles ne satisfont pas à chacun des cinq critères. On risque ainsi d'exclure arbitrairement certains types de transaction de la portée de la Convention. La définition qui en résulte peut également aller à l'encontre de certains accords (comme celui dont il est question ici) et d'un consensus qui se dégage dans certaines parties du monde au sujet de la signification de l'"investissement" (exprimée, par exemple, dans les accords bilatéraux d'investissement). Si un grand nombre d'ABI dans le monde donnent de l'"investissement" une définition plus large que le critère Salini et si cela débouche sur un consensus international, on ne voit pas bien pourquoi il faudrait donner une interprétation plus étroite de la Convention du CIRDI⁴⁸».

En outre, la règle de la contribution au développement peut prêter le flanc à la critique dans la mesure où elle introduit un élément de motivation dans la définition. Cet élément peut ne pas devoir entrer en ligne de compte si la définition de

l'«investissement» donnée dans l'ABI est fondée sur les actifs⁴⁹. En fait, on a pu douter que le préambule de la Convention puisse être interprété comme subordonnant la compétence *ratione materiae* à une contribution importante au développement économique. C'est ainsi que, dans *Pey Casado c. Chili*, le tribunal a indiqué ce qui suit:

«232. Le présent tribunal considère que la Convention du CIRDI donne bel et bien une définition de l'investissement et qu'il ne suffit pas de relever l'existence de certaines "caractéristiques" d'un investissement pour déterminer si la condition objective de la compétence du Centre est satisfaite. Pareille interprétation priverait de leur sens certaines dispositions de l'article 25 de la Convention du CIRDI, ce qui est incompatible avec la règle consistant à interpréter les dispositions de la Convention en leur donnant effet, comme l'a rappelé à juste titre la décision rendue dans l'affaire Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Égypte le 6 août 2004.

Selon le tribunal, cette définition ne comprend que trois éléments. L'obligation de contribution au développement économique de l'État d'accueil, qui est difficile à évaluer, semble être un élément essentiel des différends et ne pas relever de la compétence du tribunal. Le préambule de la Convention du CIRDI mentionne bien cette contribution, mais il la présente non comme une condition, mais comme une conséquence de l'investissement: en protégeant les investissements, la Convention favorise le développement des États d'accueil. Cela ne veut pas dire que le développement économique de l'État d'accueil est englobé dans la notion d'investissement. C'est la raison pour laquelle cette quatrième condition est en fait incluse dans les trois précédentes»[traduction non officielle]⁵⁰.

Le tribunal s'inscrit donc manifestement en faux contre l'interprétation selon laquelle la «contribution au développement» est un élément essentiel d'un investissement.

Plus récemment, la validité de la position consistant à faire du critère du développement une prescription juridictionnelle a été critiquée par le Comité d'annulation dans l'affaire *Malaysian Historical Salvors c. Malaisie*⁵¹. La question considérée était celle de savoir si le contrat de sauvetage conclu entre le Gouvernement malaisien et les Malaysian Historical Salvors était un «investissement» aux fins du paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention du CIRDI. L'arbitre unique initial a considéré que ce n'était pas le cas, au motif que, «*si le contrat prévoyait bien qu'un certain avantage devait en découler pour la Malaisie*», il n'y avait pas de «*contribution suffisante au développement économique de la Malaisie pour que l'opération puisse prétendre au statut d' "investissement" aux fins du paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention ou de l'article 1 a) de l'ABI*»⁵². Tel n'a pas été l'avis du Comité d'annulation, qui a estimé que l'arbitre unique n'avait pas tenu compte du fait que l'article 1 de l'ABI Malaisie/Royaume-Uni (1981), en vertu duquel la réclamation avait été présentée, donnait de l'investissement une définition fondée sur les actifs visant à faire protéger par l'ABI un large éventail d'investissements⁵³. Au lieu de cela, il avait repris l'interprétation de l'«investissement» découlant du paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention du CIRDI qui avait été retenue dans des sentences antérieures pour interpréter le même terme dans l'ABI.

Selon le Comité d'annulation, le contrat était un investissement car c'était «un exemple d'une catégorie d'actifs» et, conformément à la définition donnée dans l'article 1 de l'ABI, il y avait «*une créance liquide et un droit à prestations au titre d'un contrat à valeur financière*». De plus, «*le contrat englobe des droits de propriété intellectuelle; et le droit de sauvetage peut être considéré comme une concession commerciale conférée par contrat*»⁵⁴. Le Comité d'annulation a ensuite critiqué la décision de l'arbitre unique en faisant observer ce qui suit:

«a) Elle n'a absolument pas pris en considération ni appliqué l'accord conclu entre la Malaisie et le Royaume-

Uni, qui donnait de l'“investissement” une définition large et englobante, mais s'est contentée d'analyser les critères qu'elle a considéré comme ayant un lien avec l'interprétation du paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention du CIRDI;

b) L'analyse qu'elle a présentée de ces critères les a élevés au rang de prescriptions juridictionnelles et a interprété de façon restrictive le critère présumé d'une contribution au développement de l'État d'accueil d'une façon propre à exclure les petites contributions et les contributions de caractère culturel et historique;

c) Elle n'a pas pris en compte les travaux préparatoires de la Convention du CIRDI et, en particulier, a abouti à des conclusions incompatibles avec ces travaux à plusieurs égards fondamentaux, notamment les décisions des auteurs de la Convention de refuser de fixer un montant minimal d'investissement en termes monétaires, de rejeter toute prescription en matière de durée, de ne pas définir l'“investissement” et de donner une grande importance à la définition de l'investissement arrêtée par les parties dans l'instrument prévoyant le recours au CIRDI»⁵⁵.

En conséquence, la majorité des membres du Comité d'annulation ont conclu que l'arbitre unique avait manifestement commis un excès de pouvoir en rendant cette décision.

La décision de la majorité a été vivement critiquée par le juge Mohamed Shahabuddeen dans son opinion dissidente. Il a considéré que la Convention du CIRDI fixait certaines «limites extérieures» à la signification d'un «investissement» en s'appuyant sur le fait que l'un des principaux objectifs de cette Convention était de favoriser le développement économique des pays membres par le biais de l'investissement. Il était donc parfaitement raisonnable d'interpréter ce terme comme requérant une contribution au développement économique du pays d'accueil. Le juge Shahabuddeen a indiqué ce qui suit:

«À cet égard, on peut imaginer une entité dont la richesse ne cesse de s'accumuler au détriment du développement de l'État d'accueil. Pour autant, quelle que soit la mesure dans laquelle les perspectives de développement de ce dernier aient à en souffrir, l'entité en question ne manquerait à aucune obligation – si l'on se fonde sur l'argument du requérant. Elle serait donc en droit de revendiquer la protection du CIRDI. Les États qui accueillent des entreprises purement commerciales pourraient avoir du souci à se faire. Il semblerait donc que le CIRDI se soit fourvoyé: il est temps de rappeler à l'organisation la nature de sa mission originelle»⁵⁶.

De l'avis du juge, cette mission originelle était de fournir un mécanisme de règlement des différends aux investissements qui apportaient une contribution positive au développement économique du pays d'accueil. Selon lui, c'était le paragraphe 1) de l'article 25, et non pas l'ABI, qui régissait la définition des investissements aux fins de la saisine du CIRDI. S'il en était autrement, les parties pourraient déterminer la compétence du Centre et le paragraphe 1) de l'article 25 serait vidé de son sens⁵⁷.

Le désaccord entre la majorité des membres du Comité d'annulation et le juge Shahabuddeen est un condensé du problème que pose le droit international de l'investissement: S'agit-il d'un droit de la protection des investissements et de rien d'autre, auquel cas il convient de donner à la notion d'investissement une portée aussi large que possible de façon que l'investisseur ait plus facilement accès aux procédures de règlement des différends? Ou bien s'agit-il d'un droit de la coopération économique internationale, auquel cas il pourrait être indispensable de maintenir un équilibre entre les intérêts privés de l'investisseur et l'intérêt de la collectivité dans le pays d'accueil? S'agissant de cette approche, la condition selon laquelle l'investissement doit apporter une contribution importante au développement peut être considérée comme un préalable juridictionnel essentiel. Il reste à déterminer si les

tribunaux du CIRDI se rangeront à l'avis de la majorité dans l'affaire des Malaysian Salvors et s'ils ne tiendront pas compte du critère du développement ou continueront de l'appliquer. Les incidences de cette approche sur le développement seront abordées dans la section III.

5. L'«investissement» et les groupes de sociétés constituant les STN

i) L'investissement indirect et les questions de propriété et de contrôle

Comme indiqué plus haut, la définition large fondée sur les actifs englobe divers types d'intérêts dans des sociétés, y compris sous forme d'actions, qui peuvent être détenus directement ou indirectement. Cela a des incidences importantes sur la manière dont le terme «investissement» peut être considéré lorsqu'il est appliqué à la situation de groupes transnationaux complexes. Ces groupes exploitent un réseau de sociétés de portefeuille et de filiales dont ils sont propriétaires et sur lesquelles ils exercent leur contrôle et qui, ensemble, constituent une société transnationale intégrée. Étant donné la grande portée du terme «intérêts dans des sociétés» il est concevable qu'un «investissement» effectué par une STN comprenne non seulement la filiale constituée localement, en tant qu'elle est placée sous contrôle étranger, mais aussi la société de portefeuille intermédiaire en tant que propriétaire directe de la filiale. Dans le cas des groupes de sociétés, cela veut dire concrètement qu'une entité commerciale du pays d'accueil peut être un «investisseur» et en même temps faire partie d'une entreprise qui constitue l'«investissement» (fig. 3).

De surcroît, les personnes morales qui détiennent des actions dans l'une quelconque de ces sociétés pourraient également présenter une réclamation fondée sur leur investissement dans le groupe en tant qu'actionnaires extérieurs. La question de savoir si ces investissements relèvent de la portée de l'AII, qui est étroitement

liée à la définition de l'«investisseur», sera analysée plus loin (voir sect. II.B).

L'existence de groupes complexes peut amener l'AII à préciser les questions de propriété et de contrôle. Certains accords donnent une définition de ces termes aux fins de la détermination de l'existence d'un investissement. Par exemple, l'ABI Japon/Pérou (2008) indique ce qui suit au paragraphe 3 de son article premier:

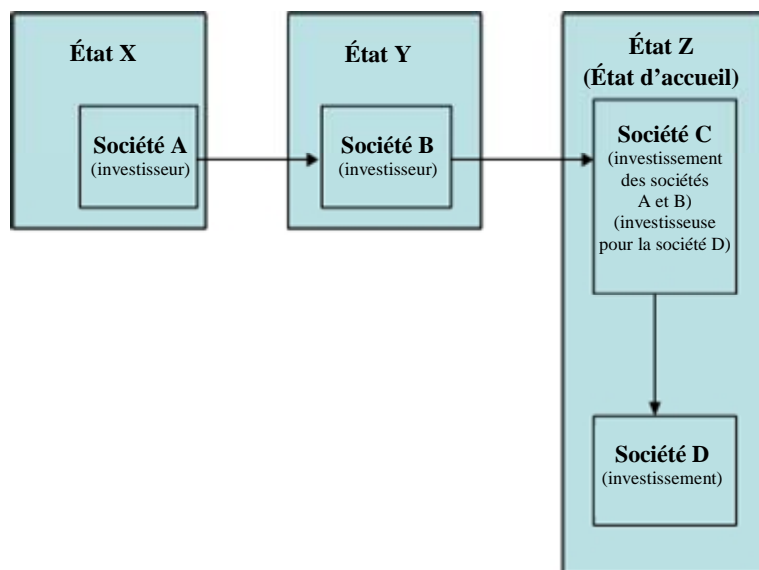
«Une entreprise est:

a) “Détenue” par un investisseur si celui-ci y détient une participation de plus de 50 %;

b) “Contrôlée” par un investisseur si celui-ci détient le pouvoir de nommer la majorité de ses administrateurs ou de superviser légalement ses activités; et

c) “Apparentée” à un investisseur lorsqu'elle contrôle l'investisseur ou est contrôlée par lui, ou lorsque l'investisseur et elle-même sont tous deux contrôlés par le même investisseur».

**Figure 3. Exemple d'investissement indirect
(groupe de sociétés)**



**ii) L'impact du droit international public
sur la nationalité des sociétés**

Il y a aussi le problème du lien entre les règles du droit international général régissant la nationalité des sociétés et leur applicabilité au droit de l'investissement. En droit international public, à la lumière de l'affaire *Barcelona Traction* (CIJ, 1970) et, plus récemment, de l'affaire *Diallo* (CIJ, 2007), une approche étroite de la nationalité des sociétés s'est imposée et le droit de protection diplomatique a été limité à l'État où la société est constituée ou au siège de la société. L'affaire *Barcelona Traction* a trouvé son origine dans la prétendue expropriation en Catalogne d'installations de production d'électricité qui étaient la propriété de la société canadienne *Barcelona Light and Traction Co*. Le Canada avait initialement introduit un recours contre l'Espagne au nom de la société, mais s'était désisté depuis. Comme la majorité des

actionnaires étaient des ressortissants belges, la Belgique a introduit un recours contre l'Espagne. Celle-ci a fait valoir – et la Cour lui a donné raison – que le recours de la Belgique était irrecevable au motif que seul l'État d'origine de la société pouvait introduire un recours lorsque les intérêts de sociétés commerciales étaient lésés. Dans *Barcelona Traction*, la Cour n'a reconnu que deux situations dans lesquelles l'État des actionnaires peut intervenir, à savoir lorsque la société cesse d'exister en tant que personne morale ou lorsque les actionnaires ont subi une atteinte à leurs droits directs d'actionnaires envers la société considérée. La Cour a invoqué la séparation juridique formelle entre la société et ses actionnaires, ce qui limite considérablement la possibilité pour ces derniers d'introduire des recours. Pour éviter un tel résultat, le paragraphe 2) b) de l'article 25 de la Convention du CIRDI a prévu une exception à la logique de l'affaire *Barcelona Traction*. Aux termes de ce paragraphe, l'expression «ressortissant d'un autre État contractant» désigne, aux fins du paragraphe 1) du même article:

«[...] toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers». (C'est nous qui soulignons.)

La seconde partie de la phrase fait en sorte que les requêtes présentées par des actionnaires étrangers exerçant un contrôle direct dans une filiale constituée localement peuvent aboutir à la saisine du CIRDI. C'est important dans une optique définitionnelle car cela indique clairement que la séparation juridique formelle entre une filiale locale et les intérêts étrangers qui la contrôlent n'ôte pas à la

filiale son caractère étranger, ce qui permet à celle-ci de présenter elle-même des réclamations.

Certains AII ont recours à un autre procédé pour traiter de la même question: ils autorisent un investisseur étranger à présenter des réclamations non seulement en son nom propre, mais aussi au nom de l'entreprise de l'État d'accueil dont il a la propriété ou le contrôle (c'est le cas le plus général pour les AII qui utilisent une définition de l'investissement fondée sur l'entreprise) (voir paragraphe 1) de la partie A de la section II). Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 11 de l'ABI Mexique/Singapour (2009) autorise un investisseur à présenter une réclamation *«au nom d'une entreprise légalement constituée conformément aux lois de l'autre partie contractante qui est une personne morale que cet investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement»*. Cela donne à l'investisseur la possibilité d'obtenir réparation du préjudice subi par l'entreprise, qui peut être différent du préjudice subi par l'investisseur en tant qu'actionnaire. De plus, dans les cas où l'investisseur ne détient pas la totalité du capital social, cette approche devrait permettre d'obtenir réparation pour l'ensemble des préjudices subis par l'entreprise et non pas seulement pour la partie proportionnelle à la participation de l'actionnaire.

**iii) Requêtes présentées par des sociétés mères
et des sociétés de portefeuille, ainsi que
par des actionnaires minoritaires**

Il n'est pas rare que des sociétés mères et des sociétés de portefeuille présentent des réclamations en rapport avec leurs investissements directs dans des filiales. Les tribunaux les considèrent comme relevant de la compétence des ABI qui contiennent des références à des intérêts dans des sociétés en tant que l'une des catégories d'investissement protégé (Dolzer et Schreuer, 2008, p. 54 et 55). C'est ce qui est à l'origine de l'utilisation des sociétés de portefeuille ou de sociétés écrans, constituées dans des pays ayant conclu des accords d'investissement avec des pays d'accueil, pour renforcer la protection offerte par les

AII, en particulier lorsque le pays d'origine de la société mère n'est pas lié par un traité de ce type avec un pays d'accueil donné. Les incidences de cette situation seront examinées plus loin.

À la différence du paragraphe 2) b) de l'article 25 de la Convention du CIRDI, la référence contenue dans les ABI à des intérêts dans des sociétés ne requiert pas une participation majoritaire de l'investisseur. De fait, les participations minoritaires sont généralement protégées par les AII, et les tribunaux arbitraux se sont montrés favorables à cette approche (McLachlan *et al.*, 2007, p. 187 à 189). Par exemple, dans l'affaire *CMS Gas Transmission Co c. Argentine*, le tribunal indique ce qui suit:

«Précisément parce que la Convention [du CIRDI] ne définit pas l'“investissement”, elle ne vise pas à définir les conditions qu'un investissement devrait satisfaire pour relever de la compétence du CIRDI. De fait, la protégeabilité de l'investissement n'est subordonnée à aucune règle selon laquelle l'actionnaire devrait contrôler la société considérée ou y détenir une participation majoritaire. Au demeurant, tout le monde sait qu'en fonction de la manière dont sont réparties les actions, un actionnaire peut exercer un contrôle sur une société sans y détenir la majorité des actions. La référence faite par le paragraphe 2) b) de l'article 25 au contrôle étranger s'agissant de considérer une société possédant la nationalité de l'État contractant partie au différend comme ressortissante d'un autre État contractant vise précisément à aider les parties à s'entendre, de façon que la personnalité morale ne vienne pas faire obstacle à la protection des intérêts effectifs associés à l'investissement. Les dispositions de l'ABI, dans lequel le consentement peut s'étendre aux actionnaires n'exerçant aucun contrôle ou aux actionnaires minoritaires, permettent d'obtenir le même résultat⁵⁸».

D'autres tribunaux ont cité dans un grand nombre d'autres affaires, en y souscrivant, ce jugement qui représente une stratégie d'approche constante des tribunaux arbitraux (McLachlan *et al.*, 2007, p. 188, et affaires qui y sont mentionnées).

iv) Le risque de réclamations multiples

Du point de vue des États, l'impact d'une telle approche des groupes de sociétés complexes se fera sentir principalement au niveau du risque de présentation par différentes catégories d'actionnaires de réclamations multiples en rapport avec le même investissement. Cela pourrait exposer le pays d'accueil à des pressions juridiques considérables et à une forte insécurité juridique, et amener des tribunaux nationaux et/ou divers tribunaux internationaux à rendre des décisions contradictoires concernant différents requérants appartenant à un groupe de STN et ses actionnaires extérieurs. Des éventualités de cette nature pourraient contribuer à rendre imprévisible le processus d'arbitrage relatif aux investissements.

La procédure engagée par l'entrepreneur américain Ronald Lauder contre la République tchèque en rapport avec le différend concernant la station de télévision tchèque TV Nova offre un bon exemple du risque de réclamations multiples. M. Lauder avait créé cette station, avant d'en perdre le contrôle dans des circonstances qui, selon lui, avaient été provoquées par l'État tchèque, en violation du droit à la protection contre l'expropriation que lui garantissaient l'ABI République tchèque/États-Unis (1991) en ce qui concernait ses propres pertes en tant que propriétaire ultime et l'ABI République tchèque/Pays-Bas (1991) en ce qui concernait les pertes qu'aurait subies la société de portefeuille néerlandaise de TV Nova. Il n'a pas obtenu gain de cause dans la première affaire *Lauder c. République tchèque*⁵⁹. En revanche, la réclamation présentée par la société de portefeuille *CME Czech Republic c. République tchèque*⁶⁰ a eu gain de cause, même si les faits de chaque cause étaient identiques. Les deux tribunaux ont pris acte du fait que la République tchèque avait refusé une offre de jonction d'instances.

