

# La notion d'investissement au sens de la Convention de Washington du 18 mars 1965

De la naissance de la Convention aux sentences et décisions actuelles des  
tribunaux du Cirdi – Évolution et tentative d'objectivation d'un concept nébuleux

Mémoire réalisé par  
**Emmanuel Antoine**

Promoteur  
**Pierre d'Argent**

Année académique 2013-2014  
**Master en droit**



## Plagiat et erreur méthodologique grave

---

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

# Introduction

Depuis le milieu du XXème siècle, les économies des pays développées et en développement ont fait de l'investissement international un enjeu important<sup>1</sup>. Pour résoudre les conflits liés à ces investissements internationaux, la Convention de Washington du 18 mars 1965 met en place un centre international.

Le centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après CIRDI) est une institution créée en 1966 sous l'auspice de la Banque Mondiale, organe de l'Organisation des Nations-Unies, afin de faciliter le flux de capitaux privés des pays développés vers les pays en voie de développement.

L'idée de ce mécanisme institutionnel est de réduire le risque politique créant un climat défavorable aux investissements dans les pays d'accueil en mettant en place un système international indépendant des systèmes judiciaires des Etats d'accueil.

Bien que ce mécanisme semble fabuleux, comme pour agir au niveau national, différentes conditions doivent être remplies. Pour pouvoir ester devant les tribunaux CIRDI, l'une des conditions réside dans le fait que le différend doit être relatif à un investissement. Cela semble, à première vue, logique mais cette notion d'investissement n'est pas définie dans la Convention mettant en place le Centre de règlement de ce type de différends.

Définir l'investissement en vertu du droit international de l'investissement aux fins de déterminer la compétence des tribunaux arbitraux s'est avéré être une lutte sans fin car « les faits économiques ne se laissent pas facilement circonscrire par le droit »<sup>2</sup>. Énormément d'articles ont été écrit sur la matière, c'est la raison pour laquelle ce travail a l'objectif de mettre en lien ces différents documents afin de comprendre jusqu'où la notion d'investissement au sens de la Convention de Washington peut s'étendre et, par conséquent, constater jusqu'à quel point le CIRDI peut trancher une affaire.

Dans un premier temps, nous examinons la façon dont la Convention a pu voir le jour ainsi que le Centre arbitral mis en place par cet accord. Nous étudions par ailleurs la compétence de

---

<sup>1</sup> A. GILLES, *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 15.

<sup>2</sup> J.-P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 35.

ce Centre car c'est à partir de celle-ci que notre question concernant la notion de l'investissement prendra forme. Dans une seconde partie, nous traitons de la notion d'investissement au sein de la Convention et plus particulièrement la manière dont les tribunaux du CIRDI ont examiné la question relative à cette notion. Enfin, dans une troisième et dernière partie, nous nous attardons sur une question actuelle qui est celle de savoir si la notion d'investissement peut renfermer en son sein un type d'investissement que l'on qualifiera d'« *investment portfolio* ».

# **Partie I – La Convention de Washington de 1965 et le CIRDI**

Le système économique national se transformant en un système économique mondial, il était important de pouvoir régler les différends naissant des investissements étrangers. Le système économique ayant évolué, le système juridique doit s'y conformer.

Dans cette première partie, notre analyse portera d'une part, et ce de manière brève, sur l'adoption de la Convention et d'autre part sur le siège et la compétence du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI).

## **Chapitre I – L'adoption de la Convention**

En matière de différend relatif aux investissements, c'est la Banque mondiale qui a pris l'initiative de développer un système international de règlement des différends entre un investisseur étranger et l'Etat d'accueil de l'investissement. Le CIRDI est donc né suite à l'adoption de la Convention de Washington de 1965 qui « fonde ce Centre et ancre indiscutablement l'arbitrage CIRDI dans l'ordre juridique international »<sup>3</sup>.

Il y avait lieu pour les pays exportateurs de capitaux de trouver « un cadre de sécurisation de l'investissement étranger »<sup>4</sup>. Ce cadre a été obtenu grâce à la Convention de Washington du 18 mars 1965.

Chose difficile ou chose à laquelle certains Etats ne veulent participer, la recherche d'un accord bilatéral ou multilatéral afin d'établir des standards pour le règlement de leurs différends est compliquée. La Convention a donc pour but de fournir un règlement impartial des différends aux États et aux investisseurs internationaux sans que les Etats ne doivent négocier ces standards<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 11

<sup>4</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements : les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 82.

<sup>5</sup> H. LAUTERPACHT, « préface » dans C. SCHEUER, *The ICSDI Convention: A commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. xi.

Certains pays étaient réticents quant à la mise en place d'un tribunal arbitral international. En effet, plusieurs pays d'Amérique Latine prônaient la doctrine Calvo préconisant une défense « de la souveraineté nationale, de l'égalité entre citoyens nationaux et étrangers et de la juridiction territoriale »<sup>6</sup>. Pour entrer en vigueur la convention nécessitait vingt ratifications. Ce fût chose faite le 14 octobre 1966. C'est à cette date que fût créé le CIRDI par la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) faisant aujourd'hui partie de la Banque mondiale.

L'apport majeur de cette convention réside dans le fait que la juridiction est ouverte aux personnes privées<sup>7</sup> étrangères ou nationales<sup>8</sup>. Se pose toutefois la question de la titularité de ce droit. En effet, il y a lieu de se demander si le droit d'agir appartient à la personne privée ou à son Etat de nationalité.

En réalité, le droit de recourir contre l'Etat étranger pour une personne privée n'est rien d'autre que l'emprunt du droit de son Etat de nationalité<sup>9</sup>. Ce n'est que par ce biais qu'il est possible pour une personne privée d'agir contre un Etat étranger. Il est donc possible pour toute personne physique ou morale ; privée, étrangère ou nationale, d'agir devant le Centre.

## **Chapitre II – La Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements**

La Convention de Washington ayant donné naissance au Centre permettant ainsi de traiter des différends relatifs aux investissements, il est opportun d'examiner brièvement le siège de celui-ci ainsi la portée de ses sentences. La question qui nous importe est celle que nous examinons dans le deuxième point à savoir les conditions relatives à la compétence des tribunaux du Centre.

---

<sup>6</sup> J. COSSART, D. MENDEZ, « Le Centre international de règlement des différends sur l'investissement (CIRDI) », *Bulletin de l'association Attac*, n° 79, 2010, p. 1.

<sup>7</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 87.

## **Section I – Siège et sentences arbitrales**

Le CIRDI a son siège à Washington D.C. Les sentences arbitrales sont rendues par trois arbitres (l'un étant désigné par l'État, l'autre par l'investisseur et le troisième par la Banque mondiale) et sont sans appels<sup>10</sup>. De plus, un élément intéressant réside dans le fait que les Etats et les entreprises privées sont sur un pied d'égalité en ce qui concerne la saisine du Centre. C'est bel et bien l'innovation de cette Convention. Cette dernière met en place un système grâce auquel des entités non-étatiques ont la possibilité de poursuivre directement un Etat et par lequel les sentences des tribunaux du Centre peuvent être exécutées dans les Etats partie à la Convention<sup>11</sup>.

## **Section II – Compétence**

Trois conditions doivent, aux termes de l'article 25 (1) de la Convention de Washington être réunies pour que les parties puissent voir leur différend réglé devant le Centre.

### **1. Consentement des parties**

Les parties doivent avoir consenti à soumettre leur différend aux instances du CIRDI. Ce consentement est « la pierre angulaire » de la Convention de Washington<sup>12</sup>. La base du recours est donc consensuelle. Le consentement est irrévocable. En d'autres termes, une partie ayant consenti à l'arbitrage du CIRDI ne peut pas empêcher l'introduction de l'instance.

Quant à la forme que doit adopter le consentement, la Convention stipule seulement qu'il doit être écrit<sup>13</sup>. La plupart du temps, nous retrouvons le consentement des parties soit dans une clause compromissoire, soit en vertu de législations nationale ou de traités bilatéraux d'investissement (TBI). Lorsqu'une convention contient un accord unilatéral de l'Etat, la simple demande de l'investisseur engage alors cet Etat à se soumettre au CIRDI<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> J. COSSART, D. MENDEZ, *op. cit.*, p. 2.

<sup>11</sup> H. LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. xi.

<sup>12</sup> G. R. DELAUME, « Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) », *J. D. I.*, 1982, p. 778.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 780.

<sup>14</sup> P. JUILLARD, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *J.D.I.*, 1979, p. 288.

## 2. Identité des parties

L'article 25 (1) de la Convention pose une deuxième condition selon laquelle le recours devant les tribunaux du CIRDI n'est possible que lorsque l'une des parties est un Etat contractant ou une personne de droit public de cet Etat et l'autre partie est un ressortissant d'un autre Etat contractant.

En d'autres termes, un ressortissant, personne physique ou personne morale, d'un Etat ne peut pas saisir le Centre pour un différend qui a lieu entre l'Etat dont il possède la nationalité et lui-même<sup>15</sup>.

En ce qui concerne les entités publiques, deux conditions doivent être remplies pour pouvoir saisir le Centre contre l'une d'entre elles. Premièrement, l'Etat dont relève l'entité doit la désigner expressément comme telle auprès du CIRDI. Deuxièmement, lorsque l'entité donne son consentement aux procédures CIRDI, l'Etat contractant doit donner son approbation sauf si ce dernier a, en vertu de l'article 25 (3) de la Convention<sup>16</sup>, stipulé que l'approbation n'est pas nécessaire<sup>17</sup>.

## 3. Nature du différend

En vertu de l'article 25 (1) de la Convention, « la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique [...] qui sont en relation avec un investissement ». Le différend doit donc être d'ordre juridique et concerner un investissement.

### a. Différend d'ordre juridique

Le différend est d'ordre juridique s'il peut-être réglé par l'application de règles de droit, quelles qu'elles soient<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> G. R. DELAUME, *op. cit.*, p. 786.

<sup>16</sup> Art. 25 (3) de la Convention de Washington : « Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire ».

<sup>17</sup> G. R. DELAUME, *op. cit.*, p. 795.

<sup>18</sup> R. KOVAR, « La compétence du Cirdi », *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965*, Paris, Pedone, 1969, p. 29.

Le rapport des administrateurs de la Banque mondiale enseigne que le différend est d'ordre juridique lorsqu'il concerne « soit l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation juridique, soit la nature ou l'étendue des réparations dues pour rupture d'une obligation juridique »<sup>19</sup>. Selon Sébastien MANCIAUX, « aucune des sentences arbitrales Cirdi rendues à ce jour et abordant ce point ne s'écartent de cette définition »<sup>20</sup>.

La notion d'ordre juridique recouvre donc « tous différends relatifs à un manquement à une obligation, à l'interprétation de l'accord d'investissement ou des textes qui s'y rapportent ou ceux concernant la rupture du rapport de droit »<sup>21</sup>.

#### b. Différend relatif à un investissement

Le texte de l'article 25 (1) stipule que le différend doit être en relation directe avec un investissement mais ne donne pas une idée précise du terme « investissement » alors que l'application de la Convention en dépend.

Cette question suscite débat depuis l'adoption de la Convention en 1965, et même auparavant lors des négociations. La doctrine et la jurisprudence n'ont toujours pas trouvé de réponse unanime. Le dispositif des sentences est d'ailleurs, encore aujourd'hui, alimenté par la qualification des opérations litigieuses en investissement<sup>22</sup>.

L'objet de notre étude d'examiner les tendances suivies par les tribunaux du CIRDI ainsi que les théories développées par les auteurs de doctrine dans le but de nous forger notre propre opinion sur ce qu'il y a lieu d'entendre sous la notion d'investissement dans le cadre du Centre. Pour cela nous commençons par une brève explication relative à l'absence de définition de la notion d'investissement au sein de la Convention de Washington.

---

<sup>19</sup> Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 avril 1965, *Convention et règlements du CIRDI*, 2006, p. 44, § 26, [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR\\_French-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf) (dernière visite le 17 avril 2014).

<sup>20</sup> S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrages entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, p. 37.

<sup>21</sup> G. R. DELAUME, *op. cit.*, p. 799.

<sup>22</sup> A. GILLES, « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chronique du contentieux 2010 », *R.H.D.I.*, 2011, p. 726.

## Chapitre III – L’absence de définition de la notion d’investissement

Aucun problème ne se serait poser concernant la dernière condition relative à la nature du différend et plus particulièrement au fait que ce différend doit être relatif à un investissement si la Convention avait défini ce terme. Beaucoup d’auteurs de doctrine se sont attelés à la tâche de la définition de cette notion qui est « l’une des plus délicates et des plus controversées [questions] de la Convention, la jurisprudence du CIRDI étant plus divisée sur ce point que sur tout autre »<sup>23</sup>.

Comme le remarque Sébastien Manciaux, dans son ouvrage intitulé « investissements étrangers et arbitrages entre Etats et ressortissants d’autres Etats », la Banque mondiale a adopté la méthode « légiférer sans définir » de manière coutumière<sup>24</sup>.

C’est pendant la phase de négociation de la Convention que deux visions se sont opposées. En effet, certains Etats étaient favorables à l’introduction d’une définition au sein du texte, d’autres y étaient fermement opposés. Ces derniers estimaient qu’une définition pourrait avoir pour effet d’exclure certains différends considérés néanmoins par les parties comme portant sur un investissement<sup>25</sup>. Pour leur part, les défenseurs d’une définition n’ont pas réussi à se mettre d’accord sur la forme que devait adopter la définition<sup>26</sup>. Cette tension reflète deux courants doctrinaux, d’une part le courant objectiviste et d’autre part le courant subjectiviste<sup>27</sup>. Nous nous concentrerons sur ces courants dans la deuxième partie de ce travail.

En raison de ces différences, il a été jugé qu’une définition de la notion d’investissement n’était pas nécessaire « compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent,

---

<sup>23</sup> E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l’évolution de la notion d’investissement dans la jurisprudence du CIRDI », sous la direction de J.-M. SOREL, *Le droit international économique à l’aube du XXIème siècle*, Paris, Pedone, 2009, p. 17 et 18.

<sup>24</sup> S. MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrages entre Etats et ressortissants d’autres Etats : trente années d’activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, p. 43.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>27</sup> E. ONGUENE ONANA, « Qualification d’investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI », *R. G. D.*, 2012, p. 61.

s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre »<sup>28</sup>.

Cette justification issue de l'article 25 (4) de la Convention qui a trait aux réserves pouvant être émises par les Etats quant à la compétence du CIRDI, n'est pas convaincante. Le but d'une réserve, dont la définition se situe à l'article 2 §1<sup>er</sup>, d) de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>29</sup>, s'explique par le souci d'avoir le plus grand nombre de parties contractantes au traité mais ne résout pas la question de notre lacune liée à l'absence de définition.

Il a été tenté de combler cette lacune. En effet, une pléthore d'auteurs de doctrine s'est prononcée sur cette question qui semble être insurmontable sans concertation. C'est la raison pour laquelle nous nous retrouvons avec des définitions de la notion d'investissement différentes les unes des autres et au contenu variable<sup>30</sup>. Walid BEN HAMIDA qualifie d'ailleurs cette notion de nébuleuse<sup>31</sup> et de notion maudite<sup>32</sup>. Cette qualification ne nous réjouit en rien, si ce n'est que ce travail n'aurait pas eu lieu d'être dans un monde parfait. Attelons nous donc à cette tâche de compréhension et à la délimitation de la notion d'investissement.

---

<sup>28</sup> Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, *op. cit.*, p. 44, § 27.

<sup>29</sup> « L'expression "réserve" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat », art. 2, §1<sup>er</sup>, d), Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

<sup>30</sup> E. ONGUENE ONANA, « Qualification d'investissement ... », *op. cit.*, p. 61.

<sup>31</sup> W. BEN HAMIDA, « Two nebulous ICSID Features: The notion of Investment and the Scope of annulment control », *J. Int. Arb.*, 2007, p. 287.

<sup>32</sup> W. BEN HAMIDA, « La notion d'investissement, notion maudite du système Cirdi », *Gazette du Palais*, 14 et 15 décembre 2007, p. 33, cité par S. MANCIAUX, « The Notion of Investment : New Controversies », *The Journal of World Investment & Trade*, 2008, p. 803.

## **Partie II – La notion d’investissement en vertu de la Convention de Washington**

Nous étudions dans cette partie la notion d’investissement sur base de propositions d’auteurs de doctrine et à travers la jurisprudence des tribunaux du CIRDI. Cette façon de faire nous permet de comprendre la notion au travers d’un versant théorique fournit essentiellement par les auteurs et d’un versant pratique procuré par les sentences du Centre. Avant de nous consacrer à cette étude, nous analysons l’article 25 (1) de la Convention.

### **Préalable**

Pour pouvoir qualifier les opérations d’investissements, le tribunal doit soumettre ces opérations litigieuses à la définition ou aux désignations conventionnelles de l’investissement dont le but est de déterminer si les éléments de ces opérations permettent de les identifier en tant qu’investissements<sup>33</sup>. C’est par le biais de la qualification de l’opération en investissement que le tribunal réalise le contrôle de sa propre compétence<sup>34</sup>.

### **Chapitre I – Interprétation de l’article 25 (1) de la Convention CIRDI**

L’article 25 (1) de la Convention de Washington de 1965 énonce que « la compétence du Centre s’étend aux différends d’ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu’il désigne au Centre) et le ressortissant d’un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d’elles ne peut le retirer unilatéralement ».

---

<sup>33</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, op. cit., p. 133.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 133.

Cet article renvoie à un investissement non défini. Pour déterminer cette notion, il nous faut analyser l'article 25 (1) à la lumière des règles coutumières d'interprétation du droit international.

## **Section I – La convention de Vienne sur le droit des traités**

### **1. Application des articles 31 et 32**

Les articles nous intéressant sont les articles 31 et 32 de la convention<sup>35</sup> considérés comme des articles coutumiers qui ont par conséquent vocation à s'appliquer tant aux Etats signataires de la convention de Vienne qu'aux non signataires.

La Cour de justice internationale a, dans plusieurs affaires<sup>36</sup> dont l'affaire de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 entre la Guinée-Bissau et le Sénégal, reconnu ce caractère coutumier en stipulant que « les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [...] peuvent être considérés comme une codification du droit international coutumier existant »<sup>37</sup>. L'organe d'appel de l'OMC<sup>38</sup> et la commission du droit international des Nations-Unies<sup>39</sup> ont confirmé explicitement que les règles régissant l'interprétation des traités en vertu de la Convention de Vienne se sont cristallisées dans le droit coutumier.

En ce qui concerne le droit de l'investissement international, le Comité d'annulation, dans l'affaire Malaysian Historic Salvors est arrivé à la même conclusion<sup>40</sup>. Il est donc nécessaire d'examiner les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne pour une orientation permettant d'interpréter l'article 25 (1) de la Convention de Washington.

---

<sup>35</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 354, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/v1155.pdf> (dernière visite le 16 avril 2014).

<sup>36</sup> Affaire LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt CIJ du 27 juin 2001, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 2001, p. 501, § 99 ; Affaire du différend territorial (Jurnuhiriyu arabe libyenne c. Tchad), arrêt CIJ du 3 février 1994, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1994, p. 21, § 41.

