

PRESSES
UNIVERSITAIRES
DE FRANCE

Jean-Pierre Laviec
Michel Virally

Protection et promotion des investissements

*Étude de droit international
économique*

Protection et promotion
des investissements

Etude de droit international économique

*Protection et promotion
des investissements*

étude de droit international économique

Préface par

Michel Virally

Professeur à l'Université de droit

de Grenoble et de l'Institut d'études de Paris

et à l'Institut international de

Recherche juridique internationale de Genève

806
22894
(11)

078

PUBLICATIONS DE L'INSTITUT UNIVERSITAIRE
DE HAUTES ETUDES INTERNATIONALES - ISSN 0761-4578
GENEVE

11380-3881-4031-10
578
34
45,46

Jean-Pierre Laviee

Protection et promotion
des investissements

Etude de droit international économique

Préface par

Michel Virally

Professeur à l'Université de droit,
d'économie et de sciences sociales de Paris
et à l'Institut universitaire de
hautes études internationales de Genève



Presses Universitaires de France

198 B

DI - 16-04-1986 - 08611

Cet ouvrage a été couronné du Prix Paul Guggenheim en 1985.

Protection et promotion
des investissements
Étude de droit international économique

Préface par
Michel Virally
Professeur à l'Université de droit,
Économie et des sciences sociales de Paris
et à l'Institut universitaire de
hautes études internationales de Genève



ISBN 2-13-039167-2
Dépôt légal - 1^{ère} édition : 1985, novembre

© Presses Universitaires de France, 1985
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

Pour Jacqueline

1877

1877

Four Journeys



1877

PRÉFACE

Le droit international des investissements étrangers, partie détachée — et de plus en plus détachée — du droit international des étrangers, constitue probablement l'un des domaines du droit international économique où se manifestent les désaccords les plus sérieux, spécialement dans les rapports entre pays industrialisés et pays en voie de développement. A ce titre, il fait l'objet de l'un des chapitres les plus tourmentés du droit international du développement.

Malgré — ou à cause — de cela, c'est aussi un des secteurs où sont conclues le plus grand nombre de conventions. Ce paradoxe apparent s'explique, au moins partiellement, par une double contradiction. D'une part, beaucoup de pays du Tiers Monde, préoccupés de sauvegarder leur souveraineté économique, manifestent de la méfiance à l'égard des investissements étrangers, surtout s'ils sont le fait de sociétés multinationales. En même temps, ils recherchent les avantages économiques et techniques susceptibles de leur être apportés par de tels investissements, qu'ils s'efforcent en conséquence d'attirer. D'autre part, de nombreuses sociétés sont elles-mêmes séduites par les perspectives de profits qui leur sont offertes dans des pays en voie de développement, mais elles redoutent les risques dits « politiques », c'est-à-dire extra-commerciaux, qu'elles courent dans ces pays, dont la vie politique est souvent marquée par l'instabilité et dont l'appareil économique doit, plus souvent encore, faire l'objet de transformations profondes, dont elles peuvent avoir à supporter directement les effets.

La solution de ces difficultés a pu être cherchée, dans un premier temps, dans l'adoption de législations nationales appropriées : codes des investissements dans les pays importateurs d'investissements, systèmes d'assurance dans les pays exportateurs. Ces mécanismes ne pouvaient pas, cependant, donner entièrement satisfaction, notamment en raison de leur fragilité : une loi peut toujours être modifiée par une autre loi. Les contrats de droit privé auxquels un Etat est partie ne sont pas eux-mêmes toujours à l'abri d'une réforme législative et les contrats administratifs sont peut-être encore plus malléables. La protection des étrangers par la loi nationale trouve ses limites précisément dans le fait qu'elle est nationale.

Le niveau supérieur de protection est apporté par le droit international, que les Etats ne peuvent manipuler individuellement : droit international coutumier, qui comporte de nombreuses règles protectrices des intérêts étrangers, ou, s'il est insuffisant, contesté ou mal adapté, droit conventionnel, que les Etats peuvent modeler selon leurs besoins, lorsqu'ils sont d'accord pour le faire, mais qu'ils doivent ensuite respecter. La prolifération des traités de promotion et de protection des investissements s'explique, dès lors, aisément. Ils représentent une forme moderne des traités de commerce et d'établissement et constituent aujourd'hui un réseau de plus en plus dense, en même temps qu'un

chapitre extrêmement dynamique du droit international économique, lequel, on le sait, se rattache à la fois au droit international public et au droit commercial international (ou transnational), ou, plus exactement, chevauche la frontière, de plus en plus indistincte, qui est censée séparer ces deux disciplines.

Le grand intérêt de l'ouvrage de Monsieur Jean-Pierre Laviec est de présenter une vue complète et ordonnée de ce système d'accords, maintenant bien développé et dont l'importance pratique est considérable. Sans doute n'est-il pas le premier à s'y être attaqué, mais les études générales précédemment consacrées à ce sujet, en langue française tout au moins, ont plus de vingt ans et datent dans une matière en si rapide mutation. De plus, il a su réunir une documentation considérable, comprenant pratiquement tous les accords conclus au moment de la rédaction de son travail, et dont la liste nous est fournie. Il a soumis ces instruments à un examen approfondi, en pleine connaissance des mécanismes économiques des investissements qui ont, bien évidemment, été déterminants dans les préoccupations de leurs négociateurs.

On admirera la fermeté et la sûreté de l'analyse menée à travers les chapitres qui composent cet ouvrage, ainsi que l'équilibre et la maturité de jugement dont l'auteur a su faire preuve, qu'il s'agisse de l'exposé des dispositions conventionnelles, ou de l'appréciation de l'état du droit coutumier. Il s'agit là d'un ouvrage dont l'intérêt sera durable, malgré l'évolution que connaît la matière et qu'elle connaîtra probablement encore dans les années qui viennent. Les réflexions qu'il présente sont, en effet, établies sur des fondations assez profondes pour résister au temps qui passe. Le lecteur s'en convaincra rapidement.

Michel Virally

Professeur à l'Université de droit, d'économie
et de sciences sociales de Paris
et à l'Institut universitaire
de hautes études internationales de Genève

AVANT-PROPOS

Cet ouvrage est le résultat de cinq années de recherches, entreprises auprès de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, et, au-delà, d'une douzaine d'années d'expériences professionnelles, consacrées en partie à traiter des problèmes qu'il aborde.

Plusieurs personnes ont largement contribué à son processus de maturation; qu'on me permette ici de les remercier. L'expression de ma gratitude s'adresse d'abord à Monsieur Stuart Robinson, Directeur au GATT et Professeur associé à l'Institut, qui m'a fait bénéficier de sa profonde connaissance des relations monétaires et financières internationales, durant ces années où j'ai eu le privilège de l'assister dans son enseignement. Elle s'adresse aussi à Monsieur Michel Virally, Professeur à l'Université de Paris et à l'Institut, qui m'a fait l'honneur de préfacer l'ouvrage; il m'a ouvert des horizons conceptuels auxquels ce travail doit beaucoup. De son côté, Monsieur Pierre Lalive, Professeur à l'Université de Genève et à l'Institut, a bien voulu me guider au travers des complexités du droit commercial international, avec le sens des réalités et le dynamisme intellectuel qui lui sont propres. Bien que l'ouvrage porte les marques de leurs influences, il va de soi que j'assume seul la responsabilité des opinions qu'il contient.

Sur un plan plus matériel, je suis redevable envers de nombreux juristes et diplomates, trop nombreux pour être nommés, qui m'ont apporté leur appui. Des responsables de ministères, de missions diplomatiques à Genève, de banques, d'organismes de garantie des investissements ont participé à la mise en oeuvre de l'étude, en acceptant de me fournir maints documents et informations. Une note spéciale de gratitude revient aux bibliothécaires de l'Institut et du Palais des Nations de Genève, pour leur aide efficace et leur bienveillance.

Cet ouvrage est dédié à ma femme, Jacqueline Jouanguy-Laviec; ce que je lui dois se situe au-delà de tout commentaire.

Genève, avril 1985

Jean-Pierre Laviec

AVANT-PROPOS

Il me a été donné de participer à la discussion de ce livre...

C'est un ouvrage qui a été écrit par un homme de lettres...

Le livre est divisé en deux parties, la première est consacrée...

La seconde partie est consacrée à l'analyse des différents...

Il faut donc se demander si ce livre est destiné à un...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

Il est certain que ce livre est un ouvrage de haute...

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1. <i>La protection des investissements étrangers</i>	2
2. <i>La coopération en matière d'investissements</i>	5
3. <i>Les Conventions d'investissement</i>	6
a. Répartition - b. Origine et évolution - c. Typologie.	
CHAPITRE I	
DÉFINITIONS DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS	11
Section I. La notion d'investissement	12
4. <i>Biens, droits et intérêts</i>	14
5. <i>Le renvoi au droit de l'Etat d'accueil</i>	16
a. La portée du renvoi - b. L'aspect finaliste de la notion - c. Définitions nationales des investissements.	
6. <i>Aspects économiques</i>	23
a. Les biens et droits composant un investissement - b. Opérations isolées ou combinées - c. Les revenus - d. La durée - e. Les mouvements de capitaux - f. Définitions économiques et juridiques.	
Section II. Formes juridiques	28
7. <i>La place des sociétés</i>	28
8. <i>Investissements en participation ou contractuels</i>	30
a. L'investissement direct et la notion de contrôle - b. L'évolution des formes d'investissement.	
Section III. Le rattachement d'un investissement à un Etat et à une économie nationale	36
9. <i>Les investisseurs</i>	36
10. <i>La nationalité des ressortissants</i>	38
11. <i>La nationalité des sociétés</i>	39
12. <i>La protection des sociétés contrôlées et des actionnaires</i>	43
a. Absence de dispositions - b. Attribution de la nationalité par recours au contrôle - c. Attribution de la nationalité par accord entre les parties - d. La protection des investissements <i>ratione materiae</i> - e. La protection des intérêts des actionnaires.	

Section IV. Le caractère privé ou public d'un investissement	49
13. <i>L'exclusion des investissements effectués par un Etat d'origine</i>	49

CHAPITRE II

L'ADMISSION DES INVESTISSEMENTS	53
---------------------------------	----

Section I. Le régime des Conventions	54
---------------------------------------------	----

14. <i>La compétence exclusive du pays d'accueil</i>	54
------------------------------------------------------	----

15. <i>Les principes d'admission en droit international</i>	56
a. Le droit coutumier - b. Le droit des traités.	

Section II. Modalités de l'admission	62
---------------------------------------------	----

16. <i>Conditions</i>	63
a. Conditions générales - b. Conditions particulières.	

17. <i>Procédures et formes</i>	65
a. Procédures - b. Formes.	

18. <i>L'extension d'un investissement initial</i>	69
----------------------------------------------------	----

19. <i>L'importation de capital</i>	71
-------------------------------------	----

Section III. Des mesures de promotion	73
----------------------------------------------	----

20. <i>Incidations des pays d'accueil</i>	74
-------------------------------------------	----

21. <i>Incidations des pays d'origine</i>	76
-------------------------------------------	----

CHAPITRE III

LES PRINCIPES DE TRAITEMENT	79
-----------------------------	----

22. <i>Traitement et protection</i>	81
a. Méthodologie - b. Le pesant héritage de la protection diplomatique.	

Section I. Les obligations coutumières de traitement	84
-------------------------------------------------------------	----

23. <i>La protection et la sécurité d'un investissement</i>	84
a. La protection accordée par le droit international - b. La doctrine du traitement national.	

24. <i>Le principe de non-discrimination</i>	90
----------------------------------------------	----

Section II. Les normes conventionnelles de traitement	93
--------------------------------------------------------------	----

25. <i>Le traitement équitable</i>	93
------------------------------------	----

26. <i>Le traitement national</i>	95
-----------------------------------	----

27. <i>Le traitement de la nation la plus favorisée</i>	98
---------------------------------------------------------	----

28. <i>L'effectivité des normes de traitement</i>	102
---------------------------------------------------	-----

Section III. Aspects du traitement d'un investissement	104
29. <i>La gestion d'une entreprise</i>	105
30. <i>L'exercice d'activités professionnelles et économiques</i>	106
31. <i>Le régime fiscal</i>	107
32. <i>La protection de la propriété intellectuelle</i>	110
33. <i>L'emploi de personnel étranger</i>	111
34. <i>L'octroi de subventions et d'aides publiques</i>	112
35. <i>L'indemnisation des pertes dues à une guerre, une révolution ou une insurrection</i>	113

CHAPITRE IV

LE TRANSFERT DES REVENUS ET DU CAPITAL INVESTI	117
------------------------------------------------	-----

36. <i>Les régimes conventionnels</i>	118
a. Le renvoi au droit de l'Etat d'accueil - b. Le principe du libre transfert - c. Le traitement de la nation la plus favorisée.	

Section I. Les régimes de transfert dans leur contexte	124
---------------------------------------------------------------	-----

37. <i>Les restrictions nationales de transfert</i>	124
38. <i>L'équilibre de la balance des paiements</i>	128
a. Le processus d'ajustement - b. L'approche sectorielle.	
39. <i>Les restrictions de transfert en droit coutumier</i>	135
40. <i>Le droit du Fonds monétaire international</i>	137
a. Les règles de transfert des Statuts du FMI - b. Les régimes bilatéraux et le droit du FMI.	