De même, ils ont tous deux estimé être en droit d'agir indépendamment et d'aboutir chacun à sa propre décision car chacun d'eux avait affaire à un ABI différent et à des parties différentes. En outre, le tribunal examinant la requête de la CME a considéré qu'il ne convenait pas d'appliquer à ce dossier la théorie de l'«entité économique unique» ou du «groupe de sociétés», laquelle n'était généralement pas admise en matière d'arbitrage international, d'autant plus qu'en l'espèce, M. Lauder n'était pas l'actionnaire majoritaire de la CME même s'il exerçait le contrôle ultime sur le groupe⁶¹.

Pour se prémunir contre un tel résultat, un pays d'accueil pourrait veiller à insérer dans ses AII un critère de nationalité des sociétés fondé sur le contrôle de façon que le tribunal puisse lever le voile institutionnel et déterminer la véritable nationalité de l'actionnaire exerçant le contrôle ultime. Selon un autre scénario, une clause (automatique) de déni des avantages priverait la société de portefeuille intermédiaire de la protection de l'AII, dès lors qu'elle ne se livrerait pas à des opérations commerciales substantielles dans l'État où la société est constituée (voir par. 2) d) de la partie B de la section II).

B. Investisseur

En règle générale, les accords d'investissement ne s'appliquent qu'aux investissements effectués par des investisseurs qui remplissent les conditions requises pour être couverts. La définition du terme «investisseur» est donc aussi importante, s'agissant de déterminer la portée d'un accord, que celle d'«investissement». En principe, la définition de l'«investisseur» englobe les personnes physiques et les personnes morales. Comme indiqué plus haut, en ce qui concerne les personnes physiques, la principale question qui se pose est l'établissement du lien existant entre l'investisseur et l'État d'origine dont il est ressortissant et qui est partie à un accord. Les personnes morales, en revanche, peuvent être définies comme incluant ou excluant un certain nombre de types d'entités différents. D'une façon générale, les personnes morales

peuvent être exclues en raison de leur forme juridique, de leur objet ou de la propriété du capital.

Les tribunaux arbitraux ont donné des définitions de l'«investisseur» et de la notion de «nationalité» des interprétations qui ont des incidences non négligeables sur l'application des AII. Les sentences récentes se sont concentrées sur deux questions spécifiques. Premièrement, pour déterminer la compétence *ratione personae*, les tribunaux arbitraux ont pris en considération les critères permettant d'établir la nationalité des personnes physiques et/ou morales. Deuxièmement, ils ont pris en compte les droits que les actionnaires minoritaires permanents, les actionnaires dépourvus de pouvoir de contrôle et les actionnaires indirects peuvent avoir en vertu des dispositions des AII qui régissent le règlement des litiges entre investisseurs et États (CNUCED, 2007b, p. 9). Cela va de pair avec la question de savoir si ces intérêts minoritaires ou indirects peuvent être considérés comme des investissements, question qui a été examinée plus haut (voir par. 5 a) et c) de la partie A de la section II).

1. Personnes physiques

i) Les liens de nationalité

Les personnes physiques sont considérées comme des «investisseurs» au sens d'un accord uniquement si elles possèdent la nationalité d'un État partie à un AII ou, dans un certain nombre de cas, si elles sont liées à cet État d'une autre manière, comme par le biais de la résidence permanente, du domicile ou de la résidence. En droit international coutumier, un État n'est tenu de reconnaître la nationalité d'une personne que si elle a un lien authentique avec l'État de nationalité déclarée (*affaire Nottebohm*)⁶². La plupart des accords d'investissement ne prescrivent pas l'existence d'un tel lien, au moins dans le cas des personnes physiques. De fait, en vertu du paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention du CIRDI, un critère différent, à savoir la nationalité à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre un différend au CIRDI, est plus important:

«“Ressortissant d’un autre État contractant” signifie:

a) *Toute personne physique qui possède la nationalité d’un État contractant autre que l’État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l’arbitrage ainsi qu’à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément au paragraphe 3) de l’article 28 ou au paragraphe 3) de l’article 36, à l’exclusion de toute personne qui, à l’une ou à l’autre de ces dates, possède également la nationalité de l’État contractant partie au différend*». (C’est nous qui soulignons.)

Selon la pratique commune dans le domaine des accords d’investissement (et selon une pratique internationale plus générale), une personne physique possède la nationalité d’un État si la législation de cet État le prévoit. Par exemple, aux termes du paragraphe 2) b) de l’article 1 de l’ABI Éthiopie-Espagne (2006), les ressortissants désignent *«les personnes physiques qui, en vertu de la législation de cette partie contractante, sont considérées comme ses ressortissants»*. Ce libellé limite l’application du critère de nationalité à la condition formelle de nationalité et n’exige pas l’existence d’un lien authentique entre la personne et l’État de nationalité déclarée.

ii) Autres liens

Il arrive toutefois que des accords d’investissement prescrivent un lien allant au-delà de la nationalité. Par exemple, le paragraphe 3) b) de l’article 1 de l’ABI Allemagne/Israël (1976) stipule que le terme «ressortissants» signifie, en ce qui concerne Israël, *«les ressortissants israéliens qui sont résidents permanents de l’État d’Israël»*. De même, le nouvel Accord d’investissement global de l’ASEAN (2009) va au-delà de l’accord antérieur (Accord de l’ASEAN pour la promotion et la protection des investissements de 1987) et définit la «personne physique» comme étant *«toute personne physique possédant la nationalité ou la citoyenneté de*

l'État membre, ou le droit de résidence permanente dans cet État membre, conformément à ses lois, règlements et politiques nationales» (c'est nous qui soulignons). D'un autre côté, une notion comme celle de résidence permanente peut être utilisée non seulement pour compléter le lien de nationalité, mais aussi pour s'y substituer. Ce dernier cas peut intéresser plus particulièrement les pays de forte immigration dans lesquels une proportion considérable de la population peut ne pas avoir encore acquis la nationalité de l'État considéré. Ces pays (par exemple, l'Australie, le Canada et les États-Unis) accordent ordinairement un statut juridique spécial aux résidents permanents. Par exemple, l'alinéa *c* de l'article 1 de l'ABI Argentine/Australie (1995) définit comme suit une personne physique en tant qu'«investisseur»:

«i) *En ce qui concerne l'Australie:*

A) *une personne physique qui a la nationalité australienne ou est résident permanent de l'Australie; [...] et*

ii) *En ce qui concerne la République argentine:*

A) *une personne physique qui a la nationalité de la République argentine conformément à sa législation sur la nationalité [...]»*

Cet accord consacre une différence d'approche entre investisseurs australiens et investisseurs argentins. Les premiers ne sont pas nécessairement des citoyens car la résidence permanente est suffisante, tandis qu'il n'est exigé des seconds que d'être ressortissants au regard de la législation argentine sur la nationalité.

D'autres AII autorisent une personne physique à revendiquer, aux fins de l'accord considéré, la nationalité d'un pays ou un autre statut, comme la résidence ou le domicile dans ce pays. Par exemple, aux termes du paragraphe 1 de l'article 3 du Traité instituant l'Accord de la Communauté des Caraïbes (CARICOM)

sur l'harmonisation des incitations fiscales à l'industrie, un «ressortissant» désigne «une personne qui est un citoyen de tout État membre, y compris une personne qui a avec un tel État un lien d'un type lui conférant le droit d'être considérée comme appartenant à l'État ou, selon les termes employés, comme une personne originaire ou résidente de cet État aux fins des lois de ce dernier en matière d'immigration qui sont en vigueur à cette date».

iii) Le problème de la double nationalité du pays d'origine et du pays d'accueil

Une question non explicitement abordée par la plupart des AII est celle de savoir si une personne physique est un investisseur couvert si elle possède à la fois la nationalité des deux pays parties à l'accord, le pays d'origine et le pays d'accueil. Cette question est susceptible de se poser en particulier dans un accord d'investissement qui prévoit la protection d'investissements étrangers. Comme indiqué plus haut, en droit international coutumier, un État peut exercer la protection diplomatique en faveur de l'un de ses ressortissants à raison d'une réclamation déposée contre un autre État, même si son ressortissant possède également la nationalité de l'autre État, pour autant que la nationalité dominante et effective de cette personne soit celle de l'État qui exerce la protection diplomatique (cf. affaires *Nottebohm* et *Barcelona Traction*)⁶³. Toutefois, ce critère ne figure ordinairement pas dans les accords d'investissement en vigueur, qui, comme on l'a noté, sont généralement silencieux sur la question de la double nationalité. Le critère du lien effectif a également été rejeté par les tribunaux arbitraux qui ont eu à déterminer si le requérant, une personne physique, possédait la nationalité d'une partie contractante autre que celle de la partie contractante qui était le pays d'accueil aux fins de la Convention du CIRDI⁶⁴. Tout récemment, dans l'affaire *Micula c. Roumanie*, dans laquelle la nationalité suédoise des requérants était mise en doute par l'État défendeur, la Roumanie, au motif qu'ils n'avaient aucun lien effectif avec la Suède, mais en avaient un uniquement avec la Roumanie, le tribunal a jugé que:

«100. Le tribunal doit [...] se demander si, en l'espèce, on peut accepter la condition d'un "lien authentique" en s'inspirant de l'affaire Nottebohm. Personne ou presque ne soutient l'idée selon laquelle le critère du lien authentique ait un rôle quelconque à jouer dans le contexte des procédures du CIRDI. La Convention du CIRDI exige uniquement qu'un requérant apporte la preuve qu'il est un ressortissant d'un "État contractant". En fait, le paragraphe 2) a) de l'article 25 de la Convention ne stipule pas qu'un requérant doit posséder une seule nationalité, dès l'instant que sa seconde nationalité n'est pas celle de l'État partie au différend. Le tribunal accepte la conclusion à laquelle est parvenue le tribunal ayant eu à connaître de l'affaire Siag, selon laquelle le régime créé en vertu de l'article 25 de la Convention du CIRDI ne se prête pas à l'application d'un critère de nationalité dominante ou effective. Aucun autre tribunal du CIRDI ne semble avoir jamais tranché dans le sens inverse et le défendeur n'a fourni aucun élément convaincant prouvant le contraire. En fait, le défendeur n'a pas convaincu le tribunal d'avoir à soutenir une autre position⁶⁵».

Le tribunal a ensuite examiné l'incidence de l'ABI Roumanie/Suède (2002), applicable en l'espèce:

«101. On peut également douter que le critère du lien authentique soit applicable en vertu de l'ABI. Les parties contractantes à cet accord ont toute latitude pour décider d'appliquer des normes supplémentaires en matière de détermination de la nationalité. La Suède et la Roumanie sont convenues dans l'ABI que la nationalité suédoise d'une personne physique serait déterminée en vertu de la loi suédoise et elles n'ont inséré aucune prescription supplémentaire aux fins de la détermination de la nationalité suédoise. Le tribunal partage l'avis du tribunal ayant eu à connaître de l'affaire Siag, selon lequel la définition précise

et le régime spécifique établis par les dispositions de l'ABI doivent prévaloir et le fait de soutenir une autre position constituerait une révision illégitime de ce dernier».

Étant donné que la nationalité suédoise des requérants avait été valablement obtenue au regard de la loi suédoise, il ne faisait aucun doute qu'ils étaient ressortissants d'une autre partie contractante à la Convention du CIRDI et de l'autre partie contractante à l'ABI.

Certains accords prévoient bel et bien des règles concernant la double nationalité lorsqu'une des nationalités est celle d'un pays qui n'est pas une partie contractante. C'est ainsi que l'article 1 de l'Accord États-Unis/Uruguay (2005) définit comme suit l'«investisseur d'une partie»:

«Article 1

Définitions

*L'«investisseur d'une partie» désigne une entreprise publique, un ressortissant ou une entreprise privée d'une partie qui tente d'effectuer, effectue ou a effectué un investissement sur le territoire de l'autre partie; **sous réserve, toutefois, qu'une personne physique qui a la double nationalité est réputée être exclusivement ressortissante de l'État de nationalité dominante et effective**». (C'est nous qui soulignons.)*

Le texte de l'article 17.3 de la Convention instituant la Société interarabe de garantie des investissements est analogue, mais son article 17.1 dispose de façon encore plus explicite que:

*«[l']investisseur ne pourra en aucun cas être **une personne physique qui est ressortissante du pays d'accueil** ou une personne morale dont le siège est situé dans ce pays si celui-*

ci ou ses ressortissants possèdent une part substantielle de ses titres et actions». (C'est nous qui soulignons.)

Un autre accord traitant de la double nationalité est l'ABI Canada/Liban (1997). Il dispose ce qui suit:

«Article 1

Définitions

L'“investisseur” désigne:

*Toute personne physique possédant la nationalité d'une partie contractante ou y résidant de façon permanente conformément à la législation de celle-ci; ... qui effectue l'investissement sur le territoire de l'autre partie contractante. **Pour ce qui est des personnes qui ont la double nationalité canadienne et libanaise, elles sont considérées comme ressortissants canadiens au Canada et ressortissants libanais au Liban».** (C'est nous qui soulignons.)*

La lettre de nombreux accords requiert du pays d'accueil qu'il protège l'investissement de ressortissants de l'autre partie et rien n'indique explicitement que cette obligation est rendue caduque dans les cas où les investisseurs sont également ressortissants du pays d'accueil. Un pays d'accueil pourrait faire valoir que des restrictions aux droits des doubles nationaux sont implicites, mais un pays qui ne souhaite pas étendre la portée d'un accord aux investissements détenus par des doubles nationaux ferait bien d'insérer une disposition explicite à cet effet dans l'accord. Cela peut être tout particulièrement important lorsque l'investisseur, une personne physique, utilise une personne morale établie dans l'autre partie contractante pour présenter une réclamation. En pareil cas, le requérant pourrait bien être protégé en vertu de l'AII applicable, même si la personne physique ne possède pas la nationalité de l'une des parties contractantes. Une telle possibilité a été évoquée comme une solution à l'absence de nationalité d'une partie contractante qui

a été le cas du requérant dans l'affaire *Soufraki c. Les Émirats arabes unis*⁶⁶. Le requérant avait la double nationalité italienne et canadienne, mais il avait perdu sa nationalité italienne. Il n'avait donc pas pu présenter une réclamation en vertu de l'ABI Italie/Émirats arabes unis. Le tribunal a jugé que, «*si M. Soufraki avait conclu un contrat avec les Émirats arabes unis par l'intermédiaire d'une entité commerciale constituée en Italie au lieu de le faire à titre personnel, aucun problème de compétence ne se poserait à présent*»⁶⁷. On a là un autre exemple de la recherche de l'accord le plus favorable, sur laquelle on reviendra au paragraphe 2) c) de la partie B de la section 2.

iv) Incidences pour la négociation des accords

L'évolution récente des interprétations arbitrales des cas dans lesquels les personnes physiques remplissent les conditions requises pour être investisseurs au vu de leur nationalité a des incidences importantes en matière de négociation. Tout d'abord, il convient de prendre en considération l'impact non seulement du libellé de l'ABI, mais aussi de l'article 25 de la Convention du CIRDI lorsqu'il s'agit de déterminer la nationalité aux fins de cette Convention. Ensuite, le rôle essentiel de la législation nationale dans la détermination de la nationalité à ces fins peut ne pas toujours exclure les problèmes de double nationalité ou de nationalité incertaine. Les tribunaux ne peuvent généralement pas prévoir les décisions des autorités nationales en ces matières, mais ils pourraient ne pas pouvoir non plus faire abstraction d'erreurs manifestes. En conséquence, il pourrait être sage d'insérer dans l'AII pertinent des dispositions qui aborderaient les problèmes de double nationalité et/ou de nationalité incertaine.

Certains accords récents ont inclus un critère de nationalité dominante ou effective. Par exemple, l'ABI Rwanda/États-Unis (2008) indique que:

«[...] L’*“investisseur d’une partie”* désigne une entreprise publique, un ressortissant ou une entreprise privée d’une partie qui tente d’effectuer, effectue ou a effectué un investissement sur le territoire de l’autre partie; *sous réserve, toutefois, qu’une personne physique qui a la double nationalité est réputée être exclusivement ressortissante de l’État de nationalité dominante et effective*». (C’est nous qui soulignons.)

Si cette nationalité effective s’avérait être la même que celle de l’État d’accueil défendeur dans le cadre d’une requête présentée au CIRDI, le paragraphe 2) de l’article 25 jouerait pour exclure cette réclamation. De même, lorsque l’ABI autorise les résidents permanents à se prévaloir de ses dispositions en matière de protection, cela pourrait ne pas non plus suffire pour que le CIRDI puisse se reconnaître compétent dans les cas où la nationalité effective est celle d’un État qui n’est pas partie à la Convention du CIRDI (CNUCED, 2007b, p. 12).

2. Personnes morales

i) Éventail des entités couvertes

La définition des personnes morales peut inclure ou exclure plusieurs types d’entités différentes. Dans cet ordre d’idées, un État pourra envisager d’inclure des entités non dotées de la personnalité morale, des succursales d’entreprises, des entités sans but lucratif et des entités publiques. Certains AII ne couvrent que les entités dotées de la personnalité morale, tandis que d’autres incluent aussi celles qui n’en sont pas dotées. Par exemple, les ABI allemands mentionnent systématiquement les entités *«dotées ou non de la personnalité morale»* afin de protéger les entreprises allemandes qui exercent leurs activités sans adopter de personnalité juridique distincte. Certains AII précisent en outre que le terme *«investisseur»* englobe les succursales de personnes morales (voir, par exemple, les alinéas *j* et *t* de l’article 1 de l’ABI Canada/Jordanie (2009)).

Les auteurs d'accords peuvent également examiner s'il y a lieu ou non de couvrir les entités sans but lucratif (établissements d'enseignement, associations caritatives, etc.). L'ABI Mexique/Singapour (2009), ainsi que beaucoup d'autres, couvrent expressément les organisations sans but lucratif (par. 2 et 8 de l'article 1). Les types d'activités auxquelles une entité sans but lucratif se livre peuvent produire des formes souhaitables d'investissement, telles qu'un centre de recherche ou un hôpital. Qui plus est, les entités sans but lucratif acquièrent souvent des parts d'entreprises commerciales afin de percevoir des recettes à l'appui de leurs activités caritatives ou éducatives. À ce titre, les entités de ce type sont susceptibles d'agir selon les mêmes modalités que n'importe quel autre investisseur de portefeuille et leur statut distinct d'entité sans but lucratif ne serait guère significatif.

Enfin, les États qui réalisent des activités d'investissement, directement ou par l'intermédiaire d'entités publiques, y compris des fonds souverains, pourront veiller à ce que les entités concernées soient couvertes. Nombre d'AII mentionnent expressément les entités publiques. L'exemple qui est peut-être le plus parlant se trouve dans l'ABI conclu par l'Arabie saoudite qui inclut dans la définition de l'investisseur «le Gouvernement du Royaume d'Arabie saoudite et ses institutions et autorités financières telles que l'Agence monétaire d'Arabie saoudite, les fonds publics et d'autres institutions publiques analogues existant en Arabie saoudite» (par. 3 de l'article 1 de l'ABI Malaisie/Arabie saoudite (2000)).

ii) Critères de nationalité des sociétés

Dans le cas des personnes morales, la plupart des accords d'investissement appliquent un des trois critères de détermination de la nationalité suivants: le pays où la société est constituée, le pays du siège ou le pays de propriété ou de contrôle. Dans bien des cas, ils utilisent une combinaison de ces critères. Ils utilisent parfois d'autres critères encore.

