

Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI

Édouard Onguene Onana

Volume 42, Number 1, 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1026916ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1026916ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Onguene Onana, É. (2012). Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI. *Revue générale de droit*, 42(1), 57–104.
<https://doi.org/10.7202/1026916ar>

Article abstract

The jurisdiction of an international arbitrator or an arbitral institution which applies International Investment Law requires the prior existence of a foreign investment. This study analyzes the difficulties of verifying the existence of an investment in front of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) and suggests some ways to overcome them. The importance of the Washington Convention of March 18, 1965 explains the special attention paid to ICSID. The author takes into account the various approaches proposed by the doctrine and jurisprudence and their foundations. The approach then suggested in this article is based on a dissociation of the conventional sources of ICSID arbitrator's jurisdiction. The author notes that each legal instrument has a specific and limited scope. He then proposes that the controlling operations of the investment condition be based on the separation of the normative sources which constitute the legal basis of the arbitrator's jurisdiction, most often a bilateral treaty on investment and the Washington Convention.

Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI

ÉDOUARD ONGUENE ONANA

Ingénieur de recherche postdoctoral au CNRS et à la Faculté de droit
et sciences politiques de l'Université de Bourgogne (CREDIMI)
et chargé de cours à l'Université Laval

RÉSUMÉ

La compétence d'un arbitre chargé d'appliquer le droit international des investissements exige l'existence préalable d'un investissement étranger. La présente étude analyse les difficultés du contrôle de l'existence de l'investissement devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et propose des moyens pour les surmonter. L'importance de la Convention de Washington du 18 mars 1965 explique l'attention particulière portée au CIRDI. En tenant compte des diverses approches proposées par la doctrine et la jurisprudence et de leurs fondements, la démarche suggérée par l'auteur est

ABSTRACT

The jurisdiction of an international arbitrator or an arbitral institution which applies International Investment Law requires the prior existence of a foreign investment. This study analyzes the difficulties of verifying the existence of an investment in front of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) and suggests some ways to overcome them. The importance of the Washington Convention of March 18, 1965 explains the special attention paid to ICSID. The author takes into account the various approaches proposed by the doctrine and jurisprudence and their foundations. The approach then suggested in this article is based on a

basée sur la dissociation des sources conventionnelles à l'origine de la compétence de l'arbitre CIRDI. L'auteur constate que chaque instrument normatif s'applique à un champ déterminé et limité. Il propose alors une séparation des opérations de contrôle de l'existence de l'investissement sur la base de la dissociation des sources normatives à l'origine de la compétence arbitrale, le plus souvent un traité bilatéral relatif aux investissements et la Convention de Washington.

dissociation of the conventional sources of ICSID arbitrator's jurisdiction. The author notes that each legal instrument has a specific and limited scope. He then proposes that the controlling operations of the investment condition be based on the separation of the normative sources which constitute the legal basis of the arbitrator's jurisdiction, most often a bilateral treaty on investment and the Washington Convention.

Mots-clés : *Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, CIRDI, investissement, qualification, arbitrage, compétence, juridiction.*

Key-words : *International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID, investment, qualification, arbitration, competence, jurisdiction.*

SOMMAIRE

Introduction.....	59
1. La portée respective de l'art. 25 (1) <i>première phrase</i> et de l'art. 25 (4) de la Convention.....	66
1.1. L'art. 25 (1) de la Convention de Washington et le renvoi à un investissement non défini.....	66
1.2. L'application des règles d'interprétation de l'art. 31 de la Convention de Vienne.....	68
1.2.1. La justification de l'usage de l'art. 31 (1) de la Convention de Vienne dans le cadre de la qualification en investissement.....	70

1.2.2.	L'inutile recours à la méthode d'interprétation subjectiviste : l'application injustifiée de l'art. 32 de la Convention de Vienne	73
1.2.3.	L'interprétation inconsidérée de l'art. 32 : la prise en compte des justifications alléguées en lieu et place des justifications réelles du défaut de définition de l'investissement	75
1.3.	La conception objective de l'investissement.....	80
1.4.	La combinaison des tendances subjective et objective : le courant du <i>double-barrelled test</i>	82
2.	L'art. 25 (1) <i>deuxième phrase</i> en lien avec l'art. 25 (4) de la Convention de Washington : la controverse sur le consentement des parties comme satisfaisant la condition d'investissement....	84
2.1.	L'exagération de la portée de l'art. 25 (4) de la Convention de Washington et la conception subjective de l'investissement.....	84
2.1.1.	La définition subjectiviste de l'investissement	85
2.1.2.	La jurisprudence du CIRDI relative aux modes de définition subjectiviste de l'investissement.....	87
2.2.	La portée réelle des art. 25 (4) et 41 (2) de la Convention de Washington : la détermination des investissements pouvant être soumis à la compétence du CIRDI	91
2.2.1.	Le principe de l'art. 25 (4) de la Convention de Washington	91
2.2.2.	La précision du sens des notions de « consentement » et d'« investissement » contenues dans la Convention de Washington	95
2.2.3.	L'art. 41 (2) de la Convention : le principe de la distinction entre la compétence du Centre et la compétence du Tribunal.....	97
Conclusion		102

INTRODUCTION

1. Depuis quelques années, l'investissement étranger occupe une place centrale dans un nouveau type de régime juridique, celui des États qui ont accepté d'avoir un double contrôle international, d'ordre matériel et procédural, sur ces investissements pour éviter que l'investisseur ne devienne, selon l'expression de Moshe Hirsch, « *hostage*

to the host State »¹. La protection instituée dans ce cadre depuis l'avènement de la Convention de Washington du 18 mars 1965², venue parachever celle existant auparavant en droit coutumier international et dans le cadre du règlement des différends entre États et qui s'est poursuivie avec la mise en place d'un nouveau corpus normatif par le fait de l'apparition et du développement des traités bilatéraux relatifs aux investissements (ci-après TBI) surpasse celle qui est en vigueur dans les autres champs économiques. Les acteurs des autres catégories juridiques d'activités économiques se voient donc, en principe tout au moins, exclus d'un certain nombre d'avantages réservés aux seuls investisseurs étrangers. S'il est clair que la qualification d'investissement est essentielle pour invoquer l'application dudit régime, dans les faits, le défaut de fermeté de cette définition est une faille qui conduit directement à bénéficier de ce système de protection. Dans cette brèche au système, ne manquent pas de s'engouffrer les opérateurs économiques dont les actes ne relèvent pourtant pas nécessairement de la catégorie des investissements et qui ne sont pas, par conséquent, des investisseurs. Alors même qu'elles seraient des investisseurs, ces personnes pourraient ne pas être étrangères à l'État de territorialité de l'investissement. Dans l'une comme l'autre hypothèse, en principe, elles n'auraient pas droit aux facilités du système instauré par la Convention de Washington.

2. Les difficultés posées par l'office de l'arbitre dans l'opération de qualification en investissement sont l'une des plus insurmontables depuis l'institution de la Convention il y a près d'un demi-siècle. Sur la question de la compétence matérielle du Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement (ci-après CIRDI) et en particulier sur la qualification d'investissement, tout ou presque a été dit et redit, sans que toutefois l'une ou l'autre des solutions

1. Moshe HIRSCH, *The Arbitration Mechanism of the ICSID*, Boston, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 5.

2. *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, (1965) 575 R.T.N.U. 169, 4 I.L.M. 524 (ci-après Convention de Washington ou encore Convention). La Convention est entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

proposées emporte l'adhésion consensuelle de la doctrine et de la jurisprudence. La doctrine relève bien que c'est « l'une des plus délicates et des plus controversées [questions] de la Convention, la jurisprudence du CIRDI étant plus divisée sur ce point que sur tout autre »³. Malgré le caractère impressionnant eu égard à la quantité et à la pertinence de tels travaux, jusqu'aujourd'hui nul ne peut prévoir avec certitude quelle sera l'issue d'une opération de qualification en investissement. Ce n'est pourtant pas faute pour les acteurs du droit des investissements d'avoir essayé, avec les nombreux chapitres d'ouvrages ou articles de doctrine⁴ qui ont été consacrés à ce sujet. À la suite de tels travaux, on se retrouve simplement avec, d'une part, des catégories diverses de définitions de l'investissement et, d'autre part, des définitions au contenu différent. C'est ce qui a fait dire à la doctrine que cette notion en est une « élastique »⁵, à la dérive⁶, matérialisant le capharnaüm du droit⁷, etc. Un auteur l'a d'ailleurs successivement qualifié, la même année, de « notion

3. Emmanuel GAILLARD, « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », dans Jean-Marc SOREL (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle* N° 21. *En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, coll. Cahiers internationaux, Paris, Pedone, 2009, p. 17 et 18.

4. Voir à titre d'exemples, Walid BEN HAMIDA, « Two Nebulous ICSID Features : The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control », (2007) 24 *J. Int. Arb.* 3, 287, spéc. 287-306; Walid BEN HAMIDA, « La notion d'investisseur : les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au CIRDI », dans Alexis MOURRE (dir.), *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. IV, Paris, Pedone, 2008, p. 412, à la page 415; Walid BEN HAMIDA, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI? », dans *id.*, p. 415, à la page 425. Voir aussi Sébastien MANCIAUX, « The Notion of Investment : New Controversies », (2008) 9 *J.W.I.T.* 6, 443; Sébastien MANCIAUX, « Le désinvestissement et la séparation des partenaires dans les entreprises communes », dans Éric LOQUIN (dir.), *Les séparations internationales d'entreprises*, Paris, Litec, 2004; Noah RUBINS, « The Notion of "Investment" in International Investment Arbitration », dans Norbert HORN, Stephan KRÖLL (dir.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, Horn and Kröll, Kluwer Law International, 2004; Ibrahim FADLALLAH, « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI? », dans *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, spéc. p. 259.

5. Stephan KINSELLA, Noah RUBINS, *International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution — A Practitioner's Guide*, New York, Oceana, 2005, p. 289 et suiv., cités dans Farouk YALA, « La notion d'investissement », (2005) 349 *Gaz. Pal.*, par. 1.

6. Farouk YALA, « The Notion of Investment in ICSID Case Law — Some Un-Conventional Thoughts on Salini, SGS & Mihaly », (2005) 2 *J. Int. Arb.* 105.

7. Medhi HAROUN, *Le régime des investissements en Algérie*, Paris, Litec, 2000, n° 114, cité dans F. YALA, *supra*, note 5.

maudite »⁸ et de « *nebulous [ICSID feature]* »⁹. Mais, il est bien connu que « [l]a polysémie est une marque essentielle du vocabulaire juridique »¹⁰, et multiplier les constats d'échec serait inutile. C'est sur ce problème que nous nous penchons dans le présent article, en proposant une théorie comme solution aux problèmes recensés dans la qualification en investissement devant le CIRDI, notamment en ce qui concerne la méthode utilisée.

3. L'impasse de la jurisprudence et de la doctrine sur cette question nous semble principalement plonger ses racines bien en amont du problème de la qualification d'investissement. On sait que pour effectuer le contrôle de la complétude des conditions de l'investissement par celui qui allègue avoir la qualité d'investisseur, le tribunal dispose de deux types de matériaux de base. Premièrement, le contrôle arbitral a souvent été considéré comme pouvant être effectué à partir d'une qualification « subjective ». Il s'agit de celle qui est effectuée à partir de ce que nous appellerons les *désignations normatives de l'investissement*¹¹. Même si de telles désignations existent dans tous les types de droit de la saisine, dont le contrat¹²,

8. W. BEN HAMIDA, « La notion d'investisseur : les nouveaux défis [...] », *supra*, note 4, p. 414 et 416. Voir du même auteur, « La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI », (2009) 4 *Gaz. Pal.* 40.

9. W. BEN HAMIDA, « Two Nebulous ICSID Features : The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control », *supra*, note 4.

10. Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, LAMY-PUF, 2003 (entrée « Linguistique juridique »).

11. Il faudrait alors utiliser les expressions « désignation conventionnelle », « légale » ou encore « contractuelle » des investissements, qu'on peut regrouper sous l'expression « désignations normatives » de l'investissement. Cette dernière expression repose sur le fait que le traité (et spécialement le TBI), la loi et le contrat sont des instruments normatifs, avec une acception de la « norme » au sens de Hans Kelsen, pour qui « une norme donnée est une norme juridique en tant qu'elle appartient à un ordre juridique » : Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Traduction de Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 5 et 6. Dans ce sens, la « qualification normative » renverra au processus de désignation de l'investissement qu'on retrouve dans ces instruments.