Section II. Les catégories de transferts	143
-------------------------------------------------	-----

41. <i>Les revenus</i>	143
42. <i>Le remboursement des emprunts</i>	146
43. <i>Le produit de la liquidation du capital</i>	147
44. <i>La rémunération d'activités professionnelles</i>	149
45. <i>Autorisation ou garantie</i>	150

Section III. Les règles monétaires des transferts	151
----------------------------------------------------------	-----

46. <i>Les taux de change</i>	152
47. <i>La monnaie de paiement</i>	153
48. <i>La question du maintien de la valeur d'un investissement</i>	154

CHAPITRE V

L'EXPROPRIATION ET LA NATIONALISATION	157
---------------------------------------	-----

Section I. Définitions	159
49. <i>Expropriation ou nationalisation</i>	159
a. La notion d'expropriation - b. La notion de nationalisation	
- c. L'identité des règles applicables.	
50. <i>Les mesures de dépossession, directes ou indirectes</i>	164
Section II. Les conditions de l'expropriation	172
51. <i>Les références au droit international général</i>	172
a. Le contenu des règles de droit international général - b. Le fon-	
dement des obligations internationales.	
52. <i>Le principe de non-discrimination</i>	182
53. <i>La cause d'utilité publique</i>	187
54. <i>Les prescriptions légales</i>	188
55. <i>La non-violation d'engagements spécifiques</i>	189
Section III. L'indemnisation	189
56. <i>La nature juridique de l'indemnisation</i>	190
a. La réparation - b. L'indemnisation - c. La portée de la	
distinction.	
57. <i>Le montant de l'indemnisation</i>	197
a. L'indemnisation adéquate - b. L'indemnisation juste et	
équitable.	
58. <i>Les délais de paiement</i>	206
59. <i>Les modalités de paiement</i>	208
a. Les modalités d'acquiescement - b. Le transfert des indemnités.	
Chapitre VI	
LA GARANTIE DES INVESTISSEMENTS EN DROIT CONVENTIONNEL	215
60. <i>Les systèmes nationaux de garantie des investissements. Aspects</i>	
<i>généraux</i>	216
a. L'assureur - b. L'assuré - c. L'investissement - d. Les risques	
couverts - e. Les conditions et modalités de la garantie - f. Le con-	
trat d'assurance.	
61. <i>Garantie et responsabilité internationale</i>	223
a. La garantie pour risques politiques: dimensions nationales et	
internationales - b. Les Conventions d'investissement, condition	
de la garantie.	
62. <i>La garantie des investissements, comme instrument de coopéra-</i>	
<i>tion financière pour le développement</i>	227
63. <i>La reconnaissance de la subrogation</i>	229
a. Aspects généraux - b. Portée de la subrogation conventionnelle.	

64. <i>Les effets de la subrogation</i>	235
a. Le recouvrement des indemnités d'assurance - b. La subrogation et le recours au CIRDI.	

CHAPITRE VII

LES RÉGIMES DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT	241
------------------------------------------	-----

Section I. Conventions et accords d'investissement - Le domaine d'application des Conventions

65. <i>Questions d'interprétation</i>	243
66. <i>Le respect d'obligations ou d'engagements spécifiques</i>	246
a. La notion d'obligation - b. Pacta sunt servanda	
67. <i>Les accords internationaux</i>	251
a. Accords et traités - b. La validité de la soumission d'un accord d'investissement au droit international.	

Section II. Effets des Conventions

68. <i>Les accords soumis au droit de l'Etat contractant</i>	256
69. <i>Les accords soumis au droit international</i>	258
70. <i>Les clauses de stabilisation</i>	261
71. <i>Les Conventions d'investissement, comme traités de couverture</i>	265

CHAPITRE VII

LE RECOURS AU CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS	269
--------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

72. <i>La Convention de Washington et le droit international relatif aux investissements étrangers</i>	269
a. Des investisseurs étrangers, sujets de droit international - b. Le consentement des parties - c. Le non-épuisement des recours internes - d. La renonciation à l'exercice de la protection diplomatique - e. L'équilibre des procédures.	

73. <i>Les références au CIRDI dans des Conventions d'investissement</i>	275
--------------------------------------------------------------------------	-----

Section I. La compétence du Centre

74. <i>Le consentement des parties</i>	277
a. Le consentement de l'Etat - b. Le consentement de l'investisseur.	
75. <i>Le statut des parties</i>	280
a. L'Etat - b. Les ressortissants de l'autre Etat.	
76. <i>La nature du différend</i>	284
a. Les différends d'ordre juridique - b. La notion d'investissement.	

Section II. Les effets du consentement à l'arbitrage	286
77. <i>Le principe de l'épuisement des recours internes</i>	286
78. <i>L'exercice de la protection diplomatique</i>	288
Section III. Les procédures	290
79. <i>Arbitrage ou conciliation</i>	290
80. <i>La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale</i>	291
CHAPITRE IX	
L'EQUILIBRE CONVENTIONNEL	295
81. <i>Le rôle du facteur-temps</i>	295
a. La durée des engagements convenus - b. Le problème de la stabilité du régime d'un investissement.	
82. <i>Fonctions et limites de la réciprocité</i>	298
a. La question de l'équivalence - b. L'équilibre des droits et obligations - c. Droit de protection et non-réciprocité.	
83. <i>Les modes de règlement des différends</i>	304
a. Les recours internes - b. L'arbitrage inter-étatique - c. Les arbitrages entre Etats et investisseurs étrangers.	
CONCLUSION	309
<i>Bibliographie</i>	313
<i>Index</i>	323



ABRÉVIATIONS

ADI	Anuario de Derecho Internacional
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJIL	American Journal of International Law
Annual Digest	Annual Digest of Public International Law Cases
ASDI	Annuaire Suisse de Droit International
BIRD	Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (Banque Mondiale)
British Digest	A British Digest of International Law
Brownlie, Principles	Principles of Public International Law
BYIL	The British Year Book of International Law
Caflich, Pratique suisse	La pratique suisse en matière de droit international public
CDI	Commission du Droit International
CIJ	Cour International de Justice
CIJ, Mémoires	Mémoires, plaidoiries et documents
CIJ, Recueil	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
Clunet	Journal du Droit International
Col. JTL	Columbia Journal of Transnational Law
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
CPJI, Série A	Recueil des Arrêts
CPJI, Série B	Recueil des Avis consultatifs
CPJI, Série A/B	Arrêts, ordonnances et avis consultatifs
DPCI	Droit et Pratique du Commerce International
FMI	Fonds Monétaire International
Guggenheim, Traité	Traité de Droit international public
GYIL	German Yearbook of International Law
Hackworth, Digest	Digest of International Law
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
IDI	Institut de Droit International
ILA	The International Law Association
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
ILW	Investment Laws of the World
JAIL	The Japanese Annual of International Law
JWTL	Journal of World Trade Law
Kelsen, Principles	Principles of International Law
Kiss, Répertoire	Répertoire de la pratique française en matière de droit international public

E. Lauterpacht, British Practice	British Practice in International Law
McNair, Opinions	International Law Opinions
NILR	Netherlands International Law Review
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economiques
ONU	Organisation des Nations Unies
Prassi italiana	La prassi italiana di diritto internazionale
RBDI	Revue Belge de Droit International
RC	Académie de Droit International, Recueil des Cours
RDI	Rivista di Diritto Internazionale
Répertoire suisse	Répertoire suisse de droit international public
Restatement (2d)	American Law Institute, Restatement of the Law, Se- cond - Foreign Relations Law of the United States
Rev. crit.	Revue critique de droit international privé
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RSANU	Nations Unies, Recueil des Sentences Arbitrales
RTNU	Nations Unies, Recueil des Traités
US Digest	Digest of United States Practice in International Law
Verzijl, International Law	International Law in Historical Perspective
Ch. de Visscher, Théories	Théories et Réalités en Droit International Public
Whiteman, Damages	Damages in International Law
Whiteman, Digest	Digest of International Law

INTRODUCTION

Au cours du XX^e siècle, peu de thèmes économiques auront été aussi controversés que celui des investissements étrangers. De par la place qui leur a été attribuée, à tort ou à raison, dans les expansions coloniales, les investissements étrangers se sont trouvés au centre des passions, idéologiques et politiques, de ce siècle. Et, bien que l'on connaisse aujourd'hui des expansionnismes autres que d'origine financière, il serait prématuré d'affirmer que les dissensions liées au rôle des investissements étrangers appartiennent au passé.

Notre propos n'est certes pas d'analyser les dimensions historiques, politiques, économiques du phénomène, ni *a fortiori* de céder aux passions évoquées. Le contexte et les faits seront supposés connus; à dessein, le champ de l'étude débute avec la fin de la période coloniale. Si le juriste est parfois décrit comme un technicien de la vie sociale, nous chercherons à expliciter les rouages juridiques qui meuvent, ou freinent, les relations internationales d'investissement.

Depuis 1960, le droit international relatif aux investissements étrangers a connu de profonds changements, sous l'effet des transformations qui se sont opérées dans la communauté internationale. Il en a résulté des remises en cause de cette branche du droit, des incertitudes quant à la validité actuelle de certains principes coutumiers, et un recours croissant aux règles des traités. Cet ouvrage a pour but d'exposer le droit en vigueur, en dégagant à la fois les éléments de continuité et d'évolution qui se sont manifestés au cours de la période contemporaine.

Plus précisément, l'analyse sera centrée sur le droit des traités. Ceux-ci sont de deux types. Le premier concerne des traités bilatéraux, dont le succès a été remarquable puisqu'environ 200 d'entre eux ont été conclus au cours de la période considérée, qui mettent en relation des pays exportateurs et des pays importateurs de capitaux; ils sont fréquemment dénommés des *Conventions relatives à la promotion et à la protection des investissements*. Le second est un traité multilatéral, la *Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats*, qui a été conclue à Washington le 18 mars 1965, sous les auspices de la Banque mondiale¹. Comme on le verra, il existe une corrélation croissante entre les règles de droit matériel, ou de fond, définies par les traités bilatéraux et le système de procédures mis en place par la Convention de Washington.

Le recours aux traités offre les avantages reconnus de la sécurité juridique, de la précision, et du libre consentement des Etats concernés. En période d'incertitude ou de fluctuations du droit, ils constituent un terrain ferme. Mais

¹ RTNU, v. 575 (1966), p. 161 (ci-après « Convention de Washington »); et *infra*, Chap. VIII, p. 269. La Convention a institué un « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements » (CIRDI).

des traités, faut-il le rappeler, ne doivent pas être analysés comme des systèmes hermétiques. Ils demeurent régis par le droit international général, qu'ils peuvent confirmer, auquel ils peuvent déroger, ou auquel ils font parfois référence; les dispositions d'un traité demandent à être interprétées à la lumière du droit international général qui lui est contemporain. En ce sens, notre étude prendra en considération les principes pertinents du droit des gens, ainsi que d'ailleurs, lorsque l'exposé l'exigera, des principes de droit international privé et de droit comparé.

A titre liminaire, nous voudrions expliciter les fondements de notre démarche. En règle générale, les questions d'investissement sont analysées sous l'angle de la protection; elles sont rarement abordées sous celui de la coopération économique. Nous nous interrogerons sur les causes de cette situation. D'une part, nous chercherons à cerner ce que la notion de protection recouvre; si toute règle de droit protège, par définition, les conditions, les formes, les effets d'une protection juridique varient. Lorsqu'on se réfère à la protection des investissements étrangers, qu'entend-on par là ? Cette question constituera l'un des thèmes majeurs de l'ouvrage.

L'autre se rapporte aux relations entre les aspects juridiques et les aspects économiques de la matière. Par rapport aux relations commerciales et monétaires entre pays, qui sont régies par divers accords multilatéraux et organisations internationales, les relations juridiques concernant les investissements internationaux demeurent dans un état plutôt sommaire. Du point de vue économique, un tel retard ne se justifie guère; les flux d'investissement ne sont pas moins importants que les transactions commerciales ou monétaires. Il se pourrait donc que des explications à ce phénomène soient à rechercher dans d'autres secteurs des relations internationales, notamment sur le plan juridique. En d'autres termes, existe-t-il des motifs pour considérer que le droit a favorisé, ou au contraire qu'il a freiné les possibilités de coopération entre pays exportateurs et importateurs de capitaux ? Sur quelles bases juridiques une telle coopération pourrait-elle progresser ? Ce sera le second thème de l'étude, qui est, d'ailleurs, étroitement lié au précédent.

Les questions de protection des investissements étrangers, et de coopération, occupent donc une place centrale dans cette branche du droit et dans notre propos. Dans cette partie introductive, nous nous efforcerons de les mettre en perspective.

1. *La protection des investissements étrangers*

Il existe, on l'a mentionné, de multiples formes de protection juridique. De plus, la matière étudiée, les investissements, reste largement inconnue du droit coutumier. Le concept d'investissement est d'origine récente, et il apparaît essentiellement dans le droit conventionnel. Il est donc possible que nous nous trouvions face à une matière nouvelle, qui devra être explorée sans recourir à des principes préexistants.

Pourtant, on rappellera qu'une vaste branche du droit des gens s'est développée depuis plus de deux siècles, dont l'objet est la protection des étrangers et de leurs biens. Dans ce contexte, la protection d'investissements, qui de prime abord sont des biens, renverrait à un corps de règles élaborées, à une tradition importante dans laquelle elle s'insérerait. A ce stade, une telle hypothèse ne

peut pas être exclue. Par là, quelques remarques sur le droit de la protection des étrangers et sur son évolution s'imposent.

En droit international, la protection d'un étranger repose sur une relation triangulaire. Elle met en présence deux Etats, sujets de droit international, et une personne, qui est la destinataire de la protection accordée par le droit des gens.

Selon les termes de *Vattel*², un souverain territorial doit protection à l'étranger qu'il reçoit, comme s'il s'agissait de l'un de ses propres sujets. Au cas où l'étranger serait victime d'un dommage, le souverain national pourrait exercer un droit de protection en faveur de son sujet, et à l'encontre de l'Etat auteur du dommage. Le droit de protection diplomatique, droit propre de l'Etat national, ne peut être exercé qu'en engageant la responsabilité internationale de l'Etat ayant commis un fait illicite sur la personne ou les biens d'un étranger.

Si l'on remonte aux origines du droit, il est à noter que la relation de protection a été établie selon un tryptique Etat-personne-bien, dont les facteurs de rattachement étaient relativement directs et identifiables. Le lien conférant un titre de protection à un Etat était un lien de nationalité, et le rapport entre un étranger lésé et son patrimoine était, en général, un rapport de propriété.

Ces aspects élémentaires ne sont rappelés que pour les comparer à certaines relations d'investissement contemporaines. Avec l'impressionnant développement des sociétés commerciales, situées dans des pays différents, et liées entre elles par des relations souvent complexes, qu'est-il advenu de la simplicité originelle des principes évoqués ? On constate que les facteurs de rattachement qui ont déterminé le droit de protection diplomatique se sont singulièrement médiatisés, qu'il s'agisse des rapports de propriété ou des liens de nationalité.

Pour illustrer notre propos, nous prendrons comme exemple *l'Affaire*, significative à cet égard, *de la Barcelona Traction*³. Les faits et l'Arrêt de la CIJ en seront supposés connus.