Pays où la société est constituée. Le Traité sur la Charte de l'énergie offre un exemple d'accord prenant le lieu où la société est constituée comme critère de nationalité: aux termes du paragraphe 7) a) ii) de son article 1, l'«investisseur» désigne, en ce qui concerne une partie contractante, «une société ou une autre organisation constituée conformément à la législation applicable dans cette partie contractante». De même, l'ABI Rwanda/États-Unis (2008) stipule ce qui suit:

«L'«entreprise» désigne toute entité constituée conformément à la législation applicable, avec ou sans but lucratif, détenue ou contrôlée de manière privée ou publique, y compris une société, une société de fiducie, une société de personnes, une entreprise individuelle, une coentreprise, une association ou organisation analogue; et une succursale d'entreprise.

L'«entreprise d'une partie» désigne une entreprise constituée conformément à la législation de ladite partie, et une succursale située sur le territoire de cette partie et y exerçant des activités commerciales». (C'est nous qui soulignons.)

L'utilisation du critère du pays où la société est constituée est conforme à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction*⁶⁸.

Le critère du pays où la société est constituée présente l'avantage d'être facile à appliquer: aucun doute n'est généralement permis en ce qui concerne le pays conformément à la législation duquel une société est constituée. De plus, il n'est pas facile de modifier le pays où la société est constituée, autrement dit la nationalité de l'investisseur est généralement permanente dans le cas de l'application de ce critère. Dans la mesure où certains accords d'investissement visent notamment à attirer l'investissement en fournissant un régime d'investissement stable et où le changement de nationalité d'un investisseur fera perdre la protection de l'accord

pour l'investissement détenu par l'investisseur, une définition de l'«investisseur» qui stabilise la nationalité de l'investisseur et, de ce fait, la protection accordée à l'investissement est particulièrement conforme aux fins des AII.

L'inconvénient de l'utilisation du pays où la société est constituée est que le lien entre l'investisseur et le pays dont il a la nationalité peut être tenu. Si ce critère est appliqué, une société peut revendiquer la nationalité d'un pays donné même si aucun ressortissant de ce pays ne détient de parts dans cette société ou ne participe à sa gestion et alors que la société n'exerce aucune activité dans le pays en question. En fait, cette société pourrait revendiquer les avantages de la nationalité d'un pays donné, y compris la protection conférée par les accords signés par ce pays, en dépit du fait qu'elle n'a quant à elle procuré aucun avantage économique à ce pays. Cela devrait peut-être inquiéter principalement le pays d'origine, qui se trouve dans une situation où il protège un investisseur qui ne lui apporte aucun avantage économique. Mais cela peut également inquiéter le pays d'accueil. Ce critère peut aboutir à ce que ce dernier accorde une protection à un investissement dont les propriétaires ultimes vivent dans un pays qui n'accorde aucun avantage réciproque aux investisseurs du pays d'accueil. Le pays de propriété ou de contrôle peut même ne pas avoir de relations économiques normales avec le pays d'accueil. Pour remédier à ce problème potentiel, les AII qui utilisent le lieu où la société est constituée comme seul critère de détermination de la nationalité d'une personne morale incluent souvent une clause de déni des avantages (voir par. 2) c) de la partie B de la section 2).

Pays du siège de la société. Pour ce qui est du critère du siège de la société, cette méthode de détermination de la nationalité est par exemple utilisée par l'ABI type allemand de 2005. Aux termes du paragraphe 3) a) de l'article 1 de cet accord, la «société» désigne, en ce qui concerne l'Allemagne, *«toute personne morale ainsi que toute société ou association commerciale ou autre, dotée ou non de la personnalité morale et ayant son siège sur le territoire*

de la République fédérale d'Allemagne»⁶⁹. (C'est nous qui soulignons.) Le siège d'une société peut ne pas être aussi simple à déterminer que le pays où la société est constituée, mais il témoigne d'une relation économique plus significative entre la société et le pays dont elle a la nationalité. D'une façon générale, le «siège d'une société» évoque le lieu de gestion effective de cette société. Par ailleurs, le siège est susceptible d'être relativement permanent. Pour renforcer encore le critère du pays du siège et éviter d'accorder une protection à des sociétés «boîte aux lettres», certains AII disposent que, pour pouvoir être reconnue comme investisseuse d'une partie contractante, une personne morale doit exercer des «activités économiques réelles» (par. 2) b) de l'article 1 de l'ABI Colombie/Suisse (2006)) ou se livrer à des «activités commerciales» (al. k de l'article 1 de l'ABI Canada/Jordanie (2009)) sur le territoire de cette partie.

Pays de propriété ou de contrôle. L'application du critère du pays de propriété ou de contrôle revient à considérer une personne morale comme une investisseuse d'un État dont des ressortissants en ont la propriété ou le contrôle. Ce critère est peut-être le plus difficile à mettre en œuvre et le moins permanent, en particulier dans le cas des sociétés dont les actions font l'objet de transactions sur les principales bourses des valeurs. Son principal avantage est d'établir un lien entre la couverture par un accord et un lien économique véritable. Cela pourrait expliquer pourquoi le critère de la propriété ou du contrôle est parfois utilisé en combinaison avec l'un des autres critères. Cette combinaison de critères apporte une certaine sécurité et une certaine permanence au critère de la nationalité, tout en établissant un lien entre la couverture par le traité et l'avantage économique. Le critère du contrôle présente un grand intérêt lorsque se posent des questions liées aux réclamations multiples présentées par des membres distincts d'un groupe de sociétés et aussi en tant que moyen de contrecarrer la recherche de l'accord le plus favorable.

iii) Problèmes découlant du critère formel du pays où la société est constituée

a) Statut des filiales constituées localement

Un autre problème auquel il a été fait allusion plus haut tient au fait que l'application du critère du pays où la société est constituée peut aboutir à des résultats singuliers dans le cas d'un groupe de sociétés complexe. Comme on l'a déjà indiqué, d'après l'affaire *Barcelona Traction*, dans la mesure où la filiale constituée localement d'une société mère étrangère a la nationalité du pays d'accueil, cette filiale ne peut pas, selon le droit international coutumier, présenter une réclamation contre ce pays. Afin d'éviter cette situation, la Convention du CIRDI autorise l'application d'un critère de contrôle étranger associé au consentement du pays d'accueil afin de considérer la filiale locale comme ressortissante étrangère aux fins de la compétence du CIRDI. Aux termes du paragraphe 2) b) de l'article 25 de cette Convention, l'expression «ressortissant d'un autre État contractant» désigne donc, aux fins du paragraphe 1) du même article:

«[...] toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers». (C'est nous qui soulignons.)

Cette partie du paragraphe 2) b) de l'article 25 vise à faire en sorte que les investissements étrangers effectués par l'entremise d'une filiale ou coentreprise constituée localement ne soient pas exclus de la portée de la Convention du CIRDI. Si tel devait être le cas, une catégorie importante de réclamations découlant du

traitement des filiales locales ne relèverait pas de la Convention, ce qui ferait perdre à celle-ci une grande partie de son utilité. Cette Convention va donc au-delà des restrictions énoncées dans l'affaire *Barcelona Traction* concernant la protection des actionnaires étrangers d'une société constituée localement (Muchlinski, 2007, p. 727). Il est loisible à la partie contractante qui est le pays d'accueil de permettre ou non aux entités constituées localement de recourir à l'arbitrage du CIRDI. L'étendue de cette liberté d'appréciation a été précisée dans les décisions de tribunaux du CIRDI (Asouzu, 2002). Quant à la question du consentement, les tribunaux se sont montrés prêts à en relever l'existence non seulement dans les cas de consentement exprès, mais aussi dans les cas où il peut être implicite (Muchlinski, 2007, p. 727 et 728). C'est ainsi que si un État d'accueil souhaite limiter le recours à l'arbitrage du CIRDI aux différends qui l'opposent à la société mère, cela devrait être formulé explicitement.

En ce qui concerne le critère du contrôle étranger, le tribunal saisi de l'affaire *Vacuum Salt c. Ghana*⁷⁰ a considéré que le fait de consentir à l'idée de considérer un requérant comme un ressortissant étranger ne confère pas en soi la compétence. La prescription relative au «contrôle étranger» du paragraphe 2) b) de l'article 25 fixe une limite objective au-delà de laquelle la compétence ne peut pas être donnée⁷¹. La participation de 20 % d'un ressortissant grec dans la société constituée au Ghana Vacuum Salt était, dès lors, insuffisante pour établir l'existence d'un contrôle étranger, car il n'exerçait rien d'autre qu'une fonction consultative technique et que les 80 % restants du capital, ainsi que le contrôle de gestion effectif, étaient détenus par des Ghanéens⁷². Dans l'affaire *Vacuum Salt*, le fait que la plus grande partie des participations majoritaires possédaient la nationalité du pays d'accueil partie au différend a été suffisant pour réfuter la compétence. Dans *Aguas del Tunari SA c. Bolivie*, le tribunal a procédé à une analyse détaillée du sens et de l'application de l'expression «contrôlée directement ou indirectement» contenue dans l'ABI Bolivie/Pays-Bas (1992); le différend portait, aux fins de la compétence, sur la question du

contrôle effectif exercé par des ressortissants néerlandais sur la société bolivienne requérante. La Bolivie affirmait que les sociétés de portefeuille néerlandaises n'étaient que des sociétés écrans et que la véritable nationalité de contrôle était celle de la société mère américaine, laquelle exerçait le contrôle ultime. Le tribunal a jugé que les sociétés néerlandaises exerçaient le contrôle effectif sur la société bolivienne requérante et que celle-ci était donc une entité contrôlée depuis les Pays-Bas aux fins de l'ABI⁷³.

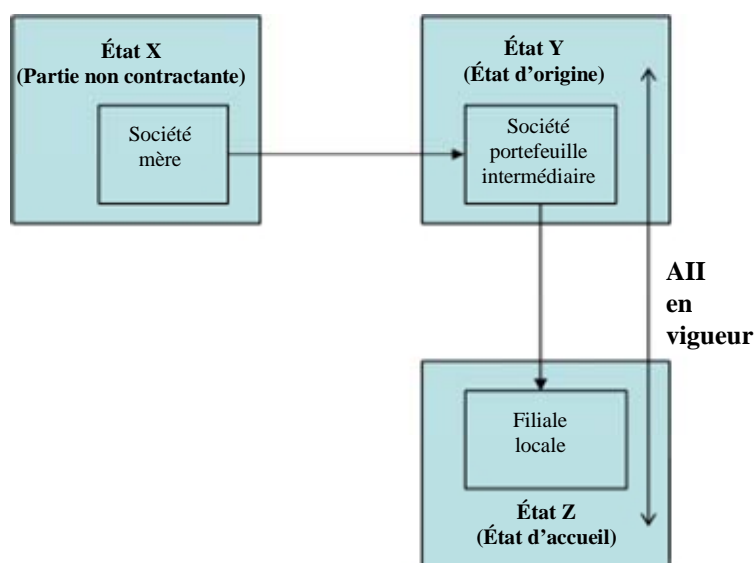
b) *Effectuer des investissements par le biais de sociétés intermédiaires: le problème de la «recherche de l'accord le plus favorable»*

Dans l'affaire plus récente *Tokios Tokelés c. Ukraine*, le facteur du contrôle étranger semble avoir été vidé d'une bonne partie de sa substance⁷⁴. Cette affaire et d'autres affaires examinées plus loin indiquent qu'un investisseur d'un État tiers, voire de l'État d'accueil lui-même, peut obtenir les avantages liés à la protection des AII en faisant transiter son investissement par une société de portefeuille intermédiaire constituée dans un État qui a conclu un AII avec l'État d'accueil (voir fig. 4 et 5). La possibilité d'une telle «recherche de l'accord le plus favorable» découle du laxisme de nombre d'AII, qui définissent l'«investisseur» uniquement en considérant le pays où la société est constituée.

Dans *Tokios Tokelés c. Ukraine*, la majorité des membres du tribunal a considéré qu'une société constituée en Lituanie, mais détenue et contrôlée par des ressortissants ukrainiens (qui détenaient 99 % du capital et constituaient les deux tiers de la direction), était ressortissante lituanienne aux fins du paragraphe 2) b) de l'article 25. Dans la mesure où cette disposition visait à élargir, non à restreindre, la compétence du CIRDI dès lors que la nationalité formelle de constitution était celle d'une autre partie contractante, le tribunal n'avait pas l'intention de «lever le voile institutionnel»⁷⁵. Cette conclusion a été renforcée par le fait que le paragraphe 2) b) de l'article 1 de l'ABI donnait de l'«investisseur» de Lituanie la définition suivante: «entité établie sur le territoire de la République

de Lituanie conformément à sa législation et à sa réglementation». Le tribunal a jugé cette façon de définir la nationalité d'une société conforme à la pratique actuelle des ABI et aux prescriptions de l'article 25⁷⁶. En outre, la société avait été constituée six ans avant l'entrée en vigueur de l'ABI Lituanie/Ukraine (1994), ce qui montrait qu'elle ne l'avait pas été pour pouvoir bénéficier de l'arbitrage du CIRDI⁷⁷.

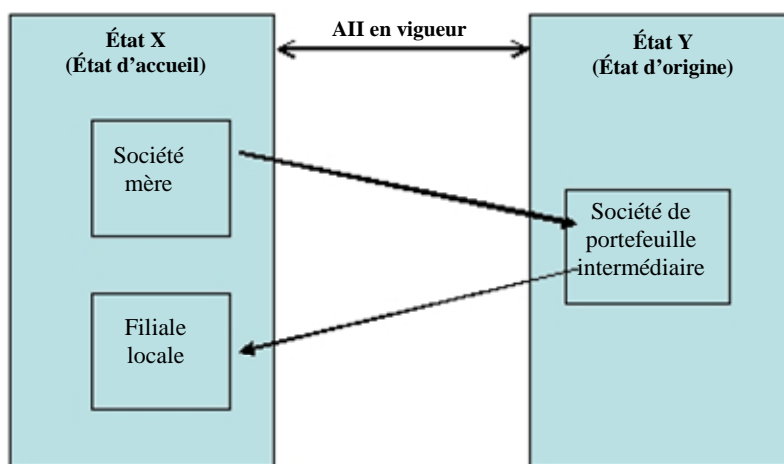
Figure 4. Investissement effectué par un investisseur d'une partie non contractante par le biais d'une société intermédiaire établie dans la partie contractante



Le Président du tribunal, M. Prosper Weil⁷⁸, a exprimé son profond désaccord avec cette décision. Il a considéré que cette conclusion décrédibilisait l'objet et la finalité de la Convention du CIRDI, qui requérait que l'investisseur soit ressortissant d'une partie contractante autre que la partie contractante défenderesse. L'histoire de la Convention donne toute son importance à cette position, qui

est également celle des experts⁷⁹. La majorité lui a opposé l'intention des parties telle qu'exprimée dans l'ABI.

Figure 5. Investissement effectué par un investisseur de l'État d'accueil par le biais d'une société intermédiaire établie dans la partie contractante

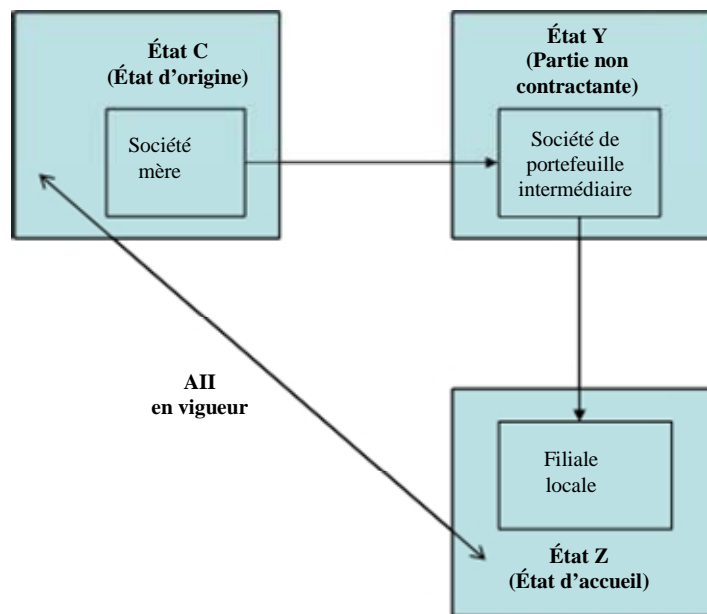


On peut dire que, ce faisant, les arbitres s'en tenaient aux règles d'interprétation des traités qu'énonce la Convention de Vienne sur le droit des traités, laquelle pose en principe que le meilleur élément d'appréciation de l'intention des parties est le sens ordinaire des termes utilisés dans l'instrument considéré. Autrement dit, les arbitres invoquent souvent le «sens ordinaire des termes de l'accord» et refusent de suggérer toute autre «intention» parce que c'est ce qu'exige la Convention de Vienne. On pourrait répliquer à cela que la compétence du CIRDI ne peut pas être déterminée par l'intention subjective des parties à un ABI, mais doit l'être par les organes de la Convention eux-mêmes⁸⁰. Plus récemment, dans *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. République argentine*, le voile institutionnel a été levé par le tribunal, ce qui a révélé que la société

requérante néerlandaise était en fait détenue et contrôlée par un ressortissant argentin aux fins du paragraphe 2) b) de l'article 25 de la Convention du CIRDI; le tribunal s'est donc déclaré incompétent⁸¹. On voit que l'approche retenue par la majorité dans l'affaire *Tokios Tokelés* n'est pas uniformément suivie, encore qu'elle l'ait été dans plusieurs affaires récentes, dans les cas où l'accord applicable et/ou la législation nationale ne mentionnent qu'un critère formel de détermination de la nationalité fondé sur le pays où la société est constituée⁸².

L'approche formelle de la nationalité des sociétés en tant que facteur de détermination de la compétence personnelle dans *Tokios Tokelés* a été retenue dans d'autres arbitrages. Il a été jugé que lorsque la filiale locale est contrôlée par une société établie dans une partie non contractante, mais que la société mère ultime est constituée dans une partie contractante, le CIRDI aura compétence pour examiner une réclamation présentée par la société mère (voir fig. 6). La nationalité de la société de portefeuille intermédiaire ne sera pas décisive⁸³. Ainsi, dans l'affaire *Société X c. État A*, l'État A a contesté la compétence du CIRDI en raison du fait que, malgré son consentement apparent à la compétence en vertu du paragraphe 2) b) de l'article 25, l'entité exerçant le contrôle immédiat sur la filiale locale, la Société X, possédait la nationalité d'un État non partie à la Convention: les conditions fixées par le paragraphe susvisé n'étaient donc pas remplies. Le tribunal a rejeté cet argument en faisant valoir que, puisque l'entité exerçant le contrôle immédiat était elle-même contrôlée par des ressortissants d'un État contractant, la Société X avait le droit d'engager une procédure devant le CIRDI, car elle possédait la nationalité des ressortissants étrangers qui la contrôlaient aux fins du paragraphe 2) b) de l'article 25⁸⁴.