12. On notera que dans l'affaire *Mobil Oil c. Nouvelle Zélande*, les parties affirment dans le contrat concerné que « ceci est bien un contrat d'investissement » : voir l'affaire *Attorney General of New Zealand v. Mobil Oil New Zealand Ltd.*, (1987) 2 *ICSID Rev. FILJ* 495, spéc. p. 502. Pour un bref résumé des faits, voir *infra* au paragraphe 65 de la présente étude. Dans la même affaire, on trouve des clauses avec des alinéas qui affirment que pour les besoins de règlement des différends, on est bien en présence d'un contrat d'investissement. Mais en règle générale, on ne trouve pas de définition de l'investissement dans les contrats d'investissement.

nous n'aborderons que les traités dans le présent article. Ces instruments normatifs qui sont à la base de la saisine de l'arbitre fournissent habituellement des énumérations d'opérations censées être constitutives de définitions de l'investissement et seront alors considérés chacun comme un *système normatif*, en tant qu'ensemble de règles. Dans la perspective de la qualification d'une opération en investissement, comme l'arbitre doit se baser sur les instruments lui ayant donné compétence, il doit, par ce fait même, tenir compte de ces désignations normatives : c'est aussi ce qui est à l'origine de l'extensibilité de l'investissement dans la jurisprudence.

4. Deuxièmement, ce contrôle a aussi été considéré comme pouvant être effectué sur le fondement de la notion d'investissement elle-même, notion à laquelle renvoie la Convention. Comme on sait, le contenu de l'investissement auquel semble renvoyer la Convention doit encore être mis en évidence. C'est qu'elle n'est pas plus précise et ses dispositions posent seulement la condition de l'existence d'un investissement à son art. 25 (1). Les alinéas suivants du même art. 25 viennent entretenir le flou sur cette question ou alors apporter plus de clarification, selon le point de vue adopté, en définissant la notion de consentement et plus précisément encore, les différends soumis au CIRDI et au Tribunal. En particulier, on peut hésiter sur la signification de la formule de l'art. 25 (4), qui fait la part belle à la volonté des parties au Traité et sur laquelle s'appuient habituellement les défenseurs de la définition subjective de l'investissement, celle issue des instruments normatifs¹³.

5. Une interrogation sur la portée des deux types de définition apparaît finalement inéluctable. Plus concrètement, l'arbitre est confronté à la question de savoir si la conformité de l'opération litigieuse aux opérations qui sont énumérées dans les listes d'investissement l'exonère de la vérification de la complétude de l'investissement requis à l'art. 25 (1) de la

13. Selon l'art. 25 (4) de la Convention de Washington : « Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les États contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1) ».

Convention. La question peut être inversée, elle n'en sera pas moins nécessaire : la satisfaction des conditions de l'investissement au sens de l'art. 25 (1) de la Convention, par l'opération litigieuse, rend-elle inutile le contrôle de la complétude des conditions de l'investissement tel que qualifié dans le traité applicable? Dans les faits, une opération satisfaisant les exigences des désignations normatives ne répondra pas forcément, pour autant, à la condition d'investissement telle que posée par la Convention, du moins telle qu'elle a souvent été définie par la jurisprudence et la doctrine, ou encore, telle qu'elle résulte de l'évolution du droit international des investissements étrangers. Selon certaines tendances de la jurisprudence, qui ont d'ailleurs, à un moment donné, été principales, retenir l'une de ces formules entraîne alors, forcément, rejeter l'autre. Laquelle privilégier dans ce cas, à moins de les faire coopérer d'une manière satisfaisante sur le plan de la compétence?

6. L'objectif du présent article peut donc être formulé en des termes très simples : *comment qualifier l'investissement étranger?* La théorie subjective offre-t-elle des éléments de contrôle suffisants et suffisamment pertinents du caractère d'investissement d'une opération économique ou financière? Son usage signifie-t-il l'exclusion de la théorie objective? S'agit-il plutôt de l'inverse? Les désignations normatives et une éventuelle définition objective de l'investissement sont-elles plutôt complémentaires, et leur cumul permet-il de contrôler la satisfaction de la condition d'investissement, requise pour entraîner la compétence du CIRDI, par l'opération litigieuse?

7. Sur cette question, l'office de l'arbitre nécessite sans nul doute de choisir entre diverses méthodes d'interprétation du droit international, et l'usage de certaines d'entre elles conduit, dans bien des cas, à une errance certaine. Nous ne rentrerons pas dans toutes les difficultés susceptibles de se poser et dans tous les enjeux que la qualification de l'investissement suppose. Nous nous arrêterons à la démarche de l'arbitre et, sur ce plan, il est irréfutable que la décision sur la compétence arbitrale dépend de nombreux paramètres, au premier rang desquels la méthode d'interprétation des traités qui est retenue pour apprécier les dispositions de la Convention de Washington. Les éléments susceptibles d'être pris en

considération, et notamment les éléments constitutifs de la notion même d'investissement, interviennent plus en aval et viennent s'intégrer dans la démarche globale retenue. Nous ne nous y intéresserons pas cette fois-ci.

8. Les orientations du présent article se fondent sur une conviction : les exigences de la complétude de la condition d'investissement présentent des différences selon qu'on les envisage pour bénéficier de la protection de la Convention de Washington ou de celle du traité applicable. Le contrôle de la satisfaction de chacune de ces conditions est autonome : en tant que tel, il doit être envisagé séparément. En droite ligne de cela, nous proposons une *théorie de la séparation des opérations de contrôle des conditions de compétence du tribunal arbitral sur la base de la distinction des exigences respectives des systèmes normatifs à l'origine de cette compétence*. Cette hypothèse générale et cette théorie découlent d'une évidence : chaque instrument juridique s'applique à un champ précis. La détermination de l'articulation entre les divers types de qualifications de l'investissement est possible grâce à cette théorie qui permet de tenir compte des exigences respectives de chaque système normatif. En pratique, d'une part, les opérations litigieuses doivent être conformes aux désignations normatives pour bénéficier de la protection du TBI, ce qui constitue le premier niveau de contrôle. D'autre part, elles doivent également être conformes à la condition d'investissement de la Convention de Washington, ce qui en constitue le deuxième.

9. L'application de la *théorie du contrôle séparé* suppose la clarification des éléments décisifs du processus même du contentieux sur la compétence du CIRDI. Il est donc indispensable de mettre en évidence la portée de l'art. 25 (1) *première phrase* de cette Convention sur la compétence du CIRDI. Cette disposition établit une condition objective de la compétence matérielle de cette juridiction, énoncée en des termes si sibyllins que cette condition peut passer inaperçue. La formulation de l'alinéa entier laisse penser que cet investissement est reconnaissable en soi et identifiable objectivement; aussi peut-on supposer qu'il a des critères objectifs. Cependant, ledit alinéa comporte dans sa *deuxième phrase* des dispositions relatives au consentement des parties, en énonçant précisément

que « [l]orsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Ces deux formulations ont des implications diverses qu'il faut examiner (I), et de manière concomitante, analyser la portée de l'interférence causée par l'introduction du consentement des parties par l'alinéa 4 du même art. 25 de la Convention. Il est tout aussi essentiel d'examiner la portée de l'art. 25 (1) *deuxième phrase* mentionné, portant lui aussi sur le consentement, et d'établir ses rapports avec l'art. 25 (4) (II).

1. LA PORTÉE RESPECTIVE DE L'ART. 25 (1) PREMIÈRE PHRASE ET DE L'ART. 25 (4) DE LA CONVENTION

10. L'art. 25 (1) renvoie à un « investissement » non défini. Pour l'arbitre, il s'agit d'une grande inconnue dans l'équation qu'il a à résoudre : comment qualifier en vertu d'une définition inexistante ? Il n'a, *a priori*, de ressource que celle qui est constituée par la Convention de Washington (laquelle est silencieuse), ce qui peut s'apparenter à un renvoi de la Convention aux désignations effectuées par les États dans les traités. Mais il ne faut pas s'y tromper, il serait fatal de se précipiter vers cette explication. Dans les lignes qui suivent, nous examinerons les raisons et les implications d'un tel silence.

1.1. L'ART. 25 (1) DE LA CONVENTION DE WASHINGTON ET LE RENVOI À UN INVESTISSEMENT NON DÉFINI

11. Le premier élément des dispositions de la Convention de Washington, qui délimitent la compétence du CIRDI et d'un tribunal constitué sous ses auspices, est constitué par l'énonciation d'une notion d'*investissement* libellée à son art. 25 (1) *première phrase*, qui établit les critères de la compétence matérielle du Centre¹⁴.

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

12. L'exigence de « différends d'ordre juridique » suppose limiter l'accès du Centre aux litiges portant sur les droits et obligations des parties, en excluant les différends d'ordre politique, les conflits d'intérêts ou les questions de fait. Tels litiges porteront donc sur les manquements aux obligations, l'interprétation des conventions ou encore, la rupture du rapport de droit. Mais l'aspect qui nous intéresse le plus, celui qui cause le plus de difficultés et de controverses est sans conteste celui qui est relatif à l'« investissement ». C'est que le litige doit également être « en relation directe avec un investissement » aux termes de la Convention. S'il est relativement facile d'établir le lien du litige et de l'investissement, il est cependant, au départ, déjà difficile de s'accorder sur la notion même d'investissement. Pourtant, la satisfaction de cette condition est une exigence incontournable de la compétence des tribunaux du CIRDI.

13. Comme nous le verrons plus loin, on avance habituellement que des analystes ont estimé que le silence de la Convention convenait aux rédacteurs pour éviter de restreindre le nombre de personnes ayant accès au mécanisme de règlement des différends du CIRDI. Si on admet une telle explication, un tel objectif serait parfaitement compréhensible mais il est également critiquable. En effet, ce défaut de précision est regrettable lorsqu'on se base sur la diversité des interprétations qui sont effectuées depuis lors. La doctrine n'a pas manqué de soulever les difficultés que cette abstention a soulevées et a alors mis en évidence les nouveaux enjeux des définitions de l'investissement. Dominique Carreau et Patrick Juillard reviennent constamment, dans plusieurs éditions de leur ouvrage s'intitulant *Droit international économique*, sur le fait suivant :

D'une part, les tribunaux arbitraux, en important de façon prétorienne leur propre définition de l'investissement dans la disposition de l'article 25.1 [de la Convention CIRDI], pouvaient, par là même, se doter des moyens de réduire la portée excessive de la définition qui résulte des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements. Mais, d'autre part, ces moyens risquent fort de demeurer inopérants dès lors que s'installerait un désaccord sur les éléments constitutifs de

cette définition prétorienne. Or, c'est bien ce qui semble se produire actuellement.¹⁵

14. À son tour, commentant la sentence rendue dans l'affaire *Biwater Gauff Tanzania Limited c. République Unie de Tanzanie* le 24 juillet 2008, Emmanuel Gaillard ne peut s'empêcher de se demander si « après quelques décennies d'une jurisprudence de plus en plus chaotique à ce sujet, [cette] méthode était [finalement] la bonne »¹⁶. Ce qui est certain, c'est que les justifications alléguées d'un tel silence de la Convention sont bien différentes de ses justifications réelles. Ce silence a, en tout cas, conduit certains arbitres à se plonger dans les travaux préparatoires de la Convention de Washington pour déterminer le sens qu'il faudrait donner à l'art. 25 (1). Une telle initiative aurait pu se révéler intéressante lors même que, menée de manière impartiale et objective, elle eut confirmé le caractère objectif de l'investissement requis. Cependant, d'une part, elle ne se justifie déjà pas par la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités* (ci-après Convention de Vienne), comme on pourrait le penser de prime abord et, d'autre part, le recours à la méthode d'interprétation subjectiviste qu'implique une telle règle ne conduit pas à la conclusion d'une définition subjective de l'investissement. En distinguant clairement les méthodes d'interprétation utilisées, on se rendra compte qu'il existe habituellement une grande confusion sur la congruence de la méthode retenue avec la disposition normative interprétée, ce que nous verrons au prochain paragraphe.

1.2. L'APPLICATION DES RÈGLES D'INTERPRÉTATION DE L'ART. 31 DE LA CONVENTION DE VIENNE

15. La Convention de Vienne résulte d'un vaste mouvement de codification d'un ensemble de règles coutumières pour l'interprétation des traités par la Commission du droit international. Elle ne s'applique, techniquement, qu'entre les

15. Par exemple, Dominique CARREAU, Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 416, et 4^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 431.

16. Emmanuel GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales », (2009) 136 *J.D.I.* 1, 334, 409.

États signataires. Cependant, par le fait du caractère coutumier des règles codifiées, notamment celles des articles 31 et 32 qui nous intéressent, ces dernières ont vocation à s'appliquer même aux États non signataires. Ce traité a également reçu l'onction de la jurisprudence et il ne fait aucun doute qu'il s'applique à toutes situations requérant l'interprétation de traités. Par exemple, la Cour internationale de justice (ci-après CIJ) a reconnu le caractère coutumier des règles édictées en déclarant, dans un arrêt du 12 novembre 1991 que « [...] les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [...] à bien des égards, peuvent être considérés comme une codification du droit international coutumier existant »¹⁷.