En ce qui concerne les rapports de propriété, l'affaire mettait en cause des personnes physiques belges, qui étaient censées être actionnaires majoritaires d'une société anonyme de droit belge, la Sofina, ayant pour filiale une autre société belge, la Sidro, elle-même majoritaire dans le capital d'une société-holding de droit canadien, la Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. Cette dernière société possédait des investissements importants en Espagne, soit à travers des sociétés-filiales espagnoles, soit à travers des filiales canadiennes. A l'évidence, les rapports entre les investisseurs belges et les investissements en Espagne ne pouvaient pas être définis comme des droits de propriété. Chaque société anonyme, qui pouvait être conçue comme un relais, avait aussi pour effet de modifier la nature juridique des relations entre les biens espagnols et les personnes belges. Un actionnaire ne possède pas de droit direct sur les actifs d'une société ; cette relation est une relation indirecte d'intérêts. Chaque personne morale était propriétaire des actifs investis, et chaque actionnaire était titulaire de droits propres vis-à-vis d'une société. Entre les biens saisis et les

² « Le souverain ne peut accorder l'entrée de ses états pour faire tomber les étrangers dans un piège. Dès qu'il les reçoit, il s'engage à les protéger comme ses propres sujets, à les faire jouir, autant qu'il dépend de lui, d'une entière sûreté ». *Le Droit des gens*, L. II, Chap. VIII, par. 104; nous nous référons à l'édition suivante : Neuchâtel, de l'Imprimerie de la Société Typographique (1773), à la p. 301.

³ CIJ, *Recueil* 1970, p. 3.

personnes qui s'affirmaient lésées, il existait donc une chaîne de relations juridiques, qui médiatisaient leurs liens.

Si l'on considère, en second lieu, les liens de nationalité, une médiatisation du même ordre pouvait être observée. L'Etat belge entendait exercer son droit de protection diplomatique en faveur de ses nationaux, pour des actes illicites commis sur des investissements en Espagne qui auraient été imputables à l'Etat espagnol. Mais les investissements en cause appartenaient soit à la Barcelona Traction, personne morale de droit canadien, soit à d'autres personnes morales, espagnoles et canadiennes, que la Barcelona Traction contrôlait. En postulant, à ce stade, que des personnes morales soient assimilées à des personnes physiques sur le plan de la nationalité, il apparaît que le droit de protection de personnes morales canadiennes appartenait à l'Etat canadien, et que l'Espagne possédait, *a priori*, une compétence exclusive à l'égard des personnes morales ayant sa nationalité.

A travers cet exemple, on entrevoit quelques-unes des difficultés d'application de la protection diplomatique dans les circonstances économiques actuelles. Pourtant, la Belgique considérait, non sans quelque raison, que les investissements en litige étaient bien rattachés à ses ressortissants et à l'économie belge. Aussi, pour contourner les difficultés évoquées et en cherchant à traduire la réalité économique, le Gouvernement belge présenta-t-il de nouveaux arguments. L'un, qui fut à l'origine de la nouvelle requête, consista à demander réparation des préjudices que des personnes physiques belges auraient subi dans leurs intérêts indirects d'actionnaires⁴. Parmi les arguments invoqués, on fit également valoir qu'un Etat avait le droit de protéger directement les investissements de ses ressortissants à l'étranger, car ceux-ci faisaient partie des ressources économiques d'une nation, en l'occurrence de la Belgique⁵.

On retiendra de ces arguments qu'ils tentaient de se démarquer d'une relation de protection strictement personnelle, fondée sur des liens directs entre un Etat, une personne de même nationalité, et des biens appartenant à cette personne. La demande fondée sur les intérêts des actionnaires aboutissait à passer outre la personnalité juridique des différentes sociétés anonymes pour mettre au premier plan les intérêts « réels » qu'elles recouvraient. L'argument revendiquant un droit direct de protection des ressources économiques d'un pays situées à l'étranger écartait, quant à lui, toute considération de protection personnelle pour mettre en évidence la relation qui existait entre les deux économies, et les intérêts de l'Etat d'origine des investissements.

Comme on le sait, la Cour n'a pas reconnu le *jus standi* de l'Etat belge dans cette affaire. Toutefois, elle s'est prononcée sur divers arguments, notamment sur celui d'un droit direct de sauvegarde des investissements d'un pays

⁴ *Id.*, p. 6.

⁵ « On a émis l'opinion qu'un Etat peut par suite formuler une réclamation lorsque des investissements faits par ses ressortissants à l'étranger subissent de la sorte un préjudice et que, de tels investissements faisant partie des ressources économiques de la nation, tout préjudice qu'ils viennent à subir met directement en jeu les intérêts économiques de l'Etat » *id.*, p. 46. Cet argument a été repris par plusieurs Juges dans leurs Opinions individuelles, cf. p. ex. le Juge Jessup : « In explaining the basis for a State's right to give diplomatic protection, the rather simplistic notion that a State was injured when an injury was inflicted abroad upon the least of its nationals, has come to be superseded by the realization of the national economic importance of foreign investments as State interests » *id.*, p. 196; cf. aussi l'Opinion du Juge Gros, *id.*, à la p. 278.

à l'étranger. Elle a jugé que « (...) ce genre d'action est tout à fait différent de la protection diplomatique et se situe sur un autre plan »⁶. Et elle a ensuite ajouté : « Toute une évolution a eu lieu depuis la deuxième guerre mondiale en matière de protection des investissements à l'étranger, qui s'est traduite par la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux entre Etats ou d'accords entre Etats et sociétés »⁷. Par là, la CIJ faisait directement référence au droit contemporain des traités.

Il existe donc divers modes de protection des investissements étrangers. Le droit de protection diplomatique, qui bénéficie du poids de la tradition coutumière, en est un. Mais les traités contemporains instituent peut-être de nouvelles relations de protection, afin notamment de surmonter les problèmes posés par la protection diplomatique. La recherche de ces différents types de protection sera au centre de notre travail. Nous verrons que les traités contemporains instaurent des formes nouvelles de protection, qui se traduisent dans certains cas par une sécurité juridique accrue, et dans d'autres cas par un relatif effacement du rôle de l'Etat. Au total, ces modes récents de protection apparaissent aussi comme des alternatives pour éviter les écueils de la protection diplomatique, dont ils consacrent le déclin. Mais la protection des traités n'est pas seulement innovatrice; par d'autres aspects, elle s'inscrit dans la continuité du droit international général. En ce sens, l'intérêt des traités est de réaffirmer la validité d'importants principes coutumiers, notamment à l'égard de nouveaux Etats qui ne se sentaient pas liés par une coutume à la formation de laquelle ils n'avaient pas participé.

2. La coopération en matière d'investissements

Nous avons évoqué le peu de considération que le droit international accordait, de prime abord, aux aspects économiques des relations d'investissement. Jusqu'à une date récente, les principes relatifs à la protection des étrangers, toutes catégories confondues, ont dominé la scène. En conséquence, le droit des gens a traité de la même manière la protection à laquelle a droit un touriste arbitrairement jeté en prison à l'étranger, et, par exemple, les difficultés qu'éprouvent parfois des entreprises pour rapatrier les revenus de leurs investissements. Aujourd'hui, il nous semble que des questions aussi différentes ne peuvent plus être placées sur le même plan.

Les questions d'investissement ont acquis une importance économique majeure. Il est incontesté que la croissance économique d'un pays dépend d'un taux d'investissement qui soit supérieur au taux d'amortissement et d'obsolescence du capital productif existant. Plus récemment, les travaux de Keynes⁸ et de ses disciples ont mis en évidence la fonction de multiplicateur de l'investissement, celui-ci jouant un rôle-clé pour contrer les tendances cycliques au sous-emploi des ressources productives. En d'autres termes, il est largement admis que l'investissement est une fonction d'une importance cruciale dans une économie, à un double titre: à long-terme, il est un moteur de la croissance; dans le cadre des équilibres macro-économiques, il peut être un facteur de ré-équilibre.

⁶ *Id.*, p. 46.

⁷ *Id.*, p. 47.

⁸ Cf. not. « The General Theory of Employment, Interest and Money » in *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, London, Macmillan, v. VII (ed. 1973).

Il ne nous appartient pas d'approfondir des analyses économiques sur la fonction d'investissement. Ces éléments doivent être retenus, au même titre que d'autres fonctions, tout aussi embarrassantes pour les juristes, telles que la masse monétaire ou l'équilibre de la balance des paiements, parce qu'elles ont cessé d'être des questions purement économiques. De ces fonctions, entre autres, dépendent l'évolution économique d'un pays, et la capacité d'un système à satisfaire les besoins matériels de ses habitants. Dès lors que les pouvoirs publics ont cherché à les influencer ou à les réglementer, elles sont aussi devenues des questions juridiques. En matière d'investissement, toute une panoplie d'instruments de politique économique ont été mis en place depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. De telles mesures, qui se retrouvent à des degrés divers dans chaque ordre juridique, possèdent en général un caractère sélectif.

De même, au plan individuel, la théorie économique a élucidé les facteurs qui exercent une influence, favorable ou non, sur les décisions d'investissement. Un investisseur rationnel, qu'il s'agisse d'une personne ou d'une entreprise, recherche une optimisation de sa consommation dans le temps, sa décision d'investissement à un moment donné étant à la fois un renoncement à une consommation présente, et une préférence pour une consommation future majorée. Dans ce contexte, les paramètres de base qui influencent une décision d'investissement sont les revenus escomptés, la durée, et les risques. Sur la scène internationale, certains risques non-commerciaux jouent un rôle qu'ils n'ont pas ailleurs; il peut s'agir de l'évolution d'une législation, de changements politiques, voire de conflits armés. De tels risques peuvent être réduits, par exemple en instaurant un cadre juridique qui présente des garanties de stabilité et de sécurité. Tout comme la perspective de revenus majorés, la réduction des risques engendre une incitation à investir.

Les droits nationaux, on l'a mentionné, ne sont pas restés indifférents à ces considérations de nature économique. Nous étudierons si une évolution analogue se manifeste en droit international. D'emblée, rappelons que les récents traités bilatéraux n'ont pas pour seul but la protection des investissements étrangers; ils visent aussi leur promotion. Il est possible que sous ce terme, issu du langage commercial, les questions qui viennent d'être évoquées soient traitées. Dans cette optique, le droit des traités contribuerait à établir des mesures de coopération entre deux pays, en cherchant à concilier leurs intérêts économiques communs.

Nous montrerons que cette interprétation est justifiée. Une coopération en matière d'investissements se dessine au travers des traités bilatéraux, contrastant avec l'état du droit international général. Elle se fonde sur des éléments de réciprocité réelle entre les avantages et les obligations qui sont consentis par les parties aux traités. On se gardera, toutefois, d'exagérer la place qui revient à ces mesures de coopération dans le droit contemporain des traités. Celles-ci manquent souvent d'élaboration, et, dans la plupart des cas, on doutera qu'elles soient à la mesure des problèmes économiques qui se posent. Il ne s'agit que d'une première phase de coopération, qui ouvre sans doute des perspectives de développement.

3. *Les Conventions d'investissement*

La *Convention de Washington* n'a guère besoin d'être introduite. Il n'en va pas de même des *Conventions relatives à la promotion et à la protection*

des investissements, qui demeurent peu connues. Dans le recueil qu'il en a dressé en 1983, le CIRDI a reproduit les textes de 184 Conventions de ce genre⁹. Compte tenu des signatures postérieures, le chiffre avoisine aujourd'hui 200 traités.

a) *Répartition*. D'une manière générale, les parties aux Conventions bilatérales sont, d'une part un pays exportateur (net), et de l'autre un pays importateur (net) de capitaux. Jusqu'à présent, elles n'ont pas été conclues entre pays qui sont, de part et d'autre, des exportateurs de capitaux. Un petit nombre de traités ont été conclus entre pays importateurs de capitaux; l'Égypte et la Yougoslavie, par exemple, sont devenues parties à plusieurs Conventions avec d'autres pays importateurs de capitaux.

Nous avons recours à une terminologie établie en droit international, qui distingue, en matière de capitaux, des pays importateurs et exportateurs¹⁰. Dans la matière étudiée, elle reste plus pertinente que d'autres catégories, telles que « les pays en développement » et « les pays développés à économie de marché ». La République de Corée, par exemple, n'est plus considérée comme un pays en développement; mais elle demeure importatrice nette de capitaux. En outre, cette terminologie présente l'avantage de n'être pas à sens unique. Un pays importateur net peut être en même temps un substantiel exportateur brut de capitaux; que l'on se réfère à l'Inde. Il s'agit d'une situation de fait, qui n'est ni unilatérale, ni irréversible; doit-on rappeler que les pays d'Europe occidentale étaient d'importants importateurs nets de capitaux en 1945, et que des pays producteurs de pétrole sont récemment de substantiels exportateurs de capitaux ?

Parmi les pays d'origine, des Conventions bilatérales ont été conclues par la République fédérale d'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, les États-Unis d'Amérique, la Finlande, la France, l'Italie, le Japon, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse.

Du côté des pays d'accueil, nous avons répertorié 60 pays qui étaient liés par des Conventions en vigueur, situés sur cinq continents et régions, soit :

- en Afrique : Benin, Cameroun, Congo (Rép. populaire), Côte d'Ivoire, Égypte, Gabon, Guinée, Haute Volta, Ile Maurice, Kenya, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Mali, Maroc, Mauritanie, Niger, Ouganda, République Centrafricaine, Rwanda, Sénégal, Sierra Leone, Soudan, Tanzanie, Tchad, Togo, Tunisie, Zaïre, Zambie;
- en Amérique latine et aux Caraïbes : Belize, Costa Rica, Equateur, El Salvador, Haïti, Panama, Paraguay;
- en Asie : Bangladesh, Chine (Rép. populaire), Corée (Rép. de), Inde, Indonésie, Malaisie, Pakistan, Philippines, Singapour, Sri Lanka, Thaïlande;

⁹ *ILW*, « Investment Promotion and Protection Treaties », 2 vol. (1983). Ce recueil, qui couvre les traités signés de 1959 à 1982, contient le texte intégral, dans une langue authentique, de chaque Convention. Cf. aussi la liste des traités, *infra*, p. 313.

¹⁰ Par souci de brièveté, on aura aussi recours, au lieu du terme « pays importateur de capital », à celui de « pays d'accueil »; et au lieu de « pays exportateur de capital », à celui de « pays d'origine ».