Figure 6. Investissement effectué par le biais d'une société intermédiaire constituée dans une partie non contractante



Une position analogue a été adoptée en ce qui concerne les réclamations présentées en vertu de l'ALENA. Dans *Waste Management c. Mexique*, une société américaine a intenté une action contre le Mexique en raison de pertes subies par sa filiale mexicaine, qui était détenue par l'intermédiaire de deux sociétés des îles Caïmanes, à la suite d'opérations concernant une décharge au Mexique. Le tribunal a jugé que, dans la mesure où, dans le cadre de l'ALENA, les requérants pouvaient ne pas posséder la nationalité de l'une ou l'autre des parties contractantes et où l'entreprise mexicaine était indirectement contrôlée par la requérante américaine, la nationalité des sociétés de portefeuille intermédiaires n'avait pas à entrer en ligne de compte⁸⁵. De même, comme il a été jugé dans l'affaire *Autopista c. Venezuela*, lorsque la société mère exerçant un

contrôle direct est ressortissante d'une partie non contractante et que ce fait est connu du pays d'accueil, un transfert ultérieur d'une majorité des actions qu'elle possède dans la filiale locale à une société de portefeuille intermédiaire possédant la nationalité d'une partie contractante n'invalidera pas la compétence du CIRDI, lorsque la partie contractante qui est le pays d'accueil est au fait de la situation et a appliqué un critère formel de nationalité à la filiale locale (Muchlinski, 2007, p. 730; Schlemmer, 2008, p. 60)⁸⁶.

Plus récemment, dans l'affaire *Rompetrol c. Roumanie*, le tribunal a rejeté l'argument de l'État défendeur selon lequel, bien que la nationalité formelle de la requérante réponde aux conditions fixées par l'ABI applicable, l'ABI et la Convention du CIRDI exigeaient une enquête sur le contrôle effectivement exercé sur une société requérante afin d'en établir la nationalité⁸⁷. La requérante avait été constituée aux Pays-Bas. Le différend découlait de l'investissement de la requérante dans le secteur pétrolier roumain et, en particulier, de l'achat d'actions par la requérante dans Rompetrol Rafinare SA (RRC), une société roumaine privatisée qui possède et exploite une raffinerie de pétrole et un complexe pétrochimique. La requérante a allégué que le Gouvernement roumain avait ordonné des enquêtes «extraordinaires et abusives» sur RRC et sa direction, et pris des mesures «discriminatoires et arbitraires» à l'égard de la société, ce qui, selon la requérante, pouvait être assimilé à des violations de l'ABI Pays-Bas/Roumanie (1994)⁸⁸. Le défendeur a fait valoir que le contrôle ultime sur la requérante étant exercé par un ressortissant roumain, celle-ci ne pouvait pas présenter une requête en vertu de l'ABI. Le tribunal a jugé que l'ABI contenait un critère de nationalité formelle par le biais de la constitution en société pour les personnes morales qui était entièrement conforme à l'affaire *Barcelona Traction*. Il n'était dès lors pas nécessaire de faire découler implicitement de l'accord un critère de nationalité reposant sur le «lien effectif» fondé sur le contrôle ni d'examiner les éléments de fait à l'origine de l'assertion selon laquelle la société requérante était en fait sous contrôle roumain.

De même, dans l'affaire *Rumeli c. Kazakhstan*, le tribunal a eu à se prononcer sur une allégation selon laquelle la requérante n'était rien de plus qu'une société écran, le contrôle réel étant exercé par l'État turc et non par un investisseur qui était un ressortissant de Turquie, l'autre partie contractante à l'ABI Kazakhstan/Turquie (1992) en vertu duquel la réclamation était présentée. Le tribunal a rejeté cet argument au motif que «[l']ABI ne fournit aucun élément invitant à passer au crible une société au motif qu'il s'agirait d'une société écran et n'exclut pas les sociétés de ce type de sa portée dès l'instant qu'elles sont constituées dans un autre État contractant»⁸⁹.

En résumé, tant les sociétés de portefeuille intermédiaires que les sociétés mères ultimes ont le droit de présenter une réclamation sur la base de leur investissement dans la filiale située dans le pays d'accueil. Si elles possèdent la nationalité d'une partie contractante autre que le pays d'accueil, elles sont également des «investisseuses» qui peuvent présenter une réclamation. L'affaire *Tokios Tokelés* montre que la «recherche de l'accord le plus favorable» est un phénomène que les tribunaux acceptent s'ils sont prêts à donner une interprétation formelle d'un ABI qui fait de la nationalité du pays où la société est constituée le principal critère de détermination de la nationalité pour pouvoir considérer une personne morale comme une «investisseuse». Le recours à une société de portefeuille intermédiaire dans une partie non contractante a également été considéré comme n'invalidant pas la compétence, pas plus que la détention de la filiale locale par une société mère d'une partie non contractante qui transfère ensuite la majorité des parts qu'elle possède dans cette filiale à une société de portefeuille située dans une partie contractante. Cela permet aux investisseurs de structurer leurs investissements de manière à tirer parti de pays d'«origine» fictifs qui ont mis en place un réseau d'ABI pour attirer les sociétés qui sont à la «recherche de l'accord le plus favorable». Toutefois, cela peut ne pas représenter un problème pour un État s'il lui est indifférent que le capital provienne d'une partie contractante ou d'une partie non contractante. En d'autres termes, la position de négociation d'un pays peut reposer sur l'idée

selon laquelle un AII réalise ses objectifs dès l'instant qu'il attire les capitaux étrangers et le pays d'origine des capitaux importe peu.

c) Clause de déni des avantages

Pour limiter la recherche de l'accord le plus favorable, certains ABI utilisent une clause de «déni des avantages». C'est ainsi que l'ABI type (2004) utilisé par les États-Unis, qui retient également le pays où la société est constituée comme critère de détermination de la nationalité, autorise le pays d'accueil à refuser de faire bénéficier des avantages de l'accord les investissements détenus par des investisseurs de l'autre partie si ces derniers ne se livrent pas à des activités commerciales substantielles sur le territoire de l'autre partie ou si le pays exerçant le contrôle ultime n'a pas de relations économiques normales avec le pays d'accueil. Par exemple, l'article 17 de l'ABI Rwanda/États-Unis (2008) dispose ce qui suit:

«1. Une partie peut refuser d'accorder les avantages du présent accord à un investisseur de l'autre partie qui est une entreprise de cette dernière et aux investissements de cet investisseur si des personnes originaires d'un pays tiers ont la propriété ou le contrôle de l'entreprise et si la partie qui refuse d'accorder les avantages:

a) N'entretient pas de relations diplomatiques avec le pays tiers; ou

b) Adopte ou maintient des mesures visant le pays tiers ou une personne originaire de ce dernier qui interdisent les transactions avec l'entreprise ou qui seraient enfreintes ou contournées si les avantages du présent accord devaient être accordés à l'entreprise ou à ses investissements.

2. *Une partie peut refuser d'accorder les avantages du présent accord à un investisseur de l'autre partie qui est une entreprise de cette dernière et aux investissements de cet investisseur si l'entreprise ne se livre pas à des activités commerciales substantielles sur le territoire de l'autre partie et si des personnes originaires d'un pays tiers ou de la partie qui refuse d'accorder les avantages ont la propriété ou le contrôle de l'entreprise». (C'est nous qui soulignons.)*

Ces dispositions définissent un double critère permettant d'éviter la recherche de l'accord le plus favorable. En premier lieu, il est loisible au tribunal de déterminer si l'investisseur exerce des activités commerciales substantielles dans le pays d'origine. Il doit alors analyser ce qui constitue des «activités commerciales substantielles». Il pourrait trouver des indications à ce sujet dans les règles du droit interne applicables à la présence commerciale aux fins de la juridiction sur les sociétés étrangères. En principe, cette présence exigerait davantage qu'un bureau «de façade» avec une adresse pour contacter le service juridique: elle devrait être étayée par des preuves d'exercice d'une activité commerciale dans le pays considéré. De même, le tribunal pourrait trouver certaines précisions dans la législation fiscale qui cherche à distinguer entre les revenus situés à l'étranger aux fins du report d'impôt et les véritables activités de production aux fins de ce qu'il est convenu d'appeler la législation sur les «sociétés étrangères contrôlées» (Muchlinski, 2007, p. 141, 303).

En second lieu, ce critère s'attache à déterminer la propriété ou le contrôle, ce qui introduit une possibilité de déchirement du voile institutionnel: une partie qui refuse d'accorder les avantages (État d'accueil) peut lever ce voile pour identifier les entités qui ont la propriété ou le contrôle de l'«investisseur» présumé. Si une telle entité est originaire d'un État tiers ou de l'État d'accueil lui-même, la protection de l'accord peut être refusée. Par exemple, dans *Banro American Resources et al. c. Congo*, une société mère canadienne a réclamé la protection diplomatique de ses intérêts, en tant que

ressortissante d'un État tiers, contre le Congo, et sa filiale américaine, qui avait réalisé l'investissement effectif dans ce pays, a voulu déposer une réclamation devant le CIRDI. Le tribunal s'est déclaré incompétent au motif qu'il n'était pas loisible au groupe de neutraliser de cette façon les prescriptions de la Convention du CIRDI en matière de nationalité et de porter atteinte à la caractéristique consensuelle fondamentale de la Convention entre la partie contractante qui est l'État d'accueil et celle qui est l'État d'origine dont l'investisseur étranger est ressortissant⁹⁰.

Une clause de déni des avantages peut être formulée d'une manière telle que ce déni est laissé à l'appréciation de l'État concerné («une partie peut refuser d'accorder les avantages» ou «une partie se réserve le droit de refuser d'accorder les avantages») ou être automatique («les avantages sont refusés»). La pratique arbitrale initiale dont il est rendu compte plus loin montre que le libellé de cette clause a son importance et qu'il peut être difficile d'utiliser efficacement une clause discrétionnaire (voir par. 2) d) de la partie B de la section II).

En outre, il n'est pas certain que l'approche retenue dans *Tokios Tokelés* pourrait être uniformément suivie. Par exemple, le tribunal statuant sur l'affaire *Loewen c. États-Unis* a indiqué qu'en vertu de l'ALENA, pour qu'il puisse être fait droit à une réclamation internationale, une diversité de nationalité doit exister entre l'investisseur requérant et l'État défendeur depuis la date d'introduction de la réclamation jusqu'à la date de sa résolution. C'est pourquoi, comme le montre le cas d'espèce, dans lequel la réorganisation de la société requérante entraînée par sa faillite lui a fait perdre sa nationalité canadienne initiale et acquérir la nationalité américaine, le caractère international de la réclamation disparaît⁹¹. L'absence de tout élément prouvant que la personne qui contrôlait la société, un ressortissant canadien, conservait des parts de la société réorganisée a invalidé toute réclamation que cette personne aurait pu présenter à titre individuel en vertu de l'ALENA⁹². Il convient de noter qu'il s'agit d'une affaire relevant de l'ALENA et que la

sentence rendue dans ce cadre ne s'impose pas à un tribunal du CIRDI dans la détermination de la compétence en vertu de tout autre AII. En outre, comme indiqué plus haut, en vertu du paragraphe 2) b) de l'article 25 de la Convention du CIRDI, la diversité de nationalité ne doit exister qu'à la date à laquelle les parties consentent à la soumission de la réclamation, non à la date de sa résolution. Cela étant, la décision rendue dans l'affaire Loewen souligne bien la nécessité de maintenir une distinction entre les différends de caractère purement national, qui doivent être réglés devant les instances nationales, et les différends véritablement internationaux (Muchlinski, 2007, p. 730).

d) Dénier des avantages dans le cadre du Traité sur la Charte de l'énergie

La clause de déni des avantages figurant au paragraphe 1) de l'article 17 du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) a été interprétée dans plusieurs sentences arbitrales. Aux termes de l'article 17 du TCE,

«Chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la présente partie:

1) À toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un État tiers ont la propriété ou le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles dans la zone de la partie contractante dans laquelle elle est constituée; [...]

2) À un investissement si la partie contractante qui refuse établit qu'il s'agit d'un investissement d'un investisseur d'un État tiers avec lequel ou à l'égard duquel elle:

a) N'entretient pas de relations diplomatiques, ou

- b) *Adopte ou maintient des mesures qui:*
- i) *Interdisent des transactions avec les investisseurs de cet État, ou*
 - ii) *Seraient enfreintes ou contournées si les avantages prévus dans la présente partie étaient accordés aux investisseurs de cet État ou à leurs investissements». (C'est nous qui soulignons.)*

Il convient de noter que le paragraphe 1 de l'article 17 fait référence aux personnes qui ont la propriété ou le contrôle d'entités d'un État tiers uniquement et *non* de l'État d'accueil. Il s'agit là d'une approche singulière qui laisse aux investisseurs nationaux de l'État d'accueil la possibilité de bénéficier de la protection du TCE s'ils structurent leur investissement en utilisant le territoire d'une autre partie contractante. Par ailleurs, cette disposition doit être rapprochée de la définition de l'«investisseur» donnée au paragraphe 7 de l'article 1. Selon le tribunal ayant eu à statuer sur l'affaire *AMTO c. Ukraine*, cette disposition établit deux classes d'investisseurs d'une partie contractante aux fins du TCE:

«La première classe comprend les investisseurs qui ont un droit indéfectible à la protection de leur investissement en vertu du TCE. Cette classe englobe les ressortissants d'une autre partie contractante – personnes physiques ou morales – à l'exception de ceux qui rentrent dans la seconde classe.

La seconde classe comprend les investisseurs qui ont un droit invalidable à la protection de leur investissement en vertu du TCE, parce que l'État d'accueil est habilité à priver l'investisseur de ce droit. Cette seconde classe est composée de personnes morales qui répondent au critère de détermination de la nationalité fondé sur le lieu où la société a été constituée, mais qui sont détenues ou contrôlées par des ressortissants d'un État tiers d'une manière pouvant s'avérer inacceptable pour l'État d'accueil. Cette détention ou ce

contrôle étranger peut être inacceptable lorsqu'il fait intervenir un État avec lequel l'État d'accueil n'entretient pas de relations diplomatiques ou économiques normales ou lorsqu'il ne s'accompagne pas d'une activité commerciale substantielle dans l'État où la société est constituée⁹³.

Le tribunal a ensuite déclaré que:

«Le paragraphe 1 de l'article 17 ne concerne que les personnes morales, et non les personnes physiques, et requiert que deux conditions soient remplies pour que l'État d'accueil puisse exercer son droit de refus. En premier lieu, l'investisseur doit être détenu ou contrôlé par des citoyens ou des ressortissants d'un "État tiers". Le TCE ne définit pas l'"État tiers", mais le paragraphe 7 de l'article 1 contraste cette expression avec celle de "partie contractante", ce qui donne à penser qu'un État tiers est tout État qui n'est pas une partie contractante au TCE. En second lieu, l'investisseur ne doit pas exercer d'"activités commerciales substantielles" dans l'État où sa société est constituée. Ce sont là deux conditions cumulatives: les deux doivent être remplies pour que le défendeur puisse exercer son droit de refus⁹⁴».

Après examen des faits, la question s'est posée de savoir si la société requérante pouvait se voir refuser la protection du TCE au motif que c'étaient des ressortissants russes qui en assuraient le contrôle ultime, alors que la Fédération de Russie, bien que signataire du Traité, ne l'avait pas ratifié. Le tribunal a rejeté cet argument. AMTO était une société de capitaux constituée en Lettonie, pays partie au TCE, et dont les parts étaient détenues par une société de portefeuille constituée au Liechtenstein qui était elle-même contrôlée par une fondation basée au Liechtenstein et était, de ce fait, ressortissante d'une autre partie contractante. Certes, la fondation était contrôlée par un citoyen russe, mais cela ne constituait pas une preuve irréfutable qu'AMTO ne pouvait pas se prévaloir de la protection du TCE, d'autant plus que le statut d'«État tiers» de la Fédération de Russie était une question complexe, étant

donné que ce pays avait signé le TCE. Cela dit, cette question n'avait pas à être tranchée car le fait décisif était qu'AMTO «*exerçait une activité commerciale substantielle en Lettonie, sur la base de ses activités d'investissement, qu'elle conduisait depuis des locaux situés en Lettonie et aux fins desquelles elle employait un personnel peu nombreux, mais permanent*⁹⁵».

Cette sentence est importante pour avoir établi qu'il peut être satisfait assez facilement au critère de l'activité commerciale substantielle dans la mesure où il n'exige pas la conduite d'opérations à grande échelle dans la partie contractante qui est l'État d'accueil, mais on peut se demander si d'autres tribunaux pourraient, en appliquant l'article 17, faire abstraction aussi facilement du problème du contrôle par un État tiers. D'autres sentences ont bien indiqué qu'une importance égale doit être accordée aux deux parties du paragraphe 1) de l'article 17⁹⁶.

Problèmes liés à l'invocation de la clause. La clause de déni des avantages est énoncée dans le TCE en tant que clause discrétionnaire (une «partie se réserve le droit de refuser...»). Au moins deux tribunaux arbitraux ont jugé qu'ainsi formulée, elle autorise un État à refuser la protection du traité de façon prospective, non rétrospective⁹⁷. En d'autres termes, selon ces tribunaux, un État ne peut pas refuser les avantages du traité à un investisseur une fois qu'il a présenté une réclamation au sujet d'événements s'étant produits avant l'engagement de la procédure. Cette interprétation semble obliger un État d'accueil à refuser à un stade précoce lesdits avantages à des investisseurs ne remplissant pas les conditions requises. Dans la pratique, cela semble vouloir dire qu'un gouvernement est censé surveiller les personnes ou entités qui ont la propriété ou le contrôle ultime de tous les nouveaux investissements (personnes et entités qui peuvent changer dans le temps), et déterminer si le détenteur direct se livre à une activité économique substantielle sur le territoire de l'autre partie contractante. Pareille approche est impossible à mettre en œuvre et semblerait priver la clause en question d'une grande partie de son

effet utile. Cela dit, même dans l'optique de cette interprétation «prospective», un État pourrait sans doute refuser les avantages du traité (y compris le droit de l'investisseur d'engager une procédure d'arbitrage international) *après* que l'investisseur a notifié le différend à l'État mais avant qu'il le soumette à l'arbitrage. La raison en est que le consentement à l'arbitrage n'est donné par l'investisseur qu'au moment de cette soumission. Cette interprétation laisserait aux États le temps d'enquêter sur la nationalité des personnes ou entités ayant la propriété ou le contrôle de la société et de déterminer si celle-ci se livre à des activités commerciales substantielles dans le pays où elle a été constituée.

Même s'il est sans doute trop tôt pour parler de jurisprudence constante sur ce point⁹⁸, il serait peut-être plus avisé de formuler une clause de déni des avantages qui soit automatique («les avantages sont refusés»). On pourrait également remédier au problème en publiant une déclaration (ou en la joignant à l'accord au moment de sa conclusion) dans laquelle les avantages de l'AII (ou des AII) seraient expressément refusés à tous les investisseurs qui entrent dans la portée de cette clause.

e) Incidences sur la négociation des accords

Il ressort de l'examen de la question de la nationalité des sociétés par les tribunaux saisis des affaires susvisées qu'il y a lieu d'accorder davantage d'attention, lors de l'élaboration des définitions de l'«investisseur», au contrôle étranger effectif et à la possibilité de recherche de l'accord le plus favorable créé par une interprétation formelle du critère du lieu de constitution de la société. À cette fin, les négociateurs pourront envisager d'avoir recours, en sus du critère du pays où la société est constituée, au critère du siège de la société et/ou à la condition d'exercice d'activités économiques réelles ou substantielles dans l'État d'accueil, et/ou à une clause de déni des avantages (discrétionnaire ou automatique). D'un autre côté, si un gouvernement est disposé à accorder la protection de l'AII à des investissements de toute provenance (qu'ils proviennent de l'autre partie contractante, d'un

État tiers, voire de son propre territoire (transitant par le territoire de l'autre partie contractante)), le critère du pays où la société est constituée suffira.