<sup>37</sup> Affaire de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal), arrêt CIJ du 12 novembre 1991, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1991, p. 70, § 48.

<sup>38</sup> Affaire United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, décision de l'organe d'appel de l'OMC du 29 avril 1996, § 16, <http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/us-gasoline%28ab%29.pdf> (dernière visite le 16 avril 2014).

<sup>39</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol II, 1966, p. 229 et 230.

<sup>40</sup> Affaire Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie, décision d'annulation du 16 avril 2009, CIRDI affaire ARB 05/10, § 56, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0497.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014).

L'article 31 de la Convention de Vienne énonce qu' « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Cet article envisage trois types d'interprétation : une première sur base du sens ordinaire des termes du traité, une seconde se basant sur le contexte du traité ainsi que et une troisième se référant à son objet et à son but.

## 2. L'article 31 de la Convention de Vienne

### a. Le sens ordinaire

Lors d'un différend, l'arbitre ne doit rechercher que le sens ordinaire du terme « investissement » lorsqu'il doit appliquer la Convention de Washington. La Cour de justice internationale a d'ailleurs fait valoir qu' « une interprétation doit être fondée avant tout sur le texte lui-même »<sup>41</sup>. L'arbitre procède donc à « une analyse sémantique et grammaticale de la disposition à interpréter »<sup>42</sup>. Il doit chercher le sens le plus approprié à donner à la notion d'investissement, sens qui se doit d'être usuel et non particulier.

Ce sens usuel peut être assez large. En effet, Bartum LEGUM et Caline MOUAWAD indiquent que le champ d'application de la définition englobe toutes sortes d'investissement<sup>43</sup> comme des obligations, des droits de propriété intellectuelle<sup>44</sup> et plus généralement des valeurs intangibles<sup>45</sup>.

Dans le cas où un sens particulier est invoqué par une personne, celle-ci doit prouver la pertinence de la notion envisagée dans ledit sens<sup>46</sup>. Ce dernier pourrait être le sens ordinaire selon le contexte<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> Affaire du différend territorial (Jurnuhiriyu arabe libyenne c. Tchad), *op. cit.*, p. 21, § 41.

<sup>42</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>43</sup> B. LEGUM et C. MOUAWAD, « The meaning of "investment" in the ICSID Convention », sous la direction de P. H. F. BEKKER, R. DOLZER et M. WAIBEL, *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 340.

<sup>44</sup> Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement, *International Investment Agreements : Key issues*, vol. I, 2004, p. 116, [http://unctad.org/en/docs/iteiit200410\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf) (dernière visite le 17 avril 2014)

<sup>45</sup> Affaire Ambiente Ufficio S.P.A. and Others c. République d'Argentine, décision sur la compétence du 8 février 2013, CIRDI affaire ARB/08/9, § 456, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf> (dernière visite le 16 avril 2014).

<sup>46</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 187.

<sup>47</sup> M. K. YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, 1976, p. 28.

## b. Le contexte

Le contexte est défini par le paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne, il comprend le texte lui-même, le préambule, les annexes ainsi que certains accords et certains instruments. Ce n'est pas nécessairement un élément faisant partie intégrante du traité<sup>48</sup>.

En ce qui concerne l'investissement, le contexte de la Convention de Washington sur lequel nous pouvons nous baser se compose du préambule de ladite convention et du rapport des administrateurs de la Banque mondiale<sup>49</sup>. L'ensemble des parties à la Convention ont pris part à ce rapport. C'est la raison pour laquelle celui-ci doit être considéré comme faisant partie du contexte<sup>50</sup>.

### - Le préambule

Le préambule de la Convention suggère que le sens du terme investissement soit entendu d'une manière large et flexible. De plus, de manière implicite, il faut comprendre que le terme doit pouvoir évoluer par rapport aux développements et aux besoins de résolution des différends<sup>51</sup>.

### - Le rapport des administrateurs

Le rapport des administrateurs mentionne que le terme « investissement » se fonde, pour rendre l'opération susceptible d'être soumise aux tribunaux du CIRDI, sur l'accord des parties, qui est, comme nous l'avons déjà démontré, « la pierre angulaire de la compétence du Centre »<sup>52</sup>. Les administrateurs ont par ailleurs justifiés l'absence d'une définition de ce terme en stipulant qu'« il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme "investissement", compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance

---

<sup>48</sup> M. K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 34.

<sup>49</sup> Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 avril 1965, *op. cit.*, p. 35.

<sup>50</sup> B. LEGUM et C. MOUAWAD, *op. cit.*, p. 343.

<sup>51</sup> B. LEGUM et C. MOUAWAD, *op. cit.*, p. 341.

<sup>52</sup> Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 avril 1965, *op. cit.*, p. 43, § 23.

les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25(4)) »<sup>53</sup>.

Néanmoins, il nous semble limpide que le consentement n'était pas envisagé comme un instrument permettant d'élargir la compétence du Centre comme cela a été interprété par certains tribunaux du CIRDI appliquant l'approche subjective<sup>54</sup>. De plus, certains Etats, septiques quant au possible large champ d'application de la notion d'investissement, se voient réconfortés par les deux garanties énoncées dans ce rapport<sup>55</sup>.

### c. L'objet et le but

Il s'agit ici de retrouver la *ratio legis* de la Convention de Washington<sup>56</sup>. L'objet et le but de la Convention sont à rechercher dans le préambule de celle-ci. Nous pouvons y trouver que l'objet et le but de la Convention est le besoin grandissant de « la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ». C'est la raison pour laquelle la Convention met en place un mécanisme international de règlement des différends entre Etats et ressortissants d'autres Etats. En effet, ce mécanisme est censé promouvoir les investissements privés internationaux.

Selon Christoph SCHREUER, cet objet, énoncé dans le préambule, est une limitation à l'application de la notion d'investissement<sup>57</sup>. En effet, il estime que cette seule indication révèle que le terme investissement doit avoir une signification objective. D'ailleurs, toujours selon cet auteur, le but ainsi décrit démontre que l'opération doit avoir un impact positif sur le développement de l'Etat d'accueil<sup>58</sup>. Le rapport des administrateurs confirme cela en énonçant que la Convention a « le désir de renforcer la collaboration de pays à la cause du développement économique »<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 avril 1965, *op. cit.*, p. 44, § 27.

<sup>54</sup> Nous examinons cette conception lors de l'étude des trois écoles jurisprudentielles dans le chapitre suivant.

<sup>55</sup> M. DEKASTROS, « Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention », *The Journal of World Investment & Trade*, 2013, p. 302.

<sup>56</sup> M. K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 55.

<sup>57</sup> C. H. SCHREUER, *op. cit.*, p. 116, pt. 121.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 avril 1965, *op. cit.*, p. 40, § 9.

Cette approche ne restreint-elle pas le champ d'application de la Convention alors que celle-ci n'a pas défini la notion d'investissement dans le but de ne pas restreindre cette notion à peu de chagrin ? Noah RUBIN estime même qu'une crise de l'Etat d'accueil pourrait naître en raison de participations par investissement de portefeuille dans le capital d'entreprises se situant sur le marché de l'Etat d'accueil<sup>60</sup>. Nous estimons que ce point de vue est discutable. En effet, seul les investissements directs étrangers sont considérés comme bénéfiques pour l'économie de l'Etat d'accueil.

Le rapport des administrateurs estime que « la création d'une institution [en l'occurrence le CIRDI] destinée à faciliter le règlement des différends entre Etats et investisseurs étrangers peut constituer une étape importante vers l'établissement d'un climat de confiance mutuelle et permettre ainsi de stimuler un plus large accès du capital international aux pays qui désirent l'attirer chez eux »<sup>61</sup>. Dans ce sens, il ne paraît pas nécessaire de différencier l'investissement direct de l'investissement indirect car ces deux formes permettent aux Etats d'accueil d'attirer du capital au sein de leur Etat et peuvent toutes deux contribuer au développement économique de cet Etat.

#### d. Conclusion

Nous pouvons conclure qu'à la lecture de l'article 31 de la Convention de Vienne, il nous semble que c'est aux arbitres des tribunaux du CIRDI qu'il revient de rechercher une définition de la notion d'investissement au sens de la Convention de Washington. Nous estimons que cette recherche doit se baser sur des éléments objectifs que nous examinons dans le second chapitre.

### **3. L'article 32 de la Convention de Vienne**

L'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités stipule qu'« il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens

---

<sup>60</sup> N. RUBINS, « The notion of “investment” in international investment arbitration », sous la direction de N. HORN et S. KRÖLL, *Arbitrating foreign investment disputes - procedural and substantive legal aspects*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, p. 297.

<sup>61</sup> Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 avril 1965, *op. cit.*, p. 40, pt. 9.

résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».

Certains auteurs de doctrine<sup>62</sup> plaident pour un recours aux travaux préparatoires, d'autres<sup>63</sup> estiment le recours à l'article 32 de la Convention de Vienne inutile. Les travaux préparatoires indiquent que les rédacteurs de la Convention de Washington ont décidé délibérément de ne pas insérer de définition de l'investissement au sein de celle-ci<sup>64</sup>. En effet, les rédacteurs de la Convention n'ont pas pu se mettre d'accord sur la définition du terme investissement en dépit de leurs intentions<sup>65</sup>.

L'absence de définition de la notion d'investissement aurait donc été un choix pour que la compétence du Centre soit la plus étendue possible. Certes des propositions de limitation de la notion avaient été examinées mais toutes se sont vues rejetées lors de la rédaction du texte<sup>66</sup>. Une proposition visant, effectivement, à fixer un seuil minimum dans le but d'exclure les petites affaires de la compétence du Centre fut rejetée<sup>67</sup> ainsi que des propositions en vue d'exclure toutes les opérations financières relatives à des obligations, des emprunts et plus généralement à des flux de capitaux<sup>68</sup>.

Les Etats militant pour une limitation de la notion d'investissement ont vu leur revendication rejetée sur base de l'article 25 (4) de la Convention de Washington<sup>69</sup>. Ce dernier prévoit un système d'*opt-out*<sup>70</sup>. Les Etats les plus réticents peuvent adhérer à la Convention avec une réserve notifiée au Centre réduisant sa compétence. Les Etats réticents face à une définition très large de la notion d'investissement pouvaient donc se réjouir de pouvoir introduire un *opt-out* pour certaines opérations qui ne considéreraient pas comme entrant dans le champ d'application du terme « investissement ».

---

<sup>62</sup> J. D. MORTENSON, « The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law », *Harvard International Law Journal*, 2010, vol. 51, p. 257; M. DEKASTROS, *op. cit.*, p. 286.

<sup>63</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 188.

<sup>64</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>65</sup> J. D. MORTENSON, *op. cit.*, p. 280.

<sup>66</sup> S. MANCIAUX, *op. cit.*, p.44.

<sup>67</sup> J. D. MORTENSON, *op. cit.*, p. 297.

<sup>68</sup> M. DEKASTROS, *op. cit.*, p. 305.

<sup>69</sup> S. MANCIAUX, *op. cit.*, p.46.

<sup>70</sup> J. D. MORTENSON, *op. cit.*, p. 280.

Nous sommes tenter de conclure que les parties aux négociations de la Convention ont désiré ne pas imposer de limites à la notion d'investissement mais nous rejoignons Dieudonné ONGUENE ONANA sur le fait que le recours à l'article 32 de la Convention de Vienne est inutile. Il énonce une règle de préférence selon laquelle « on ne peut se prévaloir de l'esprit de la loi contre un texte clair et formel »<sup>71</sup>. Le recours à l'article 32 ne peut donc être permis que pour justifier l'application de l'article 31<sup>72</sup>. Sébastien MANCIAUX et Dieudonné ONGUENE ONANA ont une même vision quant à la justification par l'article 25 (4) de la Convention. Ces derniers estiment que cet article n'est d'aucun secours pour préciser la notion d'investissement<sup>73</sup>.

La règle générale d'interprétation de l'article 31 de la Convention de Vienne est donc suffisante pour que les arbitres des tribunaux CIRDI puissent délimiter la notion d'investissement. Il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 32 de la Convention de Vienne car celui-ci ne s'applique que lorsque « l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».

Les arbitres des tribunaux du CIRDI, par application de l'article 31 de la Convention de Vienne, ont, au fil des sentences arbitrales, donné naissance à différentes conceptions de la notion d'investissement que nous analysons dans le chapitre II. Avant d'entamer l'analyse de ces approches, nous examinons un dernier élément qui peut aider à l'interprétation de l'article 25 (1) de la Convention du CIRDI.

## **Section II – La pratique ultérieurement suivie**

L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités poursuit en stipulant qu'« il sera tenu compte, en même temps que du contexte, de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». L'accord des parties sur le sens du traité est prouvé par la pratique<sup>74</sup>. En effet, les parties, à travers les traités bilatéraux d'investissements (TBI), fournissent une définition de la notion d'investissement. Néanmoins, il ne faut pas supposer

---

<sup>71</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>72</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>73</sup> S. MANCIAUX, *op. cit.*, p.48 et D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>74</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, *op. cit.*, p. 241.

de conflit entre les deux définitions, l'une se situant dans la Convention de Washington, l'autre dans le TBI<sup>75</sup>. Ces TBI sont donc à prendre en compte comme une pratique ultérieurement suivie. Nous verrons à travers la conception subjective que les tribunaux du CIRDI ont eu tendance à n'examiner que la définition de la notion d'investissement figurant dans les TBI pour se déclarer compétent ou non pour trancher le différend entre les parties dudit TBI.

Comme nous le constaterons lors de l'étude de la conception subjective, le conflit entre la définition du terme d'investissement se situant dans la Convention de Washington et celle figurant dans les TBI n'a pas lieu d'être. C'est la raison pour laquelle, nous considérons les TBI comme pratique ultérieurement suivie. Ce type de traité n'est qu'un accord permettant aux parties d'avoir accès à cette juridiction alors que la Convention de Washington s'applique en ce qui concerne la compétence des tribunaux du Centre.

## **Chapitre II – Les trois écoles jurisprudentielles**

Dans ce second chapitre, nous examinons successivement trois approches liées à la recherche de la notion d'investissement utilisées par les tribunaux du CIRDI : l'approche objectiviste, l'approche subjectiviste et l'approche intermédiaire.

### **Section I – L'approche objective**

#### **1. Présentation**

Cette approche est parfois qualifiée d'approche restrictive<sup>76</sup>. Pour répondre à l'inquiétude grandissante des Etats quant à la compétence du Centre, les tribunaux ont développé une approche objective. Avec cette théorie, c'est en fonction d'éléments objectifs que les arbitres des tribunaux du CIRDI qualifient l'opération en un investissement au sens de l'article 25 (1) de la Convention<sup>77</sup>. Ce sont des éléments considérés comme essentiels.

---

<sup>75</sup> B. LEGUM et C. MOUAWAD, *op. cit.*, p. 347.

<sup>76</sup> M. DEKASTROS, « Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention », *The Journal of World Investment & Trade*, 2013, p. 293.

<sup>77</sup> J.-M. LONCLE, « La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI », *Int. Bus. L. J.*, 2006, p. 320.

De cette façon, le tribunal ne devrait qu'examiner ces éléments pour que l'opération soit qualifiée en investissement ou non. C'est une vision extrême car nous devons nous rappeler qu'il existe des traités bilatéraux d'investissements (TBI) sur lesquels les tribunaux du CIRDI ne peuvent faire l'économie qu'en ce qui concerne leur compétence en vertu de la Convention. Si cette compétence ne fait pas défaut, ces tribunaux devront prendre en compte les TBI<sup>78</sup>.

## 2. L'affaire Salini

C'est lors de la décision rendue dans l'affaire Salini contre Maroc<sup>79</sup> que les arbitres ont énoncés des repères permettant de qualifier l'opération d'investissement.

Dans cette affaire, deux sociétés italiennes avaient remporté un appel d'offre lancé en 1994 par la société nationale des autoroutes du Maroc pour la construction d'une autoroute reliant Fès à Rabat. En 1999, l'ouvrage fût terminé et un décompte général fût dressé et envoyé aux deux firmes italiennes. Ces dernières émirent à son égard des réserves qui furent rejetées par la société nationale des autoroutes. Les deux sociétés italiennes décidèrent, en 2000, de saisir le CIRDI mais le Maroc estimait que l'opération ne pouvait pas être qualifiée d'investissement et par conséquent, le CIRDI devait se déclarer incompétent. Les arbitres ont donc dû se prononcer sur la compétence du Centre.

C'est à l'occasion de cette affaire que les arbitres vont, pour la première fois, développer quatre critères théoriques permettant de qualifier une opération d'investissement. Le tribunal arbitral a pris le soin d'examiner que l'opération réponde à la qualification d'investissement au sens du traité bilatéral d'investissement italo-marocain et au sens de l'article 25 (1) de la Convention. Les arbitres ont estimé que « dans la mesure où l'option de compétence a été exercée en faveur du CIRDI, les droits litigieux doivent également constituer un investissement au sens de l'article 25 de la Convention de Washington »<sup>80</sup>. Et de poursuivre que « le Tribunal est donc d'avis que sa compétence dépend de l'existence d'un investissement tant au sens de l'Accord bilatéral que de celui de la Convention »<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, op. cit., p. 194.

<sup>79</sup> Affaire Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, CIRDI affaire ARB/00/4, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>, (dernière visite le 23 avril 2014).

<sup>80</sup> *Ibid.*, §44.

<sup>81</sup> *Ibid.*, §44.

### 3. Quatre critères

Le Tribunal, dans l'affaire Salini, s'est basé sur un ouvrage de doctrine dans lequel les auteurs estiment que l'investissement se définit autour de trois critères cumulatifs : une contribution, une certaine durée d'exécution et une participation aux risques de l'opération<sup>82</sup>. Le Tribunal y a ajouté un quatrième critère qui est la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil<sup>83</sup>. Ces quatre critères, formant ce que nous appelons le test Salini, avaient déjà été énoncés en 1997 dans l'affaire qui opposait la société Fedax à la République du Venezuela<sup>84</sup> mais c'est lors de l'affaire Salini qu'ils furent élevés au rang de conditions préalables à la qualification de l'opération en tant qu'investissement.

La décision Salini est constituée d'une série de caractéristiques descriptives d'un investissement, énoncées par Christoph SCHREUER<sup>85</sup>, transformée en une condition préalable à l'exercice valide de la compétence des tribunaux CIRDI<sup>86</sup>.

#### a. Premier critère : les apports

Nous pensons directement à un apport financier mais cette conception serait trop restrictive. En effet, l'apport peut résulter d'une somme d'argent mais ce peut aussi être un apport en nature ou en industrie<sup>87</sup>. De plus, ces apports peuvent se combiner. Dans le cas de l'affaire Salini, le tribunal estime que la société italienne apporte son *know-how* afin de construire une autoroute ainsi que des matériaux et équipements nécessaires à la réalisation de l'ouvrage<sup>88</sup>.

Il est intéressant de remarquer que les tribunaux du CIRDI n'exigent pas un montant minimal permettant d'agir devant eux<sup>89</sup>.

---

<sup>82</sup> D. CARREAU, T. FLORY et P. JUILLARD, *Droit International Economique*, Paris, LGDJ, 1990, p. 569.