16. Les principales dispositions relatives à l'interprétation se trouvent à ces articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, qui consacrent une démarche qui part d'un stade simple au stade complexe en passant par un stade intermédiaire, pour une bonne interprétation du traité. Le stade simple est constitué par une interprétation sur la seule base des termes du traité et se satisfaisant de leur sens ordinaire¹⁸, l'intermédiaire consiste au recours au contexte dudit traité¹⁹, alors que le stade complexe, qui signifie habituellement l'échec des deux premiers stades, implique le recours aux travaux préparatoires²⁰. Rappelons préalablement que selon l'art. 31, qui concerne la règle du sens ordinaire, la Cour européenne des droits de l'Homme a mis en évidence depuis quelques décennies que « [t]el que le prévoit la "règle générale" de l'article 31 de la Convention de Vienne, *le processus d'interprétation d'un traité forme un tout, une seule opération complexe; ladite règle, étroitement intégrée, place sur le même pied les divers éléments qu'énumèrent les quatre paragraphes de l'article* »²¹;

17. *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée Bissau c. Sénégal)*, arrêt, CIJ Recueil 1991, p. 53, p. 69 et 70, par. 48.

18. Voir art. 31 (1) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980).

19. Voir art. 31 (1) et (2), *id.*

20. Voir art. 32, *id.*

21. *Golder c. Royaume Uni*, arrêt du 21 février 1975, par. 30, CEDH, [En ligne]. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&source=tkp&highlight=GOLDER&sessionid=62411104&skin=hudoc-fr> (Page consultée le 12 juillet 2010) (Nos italiques).

cela a fait dire à Jacques Dehaussy et Mahmoud Salem qu'à l'usage, la règle du sens ordinaire n'est « ni autonome, ni exclusive » en ce qu'elle s'intègre dans un certain nombre de variables, l'objet, le but et le contexte du traité²², qui délimitent les frontières de l'interprétation littérale à intervenir.

17. Alors que ces éléments forment les éléments objectifs de l'interprétation, d'autres en constituent la partie subjective, ceux qui font intervenir les travaux préparatoires et les autres circonstances. Il est inutile de nous appesantir sur ces éléments subjectifs, étant donné que les seuls éléments d'appréciation qui sont inclus dans une interprétation fondée uniquement sur les aspects objectifs de la règle générale d'interprétation de l'art. 31 (1) de la Convention de Vienne suffisent à déterminer l'arbitre à chercher la signification de la notion objective d'investissement. C'est, en tout cas, ce que nous soutenons, et nous nous proposons de le démontrer dans les lignes qui suivent.

1.2.1. La justification de l'usage de l'art. 31 (1) de la Convention de Vienne dans le cadre de la qualification en investissement

18. La règle générale d'interprétation de l'art. 31 (1) de la Convention de Vienne est ainsi libellée : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »²³. Cette règle ne date pas d'aujourd'hui. Émer de Vattel a soutenu que l'interprétation est utile même en cas d'apparence de clarté du texte. Selon cet auteur,

[s]i les idées des hommes étaient toujours distinctes et parfaitement déterminées, s'ils n'avaient pour les énoncer que des termes propres, que des expressions également claires, précises, susceptibles d'un sens unique, il n'y aurait jamais de difficulté à découvrir leur volonté dans les paroles par lesquelles ils ont voulu l'exprimer : il ne faudrait qu'entendre la langue.

22. Jacques DEHAUSSY, Mahmoud SALEM, « Les traités — Interprétation. Principes, règles et méthodes applicables à l'interprétation », dans *JurisClasseur France*, coll. « Sources du droit international », fasc. 12-6, LexisNexis France, mars 1995, par. 62.

23. Voir art. 31 (1) de la Convention de Vienne, *supra*, note 18.

Mais l'art de l'interprétation ne serait point encore pour cela un art inutile.²⁴

19. Cet auteur a aussitôt précisé plus loin qu'« [il] n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'être interprété »²⁵. Le principe du sens clair quant à lui se justifie par la bonne foi dans la mesure où ce principe

[s]'adressant aux sujets de droit assujettis au respect du traité, il signifie que ceux-ci seraient de mauvaise foi dès lors qu'ils chercheraient à éluder, fût-ce temporairement (*s'il s'agissait d'un procédé dilatoire, ce serait pour le moins un abus de droit*), l'application du traité en se réfugiant en d'imaginaires difficultés d'interprétation : ainsi, si l'une des Parties au traité s'efforçait d'échapper à certaines de ses obligations conventionnelles à l'égard de l'autre ou des autres parties, ou si, à l'inverse, elle arguait de droits conventionnels inexistants. Le principe vaut également, quand des dispositions conventionnelles sont invoquées, dans les rapports transnationaux entre ressortissants des États parties, ainsi que dans les rapports des autorités étatiques avec les ressortissants des autres parties ou (*notamment en matière de droits de l'Homme*) avec les propres ressortissants de l'État.²⁶

20. Mais, bien que la plupart du temps, on confonde le principe du sens clair et la règle du sens ordinaire, « [...] la différence est grande entre les conséquences attribuées au principe (*écarter la prise en considération de toute interprétation*) et celles de la règle [...] qui pose certes une présomption, mais une présomption réfragable »²⁷. Au sens de la règle du sens ordinaire, l'arbitre procède à une analyse sémantique et grammaticale de la disposition à interpréter : « [...] le point de *départ*, comme aussi le but de l'interprétation est d'élucider le sens du texte et non pas de rechercher *ab initio* quelle était l'intention des parties », rappelle fort opportunément la Commission du droit international (ci-après CDI)²⁸. Un arrêt de la

24. Émer de Vattel, *Le droit des gens*, éd. 1773, par. 262.

25. *Id.*, par. 263.

26. J. DEHAUSSY, M. SALEM, *supra*, note 22, par. 38.

27. *Id.*, par. 39.

28. Travaux de la CDI sur le *Projet de Convention sur le droit des traités*, (1966) II A.Com.D.I., p. 220 : *id.*, par. 63.

CIJ a, dans ce sens, statué que « [l']interprétation [d'un traité] doit être fondée avant tout sur le texte lui-même »²⁹. Cette disposition conduit alors l'arbitre, dans notre cas pris à titre d'exemple, à ne pas s'écarter du sens ordinaire, usuel ou normal du terme « investissement » en matière de droit international des investissements. Étant donné qu'un tel terme ne fait pas encore l'objet de consensus dans cette matière, il ne reste à l'arbitre qu'à chercher lui-même le « meilleur » sens que l'on pourrait attribuer à ce terme à la lumière de l'objet et du but de la Convention de Washington. Il s'agit donc du sens le plus pertinent pour le « meilleur » but. Toute personne qui invoquerait un sens particulier s'éloignant de ce sens usuel serait tenue de fournir la preuve de la pertinence du terme envisagé dans son sens spécial, conformément aux recommandations de la CDI³⁰ et de la doctrine³¹. Or cet objet, ce but est, aux termes du Préambule de ce texte, l'établissement d'un mécanisme international de règlement des différends entre États et ressortissants d'autres États en vue de la protection et la promotion des investissements privés internationaux. C'est dans ce sens que l'on peut approuver la tentative de définition effectuée dans la jurisprudence *Salini c. Maroc*³².

21. Il faut préciser, en outre, que le sens ordinaire « pourrait lui-même être le sens particulier; il pourrait en effet paraître que ce sens technique ou particulier est justement le sens ordinaire selon le contexte »³³. On serait alors fondé à recourir à ce sens ordinaire selon le contexte, qui serait en fait extraordinaire dans les conditions normales. Cela suppose alors en fournir la preuve de la pertinence, faute de quoi le sens habituellement ordinaire l'emporterait, conformément

29. *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, arrêt, CIJ Recueil 1994, p. 6, par. 41 (3 février 1994).

30. Commentaire de la CDI, (1966) 11 A.Com.D.I., n° 17, p. 242.

31. Sir Humphrey WALDOCK, (1966) 1 A.Com.D.I., n° 3, p. 219.

32. *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc* (ARB/00/4), Décision sur la compétence, 23 juillet 2001, I.T.A., [En ligne]. <http://ita.law.uvic.ca/documents/Salini-English.pdf> (Page consultée le 7 octobre 2009). Au stade actuel de notre étude, le contenu de la jurisprudence *Salini* importe peu; seule compte la démarche, ainsi que celle des tribunaux CIRDI ayant essayé de déterminer le contenu du terme « investissement ».

33. Mustafa Kamil YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », (1976) 151 R.C.A.D.I. III, 1, 28.

à la position de la Cour permanente d'arbitrage (ci-après CPA) et des Cours de La Haye³⁴. Il est clair, dans tous les cas, que le recours à la méthode subjectiviste fondée sur la recherche de la volonté des parties se justifierait seulement si la règle du sens ordinaire, prise dans ces deux cas, échouait à fournir une solution interprétative du traité qui soit appropriée et acceptable au sens du droit international. Mais, ce n'est pas le cas et il est dès lors injustifié d'appliquer l'art. 32 de la Convention de Vienne, ce qu'il importe de démontrer.

1.2.2. L'inutile recours à la méthode d'interprétation subjectiviste : l'application injustifiée de l'art. 32 de la Convention de Vienne

22. Nous avons vu que l'interprétation de l'art. 25 (1) de la Convention de Washington effectuée selon la règle générale d'interprétation amenait l'arbitre à chercher à établir une définition de l'investissement. Plus généralement, c'est cette démarche qui a donné naissance aux deux tendances, objective et subjective, de la notion d'investissement. Si la méthode objectiviste nous semble la plus adaptée, on ne saurait pour autant en admettre une vision extrémiste qui exclurait totalement les désignations de l'investissement contenues dans les traités. Qu'à cela ne tienne, la seule existence de ce type de définitions suffit à rendre inutile le recours à l'art. 32 de la Convention de Vienne, sauf à conclure que la mention de l'investissement contenue à l'art. 25 (1) de la Convention de Washington, par le fait du défaut de précision dudit article, nécessite que l'arbitre effectue un travail

34. Voir dans ce sens, en ce qui concerne la CPA, l'affaire des *Pêcheries de la côte septentrionale de l'Atlantique* (États-Unis d'Amérique et Grande-Bretagne), 7 septembre 1910, par. 6, CPA, [En ligne]. <http://www.pca-cpa.org/upload/files/North%20Atlantic%20award%20FR.pdf> (Page consultée le 12 février 2010). Pour la CPJI, voir *Interprétation de la Convention concernant le travail de nuit des femmes*, avis consultatif, (1932) 50 *Recueil CPJI* (série A/B), p. 364, p. 373 (15 novembre 1932); *Statut juridique du Groenland oriental*, arrêt, (1933) 53 *CPJI Recueil* (série A/B), p. 21, p. 49 (5 avril 1933); *Certaines questions relatives au service postal polonais du port de Dantzig*, avis consultatif, (1925) 11 *CPJI Recueil* (série B), p. 5, p. 37 (16 mai 1925). Pour la CIJ, voir *Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies (art. 4 de la Charte)*, avis consultatif, *CIJ Recueil* 1947, p. 57, p. 63 (28 mai 1948).

de complétion et que cela n'aboutisse ultimement à des définitions de l'investissement qui soient inacceptables parce que « manifestement absurdes » ou « déraisonnables », au sens de la Convention de Vienne tout au moins. Or, tel n'est pas le cas : le résultat de l'office arbitral s'éloigne de ces qualificatifs. Il existe d'ailleurs une « règle de préférence », qui est applicable ici, aux termes de laquelle on ne peut se prévaloir de l'esprit de la loi contre un texte clair et formel³⁵. Les termes contenus dans le texte sont donc prioritaires³⁶. Selon cet art. 32 :

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou

b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

23. Le recours à cet art. 32 de la Convention de Vienne peut uniquement être permis pour confirmer le sens du traité qui a été déterminé par application de l'art. 31 de la même Convention par l'arbitre. Un tel recours peut se justifier ici dans la mesure où il pourrait effectivement confirmer, à la lumière des travaux préparatoires de la Convention de Washington, que la conclusion à la nécessité pour l'arbitre de compléter la définition de l'investissement en faisant recours à toutes sources était l'objectif des rédacteurs. Or, un tel recours ne serait acceptable que si l'arbitre faisait une utilisation raisonnable des sources dont il se sert; ce qui n'a pas toujours été le

35. François LAURENT, *Principes de droit civil*, p. 343, cité dans François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 91, spéc. note 362. Selon cet auteur, « [c]e qu'il importe de déterminer, c'est l'autorité que l'on doit attacher à l'interprétation grammaticale [...] lorsque la loi est claire, on doit s'en tenir à la lettre et chercher l'esprit de la loi ailleurs que dans le texte, c'est aboutir à éluder la loi » : F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, p. 160, cité dans F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *id.*, p. 90, spéc. note 356.