- en Europe : Bulgarie, Grèce, Malte, Portugal, Roumanie, Yougoslavie ;
- au Moyen-Orient : Iran, Israël, Jordanie, Syrie, Turquie, Yemen (Rép. arabe).

L'énumération des parties aux Conventions bilatérales appelle quelques observations.

D'abord, de par le nombre et la répartition géographique, économique, socio-politique des Etats-parties, la diversité des réseaux conventionnels est exceptionnelle à l'échelle internationale.

Toutefois, deux groupes de pays sont majoritairement restés à l'écart du processus. Ce sont d'abord les Etats d'Europe orientale, l'URSS en tête, dont les traditions politiques et économiques s'accommodent mal de ce genre de traités; on notera pourtant la présence de la Bulgarie, de la Roumanie, de la Yougoslavie, et en Asie de la Chine parmi les signataires des Conventions d'investissement. D'autre part, les grands pays d'Amérique latine ne figurent pas sur la liste. Fidèles à la doctrine *Calvo*, ils refusent de conclure des traités relatifs aux investissements, qu'ils estiment être de la compétence exclusive de chaque Etat.

Ces exceptions notées, on constatera que les pays concernés sont trop nombreux et divers pour être classés dans une quelconque catégorie. Dans les relations internationales, notamment bilatérales, il est courant que des accords entre Etats interviennent sur la base d'affinités politiques, économiques, ou autres. Il n'y a pas de raison d'estimer que des facteurs meta-juridiques ne sont pas aussi à l'oeuvre en matière d'investissements, qu'ils n'influencent pas la négociation des traités, et éventuellement le régime juridique convenu entre deux Etats. Mais autre chose est de soutenir que ces facteurs sont déterminants, et que l'ordre juridique instauré serait le reflet de conceptions particulières, de nature politique, économique ou juridique. Ni l'identité des signataires des Conventions, ni le contenu des textes n'autorisent des affirmations péremptoires en ce sens.

b) *Origine et évolution.* Du point de vue historique, deux traités sont à l'origine des Conventions d'investissement. L'un, intitulé *Treaty for the Promotion and Protection of Investments*, a été conclu entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan le 25 novembre 1959; il est entré en vigueur le 28 avril 1962. L'autre, entre la Tunisie et la Suisse, dénommé *Traité relatif à la protection et à l'encouragement des investissements de capitaux*, a été conclu le 2 décembre 1961, et il est entré en vigueur le 19 janvier 1964. Il n'est pas indifférent de noter que, selon le Gouvernement suisse, l'initiative d'un traité séparé sur les investissements est revenue au Gouvernement tunisien¹¹.

Depuis le début des années 1960, un nouveau type de traité sur les investissements a donc fait son apparition, et il a connu une remarquable prolifération. Le rythme d'évolution mérite également d'être souligné.

Du point de vue des pays d'origine, l'Allemagne fédérale et la Suisse ont été les seuls pays, au début, à proposer à leurs partenaires de telles Conventions; ils restent d'ailleurs ceux qui en ont conclu le plus grand nombre. D'autres

¹¹ Cf. le Message du Conseil fédéral suisse à l'Assemblée fédérale, concernant l'approbation de la Convention mentionnée, *FF* (1962-I), p. 633, à la p. 634.

pays ont suivi, avec des délais plus ou moins prononcés : la Belgique à partir de 1966, la France depuis 1972, le Royaume-Uni depuis 1975, le Japon et la Suède à partir de 1978. Les Etats-Unis, qui auparavant prônaient de préférence, soit la conclusion de traités de commerce, soit des accords de garantie des investissements en forme simplifiée, ont initié leur propre programme avec la signature d'une *Convention Etats-Unis-Egypte* en septembre 1982.

Du point de vue des pays d'accueil, des décalages analogues sont perceptibles. La Tunisie, qui a joué un rôle précurseur en ce domaine, a conclu cinq Conventions dans la période 1961-64. L'engagement de la Yougoslavie date de 1975. La Chine, pour sa part, a attendu 1982 pour signer une première Convention d'investissement, avec la Suède.

Une telle évolution indique que l'adhésion des intéressés à des traités d'investissement n'a pas été acquise d'emblée, ni de manière uniforme. En fait, nombre de gouvernements et de législateurs ont émis des doutes, et manifesté des réticences sur l'opportunité de ces traités. En fonction des expériences historiques qu'ils ont subies, des pays ayant été colonisés ont craint que certains de leurs intérêts légitimes ne soient, en définitive, lésés. Dans des pays industrialisés, des réserves ont été émises sur l'effectivité qu'on pouvait attendre de ces Conventions. Le contenu des accords a été modifié, complété, amendé, au gré des orientations et des intérêts de chacun, ce qui leur confère actuellement une intéressante variété¹². De leur côté, les investisseurs privés ont mis quelque temps avant de mesurer l'importance que de tels exercices diplomatiques pouvaient avoir sur la conduite de leurs affaires¹³. Le développement des réseaux conventionnels n'a donc pas été exempt d'obstacles et d'objections; mais le fait même qu'en dépit de ces difficultés un nombre croissant de pays aient choisi d'y adhérer atteste qu'ils répondent à un besoin profond.

c) *Typologie*. Précisons ce qu'il convient d'entendre par des *Conventions relatives à la promotion et à la protection des investissements*. L'identification d'un genre est le résultat d'une abstraction; la dénomination et le contenu de Conventions particulières ne sont pas pour autant identiques.

Ainsi, la Convention entre l'Allemagne fédérale et la République malgache est intitulée *Traité relatif à l'encouragement des investissements*; l'élément de protection a disparu. En revanche, la *Convention Etats-Unis-Panama* a pour titre *Treaty concerning the Treatment and Protection of Investment*; on n'y trouve pas mention de promotion ou d'encouragement. Plusieurs Conventions conclues par les Pays-Bas s'intitulent *Accord de coopération économique*. De telles dénominations particulières, choisies par les négociateurs des traités, sont légion.

De même, les clauses des Conventions présentent d'importantes différences, d'un texte à l'autre. Des développements substantiels ont eu lieu depuis la *Convention Suisse-Tunisie*, qui comprend six courts articles, jusqu'aux récents

¹² Plusieurs modèles de Conventions ont ainsi été dressés par l'Asian-African Legal Consultative Committee, Cf. « Models for Bilateral Agreements on Promotion and Protection of Investments », *ILM*, v. 23 (1984), pp. 237-68.

¹³ L'intérêt des Conventions bilatérales, du point de vue des investisseurs, a été souligné dans une brochure publiée par la Chambre internationale de commerce, *Bilateral Treaties for International Investment*, Paris, ICC (1977), not. pp. 8-11; cf. aussi Aksén, « The Case for Bilateral Investment Treaties », in *International and Comparative Law Center, The Southwestern Legal Foundation, Rights and Duties of Private Investors Abroad*, New York, M. Bender (1981), pp. 357-81.

traités, qui sont nettement plus détaillés. Dans ces conditions, quelles sont les caractéristiques communes au genre de Conventions répertoriées ?

En premier lieu, il convient de les distinguer d'autres types de traités bilatéraux. Les Conventions d'investissement ne sont pas des traités de commerce et/ou d'établissement. Il est vrai que certains Traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis depuis 1945 ont été communément appelés des *Investment Treaties*¹⁴. La pratique des traités bilatéraux de commerce et d'établissement date de plusieurs siècles, et les Conventions d'investissement sont issues de ce tronc commun. Toutefois, leur matière n'est plus la même; les droits civils des étrangers, qui sont au centre des dispositions des traités de commerce, ont été délaissés dans les récents traités d'investissement. D'autre part, les Conventions étudiées ne doivent pas être confondues avec des accords de garantie des investissements, tels que conclus par le Canada et les Etats-Unis, et qui ne contiennent pas de règles de fond sur le régime juridique applicable aux investissements étrangers¹⁵.

En second lieu, les Conventions d'investissement se caractérisent, sous un angle positif, par la similitude de leur but et de leur objet. Elles visent, à titre principal, à protéger et à promouvoir les investissements entre deux pays. Pour ce faire, elles traitent les principales questions qui se posent aujourd'hui à ce sujet, notamment : les facteurs de rattachement des investissements, et leur définition; les principes de leur admission; leur traitement; le transfert des revenus et des capitaux investis; leur protection en cas de dépossession; le régime des accords conclus entre un Etat et des investisseurs étrangers; la subrogation sous un système de garantie des investissements; l'arbitrage du CIRDI; et les procédures de règlement des différends entre les Etats-parties à la Convention.

Nous réserverons aux traités de ce genre la dénomination de Conventions d'investissement¹⁶. Avec la *Convention de Washington*, dont on a noté l'interférence à propos de l'arbitrage du CIRDI, elles constitueront la matière-objet de l'ouvrage. Etape par étape, nous suivrons l'ordre selon lequel elles sont organisées, qui correspond, on l'a mentionné, aux problèmes majeurs qui se posent actuellement en matière d'investissements étrangers, et ceci dans l'optique précédemment décrite.

¹⁴ Au cours des années 1960, quelques ouvrages fondamentaux de doctrine avaient étudié de conserve les dispositions de récents traités de commerce et celles des Conventions d'investissement, cf. FATOUROS, *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York, Columbia University Press (1962); PREISWERK, *La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux*, Zurich, Ed. Polygraphiques (1963); SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, London, Stevens (1969).

¹⁵ Sur ces « Investment Guaranty Agreements », cf. *infra*, chap. VI, p. 226.

¹⁶ Quelques précisions sur la terminologie utilisée s'imposent. Dans la suite de l'étude, les termes « Convention d'investissement », « Convention bilatérale », ou seulement « Convention », seront réservés aux traités qui nous concernent. Lorsqu'il sera fait référence à d'autres Conventions, celles-ci seront nommément désignées. En note, on utilisera l'abréviation « Conv. »; « cf. p. ex. Conv. » signifie qu'il est fait référence à telle Convention, mais qu'il en existe d'autres, parfois quelques dizaines, dont les dispositions sont similaires, et qu'il serait superfétatoire de mentionner. En citant une Convention donnée, on indiquera en premier lieu le pays exportateur de capital, ensuite le pays importateur; ce procédé correspond à une pratique établie, qui a l'avantage de la commodité de présentation, sans qu'elle implique une quelconque préséance. Les Etats en cause seront désignés sous une forme simplifiée, telle que l'« Allemagne », pour la République fédérale d'Allemagne.

DEFINITIONS DES INVESTISSEMENTS ETRANGERS

Le droit international général ne connaît pas de notion propre aux « investissements étrangers ». En termes classiques, il contient des règles relatives au traitement dont un individu peut bénéficier, cet individu étant étranger par rapport à l'Etat-nation qui le lui accorde. Réciproquement, cet individu peut bénéficier de la protection de l'Etat-nation dont il possède la nationalité, quant au traitement auquel un autre Etat le soumet. Le lien juridique qui astreint un Etat à certaines obligations de traitement, et qui permet à un autre Etat de mettre en oeuvre son droit de protection est donc le lien de nationalité. Et le lien de nationalité seul, ainsi que la CPJI l'a jugé dans l'*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*¹.

Tel est le point de départ d'une définition du caractère étranger d'un investissement. Il convient de déterminer si c'est aussi le lien de nationalité qui délimite seul les rapports de compétence entre les deux Etats-parties à une Convention; et quel lien de nationalité, puisqu'un investissement n'est pas *a priori* une personne. Ou, à l'opposé, nous aurons à examiner si l'on se trouve en présence « d'accords particuliers », comme la CPJI l'énonçait, qui infléchissent les liens reconnus de nationalité, voire de traités qui répartissent les critères de traitement et de protection entre deux Etats sur d'autres bases que le seul lien de nationalité.

Si un investissement n'est pas une personne, on peut considérer de prime abord que le terme recouvre des biens, ou des droits portant sur des biens. Le droit international général étend les règles de traitement et de protection des étrangers aux biens dont ils sont propriétaires et aux droits dont ils sont titulaires; au-delà des droits relatifs à la personne d'un étranger, il comprend des principes concernant ses droits patrimoniaux. La question de savoir si de tels droits représentent ou non des « investissements » est demeurée largement indifférente au regard du droit des gens². Le terme « investissement » est spécifique, pour l'essentiel, au droit des traités. Son apparition semble postérieure

¹ « (...) en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. Ce droit ne peut nécessairement être exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui donne seul à l'Etat le droit de protection diplomatique ». CPJI, *Série A/B* N° 76 (1939), p. 16.

² Diverses mentions du terme « investissements étrangers » apparaissent dans l'arrêt de la CIJ concernant l'*Affaire Barcelona Traction*, *Recueil* 1970, not. p. 32, 46, 47. Mais la Cour l'a employé sans autre précision, de même que plusieurs Juges dans leurs Opinions individuelles; cf. cependant l'Opinion du Juge Gros : « L'investissement est une décision d'affecter des biens à une activité de production », *id.*, pp. 273-74.

à la seconde guerre mondiale, l'une des premières mentions du terme figurant dans l'Article 12 du Projet de *Charte de la Havane* (1948)³. Cela étant, on ne peut manquer de s'interroger sur les similitudes et les différences éventuelles qui existent entre la notion de biens étrangers, au sens large, et la notion, nouvelle et conventionnelle, d'investissements étrangers.

L'élucidation de ces deux questions, la notion d'« investissement » et la détermination de son caractère « étranger », est rendue possible par l'existence, dans les Conventions bilatérales, de clauses interprétatives qui sont consacrées à la définition des termes employés⁴. Toutes les Conventions, cependant, n'en contiennent pas; parmi celles qui ont été conclues dans les années 1960, il n'est pas rare que les termes « investissements », « ressortissants », « sociétés », etc. soient mentionnés sans autre précision. Mais, d'une manière générale, les textes plus récents prennent soin de les définir. Là où elles ont été rencontrées, les définitions sont fréquemment loin de présenter le degré d'uniformité que l'on pourrait en attendre; ceci vaut notamment pour la détermination des liens entre un investissement et un Etat-partie.