<sup>83</sup> Affaire Salini Construttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc, *op. cit.*, §52.

<sup>84</sup> Affaire Fedax NV c. République du Venezuela, sentence du 11 juillet 1997, CIRDI affaire ARB 96/3, §43, [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf) (dernière visite le 4 avril 2014).

<sup>85</sup> C. H. SCHREUER, *The ICSID Convention : a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 117, pt. 122.

<sup>86</sup> E. GAILLARD, « Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice », sous la direction de C. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH et S. WITTICH, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 406.

<sup>87</sup> J.-M. LONCLE, *op. cit.*, p. 326.

<sup>88</sup> Affaire Salini Construttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc, *op. cit.*, §55.

<sup>89</sup> J.-M. LONCLE, *op. cit.*, p. 326.

b. Deuxième critère : la durée d'exécution

Ce critère s'apprécie en fonction de l'affaire traitée par les tribunaux du CIRDI. En effet, il n'est pas requis une durée minimale pour répondre à cette exigence. Les arbitres de l'affaire Salini se base sur la décision Fedax c. Venezuela susmentionnée dans laquelle un prêt a été accordé pour une durée de quelques mois. Le tribunal statuant dans cette dernière affaire a estimé que cette durée répondait à la condition liée à la durée d'exécution. Dans une autre affaire, le tribunal décide que la durée d'un engagement n'est pas un élément nécessaire à la qualification de l'opération en investissement<sup>90</sup>.

Nous pouvons nous rendre compte que le critère temporel ne se suffit pas à lui-même. C'est en lien étroit avec le quatrième critère lié au risque qu'il y a lieu de déterminer si ce deuxième critère est rempli.

c. Troisième critère : la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil

C'est un élément qui semble à première vue important. En effet, quand nous parlons d'investissement, nous avons à l'esprit une sorte de « *win-win* » comme chacun est en droit d'attendre dans tout contrat. Nous réalisons un investissement dans un pays A pour que, par exemple, notre entreprise fructifie. Nous savons alors que cet investissement, s'il est correctement accompli, génèrera un bénéfice pour l'Etat d'accueil. C'est du moins le schéma normal que nous avons en tête, comme les arbitres du tribunal statuant dans l'affaire Salini.

Cet investissement doit pouvoir engendrer des recettes pour l'Etat d'accueil mais c'est aussi la création d'emploi, le développement de l'activité avec des fournisseurs locaux, l'amélioration du niveau de vie de la population, ... autant de choses qui contribuent au développement économique de cet Etat<sup>91</sup>.

Ce beau critère a néanmoins du mal à être appliqué de manière similaire par les tribunaux du CIRDI. Dans l'affaire L.E.S.I. et Astaldi c. Algérie, les arbitres décident même d'exclure le

---

<sup>90</sup> Affaire Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Egypte, sentence du 6 août 2004, CIRDI affaire ARB 03/11, § 57, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0441.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014).

<sup>91</sup> J.-M. LONCLE, *op. cit.*, p. 327.

critère de la contribution au développement de l'État d'accueil parce que « difficile à établir et implicitement couvert par les trois [autres] éléments retenus »<sup>92</sup>. Nous trouvons aussi un écartement du critère dans l'affaire *Malaysian Historical Salvors*<sup>93</sup>. Dans cette affaire, le tribunal s'est déclaré incompétent du fait qu'une opération de sauvetage maritime d'une épave au large des côtes malaysiennes ne peut être qualifiée d'investissement car l'opération de contribuait pas de manière significative au développement économique. Le comité d'annulation a tout de même décidé d'annuler la sentence pour excès de pouvoir au motif que « its analysis of these criteria elevated them to jurisdictional conditions, and exigently interpreted the alleged condition of a contribution to the economic development of the host State so as to exclude small contributions, and contributions of a cultural and historical nature »<sup>94</sup>.

Nous aurions tendance à rejoindre les arbitres de l'affaire *L.E.S.I et Astaldi*. En effet, un contrat peut aisément être qualifié d'investissement s'il répond au trois autres critères. Ce qui est néanmoins préoccupant est la justification du tribunal. Celui-ci énonce que la condition est trop difficile à établir. Il nous paraît plus approprié de justifier l'écart de ce critère par le fait qu'il est couvert par les trois autres. Néanmoins, nous nous devons d'être prudent car la liste de critères n'est pas simplement une liste de caractéristiques typiques mais bien un ensemble d'exigences légales obligatoires<sup>95</sup>. Certains plaident même pour que ce critère soit le seul à devoir être respecté<sup>96</sup>. Une chose est certaine : si tous les critères sont absents, le tribunal doit décliner sa compétence.

#### d. Quatrième critère : la participation au risque

Ce critère est assez simple à appliquer lorsque seul le risque économique est pris en considération. L'élément à prendre en compte est la rémunération de l'investisseur, « plus celle-ci est variable en fonction des résultats de l'exploitation, plus le risque de l'investisseur

---

<sup>92</sup> Affaire *L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. République algérienne démocratique et populaire*, sentence du 12 juillet 2006, CIRDI affaire ARB 05/3, § 72, [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0456\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0456_0.pdf) (dernière visite le 2 juillet 2014).

<sup>93</sup> Affaire *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie*, sentence du 17 mai 2007, CIRDI affaire ARB/05/10, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014).

<sup>94</sup> Affaire *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie*, décision d'annulation du 16 avril 2009, *op. cit.*, §80.

<sup>95</sup> C. H. SCHREUER, *op. cit.*, p. 133, pt. 171.

<sup>96</sup> Nous analysons cette approche dans la troisième section de ce chapitre.

est important »<sup>97</sup>. Selon C. OMAN, ce critère permet de distinguer une opération de vente d'un investissement car si l'entreprise n'a pour but que la vente de produits, elle ne pourra pas qualifier son opération d'investissement<sup>98</sup>. A côté de ce risque économique, que nous pouvons qualifier de risque commercial, existe le risque politique. Ce risque est lié à des décisions des pouvoirs publics de l'Etat d'accueil ou à une certaine situation politique de cet Etat telle une révolution ou tel un coup d'Etat.

Comme nous l'avons souligné précédemment, le critère temporel doit être lié à ce quatrième critère. Effectivement, plus l'opération sera longue, plus le risque sera élevé.

#### 4. Notion dépourvue de subjectivité

L'approche objective se base sur l'idée qu'il existe une définition juridique objective<sup>99</sup> ou autonome<sup>100</sup> de la notion d'investissement et que d'aucune manière la condition de compétence liée à l'existence d'un investissement ne puisse être levée ou modifiée en raison du consentement des Etats. Par conséquent, le fait que les parties à la Convention CIRDI n'aient jamais fourni une définition du terme investissement ne signifie pas qu'elles autorisent les parties à un différend à donner leur propre définition de l'investissement à travers les traités bilatéraux d'investissement. Cela signifie donc que les parties ne sont pas libres d'étendre la compétence du CIRDI de manière bilatérale par consentement<sup>101</sup>. Le tribunal statuant dans l'affaire *Hochtief c. Argentine* a en effet stipulé que :

« If a tribunal is established by or under a treaty made by States, its jurisdiction is fixed by that treaty. Its jurisdiction can be altered by the agreement of the States Parties to treaty; but it cannot be altered by the parties to disputes who present themselves to the tribunal. So, for

---

<sup>97</sup> J.-M. LONCLE, *op. cit.*, p. 329.

<sup>98</sup> C. OMAN, *Les nouvelles formes d'investissement dans les industries des pays en voie de développement : industries extractives, pétrochimie, automobile, textile, agro-alimentaire*, Paris, Centre de développement de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques, 1989, p. 46.

<sup>99</sup> W. BEN HAMIDA, « La notion d'investisseur : les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au Cirdi, et la notion d'investissement : la notion maudite du système Cirdi », *Les cahiers d'arbitrage - Gazette du Palais*, vol. 4, 2007, p. 33. ; R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 61.

<sup>100</sup> B. LEGUM et C. MOUAWAD, « The meaning of "investment" in the ICSID Convention », sous la direction de P. H. F. BEKKER, R. DOLZER et M. WAIBEL, *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 327.

<sup>101</sup> D. A. R. WILLIAMS et S. FOOTE, « Recent developments in the approach to identifying an "investment" pursuant to Article 25 (1) of the ICSID Convention », sous la direction de C. Brown et Ka. Miles, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 45.

example, the ICJ could not hear a claim from an individual claimant against a State, even if the ‘Respondent’ State agreed to appear before the Court and defend the claim. If the Court purported to hear the case, it would not be functioning as ‘the ICJ’ under the ICJ Statute »<sup>102</sup>.

Ce raisonnement a été adopté par plusieurs tribunaux arbitraux<sup>103</sup> dont l’essentiel de l’argument repose, comme l’énonce le tribunal statuant dans l’affaire Joy Mining Machinery Limited<sup>104</sup>, sur le fait que si les parties peuvent définir le terme investissement par consentement bilatéral alors l’article 25 (1) de la Convention serait transformé en un concept vide de sens<sup>105</sup>.

Cette question liée au pouvoir des parties de déterminer quelles opérations tombent sous le champ d’application de la Convention relève de notre troisième section se consacrant à la conception subjective de l’investissement. Avant d’examiner cette conception, nous étudions la possibilité de définir l’investissement sur base d’un seul critère : le développement de l’Etat d’accueil.

## **Section II – Le développement de l’Etat d’accueil comme critère unique**

Il est important de se demander si l’ensemble des critères du test Salini sont à respecter pour voir les tribunaux du CIRDI compétents. Une approche s’est développée selon laquelle seul le critère de la contribution au développement de l’Etat d’accueil est à prendre en compte. Certains auteurs comme Christoph SCHREUER<sup>106</sup>, Georges DELAUME<sup>107</sup> ou Philippe KAHN<sup>108</sup>,

---

<sup>102</sup> Affaire Hochtief AG c. République d’Argentine, décision sur la compétence du 24 octobre 2011, CIRDI affaire ARB/07/31, §92, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0405.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014).

<sup>103</sup> Affaire Consortium Groupement LESI-Dipenta c. République populaire d’Algérie, sentence du 10 janvier 2005, CIRDI affaire ARB/03/8, §13, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014) ; Affaire Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République islamique du Pakistan, décision sur la compétence du 14 novembre 2005, CIRDI affaire ARB/03/29, §130, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014) ; Affaire Saipem SpA c. République populaire du Bangladesh, décision sur la compétence et recommandation de mesures provisoires du 21 mars 2007, CIRDI affaire ARB/05/07, §99, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0733.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014) ; Affaire Victor Pey Casado et fondation « President Allende » c. République du Chili, sentence du 8 mai 2008, CIRDI affaire ARB/98/2, § 232, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0638.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014).

<sup>104</sup> Affaire Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d’Egypte, *op. cit.*

<sup>105</sup> Affaire Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d’Egypte, *op. cit.*, §50.

<sup>106</sup> C. SCHREUER, « Commentary on the ICSID Convention: Article 25 », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1996, p. 363.

<sup>107</sup> G. R. DELAUME, *op. cit.*, p. 775.

<sup>108</sup> P. KAHN, « L’extension de la notion d’investissement », sous la direction de J. BOURRINET, *Les investissements français dans le Tiers-Monde*, Paris, Economica, 1984, p. 112.

sont favorable à cette approche très libérale dans laquelle ladite contribution est érigée en caractéristique unique de l'investissement. Comme le relève Dieudonné ONGUENE ONANA, « l'objectif d'une telle méthodologie est évidemment d'ouvrir grand les portes du Cirdi à toutes formes d'opérations économiques qui ont un lien avec l'idée d'investissement »<sup>109</sup>.

Les auteurs appuyant cette conception justifient leur propos sur base de la Convention de Washington. Cette dernière n'énonce effectivement qu'un seul critère, celui de la contribution au développement de l'Etat hôte. La seule indication pour une notion objective figure dans le préambule de la Convention qui stipule un besoin d'une coopération internationale pour le développement économique dont l'investissement privé fait partie intégrante<sup>110</sup>. Sur cette base, les auteurs estiment que l'investissement doit avoir un impact positif sur le développement de l'Etat d'accueil.

Devons-nous considérer ce critère comme une caractéristique unique ou comme un élément additionnel permettant de qualifier l'opération d'investissement ? Christoph SCHREUER considère que c'est un critère additionnel alors Georges DELAUME y voit une caractéristique unique.

Le tribunal statuant dans l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Slovaquie*<sup>111</sup> soutient qu'aucune limite n'est imposée par les rédacteurs de la Convention de Washington. Par conséquent, les arbitres jugent que l'investissement est un concept qui doit être interprété de manière large<sup>112</sup>. Ils ajoutent que lorsque l'opération contribue à une coopération encourageant le développement économique de l'Etat hôte, celle-ci peut être considérée comme un investissement au sens de la Convention<sup>113</sup> sans pour autant que les autres critères tels l'apport ou le risque ne soient exigés<sup>114</sup>.

Nous ne sommes pas entièrement d'accord avec le tribunal. En effet, la contribution au développement est un critère contingent que nous pouvons prendre en considération pour

---

<sup>109</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 244.

<sup>110</sup> C. SCHREUER, *The ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 140.

<sup>111</sup> Affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie*, décision sur la compétence du 24 mai 1999, CIRDI affaire ARB/97/4, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0144.pdf> (dernière visite le 14 juillet 2014).

<sup>112</sup> Affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie*, *op. cit.*, § 64.

<sup>113</sup> Affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie*, *op. cit.*, § 64.

<sup>114</sup> Affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie*, *op. cit.*, § 90.

détecter l'investissement mais ce n'est pas le critère unique de ce type d'opération. Faut-il alors considérer que la notion d'investissement ne peut pas être définie car la définition serait soit trop large, soit trop restrictive ? Cette définition serait donc laissée à l'appréciation des parties voulant voir leur différend réglé devant les tribunaux du CIRDI. La conception subjective de l'investissement envisage cette possibilité.

### **Section III – L'approche consensuelle ou subjective**

#### **1. La définition subjective de l'investissement**

Une conception diamétralement opposée à l'approche objective a été mise en avant par les tribunaux arbitraux. Cette approche est essentiellement basée sur une interprétation du rapport des administrateurs sur la convention CIRDI<sup>115</sup>. Ce rapport fournit une explication à l'absence de définition du terme investissement dans la Convention de Washington. Nous pouvons, en effet, y lire qu'« il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme “investissement”, compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25(4)) »<sup>116</sup>.

Certains arbitres ont décidé d'utiliser ce rapport en leur faveur. Comptent seuls, pour ces derniers, les traités bilatéraux d'investissements (TBI). En effet, c'est sur leur base qu'ils décident que l'opération est ou non un investissement. En niant ainsi les dispositions de la Convention, nous estimons que les arbitres n'interprètent pas correctement le texte<sup>117</sup>.

Par conséquent, la notion d'investissement est une exigence contrôlée par le consentement des parties à l'arbitrage CIRDI. De fait, si les parties ont convenu, par un accord donnant compétence au tribunal, de caractériser une opération comme un investissement, alors cet

---

<sup>115</sup> Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 avril 1965, *op. cit.*, p. 35.

<sup>116</sup> Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 avril 1965, *op. cit.*, p. 44, pt. 27.

<sup>117</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 198.

accord suffit pour contrôler la constitution d'un investissement au sens de l'article 25 (1) de la Convention<sup>118</sup>.

## 2. Précision

Différemment de la manière dont les arbitres des tribunaux du CIRDI appliquent la conception objective, la conception subjective est exécutée par les arbitres en examinant le contenu des instruments normatifs afin de connaître les critères d'investissement<sup>119</sup>. La plupart du temps, ces instruments ne renferment qu'une énumération d'opérations considérées par les parties comme des investissements.

Néanmoins, comme le stipule Sébastien MANCIAUX, une énumération n'est pas une définition<sup>120</sup>. Si nous considérons que seuls ces instruments, et plus particulièrement les TBI, sont à prendre en compte pour la détermination d'un investissement, alors celui-ci ne pourrait être considéré que comme « le fruit d'une fiction nominale conventionnellement instituée par les parties »<sup>121</sup>. Il est admis qu'un « tribunal international ne saurait considérer une question de compétence comme une simple question *inter partes* »<sup>122</sup>. De plus, les investissements au sens de ces TBI, même si nous y constatons un consensus à propos de ces opérations, ne peuvent former le sens commun de l'investissement au sens de la Convention de Washington<sup>123</sup>.

Ces TBI décrivent donc simplement la forme juridique que devrait recouvrir l'investissement afin de pouvoir bénéficier de la protection qu'ils offrent mais ne fournissent pas une liste exhaustive qui exclurait certaines opérations de la notion d'investissement et, par conséquent, de la compétence du CIRDI. Les parties, par l'intermédiaire du TBI, se mettent d'accord sur une liste purement indicative d'opérations pouvant constituer un investissement mais ne fournissent en aucun cas une définition de la notion d'investissement.

---

<sup>118</sup> M. DEKASTROS, *op. cit.*, p. 293.

<sup>119</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>120</sup> S. MANCIAUX, *Investissements étrangers...*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>121</sup> O. CAYLA, « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1993, n° 18, p. 5.

<sup>122</sup> A. MCNAIR, opinion individuelle, affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), arrêt sur la compétence du 22 juillet 1952, *C.I.J. Recueil*, 1952, p. 116.

<sup>123</sup> C. H. SCHREUER, *op. cit.*, p. 130.

### 3. Décisions appliquant cette conception

Plusieurs tribunaux ont suivi cette approche s'attachant exclusivement au consentement des parties. Nous pouvons avoir un aperçu de cette approche dans les affaires Azurix Corporation<sup>124</sup>, IBM World Trade Corporation<sup>125</sup>, Lanco International Inc.<sup>126</sup>, Generation Ukraine Inc.<sup>127</sup>, Mihaly<sup>128</sup> ou encore dans l'affaire SAUR International<sup>129</sup>.

### 4. Analyse de décisions et sentences arbitrales rendant compte de cette conception

Dans ce point, nous allons examiner la manière dont les arbitres, dans certaines décisions et sentences, appliquent la conception subjective.

#### a. Affaire Fedax c. Venezuela<sup>130</sup>

C'est lors de cette affaire que, pour la première fois, le tribunal stipule que la définition de l'investissement doit être celle que les parties ont consentie dans leur accord et que c'est cette définition qui gouverne la compétence des tribunaux du CIRDI<sup>131</sup>. Les arbitres de l'affaire Lanco International c. Argentine ont décidé de suivre ce raisonnement<sup>132</sup>.

---

<sup>124</sup> Affaire Azurix Corporation c. République d'Argentine, décision sur la compétence du 8 décembre 2003, CIRDI affaire ARB/01/12, §§ 59-65, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0060.pdf> (dernière visite le 9 mars 2014).

<sup>125</sup> Affaire IBM World Trade Corporation c. République d'Equateur, décision sur la compétence du 22 décembre 2003, CIRDI affaire ARB 02/10, §§ 11-18, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1021.pdf> (dernière visite le 9 mars 2014).

<sup>126</sup> Affaire Lanco International Inc. c. République d'Argentine, décision sur la compétence du 8 décembre 1998, CIRDI affaire ARB/97/6, §§ 10-16, [http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450\\_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf) (dernière visite le 9 mars 2014).