C. Territoire

En règle générale, un investissement n'est couvert par un accord d'investissement que s'il a été effectué sur le territoire de l'un des États parties à l'accord. Certains accords d'investissement définissent le terme «territoire». La définition la plus courante est illustrée par le paragraphe 4 de l'article 1 de l'ABI Liban/République de Corée (2006), qui dispose que:

«Le “territoire” désigne le territoire des parties contractantes, y compris la mer territoriale et les zones maritimes, notamment la zone économique exclusive et les zones des fonds marins et de leur sous-sol adjacentes à la limite extérieure de la mer territoriale sur lesquelles l'État concerné exerce, conformément au droit national et international, sa compétence et des droits souverains».

Le paragraphe 10 de l'article 1 du Traité sur la Charte de l'énergie (1994) fournit une définition analogue:

«“Zone” désigne, par rapport à un État qui est partie contractante:

Le territoire qui relève de sa souveraineté, étant entendu que ce territoire inclut les terres, les eaux intérieures et la mer territoriale; et

Sous réserve du droit international de la mer et en conformité avec celui-ci: la mer, les fonds marins et leur sous-sol sur lesquels cette partie contractante exerce des droits souverains et sa juridiction».

On voit que la définition du «territoire» a généralement pour objet non de décrire le territoire terrestre, mais d'indiquer que le «territoire» englobe les zones maritimes sur lesquelles le pays d'accueil exerce sa juridiction. Cette définition est importante en ce qu'elle permet aux investissements situés dans les limites de la juridiction maritime de ce pays, comme par exemple les installations d'exploration ou d'extraction de minéraux, d'être couverts par l'accord. Des accords plus récents ont inséré des définitions plus complètes du territoire compte tenu de la zone élargie de contrôle que le droit international actuel accorde aux États en ce qui concerne, notamment, l'extraction de ressources naturelles (CNUCED, 2007a, p. 18 et 19).

Même si les zones géographiques constituant le territoire d'une partie sont très clairement définies, il peut rester difficile de dire avec certitude si un investissement est situé sur le territoire d'une partie. L'«investissement» comportant de nombreux droits immatériels, le lieu d'un actif spécifique peut être difficile à établir. Par exemple, un fournisseur de services d'un pays peut signer avec une société ayant son siège dans un autre pays un accord portant sur la fourniture de services professionnels à une succursale de la société située dans un pays tiers. La définition de l'«investissement» peut bien inclure les droits découlant du contrat en question, mais il peut être difficile de savoir lequel des trois pays doit être considéré comme le lieu de l'«investissement» de droits contractuels. Cela étant, les textes des AII ne sont pas d'un grand secours pour ce qui est de régler les problèmes concernant le lieu des investissements.

Notes

- ¹ Dans l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), la «présence commerciale» s'entend de «*tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service*» (art. XXVIII d)).
- ² Comme l'a indiqué Westcott, «*en limitant la portée de l'accord en ce qui concerne l'investissement à la présence commerciale, une importante restriction de la portée est garantie. La constitution, l'acquisition ou le maintien d'un établissement commercial ou professionnel ou d'une succursale aux fins d'une activité économique est une notion beaucoup plus étroite que les définitions de l'investissement fondées sur les actifs couramment utilisées et qui englobent les investissements de portefeuille et divers autres actifs, tels que les actifs de propriété intellectuelle*» (Westcott, 2008, p. 9).
- ³ Voir plus loin, CNUCED 2005b.
- ⁴ Voir, par exemple, l'APE CARIFORUM-UE (2008), titre II, chap. 2 «Présence commerciale».
- ⁵ Une autre alternative à la méthode fondée sur les actifs consiste à omettre toute référence aux actifs et à inclure à sa place une énumération des transactions couvertes (voir, par exemple, le Code de la libéralisation des mouvements de capitaux de l'OCDE, qui ne définit pas le terme «investissement» ou «capital» en tant que tel, mais contient dans son annexe A des listes de mouvements de capitaux à libéraliser, parmi lesquels l'investissement direct). La définition fondée sur les transactions est intellectuellement distincte de la définition fondée sur les actifs dans la mesure où la première ne prend en compte que l'opération d'établissement ou de liquidation d'un investissement, non la protection des actifs. Elle ne pourrait donc convenir que dans le cas des accords qui se limitent à la libéralisation de l'investissement.
- ⁶ Sauf indication contraire, tous les instruments et textes des ABI cités dans la présente étude peuvent être consultés dans la collection en ligne d'ABI et d'AII de la CNUCED à l'adresse www.unctad.org/ia.

- ⁷ Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement des États-Unis du Mexique pour la promotion et la protection réciproque des investissements, 2006.
- ⁸ Cet accord a été remplacé par l'Accord global sur l'investissement de l'ASEAN (2009), qui n'a pas conservé cette exclusion.
- ⁹ Le critère des 10 % est utilisé dans le Manuel de la balance des paiements du FMI (FMI, 1993), par. 362, et dans la Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux (OCDE, 1996), par. 7.
- ¹⁰ Voir, par exemple, l'APE Japon/Singapour (2002), art. 72 a) v).
- ¹¹ Voir l'ALE Canada/Colombie, art. 838, note 11.
- ¹² Voir ALE Pérou/États-Unis (2006), annexe 10-F « Dette publique » et la définition de la « restructuration négociée » dans l'article 10.28 « Définitions ».
- ¹³ *Phoenix Action Ltd c. République tchèque*, CIRDI, affaire n° ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par. 142.
- ¹⁴ Voir par exemple l'ABI Bénin/Chine (2004).
- ¹⁵ *Phoenix Action Ltd c. République tchèque*, CIRDI, affaire n° ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par. 103.
- ¹⁶ Voir, par exemple, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. les Philippines*, CIRDI, affaire n° ARB/03/25, sentence rendue le 16 août 2007. (Le tribunal s'est déclaré incompétent parce que le requérant avait délibérément cherché à se soustraire aux obligations concernant la nationalité du propriétaire imposées par la législation locale et alors que l'ABI Allemagne/Philippines exigeait que les investissements soient effectués conformément à la législation des Philippines.)
- ¹⁷ *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, CIRDI, affaire n° ARB/03/24, sentence, 27 août 2008, par. 138 et 139; *Phoenix Action Ltd c. République tchèque*, CIRDI, affaire n° ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par. 101.
- ¹⁸ *Phoenix Action Ltd c. République tchèque*, CIRDI, affaire n° ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par. 109; *Inceysa Vallisoletana, S.L. c. République d'El Salvador*, CIRDI, affaire n° ARB/03/26, sentence, 2 août 2006, par. 239, 245 à 252.
- ¹⁹ *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/18, décision statuant sur la compétence, 6 juillet 2007, par. 182.

- ²⁰ *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, CIRDI, affaire n° ARB/05/17, sentence, 6 février 2008.
- ²¹ Ibid., par. 106.
- ²² Ibid., par. 119.
- ²³ Voir *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, CIRDI, affaire n° ARB/00/4, décision statuant sur la compétence, 23 juillet 2001 (42 *International Legal Materials* 609 (2003)), par. 46; *Tokios Tokelés c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/18, décision statuant sur la compétence, 29 avril 2004 (20 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 205 (2005)), par. 84.
- ²⁴ *Fedex c. Venezuela*, CIRDI, affaire n° ARB/96/3, décision statuant sur la compétence, 11 juillet 1997 (37 *International Legal Materials* 1378 (1998)), par. 43: «*Les caractéristiques essentielles d'un investissement ont été décrites comme faisant intervenir une certaine durée, une certaine régularité des bénéfices et des rendements, la prise en charge de risques, un engagement substantiel et un intérêt pour le développement des États d'accueil*».
- ²⁵ *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie*, CIRDI, affaire n° ARB/07/21, sentence, 30 juillet 2009, par. 46 à 49.
- ²⁶ *Romak S.A. c. Ouzbékistan*, CPA, affaire n° AA280, sentence, 26 novembre 2009, par. 207.
- ²⁷ Ibid., par. 242 et 243.
- ²⁸ Comme l'a noté le tribunal dans l'affaire *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, CIRDI, affaire n° ARB/05/17, sentence, 6 février 2008, par. 110.
- ²⁹ Par exemple, le paragraphe 2 de l'article II de l'ABI Argentine/Espagne (1991) prévoit ce qui suit: «*Le présent accord ne s'applique cependant pas aux litiges ou réclamations intervenant avant son entrée en vigueur*». L'Espagne s'est prévaluée de cette disposition pour contester la compétence du tribunal dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*, CIRDI, affaire n° ARB/97/7, décision statuant sur les objections à la compétence, 25 janvier 2000 (16 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 212 (2001)). L'Espagne a fait valoir que le litige, qui portait sur le respect par le requérant des règles du droit de l'environnement, était survenu avant l'entrée en vigueur de l'accord en 1992. Cet argument n'a pas été accepté par le tribunal, qui s'est déclaré compétent.

- ³⁰ *Bayindir c. Pakistan*, CIRDI, affaire n° ARB/03/29, décision statuant sur la compétence, 14 novembre 2005, par. 131.
- ³¹ Voir également par exemple l’APE Indonésie/Japon (2007), art. 58.
- ³² *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. la République slovaque*, décision statuant sur la compétence, 24 mai 1999 (14 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 251 (1999)).
- ³³ *Joy Mining c. Égypte*, CIRDI, affaire n° ARB/03/11, décision statuant sur la compétence, 6 août 2004, par. 45. À noter que dans l’affaire *X (Royaume-Uni) c. la République (Europe centrale)*, SCC, affaire n° 49/2002, un accord prévoyant de faire les «meilleurs efforts» pour obtenir les licences nécessaires à l’investissement n’avait pas de valeur financière et, de ce fait, ne pouvait pas être un «investissement» en vertu de l’ABI applicable.
- ³⁴ *Joy Mining c. Égypte*, CIRDI, affaire n° ARB/03/11, décision statuant sur la compétence, 6 août 2004, par. 52.
- ³⁵ *Mihaly c. Sri Lanka*, CIRDI, affaire n° ARB/00/2, sentence, 15 mars 2002 (41 *International Legal Materials* 867 (2002)), par. 51 à 60. En l’occurrence, le requérant cherchait à récupérer les dépenses préliminaires qu’il avait engagées au titre de la préparation d’un contrat de construction, d’exploitation et de transfert (BOT) en vue de construire une centrale électrique dans l’État défendeur. En définitive, ce contrat n’a jamais été conclu. Par ailleurs, dans son opinion concordante individuelle, M. David Suratgar a affirmé que les dépenses précontractuelles réalisées par une filiale dans le cadre d’un contrat BOT devraient en principe être considérées comme un «investissement», même si elles ne sont pas engagées en vertu d’un contrat signé, mais en prévision de sa signature. Voir *Mihaly c. Sri Lanka*, CIRDI, affaire n° ARB/00/2, sentence et opinion concordante, 15 mars 2002 (41 *International Legal Materials* 867 (2002)), p. 878 à 880.
- ³⁶ *PSEG c. Turquie*, CIRDI, affaire n° ARB/02/5, décision statuant sur la compétence, 4 juin 2004 (44 *International Legal Materials* 465 (2005)), par. 88.
- ³⁷ Voir également *Mytilineos Holdings SA c. l’Union d’États de Serbie-Monténégro et République de Serbie*, CNUDCI, sentence partielle, 8 septembre 2006, par. 117 à 125. Tout en considérant qu’il n’était pas tenu de suivre les critères du CIRDI en matière de compétence *ratione*

materiae, le tribunal ad hoc n'en a pas moins analysé les faits sur la base de ces critères, car ils lui avaient été présentés comme argument. Voir aussi *Romak S.A. c. Ouzbékistan*, CPA, affaire n° AA280, sentence, 26 novembre 2009.

- ³⁸ *Joy Mining c. Égypte*, CIRDI, affaire n° ARB/03/11, décision statuant sur la compétence, 6 août 2004, par. 53. Voir aussi *Bayindir c. Pakistan*, CIRDI, affaire n° ARB/03/29, décision statuant sur la compétence, 14 novembre 2005, par. 122 à 138; *Jan de Nul c. Égypte*, CIRDI, affaire n° ARB/04/13, décision statuant sur la compétence, 16 juin 2006, par. 90 à 96; *Saipem Spa c. Bangladesh*, CIRDI, affaire n° ARB/05/7, décision statuant sur la compétence, 21 mars 2007, par. 99 à 114; *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/18, décision statuant sur la compétence, 6 juillet 2007, par. 116.
- ³⁹ *Phoenix Action Ltd c. République tchèque*, CIRDI, affaire n° ARB/06/5, sentence, 15 avril 2009, par. 114.
- ⁴⁰ *Ibid.*, par. 34.
- ⁴¹ *Ibid.*, par. 143 à 145.
- ⁴² *Global Trading Resource c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/09/11, sentence du 1^{er} décembre 2010, par. 56 à 58.
- ⁴³ *Romak S.A. c. Ouzbékistan*, CPA, affaire n° AA280, sentence, 26 novembre 2009, par. 207 (souligné dans l'original).
- ⁴⁴ *Ibid.*, par. 222.
- ⁴⁵ *Ibid.*, par. 227.
- ⁴⁶ *Ibid.*, par. 232.
- ⁴⁷ *Ibid.*, par. 230.
- ⁴⁸ *Biwater c. Tanzanie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/22, sentence, 24 juillet 2008, par. 312. Voir aussi *Rompetrol c. Roumanie*, CIRDI, affaire n° ARB/06/3, décision statuant sur la compétence, 18 avril 2008, par. 107: «À un niveau plus profond, toutefois, le tribunal n'est pas convaincu que l'on puisse s'autoriser de l'une quelconque des règles d'interprétation des traités pour accorder la préséance à la Convention du CIRDI en matière d'interprétation de l'ABI».
- ⁴⁹ Voir *Saluka Investments BV c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle, 17 mars 2006, par. 209 à 211. Voir aussi *LESI-Dipenta c. Algérie*, CIRDI, affaire n° ARB/03/8, décision statuant sur la compétence, 12 juillet 2006, par. 72 iv).

- ⁵⁰ *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. République du Chili*, CIRDI, affaire n° ARB/98/2, sentence, 8 mai 2008, par. 232 (traduction non officielle du français).
- ⁵¹ *Malaysian Historical Salvors c. Malaisie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/10, décision d'annulation, 16 avril 2009.
- ⁵² *Malaysian Historical Salvors c. Malaisie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/10, sentence, 17 mai 2007, par. 143.
- ⁵³ Aux termes de l'article 1, «(a)ux fins du présent accord, 1) a) l'“investissement” désigne tout type d'actif et, en particulier, mais pas exclusivement: [...] ii) les actions, les titres et les obligations de sociétés ou autres intérêts dans des sociétés; iii) les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur financière; iv) les droits de propriété intellectuelle [...]; v) les concessions commerciales conférées [...] par contrat [...]».
- ⁵⁴ *Malaysian Historical Salvors c. Malaisie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/10, décision d'annulation, 16 avril 2009, par. 60.
- ⁵⁵ Ibid., par. 80.
- ⁵⁶ *Malaysian Historical Salvors c. Malaisie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/10, opinion dissidente, 16 avril 2009, par. 22.
- ⁵⁷ Ibid., par. 43 à 47.
- ⁵⁸ *CMS Gas Transmission Co c. Argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/01/8, décision statuant sur la compétence, 17 juillet 2003 (42 *International Legal Materials* 788 (2003)), par. 51.
- ⁵⁹ *Lauder c. République tchèque*, CNUDCI, sentence définitive, 3 septembre 2001.
- ⁶⁰ *CME Czech Republic c. République tchèque*, CNUDCI, sentence définitive, 14 mars 2003.
- ⁶¹ Ibid., par. 436.
- ⁶² *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, CIJ, arrêt, 18 novembre 1953; arrêt, 6 avril 1955 (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 4 à 65).
- ⁶³ *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, CIJ, arrêt, 18 novembre 1953; arrêt, 6 avril 1955 (*C.I.J. Recueil 1955*, p. 4 à 65); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, CIJ, 1970, arrêt, 24 juillet 1964; arrêt, 5 février 1970 (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 3 à 357).

- ⁶⁴ *Champion Trading Company et al. c. République arabe d'Égypte*, CIRDI, affaire n° ARB/02/9, décision statuant sur la compétence, 21 octobre 2003; *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte*, CIRDI, affaire n° ARB/05/15, décision statuant sur la compétence, 11 avril 2007; *Hussein Nuaman Soufraki c. Les Émirats arabes unis*, CIRDI, affaire n° ARB/02/7, sentence, 7 juillet 2004. Pour une critique de cette position, voir Schlemmer 2008.
- ⁶⁵ *Micula c. Roumanie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/20, décision statuant sur la compétence et la recevabilité, 24 septembre 2008.
- ⁶⁶ *Hussein Nuaman Soufraki c. les Émirats arabes unis*, CIRDI, affaire n° ARB/02/7, sentence, 7 juillet 2004.
- ⁶⁷ *Ibid.*, par. 83.
- ⁶⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, CIJ, 1970, arrêt, 24 juillet 1964; arrêt, 5 février 1970 (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 3 à 357).
- ⁶⁹ La version la plus récente de l'ABI type allemand (2008) donne une définition différente de la «société» révisée pour tenir compte du droit communautaire.
- ⁷⁰ *Vacuum Salt c. Ghana*, CIRDI, affaire n° ARB/92/1, sentence, 16 février 1994 (9 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 72 (1994)). Ces résumés sont repris de Muchlinski 2007, p.728 et 729.
- ⁷¹ *Ibid.*, par. 36.
- ⁷² *Ibid.*, par. 53.
- ⁷³ *Aguas del Tunari c. Bolivie*, CIRDI, affaire n° ARB/02/3, décision statuant sur la compétence, 21 octobre 2005 (20 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 450 (2005)), par. 206 à 232.
- ⁷⁴ *Tokios Tokelés c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/18, décision statuant sur la compétence, 29 avril 2004 (20 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 205 (2005)).
- ⁷⁵ *Ibid.*, par. 45 à 51. Voir aussi *Saluka Investments BV c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle, 17 mars 2006. Le tribunal a considéré qu'une définition juridique formelle de l'«investisseur» est utile pour déterminer la nationalité d'une société et qu'en l'absence d'une disposition spécifique d'un accord, un tribunal n'est pas habilité à passer au crible la structure d'une société à moins que cette structure

n'ait été utilisée pour commettre des fraudes ou d'autres actes illicites (par. 229 et 230).

⁷⁶ Ibid., par. 52.

⁷⁷ Ibid., par. 56.

⁷⁸ *Tokios Tokelés c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/18, opinion dissidente, 29 avril 2004 (20 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 245 (2005)).

⁷⁹ Ainsi, Schreuer *et al.*, 2009, p. 323, par. 849, affirme-t-il qu'«il semble que le mieux serait d'identifier objectivement les entités exerçant le véritable contrôle et, de ce fait, d'empêcher d'avoir accès au Centre les personnes morales qui sont contrôlées directement ou indirectement par des ressortissants d'États non contractants ou des ressortissants de l'État d'accueil».

⁸⁰ *Tokios Tokelés c. Ukraine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/18, opinion dissidente, 29 avril 2004 (20 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 245 (2005)), par. 16.

⁸¹ *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/05/5, sentence, 19 décembre 2008, par. 114 à 162.

⁸² Voir *ADC c. Hongrie*, CIRDI, affaire n° ARB/03/16, sentence, 2 octobre 2006, par. 360; *Rompetrol c. Roumanie*, CIRDI, affaire n° ARB/06/3, décision statuant sur la compétence, 18 avril 2008, par. 85.

⁸³ *SOABI c. Sénégal*, CIRDI, affaire n° ARB/82/1, décision statuant sur la compétence, 1^{er} août 1984 (2 *ICSID Reports* 175), p. 182 et 183.