36. Dans ce sens, M. K. YASSEEN, *supra*, note 33, p. 26.

cas. En effet, dans certains arbitrages, le tribunal a tenu compte non pas des justifications véritables du défaut de définition de l'investissement, mais plutôt de justifications fausses, qui servaient à légitimer le sens qu'il entendait donner à la notion d'investissement. Cela a également conduit à fausser le sens de la notion d'investissement dans les sentences qui résultaient de tels arbitrages. L'importance de cette attitude et d'une telle interprétation, à la fois inconsidérée et inconséquente, justifie qu'on s'y appesantisse.

1.2.3. L'interprétation inconsidérée de l'art. 32 : la prise en compte des justifications alléguées en lieu et place des justifications réelles du défaut de définition de l'investissement

24. À la lecture des travaux préparatoires de la Convention de Washington, on se rend compte que le défaut de définition de l'investissement dans le texte final ne résulte pas d'un oubli de la part des rédacteurs de la Convention. Il s'agit d'un choix délibéré, la preuve en étant que les négociateurs ont premièrement proposé une définition analytique qui a vite été abandonnée, puis une deuxième sous la forme d'une énumération qui a connu le même sort³⁷. En outre, ce choix ne résulte peut-être pas d'un renvoi éventuel aux investissements définis par les Parties dans les listes d'investissement, comme l'ont soutenu certains auteurs lorsqu'il a fallu expliquer ledit choix³⁸ ou encore les arbitres dans certaines sentences. Il s'explique davantage par le contexte sociopolitique de l'époque, cette décision consistant en une solution diplomatique justifiée par les difficultés rencontrées par les auteurs de la Convention³⁹.

25. En effet, dans le tout premier *Projet préliminaire de la Convention*, certains experts juridiques consultés avaient

37. Voir Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : trente années d'activité du CIRDI*, coll. Travaux du CREDIMI, Paris, Litec, 2005, p. 44 et 45.

38. Georges DELAUME, « ICSID and the Transnational Financial Community », (1986) *ICSID Rev.* 237 (46). Voir également W. BEN HAMIDA, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI? », *supra*, note 4, p. 416, spéc. note 123.

39. S. MANCIAUX, *supra*, note 37, p. 45 et 46.

insisté sur l'inopportunité de fournir une « définition détaillée du genre de différends pour lesquels on [pourrait] recourir aux facilités du Centre »⁴⁰. Pour ces experts, les principes généraux contenus dans le Préambule, en l'occurrence l'emploi du terme « les différends relatifs aux investissements », et la limitation de la compétence aux différends d'ordre juridique étaient « suffisants pour limiter la portée de la Convention [...] ». De même, « [u]ne définition plus précise risqu[ait] d'ouvrir la porte à des désaccords fréquents sur l'applicabilité de la Convention à un engagement précis [...] »⁴¹. De nos jours, on peut dire que les prévisions des rédacteurs se sont vérifiées sur le point des désaccords, mais ce n'est pas pour les raisons évoquées. Il s'agit plutôt de la situation inverse, dans la mesure où c'est le défaut de définition qui est la source des désaccords mentionnés.

26. Si l'objectif fondamental de la Convention était de conférer une protection procédurale des investissements et des investisseurs, on comprend que ses modalités aient visé l'accueil du maximum d'investissements afin de leur conférer la protection de la Convention. Il restait quand même que le droit procédural posé par la future Convention avait été prévu pour les seuls investissements, ce qui impliquait de les définir. Sur cette question, il est digne de remarque qu'à chaque réunion, d'autres experts ont soulevé le problème constitué par le fait que « s'en tenir au sens généralement donné au mot "investissement" tel qu'il apparaissait dans le Préambule [aurait contribué] tout bien pesé à créer plus de controverses concernant la juridiction du Centre que ne [l'aurait fait] une définition plus précise »⁴². Des définitions avaient alors été suggérées sur la base de droits nationaux ou du contenu d'accords bilatéraux, mais n'avaient pas obtenu le

40. Voir les commentaires accompagnant l'article II du *Projet préliminaire de Convention*.

41. INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENTS DISPUTES, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, Washington, 1968- [vol. 1, 1970]. *Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, vol. III, p. 20-22.

42. Voir Aron BROCHES, « Rapport du Président sur les questions soulevées et les suggestions présentées au sujet du Projet préliminaire de Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États », dans CIRDI, *id.*, p. 147, à la page 372.

consensus nécessaire pour pouvoir être retenues⁴³. Finalement, le conseiller juridique de la Banque mondiale, Aron Broches (président de ces réunions consultatives régionales), a renvoyé cette question à un examen ultérieur. Plus tard, les administrateurs de la Banque mondiale ont laissé aux États Membres la liberté de déterminer les différends qu'ils soumettraient au Centre. Cela s'entend, à notre avis, des différends auxquels se serait appliquée la procédure d'arbitrage à laquelle ils avaient consenti. C'est ce mécanisme qui pose problème et peut laisser penser qu'une telle énumération fait des éléments qui y sont contenus des investissements au sens du CIRDI, justifiant la fameuse tendance subjectiviste de la notion d'investissement. Comme nous le démontrerons plus bas, ce serait une erreur de raisonner ainsi.

27. En somme, s'il n'existe pas de définition objective de l'investissement dans la Convention de Washington, ce n'est pas faute pour les administrateurs d'avoir essayé, après l'échec des experts juridiques de tous bords, comme il a été mentionné ci-dessus, et c'est ce qui ressort de l'analyse de leur Rapport. L'art. 32 de la Convention de Vienne vient soutenir cette argumentation en légitimant juridiquement l'usage, dans le cadre de l'interprétation systématique de la Convention de Washington, du Rapport des administrateurs à titre de moyen complémentaire d'interprétation. Une appréciation générique et intégrée de cette question suppose que l'on prenne comme point de départ, premièrement, le paragraphe 15 dudit Rapport :

La Convention institue le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements en tant qu'institution internationale autonome (articles 18-24). L'objet du Centre est « d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements [...] » (article 1 (2)).

28. Le paragraphe 25 de ce Rapport continue sur cette lignée :

Si le consentement des deux parties est une condition essentielle à la compétence du Centre, ce consentement ne suffit pas

43. *Ibid.*

à lui seul pour qu'un différend tombe sous la compétence du Centre. Conformément au but de la Convention, la compétence du Centre est en outre limitée par *la nature du différend et le caractère des parties intéressées*.⁴⁴

29. Le Rapport énonce donc en filigrane, premièrement, que l'érection d'une opération en investissement par les Parties au traité, ce que nous avons appelé la qualification normative, ne préjuge pas de la qualification de ladite opération en « investissement » plus tard devant le tribunal du CIRDI. Deuxièmement, lorsque vient le moment de déterminer la « nature du différend » en question, le Rapport suscite des interrogations par son paragraphe 27 :

Il n'a pas été jugé utile de définir le terme « investissement », compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les États contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25 (4)).⁴⁵

30. Sébastien Manciaux affirme, avec discernement, qu'un tel renvoi opère comme un mécanisme de réserve pour assurer la participation de la majorité des États au système CIRDI. Dans tous les cas, ce renvoi ne donne aucune indication sur la notion d'investissement. Dans la pratique, bien peu de pays l'ont d'ailleurs utilisé⁴⁶.

31. En somme, l'art. 25 (4) de la Convention ne justifie finalement pas l'absence de définition et la position d'une frange de la doctrine et de la jurisprudence aboutit à faire passer l'échec des négociateurs de la Convention de Washington pour un succès. En outre, il faut souligner que l'art. 25 (4) n'évoque pas des « investissements », mais des « catégories de différends »

44. Nos italiques.

45. CIRDI, *Rapport des Administrateurs sur « le règlement des différends relatifs aux investissements »*, 6 août 1964, par. 31, ICSID, [En ligne]. http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf (Page consultée le 26 mars 2011).

46. L'Arabie saoudite, par exemple, exclut les contrats pétroliers, mais c'est une exclusion d'un secteur et non une définition de l'investissement. Cependant, par là même, ce pays utilise son pouvoir de réserve en droit des traités, pouvoir qui lui est reconnu par la Convention.

que l'on pourrait soumettre au Centre. De tels différends ne peuvent donc être que ceux de l'art. 25 de la même Convention, en d'autres termes, ceux qui sont en relation directe avec un investissement. Ce serait par conséquent forcer la compétence de l'arbitre que d'essayer de l'étendre dans un champ non couvert par l'art. 25. Une extension du choix des investissements n'est pas possible. C'est à la lumière de cela qu'on peut soutenir la sentence *Joy Mining c. Égypte*, d'après laquelle

le fait que la Convention n'ait pas défini la notion d'investissement ne signifie pas que tout ce que les parties auront été d'accord pour qualifier d'investissement entrera dans la notion d'investissement au sens de la Convention [...]. La liberté des parties de définir un investissement connaît certaines limites, si elles souhaitent donner compétence à un tribunal du CIRDI. Les parties à un litige ne peuvent pas, au moyen d'un contrat ou d'un traité, qualifier d'investissement aux fins de la compétence du Centre, quelque chose qui ne satisfait pas aux conditions objectives de l'article 25 de la Convention. Si tel n'était pas le cas, l'article 25 et la condition d'investissement qu'il pose, même si celui-ci n'est pas défini précisément, perdraient toute signification.⁴⁷

32. Il faut rappeler que dans cette affaire, la société *Joy Mining* alléguait qu'une garantie bancaire, d'une part, et les « allégations concernant la monnaie ou toute autre exécution contractuelle ayant une valeur financière » conformément à l'art. 1(a) (iii) du TBI, d'autre part, étaient constitutives d'investissements. Le Tribunal ne s'est pas laissé impressionner par cette qualification subjective de ces instruments financiers qui lui ôtait, à lui, tout pouvoir d'appréciation, et a décliné sa compétence. Dans tous les cas, la formulation de l'art. 25 (4) de la Convention est étrange.

33. Il nous semble finalement que le recours aux travaux préparatoires de la Convention de Washington s'avère inutile

47. *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt* (ARB/03/11), Award of August 6, 2004, (2004) 19 *ICSID Rev. FILJ* 486. Voir Les obs. de W. BEN HAMIDA, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI? », *supra*, note 4, p. 416 et 417. Pour cette même affaire, voir aux par. 49 et 50, les obs. d'Emmanuel GAILLARD, (2005) 132 *J.D.I.* 1, 135, 167.

pour déterminer l'aptitude de l'arbitre à rechercher le sens de la notion d'investissement, sinon pour la confirmer. En décidant de définir l'investissement, les tribunaux qui ont opté pour la nécessité de définir cette notion, soit par des critères objectifs, soit même par des critères subjectifs, ont simplement appliqué la règle générale d'interprétation de l'art. 31 de la Convention de Vienne. C'est cette interprétation qui est à l'origine des divers courants théoriques, objective et même, subjective, dans la définition de l'investissement ou plus globalement, de toutes les tentatives effectuées dans cette optique dans les sentences arbitrales.

1.3. LA CONCEPTION OBJECTIVE DE L'INVESTISSEMENT

34. Pour désigner la conception objective de l'investissement, certains auteurs parlent aussi de la théorie objective ou autonome⁴⁸. Cette conception classe l'opération litigieuse par référence à des éléments de base, des éléments objectifs considérés comme étant essentiels pour qu'une opération soit qualifiée d'investissement au sens de l'art. 25 (1) *première phrase* de la Convention de Washington. Elle relève également du courant que certains qualifient de « restrictif » de la notion d'investissement. La conception extrémiste de ce courant rend inutile l'examen de la signification de la notion d'investissement d'après le TBI. Cependant, l'aspect extrémiste de ce courant est uniquement admissible aux fins de contrôle de la compétence de l'arbitre en vertu de la Convention de Washington. Dans le cadre de l'application du TBI, l'arbitre ne peut pas faire l'économie du contrôle de la satisfaction de la condition d'investissement contenue dans le traité, sous peine de méconnaître l'exigence du consentement à soumettre certains différends à l'arbitrage qui est contenue dans la Convention.