SECTION I. LA NOTION D'INVESTISSEMENT

En l'absence de jurisprudence et de pratique diplomatique établies, relatives à la notion d'investissement en droit international, la tâche de ses défini-

³ Conférence des Nations Unies sur le Commerce et l'Emploi, « Charte de la Havane », art. 12 : « Investissements internationaux, Développement économique et Reconstruction », Nations Unies, *Doc. E/Conf. 2/78* (1948), p. 9. Quelques récents traités de commerce conclus par les Etats-Unis se réfèrent aussi aux « investments » ou « direct investments », cf. p.ex. United States-Germany (Fed. Rep. of), « Treaty of Friendship, Commerce and Navigation », art. XII, *RTNU*, v. 273 (1957), p. 18; United States-Korea, « Treaty of Friendship, Commerce and Navigation », art. XII, *RTNU*, v. 302 (1958), p. 318.

⁴ A titre d'exemple, on citera la clause de définitions de la Convention Belgique-Cameroun, art. 1 : « Pour l'application de cette Convention : 1. le terme "nationaux" désigne : a) en ce qui concerne l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise, toute personne physique qui selon la législation belge ou luxembourgeoise est considérée comme citoyen de Belgique ou du Luxembourg; b) en ce qui concerne la République Unie du Cameroun, toute personne physique qui selon la législation camerounaise est considérée comme citoyen du Cameroun. 2. Le terme "sociétés" désigne : a) en ce qui concerne l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise, toute personne morale constituée conformément à la législation de Belgique ou du Luxembourg et ayant son siège social sur le territoire de Belgique ou du Luxembourg; b) en ce qui concerne la République Unie du Cameroun, toute société et toute personne morale, constituée conformément à la législation camerounaise et ayant son siège social sur le territoire du Cameroun. 3. Le terme "investissements" désigne tout élément d'actif quelconque, investi ou réinvesti dans des établissements à activité économique. Seront considérés notamment mais pas exclusivement comme des investissements au sens de la présente Convention : a) les biens mobiliers et immobiliers ainsi que tous autres droits réels tels que hypothèques, gages, sûretés réelles, usufruit et droits similaires; b) les actions, les parts sociales et toutes autres formes de participations dans des entreprises; c) les obligations émises par des entreprises, les créances et droits à toutes prestations ayant une valeur économique; d) les droits d'auteur, les droits industriels, les procédés techniques, les marques de commerce et le fonds de commerce; e) les concessions de droit public, ou contractuelles, y compris les concessions dans le domaine de la recherche agricole, de l'extraction ou de l'exploitation de ressources naturelles. Toute modification de la forme juridique dans laquelle les avoirs et les capitaux ont été investis ou réinvestis, n'affectera nullement leur caractère d'"investissements" au sens de la présente Convention ». Pour des définitions aussi détaillées, mais non nécessairement concordantes, cf. p.ex. Allemagne-Zambie, art. 8; France-Egypte, art. 1^{er}; Italie-Roumanie, art. 2; Pays-Bas-Soudan, art. XV; Royaume-Uni-Philippines, art. 1; Suède-Chine, art. 1; Suisse-Singapour, art. 8.

tions possibles est revenue à la doctrine⁵. Depuis la fin des années 1950, le terme « investissement » a fait l'objet de commentaires abondants, à la mesure de la vogue croissante qu'il a connue. Un quart de siècle plus tard, on ne saurait pourtant prétendre que le concept s'est dégagé de sa nébulosité originelle. L'une des principales difficultés provient du fait que les définitions données ont été issues de deux pôles, au moins, sensiblement différents. Dans une première optique, les investissements seraient une autre dénomination des droits patrimoniaux des étrangers; il s'agirait d'un terme moderne destiné à recouvrer une notion ancienne de droit international. Cette conception, particulièrement présente chez des auteurs de formation juridique anglo-américaine, tend à établir une synonymie entre le terme « investissement » et la notion consacrée de *property rights and interests*⁶. Selon une deuxième conception, un investissement est d'abord un fait économique. Il revient à la science économique de le définir; à partir de là, une traduction en termes juridiques peut être faite, qui soit adaptée aux fins particulières d'une réglementation⁷.

Les démarches suivies dans les Conventions d'investissement reflètent cette ambivalence. Ainsi la *Convention Belgique-Maroc*, comme de nombreuses autres

⁵ Parmi une abondante bibliographie, cf. ILA, *Report of the Fifty-Second Conference*, « Foreign Investments in the Developing Countries » (Rapporteur : Ph. Kahn) (1966) not. pp. 820-1, 839-47; et les délibérations de l'Association, *id.*, v. 53 (1968), p. 667; *id.*, v. 54 (1970), p. 442; *id.* v. 55 (1972), p. 661; *id.*, v. 56 (1974), p. 409. IDI, « Les conditions juridiques des investissements de capitaux dans les pays en voie de développement et des accords y relatifs » (Rapporteur : B.A. Wortley), *Annuaire*, v. 52 (1967) t. I, not. pp. 406-8; et les délibérations de l'Institut, *id.* t. II, p. 400. SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, London, Stevens (1969) not. p. 17. BOS, « The Protection of Foreign Investments in Dutch Court and Treaty Practice », in van PANHUYS (et al.) *International Law in the Netherlands*, Alphen, Sijthoff & Noordhoff, v. III (1980), pp. 221-33. CARREAU (et al.), *Droit international économique*, Paris, LGDJ (1978), not. pp. 362-70. DALLOZ, *Répertoire de droit international* (Ph. Francescakis ed.), « Investissements » (par Ph. Kahn), Paris, v. II (1969), p. 189, aux pp. 190-1. Cf. aussi E. LAUTERPACHT, « The Drafting of Treaties for the Protection of Investment », *ICLQ*, Suppl. Publ. N° 3 (1962), pp. 18-35; KOPELMANAS, « La protection des investissements privés à l'étranger », *DPCI*, v. 1 (1975), pp. 3-12; SCHOKKAERT, « Protection contractuelle par les Etats des investissements privés effectués sur leur territoire », *DPCI*, v. 6 (1980), pp. 29-45; JUILLARD, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *Clunet*, v. 106 (1979), pp. 274-325; VELLAS, « Droit de propriété, investissements étrangers et nouvel ordre économique international », *Clunet*, v. 106 (1979), pp. 21-33. Lors des travaux de l'ILA sur le sujet, le rapport préliminaire constatait : « Il existe une quasi-unanimité pour considérer que la définition de l'investissement est un problème essentiel », *id.*, v. 52 (1966), p. 839. On notera cependant que des ouvrages fondamentaux en ont traité dans les années 1960, sans chercher à approfondir la notion, cf. not. FATOUROS, « Government Guarantees to Foreign Investors », *op. cit.* (1962); PREISWERK, « La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux », *op. cit.* (1963); NWOGUGU, *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries*, Manchester University Press (1965).

⁶ Cf. SCHWARZENBERGER : « The terms investments and property are treated as synonyms and cover all types of interests and rights in property », *op. cit.* (1969), p. 17; et cet auteur ajoutait : « Such a liberal formulation of property and investments corresponds to the general practice of international law », *ibid.* Cette conception déborde le cadre de la doctrine anglo-américaine, cf. p.ex. BOS : « The term "investment" is to be understood here as including all rights and interests in anything owned or possessed, whether movable or immovable, tangible or intangible », in van PANHUYS (et al.), *op. cit.*, v. III (1980), p. 223.

⁷ En ce sens, cf. not. Carreau (et al.), qui cherche à cerner d'abord « la notion économique », *op. cit.* (1978), pp. 363-6, pour en donner ensuite « la traduction juridique », *id.*, pp. 367-70. Une telle démarche est fréquente dans la doctrine des pays de droit civil, cf. p.ex. DALLOZ, *Répertoire...*, *op. cit.*, v. II (1969), p. 190; FERNANDEZ FLORES, « *Problematica legal de las inversiones extranjeras de cartera en la normativa vigente* », ADI, v. I (1974), p. 94 et s.

conclues dans les années 1960, se limite à juxtaposer le terme « investissement » à la formule générique « biens, droits et intérêts »⁸. En revanche, la *Convention Suisse-Zaïre*, entre autres, donne d'un investissement une définition plus résolument économique⁹.

Si l'on tente de dégager une notion d'investissement qui soit conforme aux dispositions d'une majorité de Conventions, on peut considérer qu'elle y est délimitée sous la forme de trois cercles concentriques. Au sens le plus large, les investissements couverts par une Convention englobent l'ensemble des droits patrimoniaux, soit les « biens, droits et intérêts » ou encore les *property rights and interests*. Le second critère est d'ordre subjectif : un investissement est l'ensemble des biens et des droits que la loi d'un Etat d'accueil qualifie comme tels, et qui sont admis sur son territoire à ce titre. Le troisième aspect consiste à circonscrire, sous la forme d'une liste, quels sont les avoirs économiques qui seront considérés comme des investissements aux termes d'une Convention. Il n'est pas exceptionnel que les trois critères soient combinés dans une même définition; mais il arrive également que l'un ou l'autre soit seul explicité.

4. *Biens, droits et intérêts*

Certaines Conventions disposent, telle la *Convention Suisse-Tunisie* : « *Les investissements ainsi que les biens, droits et intérêts (...)* »¹⁰. Ou, selon la définition de la *Convention Pays-Bas-Sénégal* : « *Le terme "investissements de capitaux" comprend toutes les catégories de biens, y inclus toutes les catégories de droits et intérêts* »¹¹. Dans le même sens, d'autres Conventions se réfèrent à « toutes les catégories de biens », aux « avoirs de toute nature », à *every kind of asset*, souvent spécifiés, ensuite, par une liste non-limitative¹². A ce niveau de généralité, il s'agit à peine d'une définition, mais plutôt d'une notion délibérément large, aux contours indéterminés. Il existe

⁸ Conv. Belgique-Maroc, art. 1, 4, 7. De nombreuses Conventions, parmi les plus anciennes, ne définissent pas le terme « investissement », et se bornent à l'accoler aux « biens, droits et intérêts », cf. p.ex. Conv. Pays-Bas-Cameroun, art. 4, 6; Suisse-Côte d'Ivoire, art. 7; France-Tunisie (1965), art. 1, 4. (NB. Lorsque nous datons une Convention, cela signifie que deux ou plusieurs traités portant sur la même matière ont été conclus successivement, cf. p.ex. France-Tunisie, « Convention sur les relations économiques et la protection des investissements » (1965), et France-Tunisie, « Convention sur la protection des investissements » (1972). La date permet de préciser à quelle source il est fait référence).

⁹ Conv. Suisse-Zaïre, art. 1^{er} : « Aux termes de cet Accord le mot "investissements" désigne des apports en espèce ou en nature faits par les ressortissants ou sociétés d'une des Parties Contractantes sur le territoire de l'autre, conformément à la législation respective des Parties Contractantes, applicable aux investissements, en vue soit de constituer une capacité de production nouvelle de biens ou de services soit de rationaliser des méthodes de production ou d'en améliorer la qualité ».

¹⁰ Conv. Suisse-Tunisie, art. 1^{er}, 3.

¹¹ Conv. Pays-Bas-Sénégal (1979), art. 1(1). L'expression « biens, droits et intérêts » a progressivement été omise dans les Conventions conclues depuis 1970, mais elle n'a pas complètement disparu, cf. p.ex. Conv. Belgique-Egypte, art. 1(1); France-Syrie, art. 1(1).

¹² Cf. p.ex. Conv. Allemagne-Côte d'Ivoire, art. 8 (« toutes les catégories de biens »); France-Egypte, art. 1(1) (« avoirs de toute nature »); Pays-Bas-Corée, art. II(1) (« every kind of asset »); Royaume-Uni-Bangladesh, art. 1(a) (« every kind of asset »); Suède-Yougoslavie, art. 1(1) (« all assets »); Suisse-Singapour, art. 8(c) (« les placements en tout genre, y compris toutes les catégories d'avoirs »).

alors une identité entre les investissements et les biens et droits qui sont protégés par le droit international.

Il n'est pas nécessaire, pour notre propos, de tenter de déterminer quels sont les biens et droits que ces formules génériques recouvrent. L'expression « biens, droits et intérêts » a été utilisée dans un nombre considérable de traités depuis la fin de la première guerre mondiale, notamment aux fins de la liquidation de biens ennemis, et dans des accords d'indemnisation ayant fait suite à des nationalisations¹³. Elle n'est pas susceptible d'être définie de manière concluante. La question de savoir si tel bien ou droit d'un étranger entrait dans la catégorie des « biens, droits et intérêts » couverts par un traité a été décidée cas par cas, en fonction d'éléments de fait et de l'objet du traité. Les solutions retenues ont parfois présenté des variations notables, notamment dans le domaine des droits incorporels, comme l'abondante jurisprudence des Tribunaux arbitraux mixtes en témoigne¹⁴.

Par contre, deux aspects de l'assimilation opérée entre les investissements et les biens, droits et intérêts sont à mentionner. Si une expression aussi large continue d'être retenue par le droit conventionnel, la raison tient d'abord au fait que les différentes catégories de biens et de droits patrimoniaux sont définies par les droits nationaux, non par le droit international¹⁵. Celui-ci ne contient pas de définition autonome d'un bien meuble, du droit de propriété ou des droits dérivés de contrats. En ce qui concerne l'étendue des droits patrimoniaux, le droit international renvoie au droit interne en cause. En outre, il appartient au droit interne de désigner quels droits peuvent être valablement acquis par des étrangers. Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que les biens, droits et intérêts susceptibles d'être protégés demeurent dans un certain état d'indéfinition dans l'ordre international.

En second lieu, les biens et droits patrimoniaux sont définis de manière

¹³ Le *Dictionnaire de la terminologie du droit international* en donnait la définition suivante : « Biens, droits et intérêts. Termes employés dans les traités de paix de 1919, 1920 et 1947 pour désigner tous les avoirs, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, appartenant à l'un des Etats belligérants ou à ses ressortissants et se situant ou s'exerçant sur le territoire d'un autre Etat belligérant ou de ses colonies. — "L'expression biens, droits et intérêts est tellement large qu'elle comprend certainement des parties aussi importantes d'un patrimoine que des actions", Sentence arbitrale, Allemagne-Roumanie, 7 juillet 1939. Rec. N.U. p. 1837 », Paris, Sirey (1960), p. 88. Dans l'Affaire Barcelona Traction, la CIJ a accueilli avec une réserve sensible la formule « biens, droits et intérêts » invoquée par le Gouvernement belge, notamment quant à la définition du mot « intérêts » : « La Cour est d'avis que, pour interpréter la règle de droit international général concernant la protection diplomatique, ce qui constitue sa tâche, elle n'a aucun besoin de déterminer le sens du terme intérêts dans les règles conventionnelles, autrement dit d'établir si par ce terme les règles en question indiquent plutôt des droits que de simples intérêts », CIJ, *Recueil* 1970, p. 38.