⁸⁴ *Société X c. État A*, *News from ICSID*, vol. 2, n° 2, été 1985, p. 3 à 6.

⁸⁵ *Waste Management c. Mexique*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/00/3, sentence, 30 avril 2004 (43 *International Legal Materials* 967 (2004)), par. 77, 80 et 85.

⁸⁶ *Autopista c. Venezuela*, CIRDI, affaire n° ARB/00/5, décision statuant sur la compétence, 27 septembre 2001 (16 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 469 (2001)). Le Venezuela avait autorisé une société mère mexicaine à transférer 75 % des actions qu'elle détenait dans sa filiale locale à une filiale américaine, qui était alors devenue la propriétaire directe de la filiale. Le tribunal a considéré qu'il avait compétence pour examiner une requête présentée par la filiale américaine dans la mesure où le Venezuela avait appliqué un simple critère de participation majoritaire pour déterminer la nationalité

étrangère, et il ne lui était pas loisible de contester ce choix en s'appuyant sur des critères économiques même s'ils devaient mieux rendre compte de la réalité (par. 117 à 122). Rien ne permettait de penser que la filiale américaine était une société de complaisance. Le transfert avait été nécessaire pour garantir l'accès à un capital suffisant pendant la crise du peso mexicain (par. 123 à 126). Le fait que le Mexique, qui n'était pas une partie contractante, se soit intéressé au différend au niveau diplomatique n'a pas porté un coup fatal à la réclamation de la filiale américaine (par. 135 à 140). L'affaire *Banro* a été importante en ce sens que, dans ce cas, le transfert d'actions ne nécessitait pas l'accord du Gouvernement et que les parties n'avaient pas défini le critère du contrôle étranger; voir *Banro American Resources et al. c. Congo*, CIRDI, affaire n° ARB/98/7, sentence, 1^{er} septembre 2000 (extraits) (17 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 382 (2002)), par. 143.

⁸⁷ *Rompetrol c. Roumanie*, CIRDI, affaire n° ARB/06/3, décision statuant sur la compétence, 18 avril 2008, par. 78.

⁸⁸ *Ibid.*, par. 3.

⁸⁹ *Rumeli Telekom a.s. et Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri a.s. c. République du Kazakhstan*, CIRDI, affaire n° ARB/05/16, sentence, 29 juillet 2008, par. 326.

⁹⁰ *Banro American Resources et al. c. Congo*, CIRDI, affaire n° ARB/98/7, sentence, 1^{er} septembre 2000 (extraits) (17 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 382 (2002)), par. 11 et 12.

⁹¹ *Loewen c. États-Unis*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/98/3, sentence, 26 juin 2003 (42 *International Legal Materials* 811 (2003)), par. 223, 255, 232 à 234.

⁹² *Ibid.*, par. 239. Dans *EnCana c. Équateur*, CNUDCI, sentence arbitrale de la Cour d'arbitrage international de Londres, 3 février 2006, il a été jugé que la continuité de la nationalité du propriétaire de la filiale n'est pas exigée lorsque la société mère présente une réclamation en son nom propre et non au nom de sa filiale. Dès l'instant que la nationalité de la société mère demeure celle d'une autre partie contractante, elle a droit au statut d'investisseur de cette partie (par. 128).

⁹³ *AMTO c. Ukraine*, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, arbitrage n° 080/2005, sentence rendue le 26 mars 2008, par. 61.

⁹⁴ Ibid., par. 62.

⁹⁵ Ibid., par. 69.

⁹⁶ Voir *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, CIRDI, affaire n° ARB/03/24, décision statuant sur la compétence, 8 février 2005 (44 *International Legal Materials* 721 (2005)), sentence, 27 août 2008.

⁹⁷ Ibid., par. 161 et 162; *Veteran Petroleum Limited (Chypre) c. la Fédération de Russie*, CNUDCI, CPA, affaire n° AA228, sentence intérimaire statuant sur la compétence et la recevabilité, 30 novembre 2009, par. 514 et 515.

⁹⁸ Il se pourrait que l'interprétation dont il vient d'être question résulte d'une particularité de la structure du TCE. En vertu de ce traité, une partie contractante ne peut refuser les avantages que de la partie III du traité, qui englobe les protections fondamentales, et non ceux de la partie V, qui mentionne notamment le droit de l'investisseur de recourir au CIRDI. On pourrait aboutir à une interprétation différente au sujet d'un accord où la clause de déni des avantages autoriserait une partie contractante à refuser les protections de l'accord *dans son ensemble*, y compris le droit d'action d'un investisseur contre l'État.

III. ÉVALUATION ET OPTIONS

La portée des définitions utilisées dans un AII ne peut qu'influer substantiellement sur l'étendue de la protection et les droits offerts par l'accord. En premier lieu, la largeur d'une définition peut susciter un certain nombre de préoccupations n'ayant rien à voir avec le développement. Par exemple, l'extension du sens de l'«investissement» aux créances contractuelles pourrait transformer en expropriation les mesures réglementaires de l'État concernant la validité des contrats privés. Son extension aux transactions liées au commerce pourrait se traduire par la soumission de toute une série de questions aux mécanismes spéciaux de règlement des différends entre investisseurs et États créés par les accords d'investissement. En bref, l'interaction d'une définition large de l'«investissement» au sein du dispositif d'un accord pourrait entraîner l'application des règles et procédures de cet accord à un large éventail de transactions sans rapport avec l'IED.

Cela ne veut toutefois pas dire que la combinaison de définitions larges et de dispositions fondamentales tout aussi larges pose nécessairement problème. En dernière analyse, la portée de l'accord est créée par les interactions entre toutes ses dispositions. Pour atteindre un objectif spécifique, les parties à un accord peuvent arrêter leur choix sur l'une des solutions suivantes:

- Réduction de la portée d'une définition;
- Réduction de la portée d'une ou de plusieurs dispositions fondamentales;
- Autorisation de dérogations générales et/ou sectorielles aux obligations prévues par l'accord;
- Une combinaison quelconque des approches susvisées.

Les termes «investissement» et «investisseur» indiquent les types d'intérêts qu'un pays d'accueil doit indemniser en cas d'expropriation ou de non-respect de toute autre disposition d'un AII. Ces dernières années, l'application des termes «investissement» et «investisseur» dans l'arbitrage international en matière d'investissement a fait apparaître un certain nombre de nouvelles questions de procédure liées au processus de règlement des différends entre investisseurs et États. Comme on l'a vu, l'approche large de la détermination d'un «investissement» en ce qui concerne les groupes de sociétés complexes et la détermination de la nationalité des sociétés principalement sur la base d'un critère formel basé sur le pays où la société est constituée ont ouvert la voie à l'introduction de réclamations multiples liées au même différend par différentes entités et différents propriétaires au sein d'un groupe. Le recours excessif au critère du pays où la société est constituée pour les personnes morales a fait apparaître la pratique de la «recherche de l'accord le plus favorable» qui consiste pour le groupe à établir une présence légale dans un pays qui a conclu un accord de protection des investisseurs avec le pays d'accueil, ce qui lui permet de se prévaloir de la protection de l'accord même si l'actionnaire exerçant un contrôle ultime possède la nationalité d'un pays qui n'est partie à aucun des accords conclus avec le pays d'accueil (voir fig. 4). De même, les ressortissants du pays d'accueil peuvent tirer parti de dispositions laxistes des AII en créant une personne morale dans un autre pays qui a conclu un ABI avec le pays d'accueil, puis engager une procédure contre ce dernier par l'intermédiaire de cette personne morale (voir fig. 5). Un troisième problème recensé ci-dessus concerne l'utilisation d'une société de portefeuille intermédiaire dans un État qui n'est pas une partie contractante par une société mère d'un État contractant, en vue d'établir une filiale dans le pays d'accueil (voir fig. 6). Cette configuration implique souvent un paradis fiscal ou réglementaire dans lequel une société de portefeuille est installée pour mettre cette déréglementation au service de l'investissement. La protection de l'ABI conclu entre le pays d'accueil et le pays de la société mère doit-elle jouer?

Compte tenu des considérations qui précèdent, de la pratique des États en matière d'AII et de la contribution de ces AII au développement dont il a été question dans l'introduction à la présente étude, on peut formuler les options ci-après.

A. Investissement

On présente ci-après les principales options qui se profilent ainsi que leurs éléments constitutifs.

1. Option 1: adopter une définition large fondée sur les actifs

Une définition de l'«investissement» large et ouverte et fondée sur les actifs a été adoptée d'une manière générale pour le faire bénéficier d'une protection maximale, en utilisant des formules permettant d'admettre au bénéfice de cette protection les nouvelles formes d'investissement à mesure qu'elles font leur apparition, sans avoir à renégocier l'accord. La préoccupation liée au développement est assez facile à exprimer: le fait que l'accord couvre tous les actifs entrant dans le champ de la définition peut accroître le risque de réclamations concernant des litiges entre investisseurs et États, et entraîner le versement de lourdes indemnités, ce qui est incompatible avec la politique de développement d'un pays. Le danger d'une définition ouverte est de voir un pays d'accueil s'engager à promouvoir ou à protéger des formes de transactions et d'actifs qu'il n'avait pas prévues au moment où il a conclu l'accord et qu'il n'aurait pas accepté d'inclure dans la portée de l'accord si la question s'était posée explicitement.

De même, la définition large et ouverte s'oppose à toute précision juridique quant à la portée de la protection convenue dans la mesure où elle ne fait qu'indiquer les types d'actifs qui sont protégés. En fait, du fait de cette imprécision, ce ne sont plus les États contractants qui doivent établir ce qui constitue un «investissement», mais les arbitres, tandis que le caractère ouvert de la définition donne lieu à une prolifération d'interprétations. Ce risque est accru lorsqu'un AII insère dans la définition des mots tels

que «tout actif» et qu'un tribunal s'en tient au principe directeur selon lequel l'objet même de l'AII est d'accorder une protection maximale aux investisseurs et à leurs investissements.

Les États justifient depuis longtemps cette approche en faisant valoir que la maximisation de la protection des investisseurs et des investissements permettrait d'accroître les flux d'investissement. Les faits n'ont pas uniformément répondu à ces attentes (CNUCED, 2009) et le caractère plus spécialisé des investissements étrangers a amené à se demander si une approche aussi englobante de la définition de l'investissement était nécessairement la meilleure voie à suivre. C'est ainsi que les accords plus récents ont souligné la nécessité de préciser davantage la clause relative à la portée et aux définitions.

2. Option 2: restreindre la portée de la définition de l'investissement

Comme indiqué dans la section II, un certain nombre d'accords l'ont fait en mettant en œuvre une série de méthodes et en partant d'une définition fondée soit sur les actifs, soit sur l'entreprise. Ces méthodes relèvent des trois grandes catégories suivantes: a) approches qui donnent une définition restrictive des investissements protégés; b) définitions qui englobent le risque d'investissement et d'autres critères définitionnels objectifs; et c) contrôles et exclusions spécifiques. En fonction du degré de restriction de la portée recherché par l'accord, ces méthodes peuvent être utilisées séparément ou en parallèle.

a) Option 2(1): adoption d'une définition restrictive («liste fermée»)

L'approche de la définition restrictive présente l'avantage de comporter une liste longue mais non complétable d'actifs couverts et de donner des définitions spécifiques des actifs de manière à bien préciser que l'accord ne s'applique pas à certains types d'actifs. C'est une tendance nouvelle des ABI. Le principal avantage de cette

approche est de permettre aux parties contractantes de mieux contrôler les types d'investissement qui sont couverts car la liste ne peut pas être considérée comme indicative et donc ouverte. Cela peut faciliter la planification du développement en rendant plus claire la portée de la protection accordée par l'AII. La pratique actuelle indique que la «liste fermée» peut-être très détaillée, n'excluant le plus souvent que les transactions purement contractuelles telles que les ventes de biens ou de services, les mécanismes de crédit autres que les prêts d'investissements ou les créances liquides non liées à des activités d'investissement. Aux fins de la précision juridique, les négociateurs pourraient envisager d'insérer des dispositions ou des notes apportant des précisions et commençant souvent par les expressions «pour plus de sécurité» ou «pour écarter tout doute», qui apparaissent dans les nouveaux ABI conclus par les États-Unis.

b) Option 2(2): inclusion du risque d'investissement et d'autres critères définitionnels objectifs

On a vu dans la section II que, dans la pratique contemporaine, la clause définitionnelle contient une liste des principales caractéristiques d'un investissement, «y compris des caractéristiques telles que l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, la perspective de réaliser des gains ou des bénéfices, ou la prise en charge de risques»¹. Le principal avantage de cette formulation est d'offrir certains critères objectifs pouvant éclairer les tribunaux, fondés sur la distinction économique entre transactions commerciales et transactions d'investissement. Il semblerait que ces critères doivent amener un tribunal à déterminer la nature de la transaction dont il a à connaître dans son contexte économique effectif. On peut alors mieux cibler la portée de la protection accordée par l'AII en mettant l'accent sur les investissements véritables, non sur une protection généralisée de tout actif précieux détenu et/ou contrôlé par l'investisseur.

On peut avoir intérêt à faire également la distinction entre les caractéristiques économiques d'un investissement (celles qui viennent d'être mentionnées) et les caractéristiques relevant de la politique générale, à savoir celles qui présentent les investissements admissibles sous l'angle de leur utilité ou de leur opportunité. Cette dernière catégorie comprend notamment l'exigence de «*contribution au développement économique de l'État d'accueil*» envisagée dans la perspective de la définition fondée sur le développement dont il est question plus loin (voir option 3).

Le principal inconvénient de l'approche fondée sur des facteurs objectifs tient au fait qu'elle peut être difficile à mettre en œuvre: quelle quantité de capital ou d'autres ressources doit-on engager? Existe-t-il un volume d'engagement minimal à atteindre pour que l'on puisse parler d'investissement? Quelle doit être la durée de la transaction? Et comment évaluer le risque d'investissement? Le problème principal qui se pose ici est de savoir comment définir le risque. Le risque est indissociable de l'activité entrepreneuriale et concerne aussi bien les transactions commerciales ordinaires que les transactions d'investissement. Il peut donc être nécessaire d'identifier une forme spéciale de risque afférente uniquement aux investissements.

c) Option 2(3): exclusions et contrôles spécifiques

S'agissant des exclusions spécifiques:

- Comme l'examen de certains accords mentionnés ci-dessus l'a montré, il est possible d'exclure expressément certaines catégories de transactions qui sont réputées être non pas des investissements, mais de simples *transactions commerciales*. C'est ainsi que les transactions générales de vente, les ventes de services, les prêts à court terme et certains titres d'emprunt ont été exclus de cette manière de certains accords.

- En plus d'énumérer les transactions exclues, certains accords excluent l'*investissement de portefeuille* (il peut en effet être considéré comme moins intéressant que l'IED étant donné qu'il n'est généralement pas assorti d'un transfert de technologie, d'une formation ou d'autres avantages associés à l'IED). Qui plus est, l'investissement de portefeuille est facilement retiré, ce qui peut entraîner une volatilité des capitaux en période de remous économiques. De surcroît, l'investissement de portefeuille est moins facile à surveiller que l'investissement direct, ce qui peut faire craindre qu'il ne soit utilisé comme mécanisme de blanchiment d'argent. L'exclusion de l'investissement de portefeuille peut constituer une solution, au moins partielle, au risque de présentation de réclamations multiples par des actionnaires minoritaires. En revanche, son inclusion peut apporter une contribution positive au développement. Il représente une source potentielle de capitaux et de devises. Certains investisseurs peuvent ne pas souhaiter contrôler un investissement ni même participer au capital. De plus, étant donné que l'une des préoccupations suscitées depuis toujours par l'IED est qu'il permet la prise de contrôle d'actifs nationaux par des ressortissants étrangers, l'intérêt national pourrait bien commander d'encourager l'investissement de portefeuille au lieu de l'investissement direct dans certaines entreprises.
- Certains accords d'investissement excluent les *actifs inférieurs à une certaine valeur*, peut-être parce que ces investissements sont considérés comme trop faibles pour justifier les coûts afférents à l'application de l'accord ou qu'il est jugé souhaitable de réserver aux investisseurs nationaux les parties de l'économie susceptibles d'accueillir des investissements de faible montant. Toutefois, l'exclusion des petits investissements pourrait décourager les petits et moyens investisseurs que certains pays en développement peuvent chercher à attirer, au moins pendant certaines phases du

processus de développement (CNUCED, 1998b). En pareil cas, la limitation du montant peut n'être d'aucune utilité.

- D'autres accords d'investissement excluent les *investissements établis avant l'entrée en vigueur de l'accord*, pour éviter d'accorder à l'investisseur des avantages inespérés. Cette exclusion pourrait être interprétée comme remettant en question l'engagement des parties à promouvoir ou à protéger l'investissement et, dans des cas exceptionnels, pourrait fournir un avantage concurrentiel permanent aux investisseurs qui investissent après la conclusion de l'accord.
- Les accords d'investissement peuvent limiter les *parties de l'économie* auxquelles ils s'appliquent, en ce qui concerne plus particulièrement les disciplines relatives à l'entrée et à l'accès aux marchés. Comme indiqué dans la section II, c'est l'approche de la définition qui est retenue dans le Traité sur la Charte de l'énergie et, dans une certaine mesure, dans l'Accord d'investissement global de l'ASEAN (2009).
- Il peut également y avoir lieu d'examiner la portée de la *protection des droits de propriété intellectuelle* afin de contourner l'écueil d'une protection trop large des droits de propriété intellectuelle en évitant de couvrir ceux de ces droits qui ne sont protégés ni par le droit interne d'un État contractant ni en vertu de ses engagements internationaux. De plus, il convient de veiller à ce que l'AII soit rigoureusement conforme à l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), car les pays qui sont également membres de l'OMC ne peuvent pas exclure leurs obligations au titre de l'OMC dans tout AII qu'ils concluraient (CNUCED, 2005a, p. 23 à 234).

Il ressort de l'analyse présentée ci-dessus que les pays doivent déterminer avec soin les conséquences que peut avoir l'inclusion ou l'exclusion de certains types d'investissement dans la définition du terme «investissement». Les éléments essentiels à prendre en

considération sont l'objet ou les objets de l'accord d'investissement et la nature exacte du dispositif auquel la définition est appliquée. En outre, on pourra déterminer si la définition de termes spécifiques, tels que les droits de propriété intellectuelle, les actions ou la survaleur, doit être régie en premier lieu par le droit interne du pays d'accueil et simplement complétée par le droit international. De la sorte, dès l'instant qu'elle est conforme aux engagements internationaux en vigueur du pays d'accueil (par exemple ceux qui découlent de l'Accord sur les ADPIC), la définition nationale du terme pourrait être expressément utilisée pour élaborer la définition du terme donnée par l'AII.

S'agissant des contrôles:

- Le critère consistant à ne protéger que les investissements effectués conformément à la législation et à la réglementation nationales du pays d'accueil garantit par ailleurs la non-protection des investissements illégaux. Toutefois, une telle disposition ne peut pas servir à préserver la liberté d'appréciation nationale en matière d'investissements. En particulier, un pays ne peut pas remplacer la définition de l'investissement fondée sur l'accord par une définition fondée uniquement sur le droit interne. De plus, cette règle implique la bonne foi du pays d'accueil, qui ne peut donc s'autoriser d'une telle clause pour éviter d'accorder la protection du traité en arguant d'irrégularités juridico-techniques mineures dans le processus d'investissement. En revanche, on pourrait concevoir que la définition de l'«investissement» tienne compte des définitions qu'en donne la législation du pays d'accueil, de manière à assurer une concordance entre ce que le droit national et l'AII applicable considèrent chacun de leur côté comme des investissements protégés. Il s'agit non pas d'invoquer le droit interne pour rejeter des obligations internationales, mais d'utiliser les définitions du droit interne pour interpréter la portée des termes dans l'AII, méthode déjà

appliquée au sujet de la définition de la nationalité pour déterminer qui est un investisseur protégé.