35. La sentence rendue dans l'affaire *Salini* constitue le fer de lance de la tendance objective. Mais on peut constater que cette tendance *Salini* n'est pas l'apanage du CIRDI, en témoigne par exemple une sentence de la Commission des Nations

48. W. BEN HAMIDA, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI? », *supra*, note 4, p. 416.

Unies pour le droit commercial international (ci-après CNUDCI) rendue par la CPA le 26 novembre 2009 dans l'affaire *Romak c. Ouzbékistan*⁴⁹, où le Tribunal a décliné sa compétence. Romak, l'investisseur, alléguait qu'une obligation contractuelle de fournir du blé dans le cadre des règles GAFTA (*The Grain and Feed Trade Association*) constituait un investissement au sens du TBI Suisse-Ouzbékistan, conformément à un jugement rendu sous les auspices du GAFTA à cet effet et dès lors, qu'il s'agissait d'un investissement requérant l'application du régime des investissements étrangers, tout simplement. L'investisseur soutenait que la définition de l'investissement varie selon que l'on se trouve dans l'enceinte CIRDI ou dans le cadre de la CNUDCI, ce que le Tribunal n'a pas admis, estimant — incidemment — que la définition de l'investissement n'est pas moins restrictive dans le cadre de la CNUDCI que devant le CIRDI⁵⁰. Le Tribunal a d'ailleurs trouvé un tel raisonnement, plus exactement ses conséquences, absurdes et excessives⁵¹. Ensuite, après avoir envisagé les deux approches conceptualiste et pragmatique, il a estimé que l'investissement au sens du TBI a une signification inhérente qui est absolument indépendante de l'enceinte juridictionnelle dans laquelle l'affaire est examinée et qui implique une contribution d'une certaine durée et entraînant un certain risque. Il s'est basé pour cela sur d'autres décisions arbitrales, mais dans le cas présent, a résolument choisi l'approche des indices au lieu de l'approche conceptualiste. À la suite de cet examen, il a estimé que l'opération en cause ne satisfaisait aucune des caractéristiques, ou indices ou marques du test *Salini* et décliné sa compétence⁵². C'est une décision dont il faut saluer la pertinence.

36. Il existe cependant d'autres tendances relatives à l'application de la règle générale d'interprétation de l'art. 31 de la Convention de Vienne.

49. *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, Award, November 26, 2009, PCA AA280, CPA, [En ligne]. <http://www.pca-cpa.org/upload/files/ROMAK-UZBEKISTAN%20Award%2026%20November2009.pdf> (Page consultée le 14 décembre 2009).

50. *Id.*, par. 193.

51. *Ibid.*

52. *Id.*, par. 212-232, 242 et 243.

**1.4. LA COMBINAISON DES TENDANCES
SUBJECTIVE ET OBJECTIVE :
LE COURANT DU DOUBLE-BARRELLED TEST**

37. Bien que n'ayant pas encore entièrement examiné la tendance subjectiviste (nous l'examinerons plus loin)⁵³, par souci d'unité, nous étudierons immédiatement la combinaison des tendances subjectiviste et objectiviste. Cette troisième tendance prise dans les qualifications arbitrales est la plus logique et la plus admise dans la jurisprudence et la doctrine⁵⁴. Elle consiste à mettre ensemble les deux premières, les arbitres vérifiant si l'opération d'investissement litigieuse correspond à la définition du droit de la saisine, d'une part, et d'autre part, à celle visée par l'art. 25 (1) de la Convention. On a pu noter une telle tendance dans l'affaire *Salini*⁵⁵ ou l'affaire *Československá obchodní banka (ČSOB) c. République slovaque*. Dans ce dernier cas, le Tribunal a bien précisé :

[...] The concept of an investment as spelled out in that provision is objective in nature in that the parties may agree on a more precise or restrictive definition of their acceptance of the Centre's jurisdiction, but they may not choose to submit disputes to the Centre that are not related to an investment. A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim : whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined in the Parties' consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions contained in Article 1 of the BIT.⁵⁶

38. Il existe donc un double degré d'examen de l'opération concrète : elle doit être incluse dans la liste conventionnelle des investissements et obéir à la définition objective de

53. Voir *infra*, par. 41 et suiv. de la présente étude.

54. Voir, par exemple, S. MANCIAUX, *supra*, note 37, p. 62.

55. Voir *Salini c. Maroc*, *supra*, note 32.

56. *Československá obchodní banka (ČSOB) c. République slovaque*, (ARB/97/4), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999, para. 68, I.T.A., [En ligne]. http://ita.law.uvic.ca/documents/CSOB-Jurisdiction1999_000.pdf (Page consultée le 7 octobre 2009).

l'investissement qui est requis dans la Convention de Washington. Le tribunal dans l'affaire *Malaysian Historical Salvors (M.H.S.) et autres c. Malaisie* du 17 mai 2007 est d'ailleurs parfaitement explicite sur ce point : « Under the double-barrelled test, a finding that the Contract satisfied the definition of “investment” under the BIT would not be sufficient for this Tribunal to assume jurisdiction, if the Contract failed to satisfy the objective criterion of an “investment” within the meaning of Article 25 [...] »⁵⁷. Comme les sentences *Salini*⁵⁸ ou encore *Vacuum Salt Productions Ltd. v. Ghana*⁵⁹, la sentence rendue dans l'affaire *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania* (Pantechniki) le 30 juillet 2009⁶⁰ rentre dans cette catégorie. Dans cette dernière affaire, l'arbitre unique a estimé que le demandeur avait facilement satisfait à la définition conventionnelle (laquelle était assez large), avant d'entreprendre l'examen de l'opération concernée à l'aune de la définition qu'induit la Convention. Fait nouveau dans la discipline, l'arbitre s'est passé de la définition classique issue du test *Salini* pour se référer à une nouvelle définition de la doctrine, « plus simple », et sur la base de laquelle il s'est déclaré compétent⁶¹.

39. La *théorie du contrôle séparé* fournit des fondements juridiques au *double-barrelled test*, alors même que lorsque cette option est retenue, les arbitres appliquent presque inconsciemment les deux types de qualification de l'investissement. Dans le cas de la qualification normative, il ne s'agit

57. Voir *Malaysian Historical Salvors (M.H.S.) et autres c. Malaisie* (ARB/05/10), par. 55, I.T.A., [En ligne]. <http://ita.law.uvic.ca/documents/MHS-jurisdiction.pdf> (Page consultée le 12 février 2010), citée dans E. GAILLARD, *supra*, note 16, 410.

58. *Salini c. Maroc*, *supra*, note 32. Voir les obs. d'Ibrahim FADLALLAH, « La nationalité de l'investisseur dans l'arbitrage CIRDI », (2008) 184 *Gaz. Pal.* par. 3, spéc. la note 6.

59. *Vacuum Salt Productions Ltd. c. Ghana* (ARB/92/1), Award declining jurisdiction over the dispute, February 16, 1994, (1994) 9 *ICSID Rev.-FILJ* 72. Pour des observations, voir : I. FADLALLAH, *id.*, spéc. par. 20 et 21.

60. *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania* (ARB/07/21), Award, July 30, 2009, I.T.A., [En ligne]. <http://ita.law.uvic.ca/documents/PantechnikiAward.pdf> (Page consultée le 14 octobre 2009).

61. *Ibid.* Pour un compte rendu, voir Víctor MERCEDES, Derek SOLLER, [En ligne]. <http://bakerxchange.com/ve/ZZl80hrM72N6459t75/VT=0/page=10> (Page consultée le 14 octobre 2009).

pas tant de contrôler l'existence d'une condition d'investissement comme fondement de la compétence du tribunal que comme condition d'application du TBI aux fins de détermination du droit à sa protection matérielle et procédurale. Afin de mieux éclairer sur cette fonction de la qualification normative, nous examinerons plus attentivement la controverse sur le consentement des parties comme satisfaisant la condition d'investissement qui est à l'origine de la compétence du CIRDI.

**2. L'ART. 25 (1) DEUXIÈME PHRASE EN LIEN
AVEC L'ART. 25 (4) DE LA CONVENTION DE WASHINGTON :
LA CONTROVERSE SUR LE CONSENTEMENT
DES PARTIES COMME SATISFAISANT
LA CONDITION D'INVESTISSEMENT**

40. L'art. 25 (1) *deuxième phrase* de la Convention de Washington énonce que « [l]orsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ». Au vu des controverses qui perdurent et qui témoignent des difficultés à déterminer la portée du consentement à l'arbitrage, il convient de repréciser cette portée et de déterminer ses rapports avec les dispositions que certains estiment établir une définition de l'investissement alors qu'elles ne portent que sur le consentement des parties : l'examen de la *deuxième phrase* de l'alinéa 1 de l'art. 25 de la Convention s'impose par conséquent. Nous mettrons en évidence les excès de la démarche subjective (2.1) avant de démontrer la signification et la portée réelles des articles 25 (4) et 41 (2) de la Convention de Washington (2.2).

**2.1. L'EXAGÉRATION DE LA PORTÉE DE L'ART. 25 (4)
DE LA CONVENTION DE WASHINGTON ET LA
CONCEPTION SUBJECTIVE DE L'INVESTISSEMENT**

41. Dans certains arbitrages CIRDI, certains arbitres ont argué de l'inexistence d'une définition de l'investissement dans la Convention pour conclure que la qualification en investissement relevait du seul traité applicable. Cette tendance jurisprudentielle a été dénommée la théorie subjective

ou volontariste⁶². Sa mise en œuvre constitue un déni des dispositions de la Convention de Washington, à tout le moins une interprétation erronée et c'est ce que nous nous proposons de démontrer.

2.1.1. La définition subjectiviste de l'investissement

42. La conception des critères subjectifs est celle qui détermine les opérations entrant dans la catégorie des investissements par référence au choix des parties à la supposée opération d'investissement, dans une supposée optique d'application de l'art. 25 (1) de la Convention requérant *un investissement*. Elle reposerait sur l'art. 31 (1) de la Convention de Vienne que viendrait appuyer l'art. 32 du même instrument justifiant le recours aux moyens complémentaires d'interprétation. Selon cette conception, en recourant au Rapport des administrateurs (notamment en son paragraphe 25 portant sur le consentement, que nous avons mentionné plus haut), on pourrait penser que le tribunal pourrait justifier le recours aux désignations normatives pour obvier au silence de l'art. 25 (1) de la Convention de Washington. Cependant, nous avons insisté sur le fait qu'un tel recours lui-même ne produirait pas des résultats heureux et si nous l'invoquons, c'est davantage dans le cadre de l'étude du raisonnement de la jurisprudence favorable à cette conception. De fait, une telle démarche est particulièrement inappropriée. L'usage de ces deux articles conduit à une exagération en faisant de l'objet du consentement des parties à l'arbitrage des investissements et c'est l'un des fondements de l'erreur de la conception subjectiviste de l'investissement. On verra plus loin que la mise en rapport de l'art. 25 (1) *deuxième phrase* de la Convention et de l'art. 25 (4) de la même Convention permet de mettre en évidence les excès d'une telle démarche.

43. En réalité, c'est seulement pour être admise en tant qu'investissement au sens d'un traité ou d'un droit étatique et être protégée sous ce droit qu'une opération doit satisfaire à la qualification d'investissement qui est contenue dans

62. W. BEN HAMIDA, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI? », *supra*, note 4, p. 416.

l'instrument concerné. L'arbitre qui est engagé dans un processus de qualification de l'investissement doit examiner les désignations d'investissements ou, le cas échéant, les définitions contenues dans chaque instrument normatif pour connaître les critères de l'investissement. En pratique, il n'y a point de définition et partant, de critère et ce que l'on rencontrera le plus souvent, ce sont des énumérations d'investissements. À l'issue d'une confrontation de l'opération concrète avec les conditions définies dans l'instrument normatif pertinent, il conclura que ce sont les opérations remplissant ces dernières conditions qui sont couvertes par les dispositions de l'instrument concerné. Leur qualification d'investissement plonge donc ses racines dans la satisfaction des conditions d'application dudit instrument et la portée de telle qualification n'excède pas le domaine de cet instrument. A-t-on véritablement besoin de revenir sur les dispositions des traités et les effets de ces instruments internationaux pour en déterminer la portée? Nous ne le pensons pas.

44. En somme, le consentement à l'arbitrage CIRDI contenu dans le TBI n'est valable que pour certaines opérations seulement et ce sont les désignations normatives d'investissement qui répertorient les opérations choisies par les parties. La forme choisie, à savoir l'énumération, ne s'oppose pas à une interprétation dans ce sens : une énumération n'est pas une définition⁶³ et devrait davantage être envisagée dans une optique de précision. En outre, même si les approches conventionnelles sont convergentes, il faut se garder de penser que pour autant, on a atteint des définitions coutumières de l'investissement, autrement l'investissement ne serait que « le fruit d'une fiction nominale conventionnelle instituée »⁶⁴ par les parties. Ce n'est précisément pas le cas parce que celles-ci ne valent que pour l'instrument considéré. Dans ce sens, Christoph Schreuer a pertinemment fait remarquer que le consensus que l'on rencontre habituellement dans les TBI de provenances diverses ne signifie nullement que les investissements définis dans les conventions

63. Voir S. MANCIAUX, *supra*, note 37, p. 55.

64. Expression empruntée à Olivier CAYLA, « La qualification, ou la vérité du droit », (1993) 18 *Droits-revue française de théorie juridique* 5.

constituent le sens commun de l'investissement prévu dans la Convention de Washington⁶⁵.