<sup>127</sup> Affaire Generation Ukraine Inc. c. Ukraine, sentence du 16 septembre 2003, CIRDI affaire ARB/00/9, §§ 8-9, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf> (dernière visite le 9 mars 2014).

<sup>128</sup> Affaire Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique du Sri Lanka, sentence du 15 mars 2002, CIRDI affaire ARB/00/2, §§ 375-381, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf> (dernière visite le 10 mars 2014).

<sup>129</sup> Affaire SAUR International c. République d'Argentine, décision relative aux exceptions à la juridiction du 27 février 2006, CIRDI affaire ARB/04/4, § 82, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1017.pdf> (dernière visite le 10 mars 2014).

<sup>130</sup> Affaire Fedax NV c. République du Venezuela, *op. cit.*

<sup>131</sup> Affaire Fedax NV c. République du Venezuela, *op. cit.*, § 31.

<sup>132</sup> Affaire Lanco International Inc. c. République d'Argentine, *op. cit.*

b. Affaire Mihaly c. Sri Lanka<sup>133</sup>

La question était de savoir si des dépenses précontractuelles ayant pour objet la préparation d'un investissement pouvaient être couvertes par la Convention de Washington. Le tribunal a examiné le TBI et a constaté que celui-ci ne prenait en compte que les investissements réalisés. Nous pouvons donc comprendre que le tribunal ait rejeté sa compétence en estimant que le consentement de l'Etat d'accueil faisait défaut en ce qui concerne les dépenses liées au projet d'investissement.

Nous sommes d'accord avec C. SCHREUER pour dire que lorsque la définition du TBI va au-delà des exigences de la Convention de Washington, le tribunal ne peut pas être compétent sur cette base<sup>134</sup>. Dans cette affaire, le tribunal a donc, à raison, déclaré son incompetence mais nous devons garder à l'esprit qu'en présence d'un projet réalisé ayant entraîné des dépenses, celles-ci pourraient être prises en compte<sup>135</sup>.

c. Affaire Antoine Goetz et consorts c. Burundi<sup>136</sup>

Pour être clair, le tribunal a estimé, en ces termes que « le différend satisfait également à l'exigence d'un "rapport direct avec un investissement" : il suffit en effet de se référer à l'article 8, paragraphe 1, de la Convention belgo-burundaise d'investissement pour constater que le différend soumis au Tribunal est de ceux que cette disposition définit comme des différends relatifs à un investissement, à savoir les différends qui concernent "l'interprétation ou l'application de toute autorisation d'investissement accordée par les autorités de l'Etat hôte régissant les investissements étrangers" ainsi que "l'allégation de la violation de tout droit conféré ou établi par la présente Convention en matière d'investissement" »<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> Affaire Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique du Sri Lanka, *op. cit.*

<sup>134</sup> C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 130.

<sup>135</sup> D. KHAYAT, « La notion d'investissement devant le Cirdi », sous la direction de F. HORCHANI, *CIRDI 45 ans après. Bilan d'un système*, Paris, Pedone, 2011, p. 44.

<sup>136</sup> Affaire Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi, sentence du 10 février 1999, CIRDI affaire ARB 95/3, <http://italaw.com/documents/Goetz-Award.pdf> (dernière visite le 23 avril 2014).

<sup>137</sup> Affaire Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi, *op. cit.*, § 83.

Cette méthode par laquelle le tribunal vérifie que l'opération litigieuse est visée par la convention d'arbitrage a aussi été appliquée, d'une manière similaire à celle précitée, dans l'affaire Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Egypte<sup>138</sup>.

d. Affaire Abaclat et autres c. Argentine<sup>139</sup>

Plus récemment, la décision rendue dans le cadre de l'affaire Abaclat renforce la conception subjective de l'investissement tout en modifiant l'articulation entre le TBI et la convention de Washington et entre les conditions d'investissement de ces derniers<sup>140</sup>. Le tribunal examine la définition de l'investissement à deux reprises : d'abord sur base du TBI, ensuite sur base de la Convention de Washington. La nouveauté réside donc dans ce double test.

Ce double test est une méthode qualifiée de « double-barrelled »<sup>141</sup>, de « double keyhole »<sup>142</sup> ou de « dual test »<sup>143</sup>. Les tribunaux déterminent d'abord si l'investissement sur base duquel le différend est né satisfait à la définition de l'investissement en vertu de la convention CIRDI ainsi qu'à celle contenue dans le traité bilatéral d'investissement s'appliquant au différend. La situation n'est pas claire et certains tribunaux ont utilisé ce type de test d'une manière assez souple sans indiquer explicitement que les conditions doivent être remplies cumulativement<sup>144</sup>.

La question reste de savoir comment combiner les deux définitions. Pour les arbitres, les deux définitions sont complémentaires<sup>145</sup>. Ils énoncent que « the two perspectives can be viewed [...] to merely reflect a two-folded approach of the BIT and the ICSID Convention towards investment: At first, it is about encouraging investments, i.e., creating the frame conditions to

---

<sup>138</sup> Affaire Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Égypte, sentence du 12 avril 2002, CIRDI affaire ARB 99/6, § 100 et 101, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf> (dernière visite le 23 avril 2014).

<sup>139</sup> Affaire Abaclat et autres c. République d'Argentine, décision sur la compétence et l'admissibilité du 4 août 2011, CIRDI affaire ARB 07/5, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0236.pdf> (dernière visite le 11 mars 2014).

<sup>140</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 203.

<sup>141</sup> Affaire Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie, *op. cit.*, §55.

<sup>142</sup> Affaire Aguas del Tunari SA c. République de Bolivie, décision sur l'objection de compétence du 21 octobre 2005, CIRDI affaire ARB/02/3, §278, [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0020\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0020_0.pdf) (dernière visite le 12 avril 2014).

<sup>143</sup> C. H. SCHREUER, *op. cit.*, p. 117, pt. 122.

<sup>144</sup> R. HAPP et N. RUBINS, *Digest of ICSID awards and decisions: 2003-2007*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 341.

<sup>145</sup> Affaire Abaclat and others c. République d'Argentine, *op. cit.*, § 349.

encourage foreign investors to make certain contributions, and once such contributions are made, it is about protecting the fruits and value generated by these contributions »<sup>146</sup>.

Il paraît difficile de se retrouver avec deux définitions différentes. Néanmoins, le tribunal se justifie en pointant le fait que le TBI et la Convention ont des objectifs différents. Les définitions de l'investissement qui ont été développées depuis la naissance du Centre au regard de l'article 25 (1) de la Convention se concentrent sur les contributions de cet investissement tandis que celle contenue dans le TBI se rapporte aux fruits de ces contributions<sup>147</sup>. Le système CIRDI protège donc les investissements répondant autant à la condition de la Convention de Washington, à savoir la constitution d'un apport, qu'à celle du TBI voulant que l'apport génère des fruits<sup>148</sup>.

De manière surprenante, le tribunal a décidé de faire l'impasse sur les critères objectifs du test Salini pour déterminer l'existence d'un investissement au motif que dans le cas où les instruments financiers n'auraient pas répondu aux différents critères, le système arbitral du CIRDI n'aurait pas pu s'appliquer en vue d'une protection de ces instruments<sup>149</sup>. La justification du tribunal réside dans le fait que l'objectif de la Convention est de promouvoir les investissements et que les critères du test Salini ne sont pas édictés par la Convention elle-même<sup>150</sup>.

Nous pouvons donc constater que le double test n'a pas été appliqué par le tribunal. En effet, seule la conception subjective le fût. Selon nous, le tribunal n'a à déclarer sa compétence que sur la base de la Convention de Washington qui met en place les règles de compétences du Centre. Le TBI n'est qu'un accord permettant aux parties d'avoir accès à cette juridiction. C'est pourquoi, il semble difficile d'admettre que toutes opérations ou instruments financiers figurant dans un TBI permettent l'accès sans plus ni moins aux tribunaux du CIRDI. Faut-il donc abandonner toute objectivité ? Nous devons avoir recours à celle-ci lorsque nous cherchons le contenu de l'investissement. L'investissement ne peut pas être une notion vide de sens. Un sens de base existe, et c'est donc nécessairement une notion objective alors que le TBI ne fait que citer des opérations étant, selon les parties et elles seules, des investissements.

---

<sup>146</sup> Affaire *Abaclat and others c. République d'Argentine*, *op. cit.*, § 349.

<sup>147</sup> Affaire *Abaclat and others c. République d'Argentine*, *op. cit.*, § 350.

<sup>148</sup> E. ONGUENE ONANA, « Décisions et sentences commentées », sous la direction de S. MANCIAUX, « Cirdi. Chroniques des sentences arbitrales », *J. D. I.*, 2012, p. 288.

<sup>149</sup> Affaire *Abaclat and others c. République d'Argentine*, *op. cit.*, § 364.

<sup>150</sup> Affaire *Abaclat and others c. République d'Argentine*, *op. cit.*, § 365.

C'est probablement la raison pour laquelle, Michail DEKASTROS<sup>151</sup> évoque que cette approche semble être en perte de vitesse.

### **Section III – L'approche intermédiaire**

Nous sommes convaincus que la seule application de l'approche subjective ne permet pas de définir de manière objective et de délimiter la notion d'investissement. Néanmoins, nous ne sommes pas favorables à une application stricte des critères du test Salini. En effet, une telle application pourrait avoir des effets d'exclusion de certaines opérations considérées par les parties comme un investissement. Il y a donc lieu de trouver une conception objective souple. C'est l'approche intermédiaire dont nous avons précédemment exposé la technique à travers ce que nous avons qualifié de « double barrellé test » lors de l'examen de l'affaire Abaclat et autres c. Argentine.

#### **1. Définition**

Les critères développés par les tribunaux CIRDI pour clarifier la notion d'investissement de l'article 25 (1) de la Convention ne devraient pas être considérés comme des conditions obligatoires pour pouvoir régler un différend relatif à une opération d'investissement devant ces mêmes tribunaux. Cette approche estime, en effet, que ces critères doivent être compris comme des critères descriptifs et ne sont que des éléments permettant d'aider les arbitres à décider si l'opération en question est un investissement.

Christoph SCHREUER ne parle pas de critères mais bien de caractéristiques qui « ne doivent pas être considérées comme des exigences de compétence mais seulement comme des caractéristiques typiques des investissements »<sup>152</sup>.

L'absence d'une ou de plusieurs caractéristiques n'exclut donc pas nécessairement l'opération du champ d'application de la Convention de Washington. Par conséquent, selon cette conception, la caractéristique liée au développement de l'Etat hôte n'est pas une caractéristique essentielle pour qualifier l'opération en investissement. Néanmoins, la seule conception subjective ne peut pas définir la notion. L'investissement ne peut pas être

---

<sup>151</sup> M. DEKASTROS, *op. cit.*, p. 295.

<sup>152</sup> C. SCHREUER, *op. cit.*, p. 140.

n'importe quelle opération. L'investissement comporte des limites et il n'appartient pas aux parties d'inclure, dans ces limites, les opérations qu'ils jugent utiles simplement par consentement<sup>153</sup>. Toutefois, les opérations figurant dans le TBI peuvent être un des éléments que les tribunaux du CIRDI prennent en compte quand ils se prononcent sur leur compétence et plus particulièrement sur la condition du consentement des parties à l'arbitrage CIRDI.

## 2. Sentences des tribunaux du Centre

C'est lors de l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Slovaquie* susmentionnée que cette approche flexible a été précisée. Selon le tribunal, une simple description de l'opération faisant l'objet du différend comme un investissement n'est pas suffisante pour conclure au respect de l'article 25 (1) de la Convention<sup>154</sup>. Les arbitres y stipulent tout de même que le consentement des parties évaluant une opération comme un investissement en vertu de la Convention est une présomption<sup>155</sup> tout en estimant, cependant, ne pas devoir tenir compte des éléments proposés par les parties pour délimiter la notion comme formant une condition formelle pour conclure que l'opération est un investissement<sup>156</sup>.

Dans l'affaire *M.C.I. c. Equateur*<sup>157</sup>, le tribunal, se prononçant sur une opération concernant des actifs incorporels, décide que les critères du test Salini devaient être compris comme des exemples et pas nécessairement comme des éléments obligatoires à l'existence d'un investissement<sup>158</sup>.

La sentence rendue dans l'affaire *Biwater Gauff c. Tanzanie*<sup>159</sup> prévoit que l'application des critères du test Salini n'est pas automatique et qu'ils ne sont pas obligatoires en vertu de la loi<sup>160</sup>. C'est la raison pour laquelle le Tribunal estime qu'« une approche plus souple et pragmatique de la notion d'investissement est plus appropriée en tenant compte des critères

---

<sup>153</sup> D. KRISHAN, « A notion of ICSID investment », *Transnational Dispute Management*, 2009, p. 7, <http://www.devkrishan.com/resources/ICSID-Investment.pdf> (dernière visite le 11 mars 2014).

<sup>154</sup> Affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie*, *op. cit.*, § 68.

<sup>155</sup> Affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie*, *op. cit.*, § 66

<sup>156</sup> Affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie*, *op. cit.*, § 90.

<sup>157</sup> Affaire *M.C.I. Power Group L.C. et New Turbine Inc. c. République d'Equateur*, sentence du 31 juillet 2007, CIRDI affaire ARB/03/06, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0500.pdf> (dernière visite le 14 juillet 2014).

<sup>158</sup> Affaire *M.C.I. Power Group L.C. et New Turbine Inc. c. République d'Equateur*, *op. cit.*, § 165.

<sup>159</sup> Affaire *Biwater Gauff Ltd. c. République-Unie de Tanzanie*, sentence du 24 juillet 2008, CIRDI affaire ARB/05/22, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf> (dernière visite le 14 juillet 2014).

<sup>160</sup> Affaire *Biwater Gauff Ltd. c. République-Unie de Tanzanie*, *op. cit.*, § 312.

identifiés dans l'affaire Salini ainsi que des circonstances de l'espèce en ce compris la nature de l'instrument contenant le consentement pertinent au CIRDI »<sup>161</sup>.

### **3. Nécessité de critères**

Les arbitres de l'affaire Abaclat et autres c. Argentine n'ont pas réussi à appliquer cette conception. En effet, rappelons-nous, ils ont d'abord fait l'apologie de cette conception intermédiaire pour terminer par une application de la seule conception subjective. Pour ne pas tomber dans ce travers, il est important d'appliquer des critères. Certes le consentement des parties, à travers le TBI, est nécessaire mais la notion d'investissement n'est pas dépourvue de toute objectivité. Les critères de l'investissement doivent rester « les éléments auxquels on se réfère pour [...] définir [l'opération] en tant qu'investissement »<sup>162</sup>.

## **Chapitre III – La notion d'investissement : idée du concept et sens économique**

L'idée est le sens de base que tout un chacun peut avoir du concept (Section I). Cette idée est essentiellement économique c'est la raison pour laquelle la définition de l'investissement est issue de la science économique (Section II).

### **Section I – La notion d'investissement : son sens de base**

Selon le dictionnaire Larousse, l'investissement est une « opération qui permet de renouveler et d'accroître le capital d'une économie » ainsi qu'une « décision par laquelle un individu, une entreprise ou une collectivité affecte ses ressources propres ou des fonds empruntés à l'accroissement de son stock de biens productifs ». Force est de constater que l'investissement est une notion économique ou financière.

---

<sup>161</sup> Affaire Biwater Gauff Ltd. c. République-Unie de Tanzanie, *op. cit.*, § 316.

<sup>162</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 251.

Nous devons avoir à l'esprit que la signification d'un mot est déterminée par son usage dans le langage<sup>163</sup>. Il est donc important d'analyser cet usage de manière contemporaine. Pour en revenir à la Convention de Washington, les parties à celle-ci ne pouvaient pas prévoir l'ensemble des opérations qui tomberaient sous son champ d'application. A l'époque, seul l'investissement direct étranger était envisagé. A l'heure actuelle l'économie a fortement évolué et nous avons vu naître des investissements passant par des instruments financiers complexes. Peu importe la façon dont l'investissement a lieu puisque, dans un sens de base, celui-ci est « un objet investi ou une activité exercée avec l'intention d'en retirer un bénéfice »<sup>164</sup>.

L'investissement est avant tout une notion économique. C'est la raison pour laquelle nous étudions cette notion à travers les principes des sciences économiques.

## **Section II – La notion d'investissement : son sens économique**

Déjà avant la naissance de la Convention de Washington se posait la question de savoir ce que recouvre la notion d'investissement d'un point de vue économique. En effet, il existe plusieurs définitions mais, en 1959, Pierre-Marie PRADEL suggère de définir l'investissement comme « l'opération, due généralement à l'intervention active d'un agent humain, qui a pour objectif de créer un capital, c'est-à-dire un bien durable procurant des satisfactions différées »<sup>165</sup>. La notion d'investissement est, en sciences économiques, lié à celle de capital<sup>166</sup>. En effet, « l'investissement représente [...] l'accroissement qualitatif ou quantitatif du capital d'un acteur économique donné, le capital correspondant, juridiquement, à l'ensemble des biens frugifères de cette personnes, à la partie des actifs de son patrimoine qui lui rapporte des fruits ou lui fournit des produits »<sup>167</sup>. La définition de la notion d'investissement au sens économique décrit donc seulement le comportement individuel sans avoir égard aux effets et aux personnes qu'il concerne<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> L. WITTGENSTEIN, *Recherches Philosophiques*, Paris, Gallimard, 2014, p. 36, pt. 43.

<sup>164</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 251.

<sup>165</sup> P.-M. PRADEL, *L'épargne et l'investissement*, Paris, P.U.F., 1959, p. 7.

<sup>166</sup> S. MANCIAUX, *Investissements étrangers...*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>167</sup> *Ibid.*

<sup>168</sup> *Ibid.*

A partir de cette définition économique, certains auteurs ont défini l'investissement comme étant « la création ou l'acquisition d'actifs dont on peut attendre un revenu dans l'avenir »<sup>169</sup>. En effet, « il y a investissement lorsque, entre deux dates de références, apparaît un supplément de richesse entre la date la plus récente et la date la plus ancienne, un accroissement du patrimoine matériel d'un pays »<sup>170</sup>. Nous retrouvons dans cette définition les éléments que nous avons énoncés en tant que critères lors de l'analyse de la conception objective de l'investissement à savoir l'apport que l'on retrouve ici sous le terme de capital, la durabilité, le risque et le développement de l'Etat.

### **Section III – Transposition du concept économique dans la sphère juridique**

La conception économique de l'investissement a influencé la conception juridique dont nous sommes à la recherche dans cette étude. Néanmoins, la définition juridique n'est pas la définition économique. Le droit international dispose de plusieurs instruments internationaux contenant une définition de l'investissement international. Malgré les différences entre ces définitions, nous nous en inspirons pour donner une définition juridique générale de la notion d'investissement pouvant, par conséquent, s'appliquer à l'investissement au sens de la Convention de Washington.