- Afin d'éviter la présentation par des groupes de sociétés de type STN de réclamations multiples concernant des investissements indirects, un pays d'accueil pourrait faire inclure dans ses AII un critère de nationalité des sociétés fondé sur le contrôle, de façon qu'un tribunal soit habilité à lever le voile institutionnel pour déterminer la nationalité de la personne ou de l'entité exerçant le contrôle ultime sur l'investissement considéré. Une clause de déni des avantages pourrait également réduire au minimum le risque de réclamations multiples portant sur des investissements indirects. Selon un autre scénario, on pourrait exiger un regroupement des réclamations présentées en vertu de deux ABI ou davantage dans une même affaire et insérer une telle clause dans tous les ABI signés par le pays d'accueil.
- Une autre option consiste à insérer une clause d'«interprétation des termes» qui précise l'approche que doit adopter le tribunal dans l'interprétation des termes de l'accord. Cette clause pourra, par exemple, indiquer qu'une interprétation de certains termes doit tenir compte des objectifs et problèmes de développement. Des clauses d'interprétation générale figurent dans les constitutions de certains pays pour faciliter l'interprétation judiciaire des termes constitutionnels. Il pourrait être utile de réfléchir à la possibilité d'introduire dans les AII des clauses de ce type pour ce qui est de la portée et de la définition des termes des accords.

3. Option 3: une définition fondée sur le développement

L'importance accordée par certaines sentences arbitrales à la contribution au développement économique en tant qu'élément à prendre en considération au moment de déterminer si un investissement existe représente une autre manière de maintenir

l'équilibre entre la protection de l'investissement et le droit du pays d'accueil de chercher à atteindre des objectifs légitimes. Une définition fondée sur le développement n'est pas destinée à se substituer aux options exposées plus haut: elle fournit plutôt un élément supplémentaire qui ajoute la dimension explicite de la politique de développement à la définition technique de l'investissement. Une clause d'AII consacrée à la portée et aux définitions pourrait expressément requérir que, pour être protégé, un investissement doit contribuer au développement économique de l'État d'accueil. Cela aurait l'avantage de bien faire comprendre que l'accord entend non seulement protéger les investisseurs et leurs investissements, mais aussi tenir compte de l'aspiration légitime du pays d'accueil à voir l'investissement apporter une contribution au développement économique. Les préambules des AII soulignent ordinairement que l'accord a pour objet d'encourager le développement économique et le transfert de capitaux et de technologie, ce qui constitue une première étape indispensable. Toutefois, en raison du fait que la Convention de Vienne sur le droit des traités donne la priorité au sens ordinaire de dispositions fondamentales spécifiques sur les énoncés à finalités générales, le préambule est très souvent négligé au profit d'une disposition reposant sur une définition large. En ciblant mieux la clause de la portée et des définitions sur une définition de l'investissement axée sur le développement et en réduisant la portée de cette clause, on pourra peut-être concourir à la réalisation des objectifs de développement en faisant en sorte que l'accord soit interprété en tant qu'instrument de protection de l'investissement axée sur le développement.

De même, les questions se rapportant au traitement des pays les moins avancés (PMA) pourront amener à prévoir une disposition expresse concernant leurs besoins. À cet égard, on pourra au moins déterminer si un AII est mieux adapté à une telle fin qu'un accord spécialisé de coopération pour le développement, étant donné que ce dernier vise à établir un équilibre entre les besoins spécifiques des PMA et les modalités du développement économique, parmi

lesquelles l'aide et l'investissement, tandis que les AII portent sur un éventail d'intérêts plus étroit et sont généralement muets sur le niveau effectif de développement atteint par le pays en développement partie à l'accord et sur ses besoins spécifiques.

Une définition de l'investissement axée sur le développement ne peut que susciter des controverses: Comment, répétons-le, un tribunal pourrait-il évaluer une contribution au développement? Un montant minimal d'investissement serait-il exigé ou des investissements de montant faible ou moyen constitueraient-ils aussi une contribution? De même, une évaluation subjective de cette contribution par le pays d'accueil et l'investisseur risquerait d'être les seules qui puissent en être faites. Comment un tribunal pourrait-il procéder à une analyse objective, vu le caractère limité de ses ressources et de ses compétences en la matière? Dans le cadre d'une procédure accusatoire, il prendrait connaissance des vues contradictoires des parties, le pays d'accueil disant que la contribution avait été minimale et que l'investissement n'était donc pas protégé, et l'investisseur répliquant que son investissement avait apporté une contribution significative et que la protection de l'accord pouvait lui être accordée. Ce sont là des problèmes particulièrement ardues que les parties à un accord donné pourraient avoir intérêt à régler en affinant la disposition qui concerne le développement, mais la disposition en question n'en devrait pas moins, même sous sa forme la plus simple, jouer une rôle utile en énonçant les motifs juridiques pouvant amener à refuser la protection aux investissements qui n'apportent manifestement aucune contribution au développement.

Pour faire accepter ce point de vue à un tribunal international, on pourrait songer à insérer une disposition garantissant que la représentation que se fait le pays d'accueil de l'impact d'un investissement donné sur le développement sera respectée. Dans cette optique, le fait qu'un investissement ait été autorisé par le pays d'accueil peut ne pas être une preuve concluante de son impact sur le développement. Il faudra statuer en fonction des faits dans chaque

cas. Un investissement qui pourrait avoir semblé au départ favorable au développement pourra s'avérer ne pas l'être en pratique. L'évolution d'une situation peut dépouiller l'investissement du potentiel qu'il présentait pour le développement et peut obliger le pays d'accueil à prendre des mesures correctives de nature réglementaire. Ces mesures peuvent devoir être protégées contre des réclamations au titre de l'AII du fait d'une définition de l'investissement couvert qui est axée sur le développement. À cet égard, il ne faut pas oublier que le développement est un concept interdisciplinaire, non un terme technique juridique. En matière de définition, une approche intégrée s'impose donc: il s'agit en effet de prendre en considération non seulement l'impact économique, mais aussi les incidences sociales et environnementales, telles que celles que prévoient les objectifs du Millénaire pour le développement.

Enfin, la question de la définition de l'«investissement» doit être considérée non pas de façon isolée, mais parallèlement à celle des règles fondamentales de l'accord. D'autres types de clauses – comme une clause relative au droit exprès de réglementer ou une clause relative aux exceptions générales – peuvent s'avérer efficaces s'agissant de protéger le droit du pays d'accueil de réglementer à l'appui de la réalisation d'objectifs de développement légitimes. Toutefois, une telle approche devrait reposer sur une exception autorisant ce qui pourrait, à défaut, être considéré comme constituant à première vue une violation de l'AII. En faisant de la contribution au développement économique du pays d'accueil un élément obligatoire de la définition de l'investissement, on pourrait aider à braquer les projecteurs sur les préoccupations en matière de développement avant même de passer à l'évaluation de fond des mesures du pays d'accueil.

B. Investisseur

Dans ce domaine, les options définitionnelles sont peut-être moins difficiles à exposer. En substance, la question essentielle est le choix des liens avec une ou plusieurs parties contractantes

permettant à des personnes physiques ou morales de s'intégrer au projet d'un accord d'investissement.

1. Personnes physiques

Le plus souvent, un lien de nationalité est suffisant, dès l'instant que le droit interne de la partie contractante considérée reconnaît la personne physique en question comme ressortissante. Il ne semble pas que cette question ait des incidences significatives sur le développement. Dans les cas où une personne physique possède la double nationalité ou des nationalités multiples, il serait possible d'insérer dans la clause un critère de lien effectif. La plupart des accords bilatéraux ne retiennent pas cette option. D'un autre côté, la prise en compte d'autres facteurs de rattachement, tels que la résidence ou le domicile dans le pays de nationalité, peut aider à établir un lien effectif après examen des faits. La principale incidence sur le développement de cette variante est de faire en sorte que seules les personnes dont la participation à l'économie et à la société de leur pays d'origine est significative puissent revendiquer la protection d'un accord d'investissement et, partant, de tout faire pour empêcher des «parasites» de tirer parti des dispositions de l'accord qui concernent la nationalité. Comme indiqué précédemment, il pourrait y avoir lieu de se demander s'il convient d'empêcher des personnes physiques (voire des personnes morales) qui sont ressortissantes du pays d'accueil de constituer une personne morale dans l'autre partie contractante afin de bénéficier de la protection de l'accord contre leur propre pays.

2. Personnes morales

Deux questions doivent être traitées: la première concerne l'éventail des personnes morales couvertes et la seconde les liens existant entre la personne morale et une partie contractante à un accord d'investissement.

En ce qui concerne la première question, on pourrait retenir l'option consistant à couvrir toutes les personnes morales. Elle offre aux investisseurs un maximum de flexibilité s'agissant de choisir le véhicule juridique qui leur permettra d'investir dans un pays d'accueil. Les incidences sur le développement d'un tel «libre choix des moyens» tourneraient autour de la question de savoir si les objectifs réglementaires du droit interne peuvent être réalisés quelle que soit la forme juridique adoptée par un investisseur. Cette question dépend de la nature et du contexte des lois et règlements nationaux. L'autre option consiste à réduire l'éventail des personnes morales couvertes. Le pays d'accueil peut l'adopter lorsqu'il a mis en place un régime restrictif en ce qui concerne la forme juridique qu'un investissement étranger est autorisé à prendre ou lorsqu'il entend exclure certains types d'entités, comme les fonds souverains.

Quant à la seconde question, on pourrait adopter un lien formel avec le pays où la personne morale a été constituée. Ce lien est très souvent retenu dans les accords d'investissement, mais il peut être difficile à mettre en œuvre en raison de la complexité de la structure des groupes multinationaux. En outre, comme on l'a vu plus haut, un lien strictement fondé sur la nationalité formelle peut encourager la «recherche de l'accord le plus favorable» par des investisseurs qui ne sont pas ressortissants des parties contractantes: ils peuvent créer une société écran dans un pays contractant, ce qui leur permet de tirer parti de son réseau d'AI. C'est un véritable problème, d'autant que, dans ce cas, les tribunaux permettent généralement au critère du pays où la société est constituée de déterminer la question de la nationalité, compte tenu du libellé de l'accord. Pour atténuer le risque d'un tel résultat, une définition pourrait stipuler – outre le critère du pays où la société est constituée – que la société ait son siège sur le territoire de la partie contractante et/ou qu'elle exerce des activités économiques véritables ou substantielles sur le territoire de cette partie, ou inclure une clause (automatique) de déni des avantages.

Selon un autre scénario, une disposition plus large pourrait se concentrer non sur la nationalité formelle de la personne morale, mais sur sa nationalité effective comme dans le cas de la nationalité de l'entité exerçant le contrôle ultime. Cette option pourrait réduire le risque de «recherche de l'accord le plus favorable» en exigeant la levée du voile institutionnel et l'identification de l'entité exerçant véritablement le contrôle ultime. D'un autre côté, si un gouvernement est disposé à accorder la protection de l'AII à des investissements de toute provenance (qu'ils proviennent de l'autre partie contractante, d'un État tiers, voire de son propre territoire (transitant par le territoire de l'autre partie contractante)), le critère du pays où la société est constituée suffira.

Un État peut devoir déterminer s'il est prêt à reconnaître des filiales étrangères constituées dans un pays d'accueil comme des «investisseuses» pouvant se prévaloir d'un accord sans se voir interdire de présenter une réclamation sur la base de leur nationalité, qui est celle du pays d'accueil. Une clause spécifique pourrait être incluse à l'effet d'autoriser une filiale locale à présenter une réclamation. Cela étant, les filiales peuvent, en tout état de cause, être protégées en tant qu'«investissements de l'investisseur».

Comme dans le cas des personnes physiques, le principal problème à garder à l'esprit est de ne pas adopter une disposition relative au lien qui autoriserait des personnes morales originaires d'États qui ne sont pas des parties contractantes ou originaires de l'État d'accueil lui-même à se prévaloir de la protection juridique de l'accord en tant que «bénéficiaires sans contrepartie». La clause relative à la portée et aux définitions doit donc être examinée parallèlement à la question de savoir s'il convient d'inclure une clause de déni des avantages assortie d'un critère de détermination de la nationalité de la société exerçant le contrôle.

* * *

Les définitions de l'investissement et de l'investisseur sont essentielles pour décider de la portée d'un accord d'investissement. Elles déterminent les intérêts économiques auxquels les gouvernements accordent les protections fondamentales des AII, ainsi que l'éventail des personnes physiques et morales appelées à bénéficier d'un accord. Les définitions circonscrivent donc dans une large mesure les limites de l'exposition des pays au risque de réclamations concernant des litiges entre investisseurs et États.

La meilleure définition de l'«investissement» ou de l'«investisseur» n'existe pas; chaque définition traduit les préférences et les politiques des parties contractantes. La présente étude avait pour objet de mettre en évidence les incidences que peuvent avoir différentes manières de concevoir et de rédiger les accords afin d'aider les États à trouver la formule qui cadre le mieux avec leurs objectifs de politique générale. Un gouvernement doit donc aborder les questions de définition en ayant une idée claire de ses buts et priorités en matière de négociation. Les définitions continueront assurément d'évoluer à mesure qu'apparaîtront de nouveaux types d'investissement (comme les contrats d'achat de compensation d'émissions de carbone) ou de nouveaux types d'investisseurs (comme les fonds souverains).

De plus, il est évident que les définitions ne sauraient à elles seules établir un juste équilibre entre l'octroi d'un degré suffisant de protection aux investisseurs étrangers et la préservation des intérêts essentiels du pays d'accueil, y compris sa marge d'action réglementaire. Il convient de garder à l'esprit cet objectif essentiel au moment de la rédaction tant des définitions que de chaque obligation fondamentale de l'accord d'investissement.

Note

- ¹ Il pourrait être plus judicieux de présenter la liste de caractéristiques comme cumulative en utilisant «et» au lieu de «ou». Cela correspondrait d'ailleurs mieux à la pratique des tribunaux d'investissement développée dans l'optique de l'article 25 de la Convention du CIRDI, lesquels ont estimé que pour qu'un investissement existe, *toutes* les caractéristiques doivent être présentes.

BIBLIOGRAPHIE

- Asouzu, Amazou (2002). «A review and critique of arbitral awards on article 25(2) (b) of the ICSID Convention», in *Journal of World Investment*, vol. 3, n° 3 (juin), p. 397-454.
- Delaume, Georges R. (1982). «Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)», in *Journal du Droit International*, vol. 109, n° 775, p. 775-843.
- _____ (1983). «ICSID arbitration and the courts», in *American Journal of International Law*, Vol. 77, No: 4, pp. 784-803.
- _____ (1986). «ICSID arbitration», in Julien D. M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration* (London: Queen Mary College, Centre for Commercial Law Studies), chapter 4, pp. 23-39.
- Dolzer, Rudolf et Schreuer, Christoph (2008). *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press).
- Gaillard, Emmanuel (2009). «Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice», in Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch and Stephan Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford: Oxford University Press), pp. 403–416.
- Gallagher, Norah et Shan, Wenhua (2009). *Chinese Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press).
- Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) (1965). «Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, et rapport des administrateurs», *International Legal Materials*, vol. 4, n° 3 (mai), p. 524-544.
- Fonds monétaire international (FMI) (1993). *Manuel de la balance des paiements*, 5^e éd. (Washington, DC. FMI), disponible à l'adresse: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf>.

- Joubin-Bret, Anna (2008). «Admission and establishment in the context of investment protection», in August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection* (Oxford: Oxford University Press), pp. 9-28.
- Kindleberger, Charles P (1993). *A Financial History of Western Europe* (New York: Oxford University Press).
- McLachlan, Campbell, Shore, Laurence et Weiniger, Matthew (2007). *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford: Oxford University Press).
- Muchlinski, Peter T. (2007). *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford (Oxford: Oxford University Press).
- Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (1996). *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, 3^e éd. (Paris: OCDE); disponible à l'adresse: <http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf>.
- Rivas, Jose Antonio (2009). *The Colombian BIT Model: A Balanced Treaty with NAFTA, OECD and Colombian Constitutional Elements*, communication présentée au Douzième Forum sur les accords d'investissement «Investment Treaties at 50: Host State Perspectives». London (15 mai), ronéotypé.
- Schlemmer, Engela C. (2008). «Investment, investor, nationality and shareholders», in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press), pp. 49-88.
- Schreuer, Christoph, Malintoppi, Loretta, Reinisch, August et Sinclair, Anthony (2009). *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Sornarajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press).

- Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) (1999). *Portée et définitions. Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement* (New York et Genève; Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.II.D.9, disponible à l'adresse: <http://www.unctad.org/en/docs/psiteiitd11v2.en.pdf>.
- _____ (2002). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness* (New York et Genève; Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.02.II.D.4, disponible à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/wir2002_en.pdf.
- _____ (2003). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives* (New York et Genève; Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.03.II.D.8, disponible à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/wir2003_en.pdf.
- _____ (2004). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2004: The Shift Towards Services* (New York et Genève; Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.04.II.D.33, disponible à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf.
- _____ (2005a). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2005: Transnational Corporations and the Internationalization of R&D* (New York et Genève; Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.05.II.D.10, disponible à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf.
- _____ (2005b). *International Investment Agreements in Services. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (New York et Genève; Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.05.II.D.15, disponible à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20052_en.pdf.

-
- _____ (2007a). *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (New York et Genève; Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.06.II.D.16, disponible à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf.
- _____ (2007b). *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (New York et Genève; Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.07.II.D.10, disponible à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20073_en.pdf.
- _____ (2009). *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries* (New York et Genève; Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.06.II.D.20, disponible à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20095_en.pdf.
- _____ (2010). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2010. Investing in a Low-carbon Economy* (New York et Genève: Nations Unies), publication des Nations Unies, numéro de vente: E.10.II.D.2, disponible à l'adresse: http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf.
- Westcott, Thomas (2008). «CARIFORUM EPA and beyond: Recommendations for negotiations on services and trade related issues. The CARIFORUM-EU EPA and Interim Agreement between Other-ACP Regions and the EU: Investment Provisions and Commitments», document de travail, disponible à l'adresse: <http://vi.unctad.org/files/wksp/iiawksp08/docs/wednesday/Background%20documents/westcotteucariforumepa2008.pdf>.

AFFAIRES ET SENTENCES ARBITRALES

ADC c. Hongrie, CIRDI, affaire n° ARB/03/16, sentence, 2 octobre 2006.

Aguas del Tunari c. Bolivie, CIRDI, affaire n° ARB/02/3, décision statuant sur la compétence, 21 octobre 2005 (20, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 450 (2005)).

AMTO c. Ukraine, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, arbitrage n° 080/2005, sentence, 26 mars 2008. Voir <http://www.investmenttreatynews.org/documents/p/37.aspx>.

Autopista c. Venezuela, CIRDI, affaire n° ARB/00/5, décision statuant sur la compétence, 27 septembre 2001, (16 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 469 (2001)).

Banro American Resources et al. c. Congo, CIRDI, affaire n° ARB/98/7, sentence, 1^{er} septembre 2000 (extraits) (17 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 382 (2002)).

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), CIJ, 1970, arrêt, 24 juillet 1964; arrêt, 5 février 1970 (*C.I.J. Recueil* 1970, p. 3 à 357).

Bayindir c. Pakistan, CIRDI, affaire n° ARB/03/29, décision statuant sur la compétence, 14 novembre 2005.

Biwater c. Tanzanie, CIRDI, affaire n° AR/05/22, sentence, 24 juillet 2008.