2.1.2. La jurisprudence du CIRDI relative aux modes de définition subjectiviste de l'investissement

45. De nombreuses décisions ont adopté le mode de définition subjectiviste de l'investissement. Il en est ainsi de l'affaire *Fedax NV c. Venezuela* dans laquelle le Tribunal a formellement soutenu que la définition contenue dans le traité « gouverne la compétence du CIRDI », ce qui nous semble véritablement étrange. Dans cette affaire, une partie défenderesse a, pour la première fois, contesté la compétence du CIRDI en arguant du défaut d'investissement au sens de l'article 25 (1) de la Convention. Pour la première fois, un tribunal CIRDI procède à une double opération d'examen du caractère d'investissement de l'opération litigieuse à l'aune du traité et de la Convention. Il s'agissait dans ce cas d'un instrument financier, un billet à ordre. La complétude des conditions de l'art. 1 du TBI Pays-Bas-Venezuela était relativement simple, car cet instrument financier était inclus dans le traité. Ce qui est surprenant, c'est que le Tribunal ait conclu que « [...] as contemplated by Convention, the definition of "investment" is controlled by the consent of the Contracting Parties, and the particular definition set forth in Article 1 (a) of the Agreement is the one that governs the jurisdiction of ICSID [...] »⁶⁶.

46. On retrouvera un raisonnement semblable dans l'affaire *Lanco International c. Argentine*, dans laquelle le Tribunal a estimé que la définition contenue dans le traité « fixe les limites à l'intérieur desquelles le tribunal arbitral intervient »⁶⁷. Dans le même sens, on peut aussi citer la sentence

65. Christoph H. SCHREUER, *The ICSID Convention : A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Cambridge (U.K.), Cambridge University Press, 2001, p. 130.

66. *Fedax N.V. c. Venezuela* (ARB/96/3), Décision sur la compétence du 11 juillet 1997, par. 30-33 et plus spéc. par. 31, (1998) 37 I.L.M. 6, 1378.

67. *Lanco International c. Argentine* (ARB/97/6), Preliminary Decision on Jurisdiction of December 8, 1998, para. 47, (2001) 40 I.L.M. 457.

rendue dans l'affaire *CSOB c. Slovaquie*⁶⁸. Dans une autre affaire *Mihaly*, les arbitres se sont attachés à vérifier que l'investissement correspondait à la définition que les parties en avaient faite, en deux temps. Premièrement, ils ont examiné le contenu des négociations précontractuelles (lettres d'intention et d'exclusivité conférées par le Sri Lanka, État défendeur) et conclu en l'inexistence d'un accord des parties dans ces documents appropriés⁶⁹. S'appuyant ensuite sur le fait qu'il n'y avait eu aucun accord ultérieur entre elles, le Tribunal a conclu que les parties n'avaient pas pu vouloir qualifier les dépenses engagées unilatéralement par l'investisseur en investissement⁷⁰. Deuxièmement, le Tribunal s'est attaché à examiner le contenu du TBI et a constaté que cet instrument n'englobait dans son champ d'application que les investissements « existants » ou « en cours »⁷¹. N'ayant pas constaté une telle concordance, il a conclu à son incompétence par le fait de l'inexistence d'un investissement⁷². Walid Ben Hamida soutient que le Tribunal aurait pu se déclarer compétent sur le fondement de l'art. 1 (iii) du TBI⁷³. Selon cet article, la notion d'investissement comprend aussi « a claim to money or a claim to performance having economic value, and

68. *Československá obchodní banka (ČSOB) c. République slovaque*, *supra*, note 56, par. 77 et 89.

69. *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*, (ARB/00/2), 15 mars 2002, par. 59, I.T.A., [En ligne]. <http://ita.law.uvic.ca/documents/mihaly-award.pdf> (Page consultée le 14 octobre 2009). Voir sur cette question, le commentaire de F. YALA, *supra*, note 5, par. 10 et 11.

70. *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*, *id.*, par. 51.

71. *Id.*, par. 61.

72. Dans une opinion dissidente, David Suratgar estimait principalement qu'il fallait rechercher « plus longuement, dans la pratique des États et dans les définitions proposées par les traités internationaux si les coûts de développement ne sont pas, de l'avis général, considérés comme des investissements »; cet auteur aurait souhaité « voir les arbitres CIRDI se déclarer compétents pour examiner de tels litiges afin de répondre au besoin de "transparence" dans les pratiques d'attribution des marchés publics dans les pays d'accueil » (par. 10): voir *Individual Concurring Opinion by Mr. David Suratgar*, (2002) 17 *ICSID Rev. FILJ* 142, 161. Voir sur cette question, les obs. de F. YALA, *supra*, note 5, par. 12.

73. Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse soutenue le 24 juin 2003 à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) pour l'obtention du doctorat en droit, p. 321 et suiv.

associated with an investment »⁷⁴. Par contre, Christoph Schreuer estime qu'« [i]f the BIT's definition goes beyond the requirements of the ICSID convention, there will be no basis for the jurisdiction »⁷⁵. Cette dernière position nous semble beaucoup plus convaincante⁷⁶.

47. Une sentence rendue dans l'affaire *Biwater Gauff* en 2008⁷⁷ rentre également dans cette catégorie et on peut lui adjoindre la décision de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Nreka c. République tchèque*⁷⁸. Dans cette dernière affaire, la qualification d'investissement a été retenue pour un contrat de bail de quinze ans. Dans les faits, l'investisseur prétendait que l'État avait mis en œuvre des procédures judiciaires illégitimes pour rentrer en possession de locaux qui lui avaient été auparavant loués. Le Tribunal, statuant dans le cadre du règlement CNUDCI, a conclu au manquement par l'État de son obligation de traitement juste et équitable aux termes du TBI. Saisie en appel, la Cour d'appel de Paris a dû apprécier la question de l'existence d'un investissement et elle s'est arrêtée, pour cela, aux désignations contenues dans le TBI. On comprend certes que le fait que le litige ait été réglé sous les auspices de la CNUDCI écartait toute application de la Convention de Washington. Il n'en restait pas moins que rien n'empêchait la Cour d'examiner l'opération litigieuse à l'aune des éléments de l'investissement. L'État prétendait que le contrat des travaux concédé à l'investisseur ne constituait pas un « investissement » au sens du Traité et par conséquent, que le Tribunal avait statué sans convention d'arbitrage. La Cour d'appel de Paris, s'en tenant au seul TBI, a constaté que cet instrument donnait simplement une énumération, par

74. Voir le traité, UNCTAD, [En ligne]. http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us_srilanka.pdf (Page consultée le 12 décembre 2009).

75. C. H. SCHREUER, *supra*, note 65, spéc. p. 130, par. 101.

76. D'ailleurs, cet auteur continue en prenant un exemple : « For instance, it is arguable that clauses in BITs that cover disputes concerning the admission or establishment of the investments cannot create a basis for ICSID's jurisdiction since there is no investment » : *ibid.*

77. *Biwater Gauff Tanzania Limited c. République Unie de Tanzanie* (ARB/05/22), sentence, 24 juillet 2008, I.T.A., [En ligne]. <http://ita.law.uvic.ca/documents/Biwateraward.pdf> (Page consultée le 7 octobre 2009).

78. *République Tchèque c. Pren Nreka*, Cour d'appel de Paris, (1^{re} ch., sect. C), 25 septembre 2008, I.T.A., [En ligne]. <http://ita.law.uvic.ca/documents/Nrekaarret.pdf> (Page consultée le 12 février 2010).

ailleurs non limitative, d'opérations considérées comme étant des investissements. Elle a finalement conclu que la location de locaux cédés pendant quinze ans en contrepartie de l'exécution de travaux de rénovation en faisait partie et dès lors, elle constituait un investissement au sens du TBI. Mais le raisonnement tenu par le Tribunal arbitral ne manque pas d'intérêt puisqu'il disqualifie l'opération parce qu'elle ne remplissait pas, selon ses termes, la condition de contribution au développement de l'État hôte⁷⁹. Il se démarque donc partiellement d'une approche résolument subjectiviste.

48. Outre ce cas, un an plus tôt, la Cour d'appel de Stockholm avait elle aussi refusé d'annuler une sentence arbitrale rendue dans une affaire et ayant qualifié d'« investissement » une opération de vente internationale de marchandises, le 19 janvier 2007. Au sens de la Cour d'appel de Stockholm, conformément au TBI, tout droit contractuel pouvait constituer un « investissement »⁸⁰. On peut, enfin, citer les sentences rendues dans les affaires *Antoine Goetz et autres c. République du Burundi*⁸¹ et *Middle East Shipping and Handling c. Égypte*, dans lesquelles le Tribunal, après avoir vérifié que l'opération litigieuse était visée par la convention d'arbitrage, a conclu qu'on était en présence d'un investissement protégé au sens de la Convention⁸².

49. Malgré cette pléthore de décisions, la tendance subjectiviste de l'investissement peine à convaincre lorsqu'il s'agit de contrôler la compétence du CIRDI. La combinaison des art. 25 (4) et 41 (2) de la Convention de Washington le démontre également.

79. Voir Bruno POULAIN, « L'affaire *Pren Nreka v. République tchèque* devant la Cour d'appel de Paris : contribution au développement d'une conception large de l'investissement », 2008 (4) *Cahiers de l'arbitrage* 51, 56 et 57.

80. *Id.*, par. 7, p. 59.

81. *Antoine Goetz et autres c. Burundi*, (ARB/95/3), sentence, 10 février 1999, (2000) 15 *ICSID Rev.-FILJ* 457, et *Middle East Cement Shipping and Handling Co. SA c. Égypte*, (ARB/99/6), sentence, 12 avril 2002, (2003) 18 *ICSID Rev.-FILJ* 602, citées dans W. BEN HAMIDA, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI? », *supra*, note 4, p. 416, spéc. aux notes 125 et 126.

82. Voir W. BEN HAMIDA, *id.*, p. 416.

**2.2. LA PORTÉE RÉELLE DES ART. 25 (4) ET 41 (2)
DE LA CONVENTION DE WASHINGTON :
LA DÉTERMINATION DES INVESTISSEMENTS
POUVANT ÊTRE SOUMIS À LA COMPÉTENCE DU CIRDI**

2.2.1. Le principe de l'art. 25 (4) de la Convention de Washington

50. La question de l'existence d'un investissement aux critères objectifs a suffisamment fait l'objet de débats. Il nous semble que la formulation de l'art. 25 (1) *première phrase* laisse la place à un investissement ayant de tels critères. La controverse que l'on sait découle de l'existence d'un alinéa 4 dans le même art. 25, plus précisément, par le fait que cet article semble concurrencer l'alinéa premier⁸³. On pourrait penser que la mise en œuvre de l'art. 25 (4) rend inutile l'examen de l'opération litigieuse à l'aune des critères de l'investissement au sens de l'art. 25 (1) *première phrase* de la Convention, mais ce serait faire erreur. La disposition de l'alinéa 4 de l'art. 25 n'empêche pas que l'opération litigieuse soit soumise à l'examen de l'alinéa premier *première phrase* du même article. Nous avons vu plus haut (aux paragraphes 30 à 32) que l'art. 25 (4) est une simple application du mécanisme des réserves aux traités, selon Sébastien Manciaux⁸⁴. On peut également approuver la position de cet auteur lorsqu'il ajoute :

Dans le cadre plus particulier de l'application de la Convention de Washington, il semble en outre difficile de concevoir que la portée *ratione materiæ* de ce traité multilatéral varie au cas par cas en fonction de la volonté des litigants⁸⁵ ou dépende d'instruments bilatéraux comme des TBI qui ne sont à son

83. Voir le libellé de cet art. 25 (4), *supra*, note 13.

84. S. MANCIAUX, *supra*, note 37, p. 47 et 62.

85. Dans ce sens, voir la Décision sur la compétence du 16 juin 2006 dans l'affaire *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, (ARB/04/13), par. 49 et 50, I.T.A., [En ligne]. <http://ita.law.uvic.ca/documents/JandeNuljurisdiction061606.pdf> (Page consultée le 12 février 2010). Voir spéc. les obs. de Sébastien MANCIAUX, « La compétence matérielle : actualité de la notion d'investissement international », dans Charles LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, coll. Bibliothèque de l'Institut des hautes études internationales de Paris, Paris, Anthemis, 2008, p. 151-153.

égard que de simples textes d'application⁸⁶. Ce serait faire primer le texte secondaire sur le texte principal et nier la particularité de ce dernier rappelée par le Comité *ad hoc* CIRDI constitué dans l'affaire *Mitchell c. Congo* (ARB/99/7).⁸⁷

51. Dans cette affaire, les arbitres soutiennent clairement que « [...] such concept of investment should prevail over any other 'definition' of investment in the parties' agreement or in the BIT, as it is obvious that the special and privileged arrangements established by the Washington Convention can be applied only to the type of investment which the Contracting States to that Convention envisaged »⁸⁸. Une partie de ce même paragraphe 25 de la décision peut induire en erreur, plus précisément à partir de sa troisième phrase :

[...] In the opinion of the *ad hoc* Committee, in view of the absence in the Convention of an explicit definition of the concept of investment, it is in the parties' agreement or in the applicable investment treaty that one should look for such definition, whether it is broad or less broad. In doing so, the fact that a State has not made use of the notification option provided for under Article 25 (4) of the Convention may not be understood to mean that that State has taken a certain position regarding the very concept of investment.