#### **1. Différence entre la notion économique et la notion juridique**

La définition économique, comme nous l'avons mentionné, décrit un comportement unilatéral alors que la définition juridique de l'investissement « envisage à la fois ce comportement unilatéral et la relation aux autres qu'implique son extériorisation »<sup>171</sup>. En effet, la réalisation du projet d'investissement implique deux intervenants : l'investisseur et l'Etat sur le territoire duquel l'opération est localisée.

La question qui se pose alors est celle de savoir si l'opération doit être un investissement pour chacune des parties ou seulement pour une seule d'entre elle, encore faut-il savoir, dans ce dernier cas, si l'opération est constitutive d'investissement dans le chef de l'investisseur ou dans le chef de l'Etat d'accueil.

---

<sup>169</sup> C. OMAN, *op. cit.*, p.19.

<sup>170</sup> P. KHAN, « Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie » *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Nijhoff, Leiden, 2007, p. 33.

<sup>171</sup> S. MANCIAUX, *Investissements étrangers...*, *op. cit.*, p. 82.

Les tribunaux du CIRDI analysent l'investissement au regard de l'Etat d'accueil<sup>172</sup>. Cela signifie que le Centre est compétent même si l'opération ne constitue pas un investissement pour l'opérateur. Dès qu'il y a retombées accroissant le patrimoine de l'Etat d'accueil en raison de l'apport à un projet, le CIRDI considère que l'opération constitue un investissement. Néanmoins, les arbitres ne sont pas toujours d'accord sur la qualification de la notion d'investissement. C'est pourquoi, certains arbitres se prononcent même lorsqu'il est impossible de discerner un investissement à l'égard de l'Etat d'accueil<sup>173</sup>.

Le problème réside dans l'absence de définition unique de la notion juridique d'investissement. En effet, différents instruments internationaux issus d'institutions économiques et financières internationales définissent, juridiquement et chacun à leur manière, la notion d'investissement. Cela explique qu'« il n'y ait pas, et qu'il ne puisse pas y avoir unicité de définitions »<sup>174</sup>. Nous examinons ces différentes définitions pour nous aider à définir, de la manière la plus objective possible, le terme d'investissement au sens de la Convention de Washington.

## **2. Définition de l'investissement contenue dans différents instruments internationaux**

### **a. Définition de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)**

« L'*investissement direct international* est motivé par la volonté d'une entreprise résidente d'une économie (« *investisseur direct* ») d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise (« *entreprise d'investissement direct* ») qui est résidente d'une autre économie. La notion d'intérêt durable implique l'existence d'une relation de long terme entre l'investisseur direct et l'entreprise d'investissement direct et l'exercice d'une influence significative sur la gestion de l'entreprise. L'existence de cette relation est établie dès lors qu'un investisseur résident

---

<sup>172</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 257.

<sup>173</sup> S. MANCIAUX, *Investissements étrangers...*, *op. cit.*, p. 83-84.

<sup>174</sup> D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2007, p. 404.

d'une économie possède, directement ou indirectement, au moins 10 % des droits de vote<sup>175</sup> d'une entreprise résidente d'une autre économie »<sup>175</sup>.

« La notion d'investissement direct recouvre à la fois l'opération de prise de participation initiale permettant d'atteindre le seuil de 10 % et toutes les opérations financières et positions ultérieures entre l'investisseur direct et l'entreprise d'investissement direct ou entre entreprises sœurs, dotées ou non de la personnalité morale »<sup>176</sup>.

L'idée est de permettre le développement économique des Etats participants. L'OCDE promeut la libre circulation de tous les facteurs de production pour atteindre ce développement<sup>177</sup>. La libération des investissements est impérative car seule la libre circulation de l'investissement peut engendrer une libre circulation du capital et du travail<sup>178</sup>.

Nous pouvons déceler différents éléments composant l'investissement au sens de l'OCDE à travers la définition susmentionnée mais aussi dans l'annexe D du Code OCDE relatif à la libération des mouvements de capitaux<sup>179</sup>.

Premièrement, un apport est nécessaire et cet apport doit être un apport en capital. Ensuite, des liens durables doivent pouvoir se former, en vertu de l'apport, entre l'investisseur et une entreprise. Enfin, les investissements réalisés doivent pouvoir donner à l'investisseur la possibilité d'exercer une réelle influence sur la gestion de ladite entreprise. Nous pouvons remarquer que certains de ces éléments figurent dans le test Salini, en l'occurrence, l'apport et la durabilité.

#### b. Définition de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)

L'AMGI est créée par la Convention de Séoul du 11 octobre 1985. C'est un organisme faisant partie du groupe de la Banque Mondiale comme l'est le CIRD.

---

<sup>175</sup> OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, Paris, OCDE, 2010, p. 56, <http://www.oecd.org/fr/industrie/inv/statistiquesetanalysesdelinvestissement/40632182.pdf> (dernière visite le 15 juillet 2014).

<sup>176</sup> OCDE, *op. cit.*, p. 56.

<sup>177</sup> Code OCDE de la libération des mouvements de capitaux, 2007, p. 3, <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/38073320.pdf> (dernière visite le 15 juillet 2014)

<sup>178</sup> D. CARREAU, P. JUILLARD, *op. cit.*, p. 405.

<sup>179</sup> Annexe D - Liste générale des mouvements internationaux de capitaux et de certaines opérations connexes, Code de la libération des mouvements de capitaux, OCDE, [http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/CapitalMovements\\_WebFrench.pdf](http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/CapitalMovements_WebFrench.pdf) (dernière visite le 15 juillet 2014).

Tout investissement est risqué. En effet, un risque politique peut frapper l'investissement de ressortissants d'une partie à la Convention de Séoul. C'est la raison pour laquelle celle-ci crée un mécanisme international de garantie dans le cas où ce risque politique résulte de l'action ou de l'inaction d'une autre partie à la Convention sur le territoire duquel l'investissement a été réalisé<sup>180</sup>.

L'article 12 de la Convention de Séoul définit l'investissement. A travers cet article, la Convention distingue les investissements en fonction de deux catégories :

- Les investissements éligibles de plein droit (article 12 a)  
« Les investissements admissibles comprennent des prises de participation, y compris les prêts à moyen ou à long terme accordés ou garantis par les détenteurs du capital de l'entreprise intéressée, et toutes formes d'investissement direct jugées admissibles par le Conseil d'Administration ».
  
- Les investissements non éligibles de plein droit (article 12 b)  
« Le Conseil d'Administration peut, par décision prise à la majorité spéciale, inclure parmi les investissements admissibles toutes autres formes d'investissements à moyen ou à long terme, à l'exception toutefois des prêts autres que ceux mentionnés à la section a) ci-dessus qui ne peuvent être couverts que s'ils sont liés à un investissement spécifique couvert ou devant être couvert par l'Agence ».

Bien que précisée dans le but de déterminer l'admissibilité à la garantie, cette définition, et particulièrement celle relative aux investissements éligibles de plein droit, contribue à fixer des critères permettant de déceler une opération d'investissement<sup>181</sup>. Ces critères sont au nombre de trois :

- Apport  
Cet apport peut être un apport en espèce ou un apport en nature, qu'il s'agisse de biens corporels ou incorporels mais jamais un apport en industrie<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> D. CARREAU, P. JUILLARD, *op. cit.*, p. 410.

<sup>181</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>182</sup> D. CARREAU, P. JUILLARD, *op. cit.*, p. 412.

- Durabilité

L'investissement doit s'inscrire dans la durée. Ce n'est qu'après un certain temps que l'investisseur retire un bénéfice de son opération. La Convention ne qualifie d'ailleurs l'opération d'investissement que si celle-ci a lieu à moyen ou long terme. Les opérations à court terme ne bénéficient donc pas de la garantie offerte par la dite Convention.

- Support des aléas de l'entreprise par l'investisseur

Il ne peut y avoir investissement que pour autant que « l'investisseur supporte, au moins partiellement, les aléas de l'entreprise »<sup>183</sup>. Les résultats de l'exploitation sont donc un facteur de la satisfaction que l'investisseur attend de l'opération<sup>184</sup>.

c. Définition du Fond monétaire international (FMI)

Le FMI, dans la sixième édition de son manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale, reprend la définition de l'OCDE et cite que « l'investissement direct est une catégorie d'investissement transnational dans lequel un résident d'une économie détient le contrôle ou une influence importante sur la gestion d'une entreprise résidente d'une autre économie »<sup>185</sup>.

Le FMI précise qu' « une relation d'investissement direct apparaît lorsqu'un investisseur résident d'une économie effectue un investissement qui lui confère le contrôle ou une influence importante sur la gestion d'une entreprise résidente d'une autre économie »<sup>186</sup>.

Mais, l'investissement ne se limite pas à l'investissement direct étranger. Aux yeux du FMI, l'investissement comprend aussi l'investissement de portefeuille et d'autres types d'investissements. La meilleure définition de l'investissement selon le FMI peut être trouvée dans une communication du Fond : « direct investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy ... The lasting interest implies the

---

<sup>183</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>184</sup> D. CARREAU, P. JUILLARD, *op. cit.*, p. 412.

<sup>185</sup> FMI, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale*, 6<sup>ème</sup> édition, Washington D.C., Fond monétaire international, 2009, p. 108.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 108.

existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise ... The components of direct investment capital transactions are equity capital, reinvested earnings, and other capital associated with various intercompany debt transactions »<sup>187</sup>.

Nous retrouvons, une fois encore, différents éléments, lesquels sont un transfert de capitaux, une certaine durée et un contrôle postérieur sur les opérations. Le FMI, comme l'OCDE, considère l'investissement à travers le concept de capital. Les définitions de ces différentes institutions internationales nous permettent de mettre en lumière que la notion d'investissement doit avant tout être une notion marquée par l'objectivité.

### 3. Définition juridique de l'investissement

La fonction du droit se situe sur le plan normatif et pas dans l'ordre positif<sup>188</sup>. Le droit étant une discipline autonome<sup>189</sup>, la définition juridique ne doit pas être un simple copiage de la définition économique. De plus, il faut que le droit puisse s'adapter à l'évolution de la notion.

La Cour internationale de justice a d'ailleurs reconnu le principe de l'interprétation évolutive. Dans une affaire opposant le Costa Rica au Nicaragua<sup>190</sup>, la Cour a en effet énoncé qu'« il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été, ou peut être présumée avoir été, de conférer aux termes employés — ou à certains d'entre eux — un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international. En pareil cas, c'est précisément pour se conformer à la commune intention des parties lors de la conclusion du traité, et non pas pour s'en écarter, qu'il conviendra de tenir compte du sens que les termes en question ont pu acquérir à chacun des moments où l'application du traité doit avoir lieu »<sup>191</sup>.

Nous pouvons raisonnablement penser que les parties à la Convention de Washington n'ont pas défini le terme car elles s'attendaient à ce que celui-ci évolue avec le temps. En 1965, à

---

<sup>187</sup> IMF Communication to WTO Working Group on the Relationship between Trade and Investment, WTO Doc. WT/WGTI/W/61 (November 3, 1998), cité par D. KRISHAN, *op. cit.*, p. 20.

<sup>188</sup> D. CARREAU, P. JUILLARD, *op. cit.*, p. 405.

<sup>189</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 257.

<sup>190</sup> Affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt CIJ du 13 juillet 2009, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 2009, p. 213.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 242, § 64.

l'époque de la conclusion de la Convention, l'investissement n'était pas étudié comme il l'est aujourd'hui et c'est probablement une des raisons pour lesquelles les parties n'ont pas pu se mettre d'accord sur la définition de la notion d'investissement.

Dans le cadre du CIRDI, le tribunal, dans l'affaire *Mihaly c. Sri Lanka*, assure que « la définition de la notion est à trouver dans la pratique ultérieure des Etats, préservant ainsi l'intégrité et la flexibilité et permettant le développement progressif futur du droit international sur le thème de l'investissement »<sup>192</sup>.

Afin de cerner le plus objectivement possible la notion d'investissement, il nous paraît nécessaire de déterminer les caractéristiques juridiques de cette notion. Nous nous adonnons à cette tâche dans le chapitre suivant.

## **Chapitre IV – Tentative de définition de la notion d'investissement**

Nous sommes persuadé qu'une définition objective de l'investissement est nécessaire. L'ensemble des éléments examinés précédemment nous permettent de déceler différents critères dont certains sont essentiels pour parler d'investissements alors que d'autres ne sont que subsidiaires. Par conséquent, la jurisprudence du Centre, la doctrine mais aussi les institutions internationales contribuent à déceler la notion d'investissement.

### **Section I – L'apport**

L'apport est le critère le plus essentiel. Il est, selon Dieudonné ONGUENE ONANA, « l'essence même de l'investissement »<sup>193</sup>.

#### **1. Principe**

Il apparaît, à travers les termes utilisés dans les décisions du CIRDI, tels que « investissement de sommes substantielles »<sup>194</sup>, « capital investi »<sup>195</sup> ou « mise de fonds de la part de

---

<sup>192</sup> Affaire *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, *op. cit.*, § 33.

<sup>193</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 263.

l'investisseur »<sup>196</sup>, que l'apport est un engagement financier de l'investisseur. Est-ce à dire que l'investissement suppose toujours un apport en capital ? Le professeur Patrick JUILLARD répond à cette question par la négative<sup>197</sup>. Dès lors, cet apport peut être financier mais aussi matériel. Dans ce dernier cas, l'apport peut être un apport en numéraire, un apport en nature ou un apport en industrie<sup>198</sup>.

L'apport en numéraire est un apport en une somme d'argent et l'apport en nature est l'apport d'un bien. Ce dernier pouvant être matériel (bien meuble ou immeuble) ou immatériel (participation au capital, droits de propriété intellectuelle, options, produits dérivés, ...) <sup>199</sup>. La question est plus délicate en ce qui concerne l'apport en industrie. Selon Sébastien MANCIAUX, ce dernier apport est l'apport de son activité qui consiste « en l'apport à la société de l'expérience, la notoriété ou encore le savoir-faire d'un associé »<sup>200</sup>.

La sentence rendue lors de l'affaire Salini c. Maroc estime d'ailleurs que le tribunal est compétent car le savoir-faire de la société et l'outillage de celle-ci permettant de construire une autoroute constituent l'apport de l'investissement<sup>201</sup>. Dans une affaire concernant l'implantation d'un hôtel de luxe au Maroc, les arbitres ont décidé qu'un apport en industrie peut consister en la renommée et l'expérience de l'investisseur<sup>202</sup>.

Il semble évident qu'il ne peut y avoir investissement sans apport. Néanmoins, pour considéré un apport comme tel il est important que l'investisseur engage sa propriété. Cette distinction permet de différencier l'opération d'investissement de l'opération d'affectation de moyens à la réalisation d'une tâche. L'investisseur engage donc une partie de son patrimoine en vue d'en tirer un bénéfice.

---

<sup>194</sup> Affaire Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc, *op. cit.*, § 52.

<sup>195</sup> Affaire Fedax NV c. République du Venezuela, *op. cit.*, §43.

<sup>196</sup> Affaire Letco c. République du Libéria, sentence du 31 mars 1986, CIRDI affaire ARB 83/2, E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pendone, 2004, p. 201.

<sup>197</sup> P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.*, 1994, p. 39.

<sup>198</sup> S. MANCIAUX, « The Notion of Investment: New Controversies », *The journal of World Investment & Trade*, 2008, p. 450.

<sup>199</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 265.

<sup>200</sup> S. MANCIAUX, *op. cit.*, p. 65, note de bas de page 220.

<sup>201</sup> Affaire Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc, *op. cit.*, § 52.

<sup>202</sup> Affaire Holiday Inns et autres c. Royaume du Maroc, CIRDI affaire ARB 72/1, cité par S.MANCIAUX, *op. cit.*, p. 66.

## 2. Élément substantiel

L'apport doit être non négligeable, considérable. Il nous semble que cet élément est subjectif. En effet, à partir de quel moment, l'apport sera-t-il considéré comme substantiel pour qualifier l'opération en investissement ? Nous estimons que le simple fait d'engager une partie de son patrimoine permet d'être face à une opération d'investissement.

Les arbitres statuant dans l'affaire *Lanco c. Argentine* ont d'ailleurs estimé être face à un investissement en ce sens que les actionnaires détenaient 18,3% du capital de la société<sup>203</sup>. Dans ce cas, le TBI conclu entre l'Argentine et les Etats-Unis prévoyait la possibilité pour des actionnaires minoritaires ne détenant pas nécessairement le contrôle de la société d'agir devant le CIRDI<sup>204</sup>. Il y a donc lieu de se demander, quand l'investissement n'est pas substantiel, si le CIRDI peut être compétent.

L'apport ne doit donc pas, selon nous, être nécessairement substantiel. Bien qu'étant l'élément le plus important, l'apport reste un élément parmi les autres. Il nous semble donc que le seul critère de l'apport n'est pas suffisant. C'est la raison pour laquelle, lorsqu'un apport n'est pas substantiel mais que la plupart des critères examinés ci-après sont rencontrés, nous pouvons qualifier l'opération en investissement.

## Section II – La durabilité

L'investissement est une opération qui doit s'inscrire dans la durée. Une opération ponctuelle ne peut donc pas être un investissement<sup>205</sup>. En effet, un certain temps s'écoule entre le moment où l'investissement a lieu et le moment où l'investisseur obtient des revenus issus dudit investissement.

L'importance de cet élément peut être décelée dans la sentence *Bayindir c. Pakistan* précisant que « the element of duration is the paramount factor which distinguishes investments within the scope of the ICSID Convention and ordinary commercial transactions »<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> Affaire *Lanco International Inc. c. République d'Argentine*, *op. cit.*, § 10.

<sup>204</sup> Affaire *Lanco International Inc. c. République d'Argentine*, *op. cit.*, § 9-10.

<sup>205</sup> *C. OMAN*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>206</sup> Affaire *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République islamique du Pakistan*, *op. cit.*, § 132.

Néanmoins, ce critère, utilisé dans la sentence rendue dans le cadre de l'affaire Salini et composant un des critères du test du même nom, n'est pas défini. Il n'existe pas, dans la Convention de Washington, de durée minimale pendant laquelle l'opération doit avoir lieu pour pouvoir avoir affaire à un investissement. Bien que le projet de la convention mentionnait une durée minimale de 5 ans, les parties n'ont pas retenu cette durée<sup>207</sup>. Toutefois, les arbitres du cas Salini ont estimé, conformément à la doctrine, que la durée minimale se situe entre 2 et 5 ans<sup>208</sup>.

Pouvons-nous alors conclure que toute opération à moyen ou long terme est un investissement ? Selon Philippe Kahn, « on relève des facteurs d'unité dans les données économiques et juridiques qui conduisent à qualifier les contrats de longue durée de contrat d'investissement »<sup>209</sup>. Néanmoins, il paraît regrettable que le seul critère de durabilité puisse nécessairement qualifier l'opération de telle sorte. En effet, la nature de l'opération n'est pas uniquement déterminée par sa durée<sup>210</sup>.

Le critère de durabilité est donc un critère à prendre en considération dans le cadre de la définition de l'investissement mais ne peut pas être l'unique critère de détermination. La durabilité doit alors être considérée comme une caractéristique du critère principal de l'investissement qui est la contribution à un projet dont le but est d'engendrer des bénéfices futurs.

