

RECONNAITRE OU DEFINIR ?

REFLEXIONS SUR L'EVOLUTION DE LA NOTION D'INVESTISSEMENT DANS LA JURISPRUDENCE DU CIRDI

EMMANUEL GAILLARD

*Professeur à l'Université Paris XII
Associé, Shearman & Sterling LLP*

1. La troisième édition de l'ouvrage que Dominique Carreau, Thiébaud Flory et Patrick Juillard ont consacré au Droit international économique¹ a joué un rôle singulier dans l'évolution de la jurisprudence arbitrale rendue sous l'égide du Centre de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) à propos de la notion d'investissement. Il paraissait naturel de choisir la définition de l'investissement qu'elle contient² – et qui, curieusement, ne figure plus dans les éditions ultérieures – pour illustrer la pensée de ces auteurs et, plus généralement, les rapports parfois chaotiques entre la doctrine et la jurisprudence arbitrale.

2. On sait que le CIRDI n'est compétent, en vertu de l'article 25 de la Convention de Washington qui le crée, que pour connaître, lorsque les parties l'ont voulu, des différends opposant un État contractant à des investisseurs d'un autre État contractant « en relation directe avec un investissement ». Comme le relève le rapport des administrateurs de la Banque mondiale qui a accompagné la Convention, dans une formule toujours citée, mais dont une partie non négligeable de la jurisprudence arbitrale s'est aujourd'hui considérablement éloignée, « [i]l n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme 'investissement' compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les 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 »³. Lorsque la compétence du Centre est fondée, comme c'est le plus souvent le cas, sur un traité de protection des investissements, c'est précisément le traité qui définit ce que l'État d'accueil et l'État d'origine de l'investisseur ont entendu couvrir par la notion d'investissement. On aurait donc pu penser que, sauf pour la partie demanderesse à satisfaire à la condition d'investissement au sens du traité, la notion d'investissement au sens de la Convention de Washington ne soulèverait guère de difficultés spécifiques. C'est pourtant aujourd'hui l'une des plus délicates et des plus

¹ D. Carreau, T. Flory, P. Juillard, *Droit international économique*, L.G.D.J., 3^e éd., Paris, 1990. La première édition date de 1978 (L.G.D.J.), la dernière de 2007 (Daloz). En 2001, date de la décision *Salini* que cite la 3^e édition de 1990 (v. *infra*, §3), les auteurs étaient déjà à leur 4^e édition de 1998.

² V. *infra*, §4.

³ Rapport, §27, in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pcdonc, 2004, p. 941.

controversées de la Convention, la jurisprudence du CIRDI étant plus divisée sur ce point que sur tout autre⁴.

3. Dans l'évolution de cette jurisprudence, la décision rendue le 23 juillet 2001 dans l'affaire *Salini c. Maroc*⁵ a marqué une étape importante. Bien que la solution retenue dans cette affaire soit loin d'être dominante, on évoque volontiers aujourd'hui la « jurisprudence *Salini* » ou les « critères *Salini* », en anglais « *The Salini test* », lorsque l'on se réfère à cette décision⁶. Avant cette décision, certains tribunaux CIRDI avaient eu à se prononcer sur l'argumentation de la partie défenderesse selon laquelle on ne se trouvait pas en présence d'un investissement mais la question avait été aisément résolue. Cela avait été le cas dans l'affaire *Fedax c. Venezuela* dans laquelle le tribunal a admis qu'un prêt pouvait constituer un investissement au sens de la Convention de Washington⁷, et dans l'affaire *CSOB c. République slovaque* dans laquelle cette constatation a été appliquée dans le contexte de la répartition, entre les Républiques tchèque et slovaque, des créances douteuses générées par l'activité de l'entité chargée, en ex-Tchécoslovaquie, de soutenir les entreprises du pays⁸. Dans la plupart des autres affaires, la question n'avait même pas été débattue par les parties. L'affaire *Salini* soulevait quant à elle une question de principe importante puisqu'il s'agissait de savoir si un marché de travaux publics pouvait être considéré comme un investissement et relever à ce titre de la compétence du Centre. Le tribunal a répondu par l'affirmative mais l'utilisation des sources qui lui ont permis de parvenir à une telle conclusion est suffisamment ambiguë pour qu'il ne soit pas sans intérêt d'y revenir, et ce d'autant que la jurisprudence ultérieure a parfois fait des éléments retenus par la décision *Salini* une application caricaturale, accusant de ce fait les contradictions que la décision *Salini* portait en germe.

Au cœur du raisonnement du tribunal arbitral se trouve l'articulation, dans les termes suivants, de quatre critères de l'investissement :

« La doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération (cf. note de E. Gaillard citée ci-avant [*JDI*, 1999, p. 278 et s.], p. 292). La lecture du préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investissement.

En vérité, ces divers éléments peuvent être interdépendants. Ainsi, les risques de l'opération peuvent être fonction des apports et de la durée d'exécution du marché. Il en résulte que ces divers critères doivent être appréciés dans leur

⁴ Sur la situation actuelle, v. par ex. W. Ben Hamida, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *Gaz. Pal.*, 14-15 déc. 2007, p. 33.