52. On ne doit cependant pas s'y arrêter, car la véritable opinion du Comité commence à être exprimée aussitôt après :

It is then necessary to verify the conformity of the concept of investment as set out in the parties' agreement or in the BIT with the concept of investment in the Washington Convention, as this latter results from the interpretation of the Convention in accordance with Article 31.1 of the Vienna Convention on

86. Voir dans ce sens, S. MANCIAUX, *supra*, note 37, p. 62. En outre, dans ce sens, voir I. FADLALLAH, *supra*, note 4, p. 265.

87. S. MANCIAUX, « The Notion of Investment : New Controversies », *supra*, note 4, par. 10.

88. *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, (ARB/99/7), annulation de la sentence du 9 février 2004 par un Comité *ad hoc*, décision du 1^{er} novembre 2006, par. 25, I.T.A., [En ligne]. <http://ita.law.uvic.ca/documents/mitchellannulment.pdf> (Page consultée le 12 décembre 2009).

the Law of Treaties, as well as from ICSID case law, to the extent the latter may contribute to defining the concept [...].⁸⁹

53. On notera que la Convention de Vienne, en son art. 31 (3) (a), précise à son tour qu'« [i]l sera tenu compte, en même temps que du *contexte* », « *[d]e tout accord ultérieur intervenu entre les parties* au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions »⁹⁰. Si les TBI peuvent, dans ce sens, être considérés comme étant des textes d'application de la Convention, il est alors logique de considérer l'énumération des investissements qui y est effectuée comme constituant seulement une forme de précision de la portée de la Convention de Washington. En ce sens, ils doivent lui être conformes. Plus précisément, les investissements qui sont « définis » dans les traités doivent être conformes à l'investissement qui est évoqué dans la Convention de Washington et, étant donné qu'il n'y a pas de définition, à l'investissement auquel cette Convention renvoie. Ces désignations normatives ne définissent pas, mais se contentent de préciser quelles formes juridiques les investissements peuvent revêtir. Un investissement peut, par exemple, prendre la forme d'un achat d'actions. Mais tout achat d'actions n'est pas un investissement. Les « définitions » auxquelles nous sommes habitués dans ces désignations constituent une sorte d'énumération à la Prévert⁹¹ et, sans aller jusqu'à les comparer à un « jeu du cortège » du même auteur, on ne peut s'empêcher de s'inquiéter et se demander si finalement, une éventuelle définition apparaîtra. Mais elle n'apparaît pas souvent et même si elle apparaissait dans le Traité, cette définition aurait une portée limitée.

54. Il n'est alors pas inutile, outre cela, de déterminer les portées respectives du choix de matières pouvant faire l'objet d'arbitrage et du consentement des parties. Ce choix, effectué par les Parties au Traité, est facultatif, à l'inverse du consentement à l'arbitrage, qui est obligatoire pour que le règlement arbitral ait lieu. Seulement, il peut être effectué dans l'instrument qui contient le consentement, soit le TBI, par exemple,

89. *Ibid.*

90. Nos italiques.

91. Voir Jacques PRÉVERT, *Paroles*, coll. Folio, Paris, Le point du jour, 1949.

conduisant alors à la conséquence que le consentement porte exactement sur les matières visées par ce fait. Les effets de la convention d'arbitrage peuvent donc porter sur le champ de compétence de l'arbitre. Il faut toutefois préciser que dans le cas présent, les matières qui y sont contenues sont seulement celles sur lesquelles le consentement à l'arbitrage du CIRDI s'applique. En outre, une disposition ultérieure du Rapport des administrateurs de la Banque mondiale, dans son paragraphe 31, vient encore plus relativiser un tel choix en précisant qu'il est fait à titre d'information seulement⁹². Cette disposition a été renforcée par le Préambule de la Convention⁹³. Commentant la Convention, Christoph Schreuer rappelle d'ailleurs avec justesse que « the drafting history leaves no doubt that the Centre's services would not be available for just any dispute that the parties may wish to submit »⁹⁴.

55. Eu égard à ce qui précède, les décisions ayant consacré la théorie subjective sont difficilement défendables. Emmanuel Gaillard critique lui aussi une telle subjectivisation de la condition d'investissement figurant à la Convention de Washington⁹⁵, alors que Sébastien Manciaux va plus loin, en affirmant que faire prévaloir le consentement sur une limite objective à la compétence du CIRDI reviendrait à confondre la compétence au sens de pouvoir juridictionnel

92. Ce paragraphe 31 énonce :

On a fait remarquer à cet égard qu'il pourrait y avoir des catégories de différends relatifs aux investissements que les gouvernements ne jugeraient pas susceptibles d'être soumis au Centre ou que leur loi nationale leur interdirait de soumettre au Centre. Pour éviter tout risque de malentendu sur ce point, l'article 25 [...] autorise expressément les États contractants à indiquer au Centre à l'avance, s'ils le désirent, les catégories de différends qu'ils envisageraient ou non de soumettre au Centre. Cette disposition précise que la déclaration par un État contractant qu'il envisagerait de soumettre une certaine catégorie de différends au Centre serait faite à titre d'information seulement et ne constituerait pas le consentement requis pour qu'un différend relève de la compétence du Centre [...].

93. Aux termes du Préambule de la Convention de Washington, « [...] aucun État contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier ».

94. C. H. SCHREUER, *supra*, note 65, p. 125, par. 89.

95. Voir les obs. d'Emmanuel GAILLARD, (2006) 133 *J.D.I.* 1, 219, 365.

à la compétence dans son sens d'aptitude d'une juridiction à connaître d'un différend⁹⁶.

56. Il demeure également essentiel de distinguer de la manière la plus claire les deux notions de consentement et d'investissement contenues dans la Convention de Washington.

2.2.2. La précision du sens des notions de « consentement » et d'« investissement » contenues dans la Convention de Washington

57. Les notions de « consentement » des Parties et d'« investissement » doivent être séparées⁹⁷. Les matières contenues dans une liste au titre d'éléments choisis par les États comme étant des « investissements » sont seulement réputées susceptibles d'être soumises à l'arbitrage ou la conciliation dans le cadre du CIRDI, en lieu et place d'autres procédures, et ne doivent pas être considérées comme ayant été revêtues des attributs conceptuels de l'investissement alors qu'elles ne les avaient pas à l'origine. Cela serait un miracle au regard des règles du droit. Tout ceci doit être compris comme signifiant qu'une opération ne peut devenir un investissement par nature par le seul fait d'avoir été choisie par les parties à un traité pour bénéficier du cadre normatif et procédural prévu pour les seuls investissements. Il n'existe pas de définition de l'investissement par consentement des parties et le choix des parties n'a aucun effet sur la nature ou le caractère des opérations sur lesquelles il porte. Dès lors, certaines opérations, même issues d'un double choix étatique des signataires d'un traité, de dispositions légales ou même exceptionnellement, contractuelles et les consacrant comme investissements pourraient ne pas relever de la compétence du CIRDI parce que ne

96. S. MANCIAUX, *supra*, note 37, p. 48.

97. L'art. 29 du *Projet de Convention issu du Projet Préliminaire*, soumis par le président de la Banque mondiale aux administrateurs pour discussion, prévoyait expressément qu'une « note indiquant en termes généraux ou détaillés la ou les catégories de différends rentrant dans la juridiction du Centre qu'[un État] considérerait en principe comme pouvant être soumis à la conciliation et l'arbitrage dans le cadre de la [...] Convention [...] ne constitu[ait] pas, et ne p[ou]vait être considérée à aucun titre comme constituant, le consentement requis [...] » : voir le *Projet de Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et nationaux d'autres États* du 11 septembre 1964 dans CIRDI, *supra*, note 41, p. 147 et 420.

satisfaisant pas à la condition d'investissement par nature. Telles sont les limites du consentement des États, qui coïncident par ailleurs avec la portée des termes de la Convention.

58. Il semble également opportun de rappeler que l'emploi du verbe « pouvoir », dans le libellé de l'art. 25 (4) de la Convention implique que l'État a la simple latitude de se prononcer sur les catégories de différends qu'il considère comme pouvant relever du Centre. Un tel choix n'est donc pas obligatoire et est différent de la notion de consentement dont il ne vient, par ailleurs, que préciser le champ d'application.

59. Plus important encore, il nous faut préciser que même à défaut de choix par l'État lors de son consentement, certaines opérations relèvent néanmoins *de facto* de la catégorie des investissements par nature et, par conséquent, entrent naturellement dans la compétence du Centre. Ces investissements pourraient cependant ne pas relever de cette compétence s'ils étaient écartés par les États, ces derniers faisant usage de la possibilité de choix de l'alinéa 4, ce qui correspond par ailleurs au mécanisme classique des réserves en droit international relevé par Sébastien Manciaux⁹⁸. Ce raisonnement repose sur le fait que les administrateurs de la Banque mondiale ont pris la peine d'introduire la possibilité d'exclure certains investissements de la procédure d'arbitrage. Cela laisse penser que le choix de soustraction appartenant aux États peut porter sur les investissements qui seraient *normalement* admissibles, soit les investissements par nature. Il est raisonnable de penser qu'on ne peut songer à soustraire des investissements qui n'auraient, dans tous les cas, aucune chance d'être admis en tant que tels devant le CIRDI.

60. Dans cette optique, nous devons préciser, d'une part, que le choix positif des États pourrait alors être, finalement, un choix restreint parmi lesdits investissements « par nature ». De tels investissements n'auraient aucun mal à être reconnus comme tels par un tribunal du CIRDI, car entrant à la fois dans la catégorie des investissements par nature et dans celle des investissements choisis par les parties au litige comme pouvant faire l'objet d'arbitrage. Cependant, nous devons aussi préciser, d'autre part, que le choix des États signataires

98. S. MANCIAUX, *supra*, note 37, p. 47.

du TBI ne peut pas être un choix de matières additionnelles aux investissements par nature. En effet, leur incompatibilité aux investissements admis au CIRDI pourrait et devrait alors être relevée et sanctionnée par le rejet du recours, parce que la Convention de Washington n'est censée s'appliquer qu'aux investissements qui sont désignés par les parties et qui rentrent, préalablement, dans la catégorie des investissements par nature.

61. Les diverses hypothèses envisagées ci-dessus mettent en évidence le fait que la compétence du Centre n'entraîne pas forcément celle du tribunal : cette dernière est plus restreinte, alors que l'inverse est impossible, comme nous le démontrons dans les lignes qui suivent.

2.2.3. L'art. 41 (2) de la Convention : le principe de la distinction entre la compétence du Centre et la compétence du Tribunal

62. Il importe de revenir sur cette distinction qui s'impose, aux termes de l'art. 41 (2) de la Convention de Washington⁹⁹, entre la compétence du Centre et celle du Tribunal. La compétence du Centre (CIRDI) est plus globale et comprend les investissements par nature que nous venons d'évoquer, alors que celle du Tribunal peut être plus restreinte : elle comprend seulement les investissements qui ont été admis, parmi les investissements susceptibles de faire l'objet d'une procédure devant le Tribunal. Ce dernier peut connaître des investissements choisis par les Parties dans le TBI, parmi les investissements qui relèvent naturellement de la compétence du Centre : ils sont directement à la base du litige et ce sont ces investissements qui sont l'objet de l'arbitrage.

63. On peut donc se demander quelle devrait être la décision du Tribunal lorsque les deux types d'investissements ne correspondent pas, l'investissement soumis à l'arbitrage et contenu dans le traité ne rentrant pas dans les canons de l'investissement aux critères objectifs, qui relève normalement

99. D'après l'art. 41 (2) du Règlement d'arbitrage : « (2) Le Tribunal peut, de sa propre initiative et à tout moment de l'instance, examiner si le différend ou toute demande accessoire qui lui est soumis ressortit à la compétence du Centre et à sa propre compétence ».

de la compétence du Centre. L'élargissement de la portée de cette question renvoie à une question fondamentale et nécessaire : doit-on cantonner l'investissement à ses seuls critères objectifs, en faisant totalement abstraction de la volonté des Parties au traité applicable? La réponse nous semble négative. C'est que le caractère impératif de la complétude de l'investissement aux critères objectifs évoqué dans la Convention n'impose point, paradoxalement, une réponse positive. Une telle réponse découlerait d'une vue partielle parce qu'en réalité, l'admission de la définition normative de l'investissement trouve elle aussi ses fondements dans la Convention. De même, mais en partant du point de vue opposé, l'investissement contenu dans les énumérations conventionnelles ne peut pas être considéré comme étant un investissement par nature s'il ne satisfait pas préalablement aux critères objectifs requis de l'investissement, et ce, même pas à la suite d'une acceptation de l'arbitre lors du contrôle de sa compétence. En cas d'inadéquation entre les deux formes d'investissements, le refus de la qualification d'investissement par l'arbitre doit impérativement intervenir.