## Section III – Le risque

### 1. Deux types de risque

Toute opération économique comporte un risque. L'investissement, selon Charles OMAN, « peut être défini comme la création ou l'acquisition d'actifs dont on peut attendre un

---

<sup>207</sup> ICSID, Analysis of documents relative to the origin and elaboration of the Convention, Washington D.C., 1970, p. 116 cité par S. MANCIAUX, « The Notion of Investment: New Controversies », *Journal of World Investment and Trade*, 2008, p. 811.

<sup>208</sup> Affaire Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc, *op. cit.*, § 54. Les arbitres stipulent : « Although the total duration for the performance of the contract, in accordance with the CCAP, was fixed at 32 months, this was extended to 36 months. The transaction, therefore, complies with the minimal length of time upheld by the doctrine, which is from 2 to 5 years (D. Carreau, Th. Flory, P. Juillard, *Droit International Economique*: 3rd ed., Paris, LGDJ, 1990, p. 558-578. – C. Schreurer, *Commentary on the ICSID Convention*: ICSID Review-FIU, vol. II, 1996,2, p. 318-493) ».

<sup>209</sup> P. KAHN, *op. cit.*, p. 112.

<sup>210</sup> S. MANCIAUX, *Investissements étrangers...*, *op. cit.*, p. 70.

revenu dans l'avenir. Les décisions d'investir traduisent les anticipations des investisseurs relatives à des événements à venir donc incertains, l'investissement comporte par conséquent un risque »<sup>211</sup>. Est-ce à dire que ce risque permet à lui seul de distinguer l'investissement des autres opérations économiques ? La réponse est évidemment négative.

Dans l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Slovaquie*, la Slovaquie proposait une définition de l'investissement en stipulant que celui-ci est sujet à l'incertitude des risques qu'il implique. La définition selon cet Etat est la suivante : « the acquisition of property or assets through the expenditure of resources by one party (the “investor”) in the territory of a foreign country (the “host State”), which is expected to produce a benefit on both sides and to offer a return in the future, subject to the uncertainties of the risk involved »<sup>212</sup>. Cela nous démontre que le risque est en réalité multiple : l'un commercial, l'autre politique.

Le risque de l'investissement ne doit pas se confondre uniquement avec le risque commercial que comporte toute opération économique. En effet, la spécificité de l'investissement en ce qui concerne le risque est que celui-ci est un risque politique ; l'opération ayant lieu entre un ressortissant d'un Etat et un autre Etat<sup>213</sup>.

## **2. Le risque politique : critère de l'investissement**

Le risque économique que supporte l'investisseur est lié au risque politique. Ce risque « existe en affaires internationales quand des discontinuités se produisent dans l'environnement des entreprises. Ces changements sont difficiles à anticiper et proviennent d'un changement de nature politique. Pour constituer un risque, ces discontinuités doivent affecter potentiellement le profit ou tout autre objectif d'une entreprise particulière. Les éléments essentiels à cette définition sont les concepts de discontinuité et d'effets directs sur l'entreprise »<sup>214</sup>.

L'investisseur expose donc sa contribution à l'Etat d'accueil à une série d'événements qui sont susceptibles de diminuer la rentabilité du projet tels que des changements politiques, des troubles internes, des guerres civiles, des conflits classiques, ...

---

<sup>211</sup> C. OMAN, *op. cit.*, p. 11.

<sup>212</sup> Affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie*, *op. cit.*, § 78.

<sup>213</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 275.

<sup>214</sup> N. ESSADDAM, *Risque politique canadien : une étude théorique et empirique*, Paris, Publibook, 2012, p. 19.

Nous constatons que le risque politique est intrinsèquement lié à la durabilité et à la localisation de l'opération<sup>215</sup>.

### **3. Risque dans le chef des deux parties**

Généralement considéré uniquement dans le chef de l'investisseur, le risque est lié à l'investissement, opération se déroulant entre deux parties. L'Etat d'accueil a aussi un risque dans cette opération. Ce risque tient dans le fait de ne pas voir se réaliser le projet pour lequel l'Etat a accepté la venue de l'investisseur étranger. Le but étant, dans le chef de l'Etat d'accueil, d'engendrer des effets positifs sur son économie par l'acceptation de l'investissement<sup>216</sup>. Néanmoins, les risques pour ledit Etat ne sont pas de nature politique.

La question reste à savoir si les arbitres des tribunaux CIRDI doivent prendre en compte le risque de l'Etat d'accueil, résidant dans le fait de ne pas voir l'investissement contribuer à son propre développement économique, pour qualifier l'opération d'investissement. Dieudonné ONGUENE ONANA répond de manière claire que l'arbitre est tenu de contrôler « l'existence des risques auxquels l'investisseur est exposé, soient des risques politiques, [mais] il n'est pas tenu de contrôler l'existence de risques encourus par l'Etat [dans la mesure où] l'existence d'un investissement se trouve déjà vérifiée par la première opération »<sup>217</sup>.

## **Section IV – La contribution au développement de l'Etat d'accueil**

### **1. Principe**

Le critère de la contribution au développement de l'Etat d'accueil est le seul critère issu du Préambule de la Convention de Washington qui a été élevé par la décision rendue dans le cadre de l'affaire Salini en un critère constitutif de l'investissement<sup>218</sup>.

Le courant doctrinal suivi par cette affaire Salini date des années 1980. Comme nous l'avons vu Christoph SCHREUER et Georges DELAUME sont partisans de cette conception. Ce dernier énonce d'ailleurs dans le but de définir l'investissement qu'« à la notion classique relevant

---

<sup>215</sup> S. MANCIAUX, « The Notion of Investment... », *op. cit.*, p. 453.

<sup>216</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>217</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 279.

<sup>218</sup> Affaire Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc, *op. cit.*, § 52.

d'une conception économique et juridique étroite se substitue aujourd'hui un autre concept, essentiellement économique dans sa nature et juridiquement malléable dans sa formulation, qui repose non plus sur l'apport en propriété mais, au contraire, sur la contribution au développement économique du pays intéressé »<sup>219</sup>. Toute opération économique ayant pour effet de contribuer au développement économique de l'Etat d'accueil devrait donc être considérée comme un investissement. Si nous acceptons cette position, encore est-il nécessaire de pouvoir déterminer la manière dont se mesure cette contribution et de savoir à partir de quel moment celle-ci est suffisante à rendre l'opération qualifiable d'investissement.

Un autre courant doctrinal, dont fait partie Sébastien MANCIAUX, se distingue. Il estime que ce critère ne peut satisfaire à qualifier l'opération d'investissement<sup>220</sup>. Cet élément est politique et ne peut donc être considéré comme un critère<sup>221</sup>. C'est alors en tant que conséquence de l'investissement qu'il faudrait comprendre cette contribution.

Cet élément étant controversé, il nous est nécessaire, pour pouvoir prendre position, d'analyser la manière dont les arbitres du Centre ont appliqué l'élément de contribution au développement de l'Etat d'accueil dans leurs différentes décisions.

## **2. Application par les tribunaux du CIRDI**

### **a. L'affaire Salini : point de départ**

Nous constatons plus haut que l'affaire Salini<sup>222</sup> est le point de départ d'un test du même nom dont un des critères est celui dont nous discutons. Cette tendance a été initiée par deux affaires qui ont fait jurisprudence : l'affaire Fedax c. Venezuela<sup>223</sup> et l'affaire Ceskoslovenska Obchodni Banka c. Slovaquie<sup>224</sup>. Cette dernière affaire avait d'ailleurs instauré le critère comme obligatoire pour pouvoir conclure à la qualification de l'opération en investissement. Cette tendance a été suivie par le Comité ad hoc se prononçant sur l'annulation de la sentence rendue dans le cadre de l'affaire Mitchell c. Congo.

---

<sup>219</sup> G. R. DELAUME, *op. cit.*, p. 801.

<sup>220</sup> S. MANCIAUX, « The notion of Investment... », *op. cit.*, p. 458.

<sup>221</sup> I. FADLALLAH, « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du Cirdi ? », sous la direction de G. AKSEN, *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution : liber amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, ICC Publishing, 2005, p. 260.

<sup>222</sup> Affaire Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc, *op. cit.*

<sup>223</sup> Affaire Fedax NV c. République du Venezuela, *op. cit.*

<sup>224</sup> Affaire Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie, *op. cit.*

b. Affaire Mitchell c. Congo

Le Comité ad hoc cite et adhère au commentaire de Christoph SCHREUER qui considère le critère de la contribution au développement de l'Etat d'accueil comme la seule indication possible d'une signification objective du terme d'investissement<sup>225</sup>. Se pose alors la question de l'évaluation de ladite contribution.

Dans cette affaire dont la sentence s'est vue annulée, le comité d'annulation estime que l'existence d'une contribution au développement économique de l'Etat d'accueil comme critère essentiel de l'investissement ne signifie pas que cette contribution est toujours évaluable. Par conséquent, le Comité considère que les arbitres des tribunaux du CIRDI n'ont pas à évaluer la réelle contribution de l'opération en question. Il suffit donc que l'opération contribue d'une façon ou d'une autre audit développement de l'Etat d'accueil<sup>226</sup>. Néanmoins, il reste compliqué d'évaluer la contribution. C'est pourquoi les arbitres de l'affaire MHS c. Malaisie<sup>227</sup> ont proposé une solution.

c. Affaire Malaysian Historical Salvors c. Malaisie

Les arbitres, dans la sentence du 17 mai 2007, évaluent le critère d'une manière quantitative. Ils estiment que le critère est rempli lorsque la contribution est significative<sup>228</sup>.

L'opération, pour être considéré comme un investissement, dépend donc du critère de la contribution au développement économique et du fait que cette contribution doit être significative. Cette décision a tout de même fait l'objet d'une annulation<sup>229</sup> et l'affaire Victor Pey Casado c. Chili<sup>230</sup> a même écarté ce critère.

---

<sup>225</sup> Affaire Mr. Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo, décision d'annulation de la sentence du 9 avril 2004, décision du 1<sup>er</sup> novembre 2006, CIRDI affaire ARB 99/7, § 31, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf> (dernière visite le 16 juillet 2014).

<sup>226</sup> Affaire Mr. Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo, *op. cit.*, § 33.

<sup>227</sup> Affaire Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie, *op. cit.*

<sup>228</sup> Affaire Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie, sentence du 17 mai 2007, *op. cit.*, § 132.

<sup>229</sup> Affaire Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie, décision d'annulation du 16 avril 2009, *op. cit.*, § 80.

<sup>230</sup> Affaire Victor Pey Casado et fondation « President Allende » c. République du Chili, *op. cit.*.

d. Affaire Victor Pey Casado c. Chili

Les arbitres estiment que la contribution au développement économique n'est qu'une simple conséquence de l'opération d'investissement. Le tribunal estime « qu'il existe bien une définition de l'investissement au sens de la Convention CIRDI et qu'il ne suffit pas de relever la présence de certaines des “caractéristiques” habituelles d'un investissement pour que cette condition objective de la compétence du Centre soit satisfaite »<sup>231</sup>.

Le tribunal poursuit en estimant que « l'exigence d'une contribution au développement de l'Etat d'accueil, difficile à établir, lui paraît en effet relever davantage du fond du litige que de la compétence du Centre. Un investissement peut s'avérer utile ou non pour l'Etat d'accueil sans perdre cette qualité. Il est exact que le préambule de la Convention CIRDI évoque la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil. Cette référence est cependant présentée comme une conséquence, non comme une condition de l'investissement : en protégeant les investissements, la Convention favorise le développement de l'Etat d'accueil.

Cela ne signifie pas que le développement de l'Etat d'accueil soit un élément constitutif de la notion d'investissement »<sup>232</sup>.

Nous remarquons assez simplement que les arbitres ne sont pas d'accord sur le statut à accorder à l'élément de contribution. Il nous est alors important de pouvoir déterminer l'importance ou non de ce critère.

### **3. Caractéristique contingente et non critère de l'investissement**

Nous rejoignons l'idée des arbitres siégeant dans l'affaire Victor Pey Casado. L'idée est que la contribution au développement économique est un effet de l'investissement mais n'est certainement pas un critère permettant a priori de qualifier l'opération d'investissement. En effet, la contribution au développement économique est un élément a posteriori qui peut être une caractéristique contingente de l'investissement et non un critère, voir le seul critère de cette notion.

---

<sup>231</sup> Affaire Victor Pey Casado et fondation « President Allende » c. République du Chili, *op. cit.*, § 232.

<sup>232</sup> Affaire Victor Pey Casado et fondation « President Allende » c. République du Chili, *op. cit.*, § 232.

Pour reprendre les termes d'Emmanuel GAILLARD, l'élément de contribution « est une pure constatation : les investissements sont utiles au développement économique. Cela ne signifie pas que le développement économique soit l'essence de la notion d'investissement »<sup>233</sup>. Force est donc de rejeter ce critère en tant que caractéristique fondamentale de l'investissement.

## Section V – La gestion

C'est une caractéristique que nous avons pu déceler à travers l'analyse des définitions de l'investissement des différents instruments d'institutions internationales. Pour rappel, le FMI prévoit qu'« une relation d'investissement direct apparaît lorsqu'un investisseur résident d'une économie effectue un investissement qui lui confère le contrôle ou une influence importante sur la gestion d'une entreprise résidente d'une autre économie »<sup>234</sup>.

Le FMI précise qu'il existe deux manières d'exercer le contrôle ou l'influence. Soit « une relation d'investissement direct immédiate est créée lorsqu'un investisseur direct possède directement une participation qui lui confère 10 % ou davantage des droits de vote dans l'entreprise d'investissement direct »<sup>235</sup>. Soit « une relation indirecte d'investissement direct est créée par la possession de droits de vote dans une entreprise d'investissement direct qui possède des droits de vote dans une ou plusieurs autre(s) entreprise(s), c'est-à-dire qu'une entité peut exercer indirectement le contrôle ou l'influence au moyen d'une chaîne de relations d'investissement direct »<sup>236</sup>.

Néanmoins, les auteurs de doctrine n'insèrent pas la gestion dans l'ensemble des critères de l'investissement. La gestion n'est que l'accessoire de l'apport<sup>237</sup>. C'est probablement la raison pour laquelle certains arbitres acceptent des demandes introduites devant le Centre par des actionnaires minoritaires. Par exemple, dans l'affaire *Lanco c. Argentine* susmentionnée, le tribunal a admis la demande d'actionnaires détenant 18,3% du capital de la société<sup>238</sup>. La condition de gestion n'est donc pas rencontrée.

---

<sup>233</sup> GAILLARD (E.), « Reconnaître ou définir ? ... », *op. cit.*, p. 29.

<sup>234</sup> FMI, *op. cit.*, p. 108.

<sup>235</sup> FMI, *op. cit.*, p. 108.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 108-109.

<sup>237</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 269.

<sup>238</sup> Affaire *Lanco International Inc. c. République d'Argentine*, *op. cit.*, § 10.

Nous pouvons donc juger que le critère de gestion de l'entreprise est un élément permettant de confirmer que l'opération est un investissement mais ce n'est pas un élément indispensable. Si nous considérons cet élément comme un critère obligatoire de l'investissement, il serait nécessaire d'être face à une société. Or tout investissement ne nécessite pas nécessairement la création d'une société. En effet, dans l'affaire précitée *Malaysian Historic Salvors*, les arbitres ont décidé qu'un contrat dans lequel était prévu l'exploration d'un navire ayant coulé en 1817 était un investissement<sup>239</sup>.

## Section VI – Le bénéfice

L'investisseur n'est pas un donateur. En effet, l'idée de l'opération est bien d'obtenir un retour sur investissement. La doctrine parle de rémunération ou de profit de manière indifférenciée dans le cadre de l'investissement. Le profit est « le revenu de l'entreprise obtenu en faisant la différence entre ses recettes (son chiffre d'affaires) et ses coûts de production »<sup>240</sup>.

Sébastien MANCIAUX énonce que « l'apport ne peut être dissocié de sa rémunération »<sup>241</sup>. Cette dernière est néanmoins, en ce qui concerne l'investissement, incertaine et sujette à la rentabilité future du projet d'investissement<sup>242</sup>.

Cela nous renvoie au risque lié à l'investissement. En effet, comme nous l'avons étudié, le risque de l'investisseur réside dans le fait que celui-ci n'est pas certain de pouvoir tirer un quelconque profit de son opération.

Ce critère est fonction de la valeur ajoutée locale du projet ou de l'entreprise. Il varie en fonction des résultats obtenus. Cette distinction est centrale car elle permet d'éviter le glissement de la modalité de l'investissement à la vente.

---

<sup>239</sup> Affaire *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie*, sentence du 17 mai 2007, *op. cit.*, § 8, « under the Contract, the Claimant was required, among other things, to utilize its expertise, labour and equipment to carry out the salvage operation, and to invest and expend its own financial and other resources, and assume all risks of the salvage operation, financial and otherwise. The Claimant was also obligated, among other things, to clean, restore and catalogue the recovered items ».

<sup>240</sup> S. D'AGOSTINO et al., *Dictionnaire de sciences économiques et sociales*, Bréal, Rosny, 2008, p. 45

<sup>241</sup> S. MANCIAUX, « The Notion of Investment... », *op. cit.*, p. 810.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 810.

Le critère du profit engendré par l'investisseur, puisqu'il est incertain et différé dans le temps, doit être reconnu comme un critère de l'investissement.

## **Section VII – La légalité de l'investissement**

### **1. Condition d'existence de l'investissement ?**

Certains tribunaux ont ajouté une condition de légalité que nous pouvons comprendre comme « une obligation de l'investissement de se conformer au droit national pour bénéficier de la protection internationale »<sup>243</sup>.

Cette question s'est souvent posée lorsqu'un TBI contient une clause stipulant que l'opération doit être réalisée en conformité avec les lois de l'Etat d'accueil. Le but est, selon les arbitres siégeant dans l'affaire Tokios Tokelès c. Ukraine, « d'éviter que les TBI protègent des investissements qui ne devraient pas l'être, particulièrement parce qu'ils sont illégaux »<sup>244</sup>.

Nous pouvons comprendre que dans de tel cas, les tribunaux du CIRDI se déclarent incompétents. Par conséquent, la clause de légalité devient une condition de légalité. La question est néanmoins ouverte lorsque le TBI ne dispose pas d'une telle clause. Les arbitres de l'affaire Saur International c. Argentine<sup>245</sup> ont permis de clore le débat. En effet, ils estiment que « la condition de ne pas commettre de violation grave de l'ordre juridique est une condition tacite, propre à tout [TBI], car en tout état de cause, il est incompréhensible qu'un État offre le bénéfice de la protection par un arbitrage d'investissement si l'investisseur, pour obtenir cette protection, a agit à l'encontre du droit »<sup>246</sup>.

---

<sup>243</sup> F.-X. PAREDES, « La conformité de l'investissement au droit national, condition de sa protection internationale », *ICSID Review*, 2014, p. 484.

<sup>244</sup> Affaire Tokios Tokelès c. Ukraine, décision sur la compétence du 29 avril 2004, CIRDI affaire ARB 02/18, §84, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf> (dernière visite le 16 juillet 2014).

<sup>245</sup> Saur International c. République d'Argentine, décision sur la compétence et sur la responsabilité du 6 juin 2012, CIRDI affaire ARB 04/4, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1015.pdf> (dernière visite le 16 juillet 2014).