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. la République slovaque, décision statuant sur la compétence, 24 mai 1999 (14 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 251 (1999)).

Champion Trading Company et al. c. République arabe d'Égypte, CIRDI, affaire n° ARB/02/9, décision statuant sur la compétence, 21 octobre 2003.

CME Czech Republic c. République tchèque, CNUDCI, sentence définitive, 14 mars 2003.

CMS Gas Transmission Co c. Argentine, CIRDI, affaire n° ARB/01/8, décision statuant sur la compétence, 17 juillet 2003 (42 *International Legal Materials* 788 (2003)).

Société X c. État A, *News from ICSID*, vol. 2, n° 2, été 1985.

Desert Line Projects LLC c. Yémen, CIRDI, affaire n° ARB/05/17, sentence, 6 février 2008.

EnCana c. Équateur, CNUDCI, sentence arbitrale de la Cour d'arbitrage international de Londres, 3 février 2006.

Fedax c. Venezuela, CIRDI, affaire n° ARB/96/3, décision statuant sur la compétence, 11 juillet 1997 (37 *International Legal Materials* 1378 (1998)).

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. les Philippines, CIRDI, affaire n° ARB/03/25, sentence, 16 août 2007. Voir <http://ita.law.uvic.ca/documents/FraportAward.pdf>.

Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. c. Ukraine, CIRDI, affaire n° ARB/09/11, sentence, 1^{er} décembre 2010.

Hussein Nuaman Soufraki c. les Émirats arabes unis, CIRDI, affaire n° ARB/02/7, sentence, 7 juillet 2004.

Inceysa Vallisoletana, S.L. c. République d'El Salvador, CIRDI, affaire n° ARB/03/26, sentence, 2 août 2006.

Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie, CIRDI, affaire n° ARB/05/18, décision statuant sur la compétence, 6 juillet 2007.

Jan de Nul c. Égypte, CIRDI, affaire n° ARB/04/13, décision statuant sur la compétence, 16 juin 2006.

Joy Mining c. Égypte, CIRDI, affaire n° ARB/03/11, décision statuant sur la compétence, 6 août 2004; sentence statuant sur la compétence, 6 août 2004 (44 *International Legal Materials* 73 (2005)). Voir http://ita.law.uvic.ca/documents/JoyMining_Egypt.pdf.

- Lauder c. République tchèque*, CNUDCI, sentence définitive, 3 septembre 2001.
- LESI-Dipenta c. Algérie*, CIRDI, affaire n° ARB/03/8, décision statuant sur la compétence, 12 juillet 2006.
- Loewen c. États-Unis*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/98/3, sentence, 26 juin 2003 (42 *International Law Materials* 811 (2003)).
- Maffezini c. Espagne*, CIRDI, affaire n° ARB/97/7, décision statuant sur les objections à la compétence, 25 janvier 2000 (16 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 212 (2001)).
- Malaysian Historical Salvors c. Malaisie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/10, sentence, 17 mai 2007; décision d'annulation, 16 avril 2009; opinion dissidente, 16 avril 2009.
- Micula c. Roumanie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/20, décision statuant sur la compétence et la recevabilité, 24 septembre 2008. Voir <http://ita.law.uvic.ca/documents/Miculav.RomaniaJurisdiction.pdf>.
- Mihaly c. Sri Lanka*, CIRDI, affaire n° ARB/00/2, sentence et opinion concordante, 15 mars 2002 (41 *International Legal Materials* 867 (2002)).
- Mytilineos Holdings S.A. c. l'Union d'États de Serbie-Monténégro et République de Serbie*, CNUDCI, sentence partielle, 8 septembre 2006.
- Nagel c. République tchèque*, SCC, affaire n° 49/2002.
- Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, CIJ, arrêt, 18 novembre 1953; arrêt, 6 avril 1955 (*C.I.J. Recueil* 1955, p. 4-65).
- Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie*, CIRDI, affaire n° ARB/07/21, sentence, 30 juillet 2009.
- Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, CIRDI, affaire n° ARB/99/7, décision d'annulation, 1^{er} novembre 2006.

Petroleum Development Limited c. Cheikh d'Abou Dhabi, arrêt
(*International Law Reports*, 1951, vol. 18, p. 144 à 164).

Phoenix Action Ltd c. République tchèque, CIRDI, affaire n° ARB/06/5,
sentence, 15 avril 2009.

Plama Consortium Limited c. Bulgarie, CIRDI, affaire n° ARB/03/24,
décision statuant sur la compétence, 8 février 2005 (44 *International
Legal Materials* 721 (2005)); sentence, 27 août 2008.

PSEG c. Turquie, CIRDI, affaire n° ARB/02/5, décision statuant sur la
compétence, 4 juin 2004 (44 *International Legal Materials* 465
(2005)).

Romak S.A. c. Ouzbékistan, CPA, affaire n° AA280, sentence, 26 novembre
2009. Voir [http://ita.law.uvic.ca/
documents/ ROMAK-
UZBEKISTAN Award26November2009.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/ROMAK-UZBEKISTAN Award26November2009.pdf).

Rompetrol c. Roumanie, CIRDI, affaire n° ARB/06/3, décision statuant sur
la compétence, 18 avril 2008.

Ruler of Qatar c. International Marine Oil Company Limited, arrêt
(*International Law Reports*, 1953, vol. 20: 534-547).

*Rumeli Telekom a.s. et Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri a.s
c. République du Kazakhstan*, CIRDI, affaire n° ARB/05/16,
sentence, 29 juillet 2008.

Saipem Spa c. Bangladesh, CIRDI, affaire n° ARB/05/7, décision statuant
sur la compétence, 21 mars 2007.

Salini Costruttori SpA et Italstrade Spa c. Royaume du Maroc, CIRDI,
affaire n° ARB/00/4, décision statuant sur la compétence, 23 juillet
2001 (42 *International Legal Materials* 609 (2003)).

Saluka Investments BV c. République tchèque, CNUDCI, sentence partielle,
17 mars 2006. Voir [http://ita.law.uvic.ca/documents/Saluka-
PartialawardFinal.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf).

Sapphire International Petroleum Limited c. National Iranian Oil Company, arrêt (*International Law Reports*, 1967, vol. 27: 117-233).

Saudi Arabia c. Arabian American Oil Company (ARAMCO), arrêt (*International Law Reports*, 1963, vol. 27:117-233).

SOABI c. Sénégal, CIRDI, affaire n° ARB/82/1, décision statuant sur la compétence, 1^{er} août 1984, (2 *ICSID Reports* 175).

Tokios Tokelés c. Ukraine, CIRDI, affaire n° ARB/02/18, décision statuant sur la compétence, 29 avril 2004 (20 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 205 (2005)); opinion dissidente, 29 avril 2004 (20 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 245 (2005)); sentence, 26 juillet 2007.

TSA Spectrum de Argentina S.A. c. République argentine, CIRDI, affaire n° ARB/05/5, sentence, 19 décembre 2008.

Vacuum Salt c. Ghana, CIRDI, affaire n° ARB/92/1, sentence, 16 février 1994 (9 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 72 (1994)).

Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. la Fédération de Russie, CNUDCI, CPA, affaire n° AA228, sentence intérimaire statuant sur la compétence et la recevabilité, 30 novembre 2009.

Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. République du Chili, CIRDI, affaire n° ARB/98/2, sentence, 8 mai 2008.

Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. la République arabe d'Égypte, CIRDI, affaire n° ARB/05/15, décision statuant sur la compétence, 11 avril 2007. Voir <http://ita.law.uvic.ca/documents/Siagv.Egypt.pdf>.

Waste Management c. Mexique, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/ 00/3, sentence, 30 avril 2004 (43 *International Legal Materials* 967 (2004)).

**QUELQUES PUBLICATIONS DE LA CNUCED
SUR LES ACCORDS INTERNATIONAUX
D'INVESTISSEMENT, LES SOCIÉTÉS
TRANSNATIONALES ET L'INVESTISSEMENT
ÉTRANGER DIRECT**

(D'autres informations sont disponibles sur
le site www.unctad.org/en/pub)

Rapports sur l'investissement dans le monde

(D'autres informations sont disponibles
sur le site www.unctad.org/wir)

World Investment Report 2010. Investing in a Low-Carbon Economy.
Numéro de vente: E.10.II.D.1. \$80. http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf.

World Investment Report 2009. Transnational Corporations, Agricultural Production and Development. Numéro de vente: E.09.II.D.15. \$80. http://www.unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf.

World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge. Numéro de vente: E.08.II.D.23. \$80. http://www.unctad.org/en/docs/wir2008_en.pdf.

World Investment Report 2007. Transnational Corporations, Extractive Industries and Development. Numéro de vente: E.07.II.D.9. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf.

World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development. Numéro de vente: E.06.II.D.11. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf.

World Investment Report 2005. Transnational Corporations and the Internationalization of R&D. Numéro de vente: E.05.II.D.10. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf.

World Investment Report 2004. The Shift Towards Services. Numéro de vente: E.04.II.D.36. \$75. http://www.unctad.org/en/docs/wir2004_en.pdf.

World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives. Numéro de vente: E.03.II.D.8. \$49. http://www.unctad.org/en/docs/wir2003_en.pdf.

World Investment Report 2002: Transnational Corporations and Export Competitiveness. 352 p. Numéro de vente: E.02.II.D.4. \$49. http://www.unctad.org/en/docs/wir2002_en.pdf.

World Investment Report 2001: Promoting Linkages. 356 p. Numéro de vente: E.01.II.D.12 \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir01content.en.htm>.

World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development. 368 p. Numéro de vente: E.99.II.D.20. \$49. <http://www.unctad.org/wir/contents/wir00content.en.htm>.

Ten Years of World Investment Reports: The Challenges Ahead. Proceedings of an UNCTAD special event on future challenges in the area of FDI. UNCTAD/ITE/Misc.45. <http://www.unctad.org/wir>.

Politiques de l'investissement international pour le développement
(d'autres informations sont disponibles sur
le site <http://www.unctad.org/iia>)

Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, 129 p. Numéro de vente: E.10.II.D.11. \$20.

The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries. 161 p. Numéro de vente: E.09.II.D.20. \$22.

The Protection of National Security in IIAs. 170 p. Numéro de vente: E.09.II.D.12. \$15.

Identifying Core Elements in Investment Agreements in the APEC Regions. 134 p. Numéro de vente: E.08.II.D.27. \$15.

International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward. 124 p. Numéro de vente: E.08.II.D.1. \$15.

Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements. 103 p. Numéro de vente: E.08.II.D.5. \$15.

Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. 110 p. Numéro de vente: E.07.II.D.10. \$30.

Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking. 172 p. Numéro de vente: E.06.II.D.16. \$30.

Investment Provisions in Economic Integration Agreements. 174 p. UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.

Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations. 104 p. Numéro de vente: E.06.II.D.14. \$15.

International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues. 110 p. Numéro de vente: E.06.II.D.03. \$15.

Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review. 106 p. Numéro de vente: E.06.II.D.1 \$15

South-South Cooperation in Investment Arrangements. 108 p. Numéro de vente: E.05.II.D.26 \$15.

International Investment Agreements in Services. 119 p. Numéro de vente: E.05.II.D.15. \$15.

The REIO Exception in MFN Treatment Clauses. 92 p. Numéro de vente: E.05.II.D.1. \$15.

Problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement

(d'autres informations sont disponibles sur le site

<http://www.unctad.org/iia>)

Most-Favoured-Nation Treatment: A Sequel. 141 p. Numéro de vente: E.10.II.D.19. \$25

International Investment Agreements: Key Issues, Volumes I, II and III. Numéro de vente: E.05.II.D.6. \$65.

State Contracts. 84 p. Numéro de vente: E.05.II.D.5. \$15.

Competition. 112 p. Numéro de vente: E.04.II.D.44. \$15.

Key Terms and Concepts in IIAs: a Glossary. 232 p. Numéro de vente: E.04.II.D.31. \$15.

Incentives. 108 p. Numéro de vente: E.04.II.D.6. \$15.

Transparency. 118 p. Numéro de vente: E.04.II.D.7. \$15.

Dispute Settlement: State-State. 101 p. Numéro de vente: E.03.II.D.6. \$15.

Dispute Settlement: Investor-State. 125 p. Numéro de vente: E.03.II.D.5. \$15.

Transfer of Technology. 138 p. Numéro de vente: E.01.II.D.33. \$18.

Illicit Payments. 108 p. Numéro de vente: E.01.II.D.20. \$13.

Home Country Measures. 96 p. Numéro de vente: E.01.II.D.19. \$12.

Host Country Operational Measures. 109 p. Numéro de vente: E.01.II.D.18. \$15.

Social Responsibility. 91 p. Numéro de vente: E.01.II.D.4. \$15.

Environment. 105 p. Numéro de vente: E.01.II.D.3. \$15.

Transfer of Funds. 68 p. Numéro de vente: E.00.II.D.27. \$12.

Flexibility for Development. 185 p. Numéro de vente: E.00.II.D.6. \$15.

Employment. 69 p. Numéro de vente: E.00.II.D.15. \$12.

Taxation. 111 p. Numéro de vente: E.00.II.D.5. \$12.

Taking of Property. 83 p. Numéro de vente: E.00.II.D.4. \$12.

National Treatment. 94 p. Numéro de vente: E.99.II.D.16. \$12.

Admission and Establishment. 69 p. Numéro de vente: E.99.II.D.10. \$12.

Trends in International Investment Agreements: An Overview. 133 p.
Numéro de vente: E.99.II.D.23. \$12.

Lessons from the MAI. 52 p. Numéro de vente: E.99.II.D.26. \$10.

Fair and Equitable Treatment. 85 p. Numéro de vente: E.99.II.D.15. \$12.

Transfer Pricing. 71 p. Numéro de vente: E.99.II.D.8. \$12.

Scope and Definition. 93 p. Numéro de vente: E.99.II.D.9. \$12.

Most-Favoured Nation Treatment. 57 p. Numéro de vente: E.99.II.D.11.
\$12.

Investment-Related Trade Measures. 57 p. Numéro de vente:
E.99.II.D.12. \$12.

Foreign Direct Investment and Development. 74 p. Numéro de vente:
E.98.II.D.15. \$12.

Investment Policy Monitors

Investment Policy Monitor. Rapport périodique du secrétariat
de la CNUCED. N° 3, 7 octobre 2010.
http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20105_en.pdf

Investment Policy Monitor. Rapport périodique du secrétariat
de la CNUCED. n° 2, 20 avril 2010.
http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20102_en.pdf

Investment Policy Monitor. Rapport périodique du secrétariat
de la CNUCED. n° 1, 4 décembre 2009.
http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia200911_en.pdf

*IIA Monitors et Issues Notes****IIA Issues Note No. 1 (2010): Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.***

http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20103_en.pdf

IIA Monitor No. 3 (2009): Recent developments in international investment agreements (2008-June 2009).

http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf

IIA Monitor No. 2 (2009): Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights.

http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20097_en.pdf

IIA Monitor No. 1 (2009): Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.

http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20096_en.pdf

IIA Monitor No. 2 (2008): Recent developments in international investment agreements (2007-June 2008).

http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf

IIA Monitor No. 1 (2008): Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.

http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20083_en.pdf

IIA Monitor No. 3 (2007): Recent developments in international investment agreements (2006-June 2007).

http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20076_en.pdf

IIA Monitor No. 2 (2007): Development implications of international investment agreements.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20072_en.pdf

IIA Monitor No. 1 (2007): Intellectual Property Provisions in International Investment Arrangements.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20071_en.pdf

IIA Monitor No. 4 (2006): Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.

http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/webiteia200611_en.pdf

IIA Monitor No. 3 (2006): The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs).

http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20069_en.pdf

IIA Monitor No. 2 (2006): Developments in international investment agreements in 2005.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20067_en.pdf

IIA Monitor No. 1 (2006): Systemic Issues in International Investment Agreements (IIAs).

http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20062_en.pdf

IIA Monitor No. 4 (2005): Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20052_en.pdf

IIA Monitor No. 2 (2005): Recent Developments in International Investment Agreements.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20051_en.pdf

IIA Monitor No. 1 (2005): South-South Investment Agreements Proliferating.

http://www.unctad.org/en/docs/webiteit20061_en.pdf

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à:

Pour l'Afrique, l'Asie et l'Europe:

Section des ventes
Office des Nations Unies à Genève
Palais des Nations
CH-1211 Genève 10 (Suisse)
Téléphone: (41-22) 917-1234
Télécopie: (41-22) 917-0123
Courriel: unpubli@unog.ch

Pour l'Asie et le Pacifique, les Caraïbes, l'Amérique latine et l'Amérique du Nord:

Section des ventes
Bureau DC2-0853
Secrétariat de l'ONU
New York, NY 10017
États-Unis d'Amérique
Téléphone: (1-212) 963-8302 ou (800) 253-9646
Télécopie: (1-212) 963-3489
Courriel: publications@un.org

Tous les prix sont en dollars des États-Unis.

Pour d'autres informations sur les travaux de la Division de l'investissement et des entreprises de la CNUCED, veuillez adresser votre demande à:

United Nations Conference on Trade and Development
Division on Investment and Enterprise
Palais des Nations, Room E-10054
CH-1211 Genève 10, Suisse
Téléphone: (41-22) 917-5651
Télécopie: (41-22) 917-0498
<http://www.unctad.org>

QUESTIONNAIRE

Portée et définitions: suite

Numéro de vente : 11.II.D.9

Afin d'améliorer la qualité et la pertinence des travaux de la Division de l'investissement, de la technologie et du développement des entreprises de la CNUCED, il serait utile que les lecteurs de la présente publication indiquent ce qu'ils en pensent en remplissant le questionnaire ci-après et en l'adressant à:

Readership Survey
UNCTAD Division on Investment and Enterprise
United Nations Office at Geneva
Palais des Nations, Room E-9123
CH-1211 Geneva 10, Switzerland
Fax: 41-22-917-0194

1. Nom et adresse du répondant (facultatif):

2. Quel est votre domaine d'activité?

- | | | | |
|-----------------------------------|--------------------------|---|--------------------------|
| Gouvernement | <input type="checkbox"/> | Entreprise publique | <input type="checkbox"/> |
| Entreprise privée | <input type="checkbox"/> | Établissement d'enseignement
ou de recherche | <input type="checkbox"/> |
| Organisation
internationale | <input type="checkbox"/> | Médias | <input type="checkbox"/> |
| Organisation
sans but lucratif | <input type="checkbox"/> | Autre (précisez) | |

3. Dans quel pays travaillez-vous? _____

4. À votre avis, le contenu de la présente publication est?

Excellent Satisfaisant
Bon Insatisfaisant

5. Quelle est l'utilité de la présente publication pour votre travail?

Très utile D'une certaine utilité
Inutile

6. Veuillez indiquer les trois éléments de la présente publication que vous avez le plus aimés:

7. Veuillez indiquer les trois éléments de la présente publication que vous avez le moins aimés:

8. Si vous avez lu d'autres publications de la Division de l'investissement, de la technologie et du développement des entreprises de la CNUCED, veuillez indiquer ce que vous pensez d'elles:

Uniformément bonnes Bonnes, à quelques exceptions près
Généralement médiocres Laissent à désirer

9. En moyenne, ces publications vous sont-elles utiles dans votre travail?

Très utiles D'une certaine utilité
Inutiles

10. Recevez-vous régulièrement la revue trisannuelle de référence de la Division de l'investissement, de la technologie et du développement des entreprises de la CNUCED *Transnational Corporations* (anciennement le *CTC Reporter*)?

Oui Non

Si ce n'est pas le cas et que vous souhaitez recevoir un spécimen de cette revue qui sera envoyé à l'adresse que vous avez indiquée plus haut en regard de votre nom, veuillez cocher la case ci-contre