¹⁴ Cf. *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, Paris, Sirey, 9 vol. (1922-30).

¹⁵ Sur ce point, cf. not. GUGGENHEIM, *Traité*, v. I (1953), pp. 330-43; R. BINDSCHIEDLER, « La protection de la propriété privée en droit international public », *RC*, v. 90 (1956-II) pp. 173-304, not. p. 215 et s. Pour des tentatives de définition de « property » ou de la « propriété » en droit international, cf. *Restatement (2d)*, par. 191, p. 571; OECD, « Draft Convention on the Protection of Foreign Property », art. 9(c), *ILM*, v. 2 (1963), p. 262 et les commentaires correspondants, *id.*, p. 264 (ci-après OECD, « Draft Convention »). Les difficultés d'une définition commune aux différents systèmes juridiques sont apparentes dans le Projet de l'OCDE, car si le terme « property » est difficilement traduisible par celui de « propriété », il ne semble pas, non plus, que la notion d'« interests in property » corresponde à des « intérêts dans la propriété », cf. les déclarations de la CIJ, *supra*, n. 13.

différente d'un ordre juridique à l'autre. Une distinction majeure existe entre la notion de *property rights and interests*, établie dans les systèmes de *Common Law*, et les droits de propriété reconnus dans les systèmes de droit civil. *Property* n'est pas synonyme de propriété (*ownership*). La première notion inclut en particulier des droits dérivés de contrats, à côté des droits *in rem*. En droit international, le fait que les droits contractuels soient considérés comme *property*, et à ce titre protégés, a été confirmé par la jurisprudence internationale récente. Dans l'*Affaire Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, le Tribunal arbitral a clairement jugé que les droits issus de contrats de concession étaient des droits de *property*¹⁶. Dans la mesure où l'expression « biens, droits et intérêts » est une transcription de la notion *property rights and interests*, elle a pour effet d'englober à la fois des droits réels sur des biens meubles et immeubles, et des droits incorporels, tels que des droits contractuels.

Les difficultés rencontrées en droit international pour surmonter les particularismes des droits nationaux dans la définition des droits patrimoniaux des étrangers, et pour trouver une notion généralement acceptable par les différents ordres juridiques ne sont pas chose nouvelle. Depuis le début du siècle jusque dans les années 1960, la notion des droits acquis a joué ce rôle¹⁷; elle a été établie à maintes reprises, notamment dans la jurisprudence de la CPJI. Pour des raisons qu'il ne nous appartient pas d'approfondir ici, cette notion est actuellement en déclin. Dans ce contexte, la notion nouvelle d'investissement en prendrait la place. Elle permet d'englober l'ensemble des biens et droits patrimoniaux détenus par des étrangers, sans être grevée par les complexités techniques de leurs différentes définitions nationales. Il ne fait guère de doute que tel est le rôle attribué à la notion d'investissement, aux yeux d'auteurs de Conventions bilatérales et à ceux d'une partie de la doctrine. Pourtant, il ne s'agit là que de l'un des aspects de la question.

5. *Le renvoi au droit de l'Etat d'accueil*

Le second critère des Conventions bilatérales consiste à renvoyer la définition d'un investissement à la législation de l'Etat sur le territoire duquel il est effectué. On le trouve parfois mentionné à titre exclusif. Ainsi, la *Conventions Pays-Bas-Yougoslavie* se limite à la définition suivante: « *the term "investments" shall comprise all assets invested in accordance with the laws and regulations of each Contracting Party* »¹⁸. Il est plus fréquent que la référence soit couplée avec une liste d'avoirs, définis dans une Convention comme formant partie d'investissements¹⁹.

¹⁶ *ILR*, v. 62 (1982), p. 140, à la p. 189.

¹⁷ Cf. O'CONNELL : « International lawyers have employed the expression "acquired rights" to escape from the technicalities of municipal law which surround concepts such as property », *International Law*, v. II, p. 762. Sur la notion de « droits acquis », cf. P. LALIVE, « The Doctrine of Acquired Rights », in *International and Comparative Law Center, The Southwestern Legal Foundation, Rights and Duties of Private Investors Abroad*, New York, M. Bender (1965), pp. 145-200, aux pp. 183-5; KAECKENBEECK « La protection internationale des droits acquis », *RC*, v. 59 (1937-1), pp. 321-419; et *infra*, Chap. V, p. 180-2.

¹⁸ Conv. Pays-Bas-Yougoslavie, art. I(a).

¹⁹ Cf. p.ex. Conv. Allemagne-Côte d'Ivoire, art. 8; France-Jordanie, art. 1(1); Italie-Egypte, art. 8(1); Suède-Chine, art. 1(1); Suisse-Soudan, art. 1(3).

a) *La portée du renvoi.*

De prime abord, on pourrait considérer que la référence à une législation nationale va de soi. Le droit international, on l'a vu, renvoie au droit interne pour définir l'étendue de droits patrimoniaux; il est constant, par exemple, que le droit de propriété sur un immeuble est régi par la *lex situs*. Dans cette optique, la référence au droit interne serait par divers aspects superfétatoire.

La logique de cet argument n'est valide que si l'on s'en tient à la notion d'investissement qui a été analysée précédemment, c'est-à-dire si l'on demeure sur le terrain des droits patrimoniaux, et de certaines relations de droit privé. Mais telle n'est pas la portée du renvoi au droit interne stipulé dans les Conventions bilatérales. Celles-ci se réfèrent d'abord aux législations et réglementations nationales portant spécifiquement sur les investissements.

Tout Etat possède actuellement des dispositions juridiques relatives aux investissements. Au minimum, elles sont consignées, de manière éparse, dans des réglementations fiscales et monétaires. A l'autre extrémité du spectre, on trouve des législations systématiques et détaillées, qui visent à réglementer les investissements nationaux et/ou étrangers²⁰. Ceci correspond à une prise de conscience, intervenue depuis 1945, du rôle moteur joué par l'investissement dans la croissance économique, ainsi que de son rôle anti-cyclique. On est en présence de législations et de réglementations qui sont des instruments de politique économique, au même titre que les réglementations monétaires ou anti-trust. Elles ont pour fonction, d'une part d'influencer au niveau macro-

²⁰ Cf. le recueil des lois et réglementations relatives aux investissements édité par l'ICSID/CIRDI, « *Investment Laws of the World — The Developing Nations* », Dobbs Ferry, Oceana, 10 vol. (1973—) (ci-après « *ILW* »). Incidemment, on peut regretter que les lois sur les investissements des pays exportateurs de capitaux soient moins aisément disponibles. Sur la législation australienne de 1972, cf. TEDESCHI « *Legal Controls on Foreign Participation in the Australian Economy* », *JWTL*, v. 9 (1975), pp. 573-84. Sur la loi canadienne, cf. *Statuts du Canada*, « *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* » (1973-74) chap. 46. Sur la réglementation espagnole de 1974, cf. FERNANDEZ FLORES, *loc. cit.* (1974), pp. 95-136. Sur la législation japonaise, cf. CHIN KIM, « *Guide to International Trade and Investment Law in Japan* », *JWTL*, v. 9. (1975), pp. 553-67; KANAZAWA, « *Accession of Japan to the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and the Liberalisation of Capital Movements* », *JAIL*, v. 11 (1967), pp. 24-36; HORIGUCHI, « *Foreign Investment in Japan* », *DPCI*, v. 2 (1976), pp. 325-9. Certains Etats réglementent les relations d'investissement sous des dénominations diverses; ainsi la France possède une « *Loi N° 66-1008 du 28 décembre 1966, relative aux relations financières avec l'étranger* », *JORF*, 29 déc. 1966, dont l'objet est en partie de réglementer les « *investissements directs étrangers* », cf. le « *Décret N° 67-78 du 27 janvier 1967* » pris en application de la loi, *JORF*, 28 janv. 1967; et PINTO « *Le régime juridique des investissements étrangers en France* », *Clunet*, v. 94 (1967), pp. 235-64. Les Etats-Unis, pour leur part, semblent opposés à un projet de réglementation nationale des investissements étrangers; mais ils se sont dotés d'un « *International Investment Survey Act of 1976* », *US Digest* (1976), p. 527, *ILM*, v. 15 (1976), p. 1293; d'assez nombreuses lois, d'autre part, imposent des conditions et des limites aux investissements étrangers, cf. TREASURY DEPARTMENT « *Summary of Federal Laws bearing on Foreign Investment in the United States* », *US Digest* (1975), p. 618. Par ailleurs, on se gardera d'opposer trop nettement les réglementations sur les investissements « *étrangers* » et celles qui ne font pas de distinction. De nombreuses lois publiées par le CIRDI s'appliquent à tous les investissements; mais il est connu qu'une législation à usage interne peut aussi servir, dans certains cas, à un usage externe. P.ex. la Loi tunisienne « *N° 69-35 du 26 juin 1969, portant Code des investissements* » dispose, art. 2 : « *Les garanties et avantages prévus par le présent Code concernent les investissements réalisés en Tunisie par des personnes physiques et morales, quelle que soit leur nationalité, et ayant fait l'objet d'un agrément conformément à l'article 7 de la présente loi* », *ILW*, v. 10 (1981), p. 3.

économique le taux et le volume global des investissements, et d'autre part au niveau individuel de les orienter en fonction des objectifs économiques poursuivis.

On notera qu'il s'agit là de réglementations de droit public. Même si elles recouvrent des matières de droit privé, en termes de biens et d'obligations, le concept d'investissement lui-même est largement étranger au droit privé. Les réglementations sur les investissements ont pour objet d'influencer les conditions de gestion d'entreprises, leur régime fiscal, l'octroi de crédits, leur évolution technologique ou le volume de l'emploi. Elles opèrent de façon nécessairement sélective, puisque le but recherché est de développer certaines activités, et éventuellement de restreindre d'autres. En ce sens, tous les Etats posent actuellement certaines conditions et certaines limites aux investissements en provenance de l'étranger. Certains le font de manière indirecte ou sectorielle, par exemple par le biais de la réglementation des marchés financiers et des valeurs mobilières²¹. Mais la plupart ont institué des procédures d'agrément ou d'autorisation administrative, leur permettant d'agir directement sur le volume et les conditions d'investissement correspondant à leurs besoins et à leurs objectifs de politique économique²². En ce domaine, la législation japonaise de 1949 a sans doute joué un rôle précurseur; d'autres Etats ont fait de même au cours des quatre dernières décennies, que ce soit des pays exportateurs de capitaux, tels le Canada et la France, ou des pays importateurs de capitaux, qui se sont dotés dans leur quasi-totalité de réglementations publiques sur les investissements.

Lorsqu'une Convention bilatérale renvoie la définition d'un investissement au droit d'un Etat d'accueil, il ne fait guère de doute que c'est d'abord à ces dispositions de droit public qu'elle se réfère, autant ou plus qu'à des règles de droit privé. En conséquence, l'assimilation de la notion d'investissement aux « biens, droits et intérêts » en général, doit être qualifiée : ce ne sont pas tous les biens et droits qui sont couverts, mais seulement ceux qui, aux termes de la législation d'un Etat d'accueil, sont considérés comme des investissements.

Toutefois, un nombre substantiel de Conventions ne se réfèrent pas à la législation de l'Etat d'accueil dans la définition d'un investissement. Le résultat atteint ne semble guère différent; ou bien le traité contient par ailleurs une clause d'admission des investissements, stipulant que ceux-ci devront être admis conformément à la législation de l'Etat importateur de capital²³; ou bien le

²¹ En ce sens, la Conv. Danemark-Indonésie, art. II soumet les investissements concernés (a) en Indonésie, à la législation sur les investissements étrangers et, (b) au Danemark, à l'approbation des autorités chargées du contrôle des changes.

²² *Infra*, Chap. II, p. 65. La Conv. Belgique-Malaisie p.ex. précise ainsi la définition d'un investissement, art. 1(3) : « Le terme d'« investissements » désigne tout élément d'actif quelconque et comprend notamment (...) pour autant que ces biens, au moment de leur investissement : (i) en Malaisie soient investis dans un projet classifié comme « projet approuvé » par le Ministère malaisien compétent, conformément à la législation et à la pratique administrative en la matière ». Cf. aussi Conv. Allemagne-Pakistan, Exchange of Notes I-II : « It is our understanding that the terme « investment » wherever it is used in this treaty or in the letters annexed refers in respect of Pakistan to investments approved by the Government agencies authorizing such investments ».

²³ Cf. p.ex. Conv. Suisse-Indonésie, art. 1 : « Chaque Partie Contractante encouragera les investissements effectués sur son territoire par des ressortissants ou sociétés de l'autre Partie Contractante et admettra ces investissements conformément à ses législation et règlements »; et *infra*, Chap. II, p. 54.

champ d'application de la Convention est circonscrit aux seuls investissements agréés ou approuvés par un Etat d'accueil²⁴. Dans presque tous les cas, la notion d'investissement incorpore la définition particulière qui en est donnée par la législation de cet Etat²⁵.

b) *L'aspect finaliste de la notion.*

Aux termes de la *Convention France-Maroc* : « Sont éligibles à l'agrément préalable accordé par une Partie contractante, dans le cadre de sa législation, les investissements productifs effectués sur son territoire par les ressortissants, personnes physiques et morales, de l'autre Partie, dès lors qu'ils concourent à son développement économique et social »²⁶.

Peu de formules rencontrées dans les Conventions sont aussi explicites; mais le renvoi au droit d'un Etat d'accueil sous-entend que les investissements concernés sont ceux que cet Etat considère comme propices à promouvoir le développement de l'économie nationale. Les buts déclarés des législations sur les investissements abondent en formules de ce genre. A titre d'exemple, la loi coréenne intitulée *Foreign Capital Inducement Law*, dispose, à l'article 1^{er} : « *The purpose of this Law Shall be to effectively induce and protect foreign capital conducive to the sound development of a self-sustaining national economy and to improve the international balance of payments, and to properly utilize and manage this foreign capital* »²⁷.