<sup>246</sup> Saur International c République d'Argentine, décision sur la compétence et sur la responsabilité du 6 juin 2012, *op. cit.*, § 308.

Le droit international de l'investissement, et par conséquent la Convention de Washington ainsi que les TBI, ne peuvent pas être lus et interprétés isolément du droit international public et de ses principes généraux<sup>247</sup>.

## 2. Condition de protection

Lorsqu'une clause de légalité figure dans le TBI, le tribunal du Centre doit se déclarer incompétent *ratione voluntatis* lorsque l'investissement n'est pas légal au sens de ce TBI<sup>248</sup>. Dans le cas où les parties n'ont pas rédigé de clause de légalité, le tribunal peut décider de déclarer la requête irrecevable en cas d'investissement contraire au droit national de l'Etat d'accueil ou au droit international<sup>249</sup>.

Les arbitres doivent donc examiner la condition de légalité mais celle-ci n'est pas un critère de la notion d'investissement. En effet, selon Sébastien MANCIAUX, « la condition de légalité de la constitution de l'investissement délimite l'étendue du consentement à l'arbitrage donné par les Etats dans le TBI »<sup>250</sup>. Ce qui permet à Dieudonné ONGUENE ONANA de conclure que « la condition de légalité qui apparaît dans certains TBI n'est pas un critère de l'existence d'un investissement mais bien une condition de sa protection »<sup>251</sup>.

Que l'investissement soit réalisé de manière régulière ou irrégulière, l'opération reste un investissement. Une fois que l'existence de l'investissement est prouvée, les arbitres des tribunaux du CIRDI doivent déclarer le tribunal compétent. C'est une garantie de la protection procédurale « symbolisée par la compétence du CIRDI »<sup>252</sup>. Le tribunal compétent pourra ensuite examiner, sur le fond, si l'opération est entachée d'illégalité ou non. C'est la raison pour laquelle les deux auteurs précités, avec lesquels nous sommes d'accord, considèrent la condition de légalité comme une condition de protection.

---

<sup>247</sup> Affaire Phoenix Action Ltd. c. République Tchèque, sentence du 15 avril 2009, CIRDI affaire ARB 06/5, § 78, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>, (dernière visite le 16 juillet 2014).

<sup>248</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 303.

<sup>249</sup> F.-X. PAREDES, *op. cit.*, p. 488.

<sup>250</sup> S. MANCIAUX, « Cirdi. Chroniques des sentences arbitrales », *Journal du droit international*, 2011, p. 580.

<sup>251</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 307.

<sup>252</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 295.

## **Section VIII – Essai de définition**

Nous avons pu constater que le critère de l'apport est un critère essentiel que doit contenir l'opération pour que celle-ci puisse être qualifiée d'investissement. Quant à la durabilité, elle est aussi un critère de l'investissement auquel est lié le risque. Ce risque, caractéristique de l'investissement, est un risque politique. Par contre, la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil n'est pas un critère de l'investissement mais seulement une conséquence de celui-ci. La gestion n'est pas un élément indispensable de l'opération mais permet toutefois de déceler l'investissement. Lié à l'apport, le profit ou la rémunération est un critère de l'investissement que nous qualifions de contingent. Enfin, la légalité n'est pas à prendre en compte en ce qui concerne la notion d'investissement.

L'ensemble de notre étude, et précisément l'étude des différents éléments de l'investissement, nous permet de tenter de donner une définition de l'investissement. Selon nous, l'investissement est un apport en numéraire, en nature ou en industrie permettant de contribuer à un projet comportant des risques commerciaux et politiques et s'inscrivant dans la durée (à moyen ou long terme) dont le but est d'engendrer des bénéfices futurs.

C'est sur base de cette définition que les arbitres des tribunaux du CIRDI doivent examiner l'opération en cause. Il nous semble que toute opération économique répondant aux critères, en l'occurrence l'apport, la durabilité et le risque ainsi que le possible bénéfice, peut être considérée comme un investissement. L'investissement est donc une opération économique dont l'influence sur la gestion, la participation au développement de l'Etat d'accueil, le risque commercial et la durabilité sont des aspects qu'il partagent avec toute autre opération de ce type mais se distinguant par deux critères, à savoir l'apport et le risque politique.

A l'heure de la libéralisation économique, il est opportun que tout investisseur puisse bénéficier du système du Centre lorsqu'un différend naît d'une opération ayant les différentes caractéristiques énoncées. Le droit international de l'investissement doit donc prendre en compte l'évolution de l'économie relative aux investissements. Pour être pleinement valide, une règle de droit doit répondre à trois conditions : la légalité, la légitimité et l'effectivité. Pour répondre à ces trois conditions, le droit en général doit suivre l'évolution de la société.

Cette définition nous permet d'entamer notre troisième et dernière partie consacrée à une question contemporaine qui est celle de savoir si le « *portfolio investment* » peut être considéré comme un investissement pouvant bénéficier de la protection du Centre.

## **Partie III – L’investissement et le « *portfolio investment* »**

A l’heure actuelle, il est possible d’investir dans une entreprise située dans un autre Etat. Dans ce cas, une personne permet à cette entreprise d’augmenter son capital. On parle de « *portfolio investment* » ou d’« investissement de portefeuille ». Dans un premier temps, nous examinons cette notion. Ensuite, nous essayons de démontrer que les tribunaux du CIRDI sont compétents pour les différends relatifs à ce type d’investissement.

### **Chapitre I – Définition du « *portfolio investment* »**

Le FMI fournit une définition de l’investissement de portefeuille selon laquelle ce type d’investissement « est constitué par les transactions et positions transfrontalières portant sur des titres de créance ou des actions, autres que celles de l’investissement direct ou des avoirs de réserve »<sup>253</sup>. Le FMI précise que « les titres sont des instruments de dette et titres de créance qui ont pour caractéristique d’être négociables »<sup>254</sup>.

Pour que cela soit clair, un titre négociable est « est un écrit qui, par lui-même, confère, à celui qui en est régulièrement nanti, certains droits et est soumis à un statut juridique particulier. Ce statut est destiné à favoriser la circulation du titre en simplifiant son mode de transmission et en augmentant la sécurité des titulaires successifs. D'une part, en effet, le transfert du droit se confond avec le transfert du titre lui-même. D'autre part, le droit représenté par le titre est, dans une certaine mesure, indépendant des apports juridiques et parfois même des circonstances qui ont déterminé sa naissance et ses transferts antérieurs; c'est en ces sens que l'on peut dire que le titulaire jouit d'un droit autonome »<sup>255</sup>.

L’investissement de portefeuille est généralement représenté par un mouvement d’argent dans le but d’acheter des actions d’une compagnie d’un autre Etat. Les actions ne sont pas les seuls instruments dans lesquels une personne peut investir. En effet, nous connaissons entre autres les obligations et les droits de souscriptions. Ce sont des instruments par lesquels le capital d’une société est augmenté.

---

<sup>253</sup> FMI, *op. cit.*, p. 118.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>255</sup> J. VAN RIJN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 81

Ce que nous devons comprendre est que l'investissement de portefeuille suppose que la gestion et le contrôle de la société soient dissociés de la propriété de celle-ci<sup>256</sup>. Nous distinguons ce type d'investissement de l'investissement direct étranger qui est formellement défini comme la propriété des actifs par des résidents étrangers à des fins de contrôle de l'utilisation de ces actifs<sup>257</sup>.

L'Etat belge est actuellement attiré devant le CIRDI, et ce pour la première fois depuis son adhésion à la Convention de Washington<sup>258</sup>. Cette affaire concerne un investissement de portefeuille. En effet, un groupe chinois, Ping An, anciennement le premier actionnaire du groupe Fortis, demande une réparation pour le préjudice subi en raison de la nationalisation par l'Etat belge de la banque Fortis<sup>259</sup>. Selon le groupe Ping An, le TBI conclu entre la Belgique et la Chine aurait été violé par cette opération.

La question est désormais de savoir si l'investissement de portefeuille peut être qualifié d'investissement au sens de la Convention de Washington.

## **Chapitre II – Compétence des tribunaux CIRDI**

Notre point de vue réside dans le fait qu'il ne doit pas y avoir de différence entre l'investissement direct étranger et l'investissement de portefeuille en ce qui concerne la protection accordée par la Convention de Washington. Autrement dit, les tribunaux du CIRDI peuvent, si l'opération répond aux conditions de l'investissement, devoir trancher un différend concernant un investissement de portefeuille.

Comme l'investissement direct étranger, l'investissement de portefeuille suppose, comme tout type d'investissement, un apport. En effet, le fait, par exemple, de décider d'augmenter le capital d'une société par l'achat d'actions de celle-ci est un apport en numéraire. L'élément de l'apport ne cause pas de difficulté. La question réside dans le risque. Comme nous l'avons

---

<sup>256</sup> M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 7.

<sup>257</sup> E. GRAHAM, P. KRUGMAN, *Foreign Direct Investment in the United States*, Washington D.C., Institute for International Economics, 1991, p. 7, cité par N. RUBINS, *op. cit.*, p. 317.

<sup>258</sup> Affaire Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited c. Royaume de Belgique, CIRDI affaire ARB 12/29.

<sup>259</sup> F. VERBEEREN, « La Belgique devant le C.I.R.D.I. Analyse des règles de compétence », *J.T.*, 2013, p. 229.

souligné, l'investissement, dont le but est d'engendrer des bénéfices futurs, comporte des risques commerciaux et politiques et s'inscrit dans la durée.

Le point de vue selon lequel il n'y a pas de différence entre les deux types d'investissement susmentionnés se fonde sur l'hypothèse qu'il n'y a pas de distinction entre les risques pris par chaque type d'investisseur, les deux étant supposés volontaires<sup>260</sup>. S'avancer avec une telle certitude relève de l'impossible. Nous estimons que c'est à la lumière des différents éléments énoncés lors de l'élaboration de notre définition qu'il y a lieu ou pas de qualifier l'investissement de portefeuille comme un investissement pouvant être traité devant les tribunaux du Centre. La question doit se résoudre au cas par cas.

Nous ne reviendrons pas sur le critère de l'apport qui est en soi est un élément de l'investissement de portefeuille. L'élément de durabilité pourra être discuté au cas par cas. Dans la cas de l'affaire Ping An, l'investissement du groupe a été réalisé en 2007. Ce dernier avait voté contre la vente de la banque Fortis à l'Etat belge en 2009. Lors de l'affaire Salini, les arbitres avaient estimé que la durée minimale était de 2 ans. Par conséquent, l'investissement de Ping An répond au critère de la durabilité bien que ce seul critère ne puisse permettre de conclure que l'opération est un investissement au sens de la Convention de Washington.

Dans le cadre de l'investissement de portefeuille, il nous semble que ce critère est important car l'exigence de durabilité peut facilement ne pas être respectée avec ce type d'investissement. Effectivement, l'investissement de portefeuille dont la caractéristique est de pouvoir prévoir les fluctuations défavorables, peut être retiré à tout moment<sup>261</sup>. L'étude de l'opération au cas par cas est donc de mise.

Quid de la contribution au développement de l'Etat d'accueil ? Cette conséquence de l'investissement ne nous semble pas utile pour pouvoir qualifier l'opération d'investissement. A priori, le fait d'investir dans le capital d'une société se situant sur le territoire de l'Etat d'accueil aura un impact positif sur le développement économique de celui-ci. Lorsque le

---

<sup>260</sup> I. BROWNLIE, « Treatment of Aliens: Assumption of Risk and International Law », sous la direction de W. FLUME, H. J. HAIN, G. KEGEL, K. R. SIMMOND, *International Law and Economic Order: Essays in Honour of F. A. Mann*, 1997, p. 309 et 311, cité par M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 9.

<sup>261</sup> M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 314.

groupe Ping An investit dans le groupe Fortis, nous pouvons imaginer que ce dernier participe à l'emploi de l'Etat d'accueil en l'occurrence la Belgique. Nous maintenons notre position quant au fait que la contribution au développement de l'Etat hôte est une conséquence de l'investissement ne devant pas être considéré comme un critère de la notion.

Une dernière question importante est celle de savoir s'il est nécessaire que l'investisseur ayant réalisé une opération d'investissement de portefeuille puisse intervenir dans la gestion journalière de la société pour que l'opération soit qualifiée d'investissement au sens de la Convention de Washington. La réponse se trouve peut-être dans une sentence rendue dans l'affaire CMS c. Argentine<sup>262</sup>. Pour la première fois, les arbitres ont accordé de manière explicite le droit pour un actionnaire étranger, même minoritaire, d'une société de droit local victime d'agissements de l'Etat d'accueil d'en demander directement réparation devant un tribunal international<sup>263</sup>. Les arbitres jugent que la tendance des sentences rendues dans le cadre du Centre indique que l'essence de l'investissement au sens de la Convention de Washington n'est pas une question de majorité ou de contrôle.

Par conséquent, un investisseur ayant réalisé un investissement de portefeuille peut obtenir réparation de mesures affectant, dans l'Etat d'accueil, la société de droit local dans laquelle il a pris une participation, peu importe que cet investisseur détienne le contrôle de la société.

Il nous semble qu'aujourd'hui les arbitres, comme dans l'affaire *Abaclat c. Argentine*, donnent une « pleine considération à la réalité économique de l'opération »<sup>264</sup>.

Le droit de l'investissement est en perpétuel renouvellement reflétant la modification du comportement des parties prenantes aux opérations d'investissement et plus généralement « l'élan général de libération de l'économie »<sup>265</sup>.

Le droit doit donc suivre cet élan en évoluant. Il nous semble que l'investissement, tel que nous l'avons défini, qu'il soit direct ou de portefeuille, est susceptible de faire l'objet d'un

---

<sup>262</sup> Affaire CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine, décision sur la compétence du 17 juillet 2003, CIRDI affaire ARB 01/8, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf> (dernière visite le 18 juillet 2014).

<sup>263</sup> E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pendone, 2004, p. 810.

<sup>264</sup> D. E. ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage...*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>265</sup> A. BENCHENEB, « Sur l'évolution de la notion d'investissement », sous la direction de C. LEBEN et P. KAHN, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Paris, Litec, 2000, p. 187,

différend traité devant les juridictions du CIRDI lorsqu'il répond aux différentes conditions de notre définition.

## Conclusion

Aujourd'hui, le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements compte 159 Etats signataires dont 150 ont déposé leurs instruments de ratification<sup>266</sup>. Le Centre est devenu l'incontournable en cas de conflit en matière d'investissement. Néanmoins, depuis la création du CIRDI, la notion d'investissement suscite le questionnement. Lors des négociations de la Convention de Washington déjà, les Etats s'opposaient quant à la portée de ladite notion. Bien qu'une cinquantaine d'années se soit écoulée depuis la création du Centre, la définition demeure le grand point d'interrogation.

Les arbitres statuant dans les affaires soumises aux tribunaux du Centre se sont prononcés sur cette notion primordiale. Malheureusement, le chemin, compliqué à emprunter, a rendu leurs avis divergents. Certains penchant pour une ligne de conduite objective, les autres se tournant vers une conception subjective, le chemin est à deux voies. Plus récemment, une troisième voie a fait converger ces deux tendances : la voie intermédiaire. Malgré leurs efforts, les arbitres ne sont pas parvenus à stabiliser la notion.

La doctrine s'est aussi intéressée au sujet de la notion d'investissement à de très nombreuses reprises. Nous avons pu constater qu'un ensemble important d'auteurs s'est attelé à la tâche d'une définition. De nouveau, tous ces auteurs de doctrine ne sont pas d'accord entre eux. Devons-nous alors parler d'une fatalité de la notion maudite d'investissement ?

Le sens juridique est nécessaire à la bonne application du droit. Il est par conséquent important de connaître le phénomène, en l'occurrence l'opération d'investissement, pour lui appliquer le droit relatif à celui-ci. La sécurité juridique et la transparence ne se voient renforcer que lorsque le phénomène peut être appréhendé par une définition.

L'investissement n'est pas une notion vide, une définition peut donc en être donnée. Sur base des principes des sciences économiques, l'investissement doit se comprendre comme une opération par laquelle un capital est créé et dont l'investisseur peut attendre un revenu issu de cette opération. Le droit possédant une branche relative à l'investissement, une définition juridique doit être recherchée.

---

<sup>266</sup> CIRDI, Liste des Etats contractants et signataires de la Convention (au 11 avril 2014), [www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org).

Le but de notre étude est d'avoir pu expliciter l'ensemble des tendances tant jurisprudentielles que doctrinales afin de développer notre propre définition. Cette définition que nous qualifions d'objective permet grâce à différents critères de qualifier une opération d'investissement. La seule volonté des parties nous semble être le point de départ de la compétence du Centre mais n'est pas pertinente pour la qualification de l'opération. Nous retenons donc deux critères essentiels que sont l'apport et le risque politique. L'apport de l'investisseur et la soumission au risque politique sont les deux caractéristiques de l'investissement permettant de le différencier des autres opérations économiques et financières avec lesquelles il partage des caractéristiques comme l'influence sur la gestion, la participation au développement de l'Etat d'accueil, le risque commercial, la durabilité et le bénéfice espéré.

Lorsque l'opération répond aux différents critères, elle peut être qualifiée d'investissement. Dans ce cas et lorsque l'ensemble des autres conditions relatives à la compétence des tribunaux du CIRDI sont remplies, les tribunaux du Centre doivent se déclarer compétent pour traiter de l'affaire en cause et ce peu importe que l'opération soit un investissement direct étranger ou un investissement de portefeuille.

Lorsqu'un investisseur décide de réaliser une activité dans un Etat autre que l'Etat dans lequel il est ressortissant, des garanties sont indispensables. Lorsqu'un différend s'installe entre cet investisseur et l'Etat d'accueil de l'activité, l'investisseur doit pouvoir régler ce différend devant une juridiction impartiale. Le but de l'arbitrage du CIRDI est d'offrir cette garantie dans le cadre d'une opération d'investissement international.

Ce mécanisme permet de vivre ensemble. Le droit international public est en effet mis en place dans le but de permettre à l'ensemble de l'humanité, répartie dans des espaces politiques autonomes appelés Etats, de vivre ensemble. Il s'agit du droit des relations juridiques de la communauté internationale. Il est par conséquent nécessaire que chacun puisse comprendre ce que chaque notion, telle la notion d'investissement, recouvre.

« Le droit international est, pour les Etats, non seulement, un ensemble normatif, mais aussi un langage commun »<sup>267</sup>.

---

<sup>267</sup> B. BOUTROS-GHALI, sixième secrétaire général des Nations-Unies de 1992 à 1996.



# Bibliographie

## Législation

### Conventions

Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 avril 1965.

Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 354.

Convention de Séoul du 11 Octobre 1985 Portant Création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements.

### Rapports

Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 avril 1965, *Convention et règlements du CIRDI*, 2006, p. 35, [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR\\_French-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf) (dernière visite le 17 avril 2014).

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol II, 1966, p. 187.

### Instruments d'institutions internationales

Code OCDE de la libération des mouvements de capitaux, 2007, <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/38073320.pdf> (dernière visite le 15 juillet 2014)

OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, Paris, OCDE, 2010, p. 56, <http://www.oecd.org/fr/industrie/inv/statistiques/etanalysesdelinvestissement/40632182.pdf> (dernière visite le 15 juillet 2014).