64. Dans la Convention, d'une part, aucune disposition ne permet à l'arbitre de faire l'économie du contrôle de l'investissement à l'aune de sa qualification normative. La nécessité de la qualification normative est une conséquence du fait que la convention entre les parties au litige est le début et la fin de l'arbitrage, en tant qu'elle en « crée et [en] fixe les limites »¹⁰⁰. D'autre part, cependant, aucune disposition de la Convention ne permet que l'existence de ces dernières désignations rende caduque l'exigence de la définition objective : l'investissement ne remplace pas le consentement et le consentement ne peut pas lui non plus suppléer l'absence d'investissement. La situation idéale pour la partie privée serait celle dans laquelle l'investissement contenu dans la liste des investissements correspondrait à l'investissement défini objectivement; et c'est lorsque l'investissement déterminé dans le consentement ne correspond pas à la définition objective de

100. Philippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, p. 10. Un autre auteur, Ben Hamida, expose dans sa thèse de très longs développements sur l'offre unilatérale d'arbitrage de l'État : W. BEN HAMIDA, *supra*, note 73, p. 25-158.

l'investissement que l'on se trouve devant un problème, puisque la condition objective de la compétence du Centre n'est alors pas remplie¹⁰¹. L'opération concrète doit dans tous les cas satisfaire aux deux types d'investissements : celui qui est contenu dans la liste conventionnelle des investissements admissibles et l'investissement aux critères objectifs. C'est à cette condition, double, qu'elle sera retenue au titre d'investissement entraînant la compétence du Tribunal. Une telle solution tiendrait compte des exigences de la Convention et du consentement des États. Mais les opinions de la doctrine sont diverses sur cette question et la pratique arbitrale, quant à elle, s'éparpille.

65. Sur le plan doctrinal, Christoph Schreuer a relevé qu'il est peu probable que les tribunaux refusent de conclure à un investissement, alors que les parties étaient toutes d'avis (plus précisément, le défendeur ne contestait pas) que le litige dérivait d'un investissement. Cet auteur ne semble cependant pas vouloir soutenir, pour autant, que le tribunal devrait s'incliner devant un tel consensus. Une telle situation est, malgré tout, courante et la position contemporaine du CIRDI sur certains points du règlement arbitral est loin d'apporter les éclaircissements souhaités, bien qu'on ne puisse pas véritablement parler de prise de position de la part de cette institution. En effet, quand on se base sur les clauses d'arbitrage modèles que le CIRDI a proposées, on constate que cette institution a prévu une Clause 1, clause compromissoire type, en vertu de laquelle les parties peuvent convenir de renvoyer devant le CIRDI « tout litige né du présent accord » ou encore, de manière plus précise, d'insérer une clause « confirmant que l'opération constitue un investissement »¹⁰². Mais le CIRDI semble revenir au principe selon lequel la définition par consentement mutuel doit rentrer dans le cadre de la définition objective énoncée dans la Convention à l'art. 25 (1), qui

101. Voir pour cela E. GAILLARD, *supra*, note 95, p. 362 et suiv. Voir également E. GAILLARD, *supra*, note 16, 49.

102. Selon le CIRDI, « [...] [l]a soumission d'un différend au Centre laisse à penser que les parties considèrent qu'il est né d'un investissement. Si elles souhaitent renforcer la présomption, elles peuvent insérer dans l'accord contenant leur consentement une disposition à cet effet [...] », ICSID, [En ligne]. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-fra/main-fra.htm> (Page consultée le 8 mars 2009).

est d'ailleurs obligatoire. En effet, dans le même instrument, le CIRDI explique qu'« [i]l est ainsi laissé aux parties un pouvoir d'appréciation, sinon illimité, du moins très large quant à la qualification de leur opération » et propose alors une Clause 3 ainsi libellée : « Il est stipulé par la présente que l'opération visée par le présent accord est un investissement »¹⁰³. On a vu qu'une telle clause a été insérée dans un contrat conclu le 12 février 1982 entre la société Mobil Oil (et plusieurs de ses filiales) et la Nouvelle-Zélande portant sur un projet d'élaboration de carburants synthétiques à partir de gaz naturel¹⁰⁴.

66. Il est digne de remarque que les clauses-types proposées par la Banque mondiale n'ont pas la force de la Convention de Washington. Il en va autrement des traités internationaux ou des lois nationales relatives aux investissements. Si les législateurs et les contractants, soit les États, étirent autant cette notion dans les TBI et certaines lois nationales, c'est pour attirer les investissements, en proposant des mesures de protection et de garantie optimales pour le maximum d'opérations ou de biens, et en même temps pour protéger leurs propres ressortissants à l'étranger. *A priori*, l'acquiescement d'un tribunal à un investissement défini par consentement mutuel qui ne satisfait pas totalement aux critères objectifs de l'investissement peut donc se justifier par les objectifs mêmes de la Convention, soit *sécuriser l'investissement et promouvoir la coopération économique*. Dans la même veine, on peut être tenté de penser qu'il n'appartient pas à l'arbitre de créer des dissensions entre les parties, alors que celles-ci ont un accord sur un point du litige. Cependant, un tel raisonnement n'est valable que pour autant que le point en litige concerné n'est pas d'une importance cruciale. En l'espèce, cependant, le point précis portant sur la nature de l'opération en cause est d'une importance fondamentale, car il détermine

103. Voir les clauses modèles sur le site du CIRDI, *ibid*.

104. Le litige naquit du fait que le gouvernement néo-zélandais retira en mai 1986 certains avantages consentis aux filiales de la société Mobil Oil, qui saisit alors le CIRDI. L'un des 12 alinéas contenus dans la clause de règlement des différends était ainsi libellé : « The transactions to which this Agreement applies together constitute an investment as that term is used in the Convention » : voir *Attorney General of New Zealand v. Mobil Oil New Zealand Ltd.*, citée dans (1987) 2 ICSID Rev.-FILJ 495, 502. Sur cette question, voir S. MANCIAUX, *supra*, note 37, p. 50.

la compétence de l'arbitre. Dès lors, lorsque se pose la question de savoir qui ou quoi privilégier, avec d'un côté la volonté des parties qui ont entendu ériger une opération en investissement alors qu'elle n'en présente pas forcément toutes les caractéristiques et, de l'autre, l'arbitre qui n'est pas lié par la qualification des parties, il est primordial de se souvenir que l'arbitre peut requalifier.

67. En somme, à la question de savoir si le consentement à la compétence du CIRDI pour connaître d'un investissement défini par le mécanisme du consentement peut l'emporter sur l'exigence fondamentale d'existence d'un investissement pour entraîner la compétence normale du Centre, la réponse est indéniablement négative et l'arbitre du CIRDI peut soulever *proprio mutuo* son incompetence. Il est digne de remarque que même lorsque le tribunal retient sa compétence, il justifie souvent sa position par les caractères mêmes de l'opération litigieuse, ce qu'on a pu constater dans l'affaire *Kaiser Bauxite c. Jamaïque*. Dans cette affaire, le Tribunal a déclaré :

Le Tribunal estime que le différend émane directement d'un investissement. Il est dit dans le rapport des administrateurs [...] qu'il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme « investissement » [...]. Il s'ensuit que le dessein de la Convention est de conférer un grand poids au consentement des parties dans toute délimitation de la compétence du Centre. *De plus, il semble évident pour le Tribunal qu'un cas comme celui-ci, dans lequel une compagnie minière a investi des sommes substantielles dans un État étranger conformément à un accord avec cet État, fait partie de ceux envisagés par la Convention.*¹⁰⁵

68. Dans ce cas, on peut se demander pourquoi le Tribunal, ayant apparemment retenu la méthode faisant usage du consentement des parties pour qualifier l'opération d'investissement, ne s'est pas arrêté à ce niveau de son raisonnement. Il a estimé devoir caractériser davantage l'investissement en usant d'éléments additionnels. Ne peut-on y voir un certain doute quant à la congruence de la démarche retenue avec les

105. *Kaiser Bauxite c. Jamaïque* (ARB/74/3), Decision on Jurisdiction and Competence of July 6, 1975, par. 17 (nos italiques) : voir les obs. de S. MANCIAUX, *supra*, note 37, p. 53 (traduction par l'auteur). Décision disponible dans (1993) 1 ICSID Rep. 296.

exigences de l'opération de qualification en investissement dans l'esprit même des arbitres?

CONCLUSION

69. Au début du présent article, nous émettions l'hypothèse selon laquelle les fonctions des conditions d'investissement sont différentes selon qu'on envisage l'application de la Convention de Washington ou celle du TBI. La Convention de Washington contient une règle de compétence, alors que le TBI contient une condition d'application. Nous avons alors proposé une *théorie du contrôle séparé* des exigences respectives de ces deux instruments normatifs. Une telle proposition postule une dissociation de ces fondements juridiques de l'arbitrage CIRDI. Elle amène tout autant à établir que la vérification de chacune de ces exigences est en soi un tout, une opération indépendante. Si, lors du processus de vérification, la séparation des procédures de contrôle n'est pas matérielle, elle doit néanmoins rester allégorique et omniprésente. Le contrôle effectué le sera en fonction des exigences distinctes de ces règles de départ qui constituent autant d'infrastructures normatives distinctes, chacune ayant ses spécificités.

70. Par ailleurs, nous n'avons simplement pas pu trouver de raisonnement logique ni d'argument, juridique ou de tout autre nature, qui eut permis de conclure, d'une part, qu'une notion juridique peut être élargie par la simple volonté des parties à un litige et, d'autre part, que l'élargissement d'une compétence juridictionnelle bien définie à l'origine, celle du CIRDI, résulte à son tour de la volonté des parties. En ce qui concerne les tendances qui ressortent des décisions arbitrales, chacun y est souvent allé de sa théorie, souvent énoncée de façon péremptoire, ce qui entraîne une confusion joyeuse sur des concepts pourtant d'une importance fondamentale. Tandis que certains excluaient l'idée d'une définition objective comme condition de la compétence du tribunal, d'autres faisaient fi de toute contribution étatique lors de la vérification de cette compétence.

71. Ces deux positions ne peuvent être juridiquement soutenues. D'un côté, malgré la portée exagérée qu'on veut faire croire que la volonté des États imprime aux investissements

en étirant cette notion autant que possible, l'investissement ne subit pas pour autant de modification dans sa conception idéale, qui demeure, et qui détermine sa conception juridique. C'est cet investissement, nécessairement dans sa conception objective, qui trace la portée et les limites de la compétence matérielle du CIRDI (abstraction faite de son extranéité). De l'autre, le consentement est requis pour soumettre le litige à l'arbitrage et la protection procédurale prévue dans le traité porte précisément sur les opérations qui sont contenues dans les listes conventionnelles. De telles listes précisent donc simplement les matières sur lesquelles le choix des États s'est porté pour un arbitrage ou tout autre mode de règlement des différends prévu. C'est également le champ d'application de la protection prévue par les dispositions du TBI qui est ainsi déterminé.

72. Finalement, qu'il s'agisse des fondements juridiques de la compétence du tribunal CIRDI, des conditions qui sont exprimées dans les instruments juridiques concernés ou du processus d'examen de la satisfaction desdites conditions, on se rend compte que la dualité des règles et des procédures, ainsi que leur séparation, sont la règle. Les discussions entre opportunité et exclusivité soit du subjectivisme, soit de l'objectivisme dans le cadre de la qualification de l'opération litigieuse en investissement nous semblent devoir être cataloguées au chapitre des querelles byzantines. La dualité des procédures de contrôle de la satisfaction de la double condition d'investissement, au sens de la Convention et au sens du droit de la saisine respectivement, nous semble par contre revêtir le caractère impératif. Le principe même contenu dans notre *théorie du contrôle séparé* nous semble pertinent et l'application de cette théorie, viable.

Édouard Onguene Onana
CREDIMI

4, boulevard Gabriel
21000 Dijon

France

Téléphone : +33 (0)64191 3356

Téléphone : +1 418 265 7658

Edouardonana@gmail.com

Note de l'auteur : Le présent article est un extrait remanié de la thèse de doctorat que l'auteur a soutenue sur le sujet « La qualification d'investissement étranger. Contribution à la notion juridique d'investissement et à la définition de l'extranéité ». La thèse dans son entier sera éventuellement publiée dans la nouvelle collection « Arbitrage » des Éditions Bruylant, sous la référence : Dieudonné Édouard ONGUENE ONANA, *La compétence en arbitrage international : qualification d'investissement et condition de nationalité. Le cas du CIRDI*, coll. Arbitrage, Bruxelles, Éd. Bruylant.