⁵ Décision sur la compétence du 23 juillet 2001 rendue par un tribunal composé de MM. R. Briner, Président, B. Cremades et I. Fadlallah, *JDI*, 2002, p. 196, obs. E. Gaillard. Addc *La jurisprudence du CIRDI*, préc., p. 636.

⁶ V. par ex. les décisions précitées *infra*, notes 36 à 38, 61.

⁷ Décision sur la compétence du 11 juillet 1997, rendue par un tribunal composé de MM. F. Orrego Vicuna, Président, M. Heth, et R. B. Owen, *JDI*, 1999, p. 278, obs. E. Gaillard.

⁸ Décision sur la compétence du 24 mai 1999 rendue par un tribunal composé de MM. T. Bucrgenthal, Président, P. Bernardini et A. Bucher, reproduite in *La jurisprudence du CIRDI*, préc., p. 577 et s. V. également *infra*, §8.

ensemble même si, pour les besoins du raisonnement, le Tribunal les passe ici en revue ».⁹

A l'occasion de la vérification de la satisfaction de ces critères en l'espèce, le tribunal traite comme une question de fait l'existence d'apports et d'un risque encouru, mais sur la question de la durée, il pose à nouveau une règle de droit puisqu'il pose une exigence de « durée minimale » et estime que cette durée doit être supérieure à deux ans pour que la qualification d'investissement soit retenue :

« Alors que la durée totale d'exécution du marché, conformément au CCAP [Cahier des clauses administratives générales], avait été fixée à 32 mois, celle-ci a été prolongée à 36 mois. L'opération satisfait ainsi à la durée minimale observée par la doctrine, laquelle est de 2 à 5 ans (D. Carreau, Th. Flory, P. Juillard, *Droit International Economique*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1990, p. 558-578. C. Schreuer, « Commentary on the ICSID Convention », *ICSID Review-FILJ*, vol. II, 1996, 2, p. 318-493) ».¹⁰

Cette transformation de ce qui était présenté par la doctrine comme une simple constatation en véritable règle de droit commandant la compétence du Centre¹¹ est caractéristique de la démarche par laquelle la jurisprudence a, par touches successives, fait de la notion d'investissement une condition de plus en plus stricte de la compétence du Centre. Quant à elle, l'origine des quatre critères ainsi avancés repose, dans le même esprit restrictif, sur l'agrégation de deux théories qui procédaient en réalité d'un esprit radicalement opposé.

4. La première est celle qui avait été avancée notamment par MM. Carreau, Flory et Juillard dans l'ouvrage précité. Dans des développements consacrés à la « notion d'investissement », ces auteurs ont pu écrire, dans la troisième édition de cet ouvrage¹², sous le titre « recherche des critères », que :

« Ces critères s'articulent autour de trois idées. En premier lieu, il ne saurait y avoir investissement sans apport - quelle que soit, par ailleurs, la forme que prend cet apport. En deuxième lieu, il ne saurait y avoir d'investissement dans le court terme : l'opération d'investissement présente un caractère de « durabilité » qui ne peut se satisfaire que d'un apport à moyen ou à long terme. En troisième lieu, il ne saurait y avoir investissement sans risque, en ce sens que la rémunération différée que l'investisseur perçoit doit être fonction des profits ou des pertes de l'entreprise. Ces trois critères ne sont pas d'application alternative, mais d'application cumulative »¹³.

Encore doit-on observer aussitôt que dans les développements consacrés non plus à la « notion économique », mais à la « notion juridique d'investissement »,

⁹ Décision du 23 juillet 2001, § 52, *JDI*, 2002, p. 207.

¹⁰ Décision du 23 juillet 2001, § 54, *JDI*, 2002, p. 208. En réalité, les premiers auteurs cités affirmaient que « l'investissement est [...] une opération à moyen terme ou à long terme - c'est-à-dire, dans la conception la plus généralement admise, une opération dont le terme ne saurait être inférieur à trois ans (moyen terme) ou à sept ans (long terme) », *op. cit.*, § 940. L'hésitation sur la durée est très significative des incertitudes de la méthode qui consiste à donner un caractère normatif à des propos doctrinaux qui se voulaient purement descriptifs.

¹¹ *V. infra*, §§ 13 et 14.

¹² *V. supra*, note 1.

¹³ *Op. cit.*, § 935, p. 560.

ils insistaient au contraire sur le fait qu'« il n'y a pas d'unicité mais multiplicité des traductions juridiques de la notion économique d'investissement »¹⁴ et que le fait que la Convention de Washington se soit abstenue de formuler toute définition de l'investissement s'explique « par le souci de ne pas rompre l'unité, tant formelle que matérielle, du contentieux de certains investissements : la plasticité des stipulations conventionnelles permet de soumettre globalement au Centre des opérations de nature et de structures complexes, que leur habillage juridique dissocie en une pluralité d'arrangements contractuels dont certains seraient susceptibles d'échapper à sa juridiction »¹⁵.