Il y a là un aspect finaliste de l'investissement, qui repose sur un critère que l'on peut qualifier de subjectif : la conception qu'un Etat-nation a de son développement économique, et des moyens à mettre en oeuvre pour y parvenir. La notion d'investissement est donc tributaire d'une part de subjectivité, due à la conception particulière de l'Etat d'accueil. Ainsi, le Maroc s'est doté d'une *Loi Instituant des Mesures d'Encouragement aux Investissements Touristiques*²⁸. Le Pakistan, pour sa part, possède une abondante législation sur les investissements industriels et miniers, sans être aussi concerné, semble-t-il, par le développement du tourisme²⁹. Par là, il peut arriver que certains biens immobiliers soient considérés dans un cas comme des « investissements », au sens de la législation nationale et d'une Convention, et que dans l'autre cas ils soient seulement des biens.

Dans l'ordre international, l'importance de cet aspect finaliste et subjectif ne doit pas être sous-estimé. La faculté reconnue à un Etat de définir lui-même ce qu'est un investissement permet de préserver sa liberté de décision.

²⁴ Cf. p.ex. Conv. Suède-Sri Lanka, art. 2(1) : « This Agreement shall only apply to investments made in accordance with the laws, regulations and procedures of the host country ».

²⁵ Quelques Conventions semblent faire exception, car elles ne contiennent ni de définition des investissements, ni de clause d'admission, ni de limitation de leur champ d'application; ce sont des Accords de commerce, de protection des investissements et de coopération technique conclus par la Suisse, cf. p.ex. Conv. Suisse-Cameroun, art. 7; Suisse-Malte, art. 5. Si l'on s'en tient à la lettre de ces traités, ils couvrent l'ensemble des biens, droits et intérêts des ressortissants d'une Partie sur le territoire de l'autre.

²⁶ Conv. France-Maroc, art. 3.

²⁷ Corée, « *Foreign Capital Inducement Law*, N° 1802 of 1966 », art. 1, *ILW*, v. 4 (1978) 12:2A-1.3.

²⁸ Maroc, *ILW*, v. 6 (1978) 23:2E.

²⁹ Cf. les réglementations répertoriées par le CIRDI, Pakistan, *ILW*, v. 6 (1978).

Elle constitue une expression de sa volonté, et de sa souveraineté. En outre, cet aspect paraît actuellement représenter un point de clivage central entre les principes du droit international général et les règles contemporaines qui se développent en matière d'investissements étrangers. Que ce soit dans le domaine de l'assurance-investissement, dans celui des accords conclus entre Etats et investisseurs étrangers, ou encore dans celui du recours à l'arbitrage du CIRDI, on aura l'occasion de constater que ce facteur subjectif occupe une place non-négligeable pour définir les règles applicables aux investissements en cause³⁰.

c) *Définitions nationales des investissements.*

La diversité des définitions des investissements dans les législations et réglementations nationales est telle qu'elle défie toute tentative de synthèse³¹. De plus, on doit considérer qu'une définition particulière est adaptée aux fins de la réglementation correspondante, et qu'elle ne saurait se prêter à extrapolation.

Cela étant, le terme « investissement » est couramment associé à un autre, celui d'« entreprise ». Tous deux se trouvent associés dans diverses Conventions, telle la définition de la *Convention Belgique-Corée* : « Le terme "investissements" englobe tout apport direct ou indirect de capitaux et d'autres éléments d'actifs quelconques, investis et/ou réinvestis, dans les entreprises agricoles, industrielles, minières, forestières, touristiques et de communication »³².

La notion d'entreprise n'est souvent ni homogène, ni fermement établie dans les droits nationaux; elle l'est moins encore, sans conteste, au niveau international. Elle paraît suffisante, toutefois, pour indiquer d'emblée ce qui n'entre pas dans le champ de la notion d'investissement.

En premier lieu, les biens personnels de consommation, non-durables ou

³⁰ *Infra*, Chap. VI, p. 215; Chap. VII, p. 241; Chap. VIII, p. 269.

³¹ P.ex., au Cameroun, la « Loi N° 64-LF-6 du 6 avril 1964, portant Code des investissements », s'applique à, art. 1^{er} : « (...) au Cameroun oriental, toute entreprise nouvelle, tout établissement nouveau de caractère industriel ou agricole, quelle que soit sa forme juridique », *ILW*, v. 2 (1978) 29:2A-2.1. En Corée, la « Foreign Capital Inducement Law, N° 1802 of 1966 » différencie parmi les investissements, art. 2 : « Foreign Invested Enterprise », « Foreign Capital », « Cash Loan Contract », « Capital Goods Inducement Contract », « Technological Inducement Contract », *ILW*, v. 4 (1978) 12:2A-2.2. En Egypte, la « Law N° 43 of 1974, concerning Arab and Foreign Capital Investment and Free Zones, as amended », répertorie sous « Invested Capital », art. 2 : « (i) Free foreign currency (...) for utilization in the execution or expansion of a project; (ii) Machinery, equipment, transportation equipment, raw materials and commodities requirements imported from abroad and necessary for the establishment or expansion of the project (...); (iii) Intangible assets, such as patents and trade-marks (...); (iv) The free foreign currency spent on preliminary studies (...); (v) Profits realized by the project if utilized in increasing its capital or if invested in another project (...); (vi) The free foreign currency (...) utilized to subscribe to Egyptian stock or to purchase same from the stock exchange (...); (vii) The free foreign currency (...) utilized in purchasing land whether vacant or not, for the construction of building (...) », *ILM*, v. 16 (1977), p. 1477. Pour sa part, Singapour, par « The Economic Expansion Incentives (Relief from Income Tax) Act 1967, as amended by Act N° 31 of 1970 » distingue, *inter alia*, à l'art. 3 : « approved foreign loan », « approved royalties, fees or contributions », « export enterprise », « pioneer enterprise », *ILW*, v. 8 (1978) 36:2A-2.1. Pour des définitions du terme « investissement » dans des systèmes nationaux d'assurance-investissement, cf. *infra*, Chap. VI, p. 221.

³² Conv. Belgique-Corée, art. 3(1); dans le même sens, cf. p.ex. Conv. Allemagne-Zaire, art. 8(1) : « Dans le cadre du présent traité, le terme "investissements" désigne l'ensemble des valeurs corporelles et incorporelles d'une entreprise agréée ».

durables, ne font pas partie des investissements. Nous ne sommes pas concernés par le régime juridique d'une habitation à usage personnel ou d'un véhicule de tourisme en territoire étranger, c'est-à-dire par des biens et droits considérés uniquement sous l'angle d'un patrimoine individuel. Le propre de biens d'investissement est d'avoir aussi une valeur économique et/ou sociale, autre que destinée à une consommation personnelle³³. En conséquence, la seule définition des investissements comme des biens et droits patrimoniaux apparaît excessivement unilatérale et limitative dans le contexte analysé.

D'autre part, les activités qui n'ont pas un caractère directement économique ne semblent généralement pas qualifiées d'investissements par les législations nationales. Aussi respectable et rentable soit-elle, l'affectation de ressources à la création d'un cabinet d'avocat ne sera sans doute pas considérée comme un investissement³⁴.

En outre, les activités économiques qui n'exercent pas une influence sensible sur la production ou la distribution nationale n'entrent pas, fréquemment, dans le champ d'application des réglementations sur les investissements. Ainsi, l'établissement d'un commerce de détail ou d'un atelier artisanal, même s'il s'agit d'un investissement au sens économique du terme, est susceptible d'être exclu des réglementations sur les investissements visées par les Conventions. A ce niveau, il est clair que les délimitations varient sensiblement selon les législations. Certaines cherchent à promouvoir et à réglementer les investissements artisanaux; mais d'autres ne paraissent guère s'y intéresser³⁵. Même dans le cadre d'activités industrielles et commerciales, il n'est pas exceptionnel qu'une réglementation excepte les entreprises dont le chiffre d'affaires n'atteint pas un certain seuil quantitatif³⁶.

³³ La définition proposée à l'Institut de Droit International en 1967 était la suivante : « 5. La nature de l'investissement. On est en général d'accord qu'un investissement consiste en une fourniture de biens, ou éventuellement de services, en vue d'un gain - matériel ou politique. L'investissement peut se composer de biens immatériels. Ne pouvons-nous pas, par dessus tout, considérer la réalisation d'une "paix juste et durable" comme un investissement ? », IDI, *Annuaire*, v. 52 (1967-I), pp. 406-7. Plusieurs aspects de cette définition semblent diluer l'essence du phénomène; ordinairement, un investissement ne comprend pas des valeurs non-économiques, ou non-patrimoniales - on peut douter qu'il soit justifié d'étendre la définition aux sens que le langage courant, non-juridique et non-économique, en donne parfois; les biens de consommation personnelle ne font pas partie des investissements; toute « fourniture » de biens ou de services n'est pas un investissement.

³⁴ A propos de la réglementation française, R. Pinto notait : « Il convient pourtant de remarquer qu'il n'est pas d'usage d'employer le terme "entreprise" pour désigner une profession non commerciale. De plus, dans la législation antérieure, l'exercice d'une profession libérale ne relevait pas normalement du régime des investissements de capitaux. (...) on peut également appuyer cette interprétation sur le fait que seules les sociétés exerçant une activité industrielle, agricole, commerciale, financière ou immobilière, sont comprises dans la définition des investissements directs et non celles qui ont pour objet une profession libérale », *loc. cit.* (1967), pp. 238-9. Une solution identique paraît devoir être retenue pour d'autres réglementations nationales, cf. *supra*, n. 31.

³⁵ Le Maroc s'est doté d'une « Loi instituant des Mesures d'Encouragement aux Investissements Artisanaux », *ILW*, v. 6 (1978), 23:2B. Parmi les réglementations publiées par le CIRDI, elle fait figure d'exception.

³⁶ Ainsi la législation de Singapour, « The Economic Expansion Incentives (Relief from Income Tax) Act, 1967 as amended by Act N° 31 of 1970 », réserve les bénéfices de la loi aux entreprises qui ont investi un capital d'au moins un million de dollars, art. 5 : « Any company which has incurred or is intending to incur a fixed capital expenditure of not less than one million dollars and which is desirous of producing a pioneer product may make an application in writing

Enfin, une opération d'investissement se distingue de deux autres types d'activités économiques : les transactions commerciales, et les transactions monétaires à court-terme. Une vente commerciale ordinaire n'est pas un investissement. Il convient de réserver, cependant, les cas où une vente est combinée à d'autres opérations, octroi de prêts, prestations de services, accord de licence etc., ainsi que les cas de plus en plus nombreux de contrats dont l'exécution s'étend sur plusieurs années, tels que certains contrats de construction. Il existe une frange croissante d'opérations qui peuvent être considérées soit comme des transactions commerciales, soit comme des investissements³⁷. Mais, tout en tenant compte de cet élément, on ne peut considérer que la distinction de base entre « commerce » et « investissement » ait perdu sa validité. Ni les réglementations nationales sur les investissements, ni les Conventions bilatérales n'ont vocation à s'appliquer à la majorité des transactions commerciales internationales³⁸. On peut en dire autant des transactions monétaires courantes, qui représentent pour la plupart la contrepartie d'activités commerciales. Selon un usage largement admis, par une transaction monétaire à court-terme on entend une transaction dont l'échéance ne dépasse pas, en règle générale, une année³⁹.

Après avoir élagué ce qui ne constitue pas un investissement, on doit se limiter, pour le moment, à considérer que les autres avoirs économiques peuvent être, au moins potentiellement, des investissements. Le critère finaliste et subjectif inhérent à toute réglementation nationale introduit à ce niveau une dose d'incertitude. D'autres ambiguïtés, présentes dans l'expression générique « biens, droits et intérêts », ont pu être levées. Il est apparu que la notion d'investissement n'englobe pas les biens et droits d'étrangers en général, mais seulement une partie d'entre eux. En outre, on a constaté que la définition des biens d'investissement sous l'aspect seulement patrimonial était trop restrictive. Comme de nombreuses Conventions le mentionnent, ces biens et droits se traduisent par des « avoirs » économiques, ou par des « entreprises », qui ont aussi une valeur pour l'économie nationale qui les accueille.

to the Minister to be approved as a pioneer enterprise in such form and with such particulars as may be prescribed », *ILW*, v. 8 (1978), 36:2A-4.1. Pour d'autres critères quantitatifs (montant du capital investi, nombre d'emplois créés), cf. p.ex. Tunisie, « Loi 74-74 du 3 août 1974, relative aux investissements dans les industries manufacturières », art. 5, 9, *ILW*, v. 10 (1981), pp. 22-3.

³⁷ *Infra*, p. 25.

³⁸ C'est pourquoi il nous paraît difficile de suivre le rapporteur de l'International Law Association lorsqu'il déclarait : « Je voudrais que l'investissement soit considéré comme un type de relation commerciale nouveau. C'est l'achèvement de l'opération simple que constitue la vente, par exemple, ou toute autre opération commerciale qui se déroule dans un laps de temps limité », *ILA, Report of the Fifty-Third Conference* (1968), p. 667. Les droits nationaux ne se prononcent généralement pas en ce sens, ni les réglementations internationales (GATT, FMI); sur la distinction de base entre les « transactions courantes » et les « transferts de capitaux » dans le droit du FMI, cf. *infra*, Chap. IV, p. 138 et s.

³⁹ En ce sens, cf. ROBINSON : « "longer-term transactions" : Although it is generally agreed that short-term transactions are not expected to exceed one year, there is no common international standard for determining what should be called a "medium-term" transaction », *Multinational Banking*, Leiden, Sijthoff (1972), p. ix. Cette acception du « court-terme » résulte de l'usage; dans les premières versions des Statuts du FMI elle avait été retenue, mais non dans le texte adopté à Bretton Woods, cf. not. EVANS, « Current and Capital Transactions : How the Fund Defines Them », *Finance and Development* (1968-3), pp. 34-5. Dans le même sens, cf. aussi MANN, « British Treaties for the Promotion and Protection of Investments », *BYIL*, v. 52 (1981), p. 243.

La *Convention Suisse-Egypte* explicite les conséquences logiques de la distinction entre les biens étrangers et les investissements. Après avoir défini, à l'article 1 (3), le terme investissements comme : « *Toutes catégories d'avoirs acceptés conformément à la législation en vigueur en la matière de chaque Partie Contractante, (...)* », suivi d'une liste de ces avoirs, elle précise : « *Des biens appartenant aux ressortissants ou sociétés de chaque Partie Contractante et qui ne sont pas considérés comme des investissements aux termes de l'article 1, chiffre 3, de la Convention, seront traités par chaque Partie Contractante conformément au droit international. En cas de différend, les deux Parties Contractantes conviennent que ce différend sera soumis à la Cour Internationale de Justice* »⁴⁰.