Annexe D - Liste générale des mouvements internationaux de capitaux et de certaines opérations connexes, Code de la libération des mouvements de capitaux, OCDE, [http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/CapitalMovements\\_WebFrench.pdf](http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/CapitalMovements_WebFrench.pdf) (dernière visite le 15 juillet 2014).

FMI, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale*, 6<sup>ème</sup> édition, Washington D.C., Fond monétaire international, 2009, p. 108.

IMF Communication to WTO Working Group on the Relationship between Trade and Investment, WTO Doc. WT/WGTI/W/61, 3 novembre 1998.

## **Doctrine**

### **Ouvrages**

D'AGOSTINO (S.) et al., *Dictionnaire de sciences économiques et sociales*, Bréal, Rosny, 2008, 577 p.

ARÈS (M.), BOULANGER (E.), *L'investissement et la nouvelle économie mondiale : trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 501 p.

BROWN (C.), MILES (K.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge university press, 2011, 699 p.

CARREAU (D.), FLORY (T.) et JUILLARD (P.), *Droit International Economique*, Paris, LGDJ, 1980, 691 p.

CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2007, 744 p.

COLSON (J.-P.), IDOUX (P.), *Droit public économique*, Paris, L.G.D.J., 2008, 843 p.

DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 433 p.

ESSADDAM (N.), *Risque politique canadien : une étude théorique et empirique*, Paris, Publibook, 2012, 518 p.

FERHAT (H.), DANY (K.), CABROL (E.), *Le CIRDI, 45 ans après. Bilan d'un système*, Paris, Pendone, 2011, 443 p.

GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pendone, 2004, 1105 p.

GILLES (A.), *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier, 2012, 534 p.

MANCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrages entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, 727 p.

ONGUENE ONANA (D. E.), *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements : les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 619 p.

OMAN (C.), *Les nouvelles formes d'investissement dans les industries des pays en voie de développement : industries extractives, pétrochimie, automobile, textile, agro-alimentaire*, Paris, Centre de développement de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques, 1989, 320 p.

PRADEL (P.-M.), *L'épargne et l'investissement*, Paris, P.U.F., 1959, 128 p.

SCHREUER (C.), *The ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 1466 p.

SCHREUER (C.), *The ICSID Convention : a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 1524 p.

M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 525 p.

WITTGENSTEIN (L.), *Recherches Philosophiques*, Paris, Gallimard, 2014, 372 p.

ZORILA (C. R.), *L'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers*, Clermont-Ferrand, Faculté de droit et des sciences politiques, Ecole doctorale des sciences économiques, juridiques et de gestion de l'Université d'Auvergne, 2012, 478 p.

## Articles

ATANASOV (O.), BÖHMER (L.), EL HAYEK (I.), GILLES (A.), MONEBHURRUN (N.), Prezas (I.), « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chronique du contentieux 2010 », *R.H.D.I.*, 2011, p. 715 à 773.

BENCHENEB (A.), « Sur l'évolution de la notion d'investissement », sous la direction de C. LEBEN et P. KAHN, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Paris, Litec, 2000, p. 177 à 196.

BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement, notion maudite du système Cirdi », *Gazette du Palais*, 14 et 15 décembre 2007, p. 33 et s., cité par S. MANCIAUX, « The Notion of Investment : New Controversies », *The journal of World Investment & Trade*, 2008, p. 801 à 824.

BEN HAMIDA (W.), « Two nebulous ICSID Features : The notion of Investment and the Scope of annulment control », *J. Int. Arb.*, 2007, p. 287 à 306.

BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investisseur : les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au Cirdi, et la notion d'investissement : la notion maudite du système Cirdi », *Les cahiers d'arbitrage - Gazette du Palais*, 2007, p. 31 à 39.

CAYLA (O.), « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1993, n° 18, p. 3 à 18.

DEKASTROS (M.), « Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention », *The Journal of World Investment & Trade*, 2013, p. 286 à 319.

DELAUME (G.), « Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Cirdi), *J. D. I.*, 1982, p. 775 à 843.

FADLALLAH (I.), « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du Cirdi ? », sous la direction de G. AKSEN, *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution: liber amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, ICC Publishing, 2005, p. 259 à 268.

GAILLARD (E.), « Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice », sous la direction de C. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH et S. WITTICH, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 403 à 416.

GAILLARD (E.), « Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », sous la direction de J.-M. SOREL, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle*, Paris, Pedone, 2009, p. 17 à 32.

P. JUILLARD, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *J.D.I.*, 1979, p. 274 à 325.

JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.*, 1994, p. 9 à 216.

KAHN (P.), « L'extension de la notion d'investissement », sous la direction de J. BOURRINET, *Les investissements français dans le Tiers-Monde*, Paris, Economica, 1984, p. 111 à 114.

KHAN (P.), « Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie » *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Nijhoff, Leiden, 2007, p. 17 à 62.

KHAYAT (D.), « La notion d'investissement devant le Cirdi », sous la direction de F. HORCHANI, *CIRDI 45 ans après. Bilan d'un système*, Paris, Pedone, 2011, p. 41 à 54.

KOVAR (R.), « La compétence du Cirdi », *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965*, Paris, Pedone, 1969, p. 25 à 51.

LEGUM (B.), MOUAWAD (C.), « The meaning of “investment” in the ICSID Convention », sous la direction de P. H. F. BEKKER, R. DOLZER et M. WAIBEL, *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 326 à 356.

LONCLE (J.-M.), « La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI », *Int. Bus. L. J.*, 2006, p. 319 à 331.

MANCIAUX (S.), « The Notion of Investment: New Controversies », *The journal of World Investment & Trade*, 2008, p. 443 à 466.

MANCIAUX (S.), « Cirdi. Chroniques des sentences arbitrales », *Journal du droit international*, 2011, p. 565 à 624.

MORTENSON (J. D.), « The Meaning of “Investment” : ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law », *Harvard International Law Journal*, 2010, vol. 51, p. 257 à 318.

ONGUENE ONANA (E.), « Décisions et sentences commentées », sous la direction de S. MANCIAUX, « Cirdi. Chroniques des sentences arbitrales », *J. D. I.*, 2012, p. 284 à 314.

ONGUENE ONANA (E.), « Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI », *R. G. D.*, 2012, p. 57 à 104.

PAREDES (F.-X.), « La conformité de l'investissement au droit national, condition de sa protection internationale », *ICSID Review*, 2014, p. 484 à 492.

RUBINS (N.), « The notion of “investment” in international investment arbitration », sous la direction de N. HORN et S. KRÖLL, *Arbitrating foreign investment disputes - procedural and substantive legal aspects*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, p. 283 à 324.

SCHREUER (C.), « Commentary on the ICSID Convention: Article 25 », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1996, p. 318 à 490.

VERBEEREN (F.), « La Belgique devant le C.I.R.D.I. Analyse des règles de compétence », *J.T.*, 2013, p. 229 à 233.

WILLIAMS (D. A. R.), FOOTE (S.), « Recent developments in the approach to identifying an “investment” pursuant to Article 25 (1) of the ICSID Convention », sous la direction de C. Brown et Ka. Miles, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 42 à 64.

WITTICH (S.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 403 à 416.

YALA (F.), « La notion d’investissement dans la jurisprudence du CIRDI : actualité d’un critère de compétence controversé (les affaires *Salini*, *SGS* et *Mihaly*) », sous la direction de C. LEBEN, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 281 à 306.

YASSEEN (M. K.), « L’interprétation des traités d’après la convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, 1976, p. 1 à 114.

## Jurisprudence

### Sentences et décisions CIRDI

Affaire **Letco** c. République du Libéria, sentence du 31 mars 1986, CIRDI affaire ARB 83/2, E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pendone, 2004, p. 201.

Affaire **Fedax NV** c. République du Venezuela, sentence du 11 juillet 1997, CIRDI affaire ARB 96/3, §43, [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf) (dernière visite le 4 avril 2014).

Affaire **Lanco International Inc.** c. République d’Argentine, décision sur la compétence du 8 décembre 1998, CIRDI affaire ARB/97/6, §§ 10-16, [http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450\\_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf) (dernière visite le 9 mars 2014).

Affaire **Antoine Goetz et consorts** c. République du Burundi, sentence du 10 février 1999, CIRDI affaire ARB 95/3, <http://italaw.com/documents/Goetz-Award.pdf> (dernière visite le 23 avril 2014).

Affaire **Ceskoslovenska Obchodni Banka** c. République de Slovaquie, décision sur la compétence du 24 mai 1999, CIRDI affaire ARB/97/4, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0144.pdf> (dernière visite le 14 juillet 2014).

Affaire **Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A.** c. Royaume du Maroc, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, CIRDI affaire ARB/00/4,

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>, (dernière visite le 23 avril 2014).

Affaire **Mihaly International Corporation** c. République socialiste démocratique du Sri Lanka, sentence du 15 mars 2002, CIRDI affaire ARB/00/2, §§ 375-381, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf> (dernière visite le 10 mars 2014).

Affaire **Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A.** c. République arabe d’Egypte, sentence du 12 avril 2002, CIRDI affaire ARB 99/6, § 100 et 101, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf> (dernière visite le 23 avril 2014).

Affaire **CMS Gas Transmission Company** c. République d’Argentine, décision sur la compétence du 17 juillet 2003, CIRDI affaire ARB 01/8, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf> (dernière visite le 18 juillet 2014).

Affaire **Generation Ukraine Inc.** c. Ukraine, sentence du 16 septembre 2003, CIRDI affaire ARB/00/9, §§ 8-9, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf> (dernière visite le 9 mars 2014).

Affaire **Azurix Corporation** c. République d’Argentine, décision sur la compétence du 8 décembre 2003, CIRDI affaire ARB/01/12, §§ 59-65, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0060.pdf> (dernière visite le 9 mars 2014).

Affaire **IBM World Trade Corporation** c. République d’Equateur, décision sur la compétence du 22 décembre 2003, CIRDI affaire ARB 02/10, §§ 11-18, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1021.pdf> (dernière visite le 9 mars 2014).

Affaire **Mr. Patrick Mitchell** c. République démocratique du Congo, décision d’annulation de la sentence du 9 avril 2004, décision du 1<sup>er</sup> novembre 2006, CIRDI affaire ARB 99/7, § 31, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf> (dernière visite le 16 juillet 2014).

Affaire **Tokios Tokelès** c. Ukraine, décision sur la compétence du 29 avril 2004, CIRDI affaire ARB 02/18, §84, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf> (dernière visite le 16 juillet 2014).

Affaire **Joy Mining Machinery Limited** c. République arabe d’Egypte, sentence du 6 août 2004, CIRDI affaire ARB 03/11, § 57, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0441.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014).

Affaire **Consortium Groupement LESI-Dipenta** c. République populaire d'Algérie, sentence du 10 janvier 2005, CIRDI affaire ARB/03/8, §13, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014)

Affaire **Aguas del Tunari SA** c. République de Bolivie, décision sur l'objection de compétence du 21 octobre 2005, CIRDI affaire ARB/02/3, §278, [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0020\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0020_0.pdf) (dernière visite le 12 avril 2014).

Affaire **Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS** c. République islamique du Pakistan, décision sur la compétence du 14 novembre 2005, CIRDI affaire ARB/03/29, §130, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014)

Affaire **SAUR International** c. République d'Argentine, décision relative aux exceptions à la juridiction du 27 février 2006, CIRDI affaire ARB/04/4, § 82, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1017.pdf> (dernière visite le 10 mars 2014).

Affaire **L.E.S.I. S.p.A. et Astaldi S.p.A.** c. République algérienne démocratique et populaire, sentence du 12 juillet 2006, CIRDI affaire ARB 05/3, [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0456\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0456_0.pdf) (dernière visite le 2 juillet 2014).

Affaire **Saipem SpA** c. République populaire du Bangladesh, décision sur la compétence et recommandation de mesures provisoires du 21 mars 2007, CIRDI affaire ARB/05/07, §99, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0733.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014)

Affaire **Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd** c. Gouvernement de Malaisie, sentence du 17 mai 2007, CIRDI affaire ARB/05/10, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014).

Affaire **M.C.I. Power Group L.C. et New Turbine Inc.** c. République d'Equateur, sentence du 31 juillet 2007, CIRDI affaire ARB/03/06, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0500.pdf> (dernière visite le 14 juillet 2014).

Affaire **Victor Pey Casado et fondation « President Allende »** c. République du Chili, sentence du 8 mai 2008, CIRDI affaire ARB/98/2, § 232, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0638.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014).

Affaire **Biwater Gauff Ltd.** c. République-Unie de Tanzanie, sentence du 24 juillet 2008, CIRDI affaire ARB/05/22, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf> (dernière visite le 14 juillet 2014).

Affaire **Phoenix Action Ltd.** c. République Tchèque, sentence du 15 avril 2009, CIRDI affaire ARB 06/5, § 78, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>, (dernière visite le 16 juillet 2014).

Affaire **Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd** c. Gouvernement de Malaisie, décision d'annulation du 16 avril 2009, CIRDI affaire ARB 05/10, §80, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0497.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014).

Affaire **Abaclat et autres** c. République d'Argentine, décision sur la compétence et l'admissibilité du 4 août 2011, CIRDI affaire ARB 07/5, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0236.pdf> (dernière visite le 11 mars 2014).

Affaire **Hochtief AG** c. République d'Argentine, décision sur la compétence du 24 octobre 2011, CIRDI affaire ARB/07/31, §92, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0405.pdf> (dernière visite le 11 avril 2014).

Affaire **Saur International** c. République d'Argentine, décision sur la compétence et sur la responsabilité du 6 juin 2012, CIRDI affaire ARB 04/4, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1015.pdf> (dernière visite le 16 juillet 2014).

Affaire **Ambiente Ufficio S.P.A. and Others** c. République d'Argentine, décision sur la compétence du 8 février 2013, CIRDI affaire ARB/08/9, § 456, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf> (dernière visite le 16 avril 2014).

Affaire **Holiday Inns et autres** c. Royaume du Maroc, CIRDI affaire ARB 72/1,

Affaire **Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited** c. Royaume de Belgique, CIRDI affaire ARB 12/29.

## **Autres décisions**

### **Cour internationale de justice**

Affaire de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal), arrêt CIJ du 12 novembre 1991, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1991, p. 50.

Affaire du différend territorial (Jurnuhiriyu arabe libyenne c. Tchad), arrêt CIJ du 3 février 1994, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1994, p. 6.

Affaire LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt CIJ du 27 juin 2001, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 2001, p. 466.

Affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt CIJ du 13 juillet 2009, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 2009, p. 213.

### **Organisation mondiale du commerce**

Affaire United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, décision de l'organe d'appel de l'OMC du 29 avril 1996, <http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/us-gasoline%28ab%29.pdf> (dernière visite le 16 avril 2014).

# Table des matières

Introduction .....	4
Partie I – La Convention de Washington de 1965 et le CIRDI.....	6
Chapitre I – L’adoption de la Convention .....	6
Chapitre II – La Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements .....	7
Section I – Siège et sentences arbitrales .....	8
Section II – Compétence .....	8
1. Consentement des parties .....	8
2. Identité des parties .....	9
3. Nature du différend .....	9
a. Différend d’ordre juridique .....	9
b. Différend relatif à un investissement .....	10
Chapitre III – L’absence de définition de la notion d’investissement .....	11
Partie II – La notion d’investissement en vertu de la Convention de Washington .....	13
Préalable .....	13
Chapitre I – Interprétation de l’article 25 (1) de la Convention CIRDI .....	13
Section I – La convention de Vienne sur le droit des traités.....	14
1. Application des articles 31 et 32 .....	14
a. Le sens ordinaire .....	15
b. Le contexte .....	16
c. L’objet et le but .....	17
d. Conclusion.....	18
3. L’article 32 de la Convention de Vienne .....	18
Section II – La pratique ultérieurement suivie.....	20
Chapitre II – Les trois écoles jurisprudentielles .....	21
Section I – L’approche objective .....	21
1. Présentation.....	21
2. L’affaire Salini .....	22
3. Quatre critères .....	23

a.	Premier critère : les apports.....	23
b.	Deuxième critère : la durée d'exécution .....	24
c.	Troisième critère : la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil.....	24
d.	Quatrième critère : la participation au risque .....	25
4.	Notion dépourvue de subjectivité .....	26
	Section II – Le développement de l'Etat d'accueil comme critère unique .....	27
	Section III – L'approche consensuelle ou subjective.....	29
1.	La définition subjective de l'investissement.....	29
2.	Précision.....	30
3.	Décisions appliquant cette conception.....	31
4.	Analyse de décisions et sentences arbitrales rendant compte de cette conception	31
a.	Affaire Fedax c. Venezuela.....	31
b.	Affaire Mihaly c. Sri Lanka .....	32
c.	Affaire Antoine Goetz et consorts c. Burundi.....	32
d.	Affaire Abaclat et autres c. Argentine.....	33
	Section III – L'approche intermédiaire .....	35
1.	Définition .....	35
2.	Sentences des tribunaux du Centre .....	36
3.	Nécessité de critères.....	37
	Chapitre III – La notion d'investissement : idée du concept et sens économique.....	37
	Section I – La notion d'investissement : son sens de base.....	37
	Section II – La notion d'investissement : son sens économique .....	38
	Section III – Transposition du concept économique dans la sphère juridique.....	39
1.	Différence entre la notion économique et la notion juridique .....	39
2.	Définition de l'investissement contenue dans différents instruments internationaux 40	
a.	Définition de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE).....	40
b.	Définition de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)	41
c.	Définition du Fond monétaire international (FMI) .....	43
3.	Définition juridique de l'investissement.....	44
	Chapitre IV – Tentative de définition de la notion d'investissement.....	45
	Section I – L'apport .....	45

1. Principe .....	45
2. Elément substantiel .....	47
Section II – La durabilité .....	47
Section III – Le risque.....	48
1. Deux types de risque .....	48
2. Le risque politique : critère de l’investissement .....	49
3. Risque dans le chef des deux parties.....	50
Section IV – La contribution au développement de l’Etat d’accueil .....	50
1. Principe .....	50
2. Application par les tribunaux du CIRDI.....	51
a. L’affaire Salini : point de départ .....	51
b. Affaire Mitchell c. Congo .....	52
c. Affaire Malaysian Historical Salvors c. Malaisie.....	52
d. Affaire Victor Pey Casado c. Chili.....	53
3. Caractéristique contingente et non critère de l’investissement.....	53
Section V – La gestion .....	54
Section VI – Le bénéfice.....	55
Section VII – La légalité de l’investissement .....	56
1. Condition d’existence de l’investissement ?.....	56
2. Condition de protection.....	57
Section VIII – Essai de définition .....	58
Partie III – L’investissement et le « <i>portfolio investment</i> » .....	60
Chapitre I – Définition du « <i>portfolio investment</i> » .....	60
Chapitre II – Compétence des tribunaux CIRDI .....	61
Conclusion.....	65
Bibliographie.....	68



Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique [www.uclouvain.be/drt](http://www.uclouvain.be/drt)