Il existe donc deux notions, auxquelles deux régimes juridiques distincts sont applicables. Pour l'une, les « biens » (au sens large), les règles du droit international général s'appliquent; pour la seconde, les « investissements », ce sont les règles de promotion et de protection convenues entre les Parties qui sont applicables. Si d'autres textes ne l'explicitent pas aussi nettement, la même conclusion s'impose pour l'ensemble des Conventions d'investissement.

6. Aspects économiques

Maintes Conventions bilatérales ne se limitent pas à définir le terme « investissement » en fonction de la signification qui lui a parfois été donnée en droit international général, et par renvoi au droit interne. Elles y ajoutent une liste des biens et droits qui doivent être considérés comme des investissements, liste qui présente une uniformité notable d'un texte à l'autre. A titre d'exemple, on citera celle de la *Convention Suisse-Indonésie* : « *Le terme "investissement" englobe toutes catégories d'avoirs et en particulier, mais non pas exclusivement : 1. Les biens mobiliers et immobiliers ainsi que tous autres droits réels tels que hypothèques, droits de gage, sûretés réelles, usufruits et droits similaires; 2. les actions ou autres formes de participation; 3. les créances monétaires et droits à toutes prestations ayant une valeur économique; 4. les droits d'auteur, droits de propriété industrielle, procédés techniques, "know-how", marques commerciales, noms commerciaux et le "goodwill"; 5. les concessions de droit public, y compris les concessions de recherche, d'extraction ou d'exploitation de ressources naturelles* »⁴¹.

a) Les biens et droits composant un investissement.

Parmi les cinq catégories mentionnées, certains biens et droits entrent d'emblée dans la notion d'investissement, quelle que soit la réglementation en cause. Pour d'autres, quelques précisions s'imposent.

Une prise de participation dans le capital d'une société, que celui-ci soit réparti sous la forme d'actions ou d'autres parts sociales, constitue l'archétype d'un investissement; on la qualifie d'« investissement en participation ». Il ne

⁴⁰ Conv. Suisse-Egypte, Echange de lettres N° IV, intégré à la Convention.

⁴¹ Conv. Suisse-Indonésie, art. 3(c). Malgré quelques différences de formulation, ces cinq rubriques sont mentionnées dans presque toutes les Conventions d'un modèle détaillé, cf. p.ex. Conv. Allemagne-Philippines, art. 8(1); Italie-Roumanie, art. 2(1); Japon-Egypte, art. 1(1); Pays-Bas-Soudan, art. XV(3); Royaume-Uni-Bangladesh, art. 1(a); Suède-Chine, art. 1(1); Suisse-Equateur, art. 6(c).

fait guère de doute que les droits de concession représentent aussi, par nature, des investissements; certaines Conventions précisent qu'il en est ainsi, que ces droits soient conférés par contrat ou en vertu d'une loi⁴². Bien que la situation soit moins nettement établie en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, on admettra qu'ils constituent une part importante des investissements contemporains, d'ampleur croissante⁴³.

En revanche, il paraît plus difficile de considérer que toute créance monétaire représente, en elle-même, un investissement. Le caractère d'investissement d'emprunts obligataires ou de contrats de prêt, dont l'échéance dépasse généralement une année, est unanimement reconnu; ils entrent dans la catégorie des « investissements de portefeuille ». Il ne semble guère y avoir de raison probante pour en exclure les crédits à l'exportation, dès lors qu'ils s'étendent au-delà du court-terme⁴⁴. Mais, pour les raisons précédemment analysées, la majorité des créances monétaires à court-terme ne sont généralement pas considérées comme des investissements⁴⁵. Une distinction du même ordre doit être faite quant aux droits relatifs à des biens immobiliers et mobiliers. Suivant les cas, l'acquisition d'immeubles ou la livraison de biens d'équipement pourra ou non être qualifiée d'investissement.

b) *Opérations isolées ou combinées.*

Il paraît justifié que les définitions des Conventions s'en tiennent à des catégories aussi générales que les « créances monétaires » ou les « biens mobi-

⁴² Cf. p.ex. Conv. Royaume-Uni-Singapour, art. 1(a) (v) : « Business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources ».

⁴³ La situation de ces droits incorporels dans l'ordre international est assez complexe. Dans son cours à l'Académie de La Haye, A. VERDROSS parlait encore de « la soi-disant propriété littéraire artistique et industrielle », non reconnue par le droit des gens, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RC*, v. 37 (1931-III), p. 364. Dans l'« Affaire Oscar Chinn », la CPIJ a refusé de voir dans « la possession d'une clientèle et la possibilité d'en tirer profit, un véritable droit acquis », *Série A/B* N° 63 (1934), p. 88; en faveur de cette exclusion, cf. p.ex. GUGGENHEIM, *Traité*, v. I (1953), p. 333. Actuellement, il est probable que la reconnaissance ou non de certains de ces droits se présente différemment selon qu'il s'agit, p.ex., d'une expropriation, ou de leur protection à l'encontre de contrefaçons et d'une concurrence déloyale. Fondamentalement, la matière demande à être régie par le droit des traités, cf. not. BAXTER, *World Patent Law and Practice*, London, Sweet & Maxwell (1968); CHAVANNE et BURST, *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, 2^e ed. (1980). Les incertitudes sur le type de protection envisagée sont apparentes dans la Conv. Japon-Egypte; après avoir défini comme « investments », art. 1(1) (d) : « Patents of invention, rights with respect to trade marks, trade names, trade labels, and any other industrial property, and rights with respect to know-how », le Protocole additionnel dispose : « 1. Nothing in the Agreement shall be construed so as to grant any right or impose any obligation in respect of copyright. 2(1) Nothing in the Agreement shall be construed so as to derogate from the obligations undertaken by either Contracting Party towards the other Contracting Party by virtue of the provisions of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property of March 20, 1883, as revised at London on June 2, 1934, or of any subsequent revision thereof, so long as such provisions are in force between the Contracting Parties »; et cf. *infra*, Chap. III, p. 110.

⁴⁴ Dans une Lettre annexée à la Conv. Suisse-Niger, l'assurance-crédit à l'exportation est explicitement mentionnée, « Afin de faciliter le financement des fournitures de biens d'investissement suisses à la République du Niger (...) ». Pour une analyse des débats sur ce point, cf. Kahn in Dalloz, « Répertoire ... », *op. cit.*, v. II (1969), p. 191.

⁴⁵ *Supra*, p. 22, et n. 39.

liers et immobiliers », sans chercher à préciser quelles créances et quels biens seront des investissements. D'une part, il revient à chaque législation nationale de le faire; d'autre part, la définition de certains biens est susceptible de varier suivant l'affectation qui leur est donnée. Ainsi, une vente de produits bruts est de prime abord une transaction commerciale; mais si ces produits sont destinés à constituer un stock de matières premières pour une entreprise, il est probable qu'ils entreront dans le cadre d'une opération d'investissement.

Les incertitudes en ce domaine proviennent du fait que la notion d'investissement ne correspond pas à des catégories précises de droit privé. Elle garde un aspect générique, et une dimension fonctionnelle⁴⁶. Comme on l'a vu, elle est associée dans des législations nationales à des termes tels qu'une « entreprise » ou un « projet ». De manière fréquente, une opération d'investissement est effectuée par le moyen d'une série d'actes juridiques qui, combinés les uns aux autres, composent cet investissement; si ces mêmes actes étaient pris isolément, certains d'entre eux ne pourraient pas être considérés comme tels⁴⁷.

Dans ce contexte, on a cherché à définir un investissement à partir de critères unificateurs, qui permettraient de le différencier d'autres activités économiques. Trois d'entre eux ont été souvent proposés : celui des revenus, et celui de la durée; le troisième a consisté à définir un investissement sous l'angle d'un mouvement de capital.

c) *Les revenus.*

La perspective d'un revenu futur, d'un gain ou d'un profit, paraît inhérente à la notion d'investissement. Elle a été retenue par des économistes, ainsi que par des décisions judiciaires nationales⁴⁸. Il est courant que les définitions des Conventions incluent celle de « revenus » à la suite de celle d'« investissement »⁴⁹. Pourtant, il ne semble pas que la perspective d'un revenu constitue une condition *sine qua non* pour définir un investissement. Ainsi, divers textes répertorient parmi les entités susceptibles d'investir des associations et fonda-

⁴⁶ En ce sens, cf. les commentaires des « clauses-modèles » proposées par le CIRDI, *infra*, Chap. VIII, p. 285, n. 74.

⁴⁷ L'unité d'une opération d'investissement, comme pouvant inclure un ensemble d'actes juridiques, a été nettement affirmée par le Tribunal arbitral désigné par le CIRDI dans l'« Affaire Holiday Inns v. Morocco », cité in P. LALIVE « The First "World Bank" Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems », *BYIL*, v. 51 (1980), pp. 123-61, à la p. 159. De même, cf. la Sentence « Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge S.A. et Klöckner Handelsmaatschappij c/ République Unie du Cameroun et Sté camerounaise des engrais (SOCAME) », *Clunet*, v. 111 (1984) pp. 409-54, à la p. 431 (ci-après « Affaire Klöckner »); et *infra*, Chap. VIII p. 286, et n. 77.

⁴⁸ « Investment is present sacrifice for future benefit »; définition donnée in *International Encyclopedia of the Social Sciences* (D.L. Sills ed.), London, Macmillan, v. 8 (1969), p. 194. Cf. aussi *Black's Law Dictionary* : « *Investment*. The placing of capital or laying out of money, in a way intended to secure income or profit from its employment. *SEC v. Wickham, D.C. Minn., 12 F. Supp. 245, 247* », St. Paul, West Publ. Co., 4th ed. (1968), p. 960. Et *Bouvier's Law Dictionary* : « *Investment*. An investment is the loaning or placing of money so as to produce interest or profit. 17 A & E Ency. 2nd ed., 425. A sum is invested whenever its amount is represented by anything but money. 23 N.Y. 242 », Cleveland, Banks-Baldwin (W.E. Baldwin ed.) (1948), p. 591.

⁴⁹ La définition de la Conv. Belgique-Egypte, p.ex., est représentative, art. 3(4) : « Le terme "revenus" désigne les montants rapportés par un investissement durant une période donnée tels que bénéfices, dividendes ou intérêts »; et *infra*; Chap. IV, pp. 143-5.

tions qui n'ont généralement pas un but lucratif⁵⁰. D'autres spécifient, telle la *Convention Allemagne-Côte d'Ivoire* : « (...) indépendamment de la question de savoir si la responsabilité de ses associés, participants ou membres est limitée ou illimitée et si son activité a un but lucratif ou non »⁵¹.

L'établissement d'un hôpital ou d'une clinique en territoire étranger peut être entrepris dans un but lucratif, ou non-lucratif. Il serait paradoxal que la définition d'un investissement aboutisse à exclure les établissements à but non-lucratif du domaine d'application d'une Convention, alors qu'elle en ferait bénéficier des établissements similaires à but lucratif. Cela étant, il est clair que la majorité des investissements effectués dans le cadre de Conventions bilatérales ont pour objectif l'obtention de revenus.

d) *La durée.*

Par rapport à d'autres activités économiques, un investissement se caractérise par une immobilisation d'une certaine durée. Dans le domaine monétaire et financier, l'usage a consacré l'échéance d'une année pour différencier, de prime abord, les transactions à court-terme des opérations d'investissement. Des législations nationales, ainsi que le premier projet de la *Convention de Washington* ont aussi retenu un critère temporel pour définir un investissement⁵².

L'élément de durée n'est apparu dans aucune Convention examinée. On peut estimer que les opérations d'investissement sont trop diversifiées pour qu'un critère temporel n'entraîne pas une dose d'artifice; s'il s'avérait pertinent pour un type d'investissement (p.ex. une concession), il risquerait de ne pas l'être pour d'autres (p.ex. une transaction en bourse).

e) *Les mouvements de capitaux.*

La définition d'un investissement proposée à l'*International Law Association* était la suivante : « *Mouvement de capitaux du pays investisseur vers le pays bénéficiaire, sans règlement immédiat* »⁵³. Comme on l'a

⁵⁰ Cf. p.ex. Conv. Suisse-Gabon, art. 11 : « Les investissements ainsi que les biens, droits et intérêts appartenant à des ressortissants, fondations, associations ou sociétés d'une des Hautes Parties Contractantes dans le territoire de l'autre (...) »; d'autres Conventions conclues par la Suisse incluent sous les « sociétés », des « collectivités, établissements ou fondations », cf. p.ex. Conv. Suisse-Costa Rica, art. 6(b) (1).

⁵¹ Conv. Allemagne-Côte d'Ivoire, art. 8(4); dans le même sens, cf. p.ex. Conv. France-Corée (1979), art. 2(2) (B); Royaume-Uni-Thaïlande, art. 2(2) (b). *Contra*, la Conv. Suisse-Syrie dispose, art. 7(b) : « Les "sociétés" sont : (...) bb) en ce qui concerne la République arabe syrienne, toute entité de droit privé ou public ayant ou non la personnalité juridique et visant à l'accomplissement d'une activité lucrative ».

⁵² Sur la Convention de Washington, cf. *infra*, Chap. VIII, p. 269; le premier projet (Doc. 43) donnait la définition suivante, art. 30(i) : « "investissement" signifie toute contribution en argent ou autres avoirs ayant une valeur économique effectuée pour une période indéfinie ou, si la période est précisée, pour au moins cinq ans », Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'Autres Etats, *Analyse des Documents Relatifs à l'Origine et à l'Elaboration de la Convention*, CIRDI, Washington, v. I (1970), p. 116. Pour un exemple de législation nationale, cf. Tunisie, « Loi N° 69-35 du 26 juin 1969, portant Code des investissements », Annexe I, art. 2 : « Les investissements doivent constituer des éléments stables de l'actif et à ce titre être immobilisés et conservés comme moyens d'exploitation pendant une durée minimum de cinq ans courant du 1^{er} bilan qui suivra l'acquisition », *ILW*, v. 10 (1981), p. 8. De nombreuses législations, cependant, ne contiennent pas de critère temporel.

⁵³ *ILA, Report of the Fifty-Second Conference* (1966), p. 820, 839; et cf. les commentaires des branches nationales, *id.*, pp. 840-1.