Dans le même esprit, nous avons rappelé, dans la chronique de jurisprudence citée par la décision *Salini*¹⁶, l'existence d'une définition classique fondée sur les trois éléments d'apport, de durée et de risque, à laquelle nous souscrivons, tout en soulignant que d'autres définitions, moins exigeantes, de la notion d'investissement avaient été avancées¹⁷.

5. La seconde théorie est celle que défendait Georges Delaume, ancien conseiller juridique principal à la Banque mondiale, en réaction contre la définition traditionnelle, jugée trop restrictive.

C'est précisément parce que la définition fondée sur les critères d'apport, de durée et de risque lui paraissait trop rigide que Georges Delaume suggérait de s'en tenir à un critère plus simple et plus malléable, celui de contribution au développement économique de l'État d'accueil, lui-même puisé dans le préambule de la Convention.

Selon l'auteur,

« [à] cette notion classique relevant d'une conception économique et juridique étroite se substitue aujourd'hui un autre concept, essentiellement économique dans sa nature et *juridiquement malléable* dans sa formulation, qui repose non plus sur l'apport en propriété mais, au contraire, sur la contribution *escomptée, sinon toujours effective*, de l'investissement au développement économique du pays intéressé » (souligné par nous)¹⁸.

Après avoir souligné que l'investissement direct n'est de loin pas la seule forme d'association d'une partie étrangère à l'essor du pays d'accueil, il observe :

« Sans chercher à épiloguer sur ce phénomène contemporain, il convient néanmoins d'en tirer, pour les besoins de la Convention CIRDI, la seule conclusion qui s'impose,

¹⁴ *Op. cit.*, § 953, p. 568.

¹⁵ *Op. cit.*, § 956, p. 570.

¹⁶ *JDI*, 1999, p. 292.

¹⁷ V. spéc. la thèse défendue par S. Manciaux, qui suggérait de se contenter de la notion d'accroissement du patrimoine de l'Etat d'accueil, « Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : 25 années d'activité du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements », Thèse Dijon, 1998, p. 71 et s., publiée en 2004 sous le titre *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Litcc, 2004, spéc. p. 43 et s. V. également, pour une position plus récente du même auteur, S. Manciaux, « La compétence matérielle : actualité de la notion d'investissement international », intervention au colloque IHEI, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, Paris 3 avril 2008 (à paraître).

¹⁸ G. Delaume, « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *JDI*, 1982, p. 775, spéc. p. 802.

à savoir qu'à la suite de cette évolution, le champ d'application de l'article 25 (1) se trouve *considérablement élargi* et offre aux intéressés de nouvelles occasions d'avoir recours au CIRDI en vue du règlement des différends éventuels ». ¹⁹ (souligné par nous)

6. Le tribunal arbitral statuant dans l'affaire *Salini* a fusionné les deux théories en retenant de la première l'idée qu'il existe de véritables critères de l'investissement qu'il y a eu lieu de satisfaire cumulativement et en tirant de la seconde, qui se voulait plus souple, un critère supplémentaire. En apparence anodine, cette combinaison portait en germe toutes les ambiguïtés de la jurisprudence la plus récente sur la notion d'investissement au sens de l'article 25 (1) de la Convention de Washington.

Tant sur la méthode qu'il y a lieu de suivre pour s'assurer de la satisfaction de la condition d'investissement que les éléments susceptibles d'être pris en considération au fil du raisonnement, la jurisprudence est traversée par des courants contradictoires, sans que les lignes de partage ne soient toujours très clairement identifiées. Pour parvenir à démêler les fils tressés par la décision *Salini* et comprendre la confusion qui s'en est suivie, il est essentiel de distinguer de la manière la plus claire la méthode destinée à s'assurer de la satisfaction de la condition d'investissement (I) et les éléments du raisonnement (II). Ceux-ci prennent en effet un sens très différent – en réalité opposé – selon que l'on aura pris parti pour une méthode ou pour une autre.

I - LA METHODE DESTINEE A S'ASSURER DE LA SATISFACTION DE LA CONDITION D'INVESTISSEMENT

7. Pour pouvoir retenir leur compétence, les tribunaux CIRDI doivent s'assurer que le différend dont ils sont saisis est « en relation directe avec un investissement » ²⁰.

La jurisprudence rendue sous l'égide du Centre à propos de cette condition est aujourd'hui divisée en deux courants d'inspiration opposés. Certains tribunaux arbitraux partent de l'idée qu'il existe une véritable définition de l'investissement, que cette définition repose sur des éléments constitutifs ou critères et que le tribunal dont la compétence est contestée doit s'assurer de la présence de ces éléments constitutifs ou de la satisfaction de ces critères, pour pouvoir conclure à l'existence d'un investissement et par là même retenir sa compétence. D'autres estiment au contraire qu'il suffit de constater que certaines « caractéristiques » habituelles d'un investissement sont présentes, pour que l'existence d'un investissement soit avérée, même si d'autres de ces caractéristiques ne se retrouvent pas en l'espèce. La première méthode consiste à définir, ce qui suppose de déterminer, de manière générale et abstraite, les éléments qui sont de l'essence d'un investissement, pour pouvoir procéder ensuite, dans chaque cas d'espèce, à une opération de qualification. Le procédé suit, de la manière la plus orthodoxe, la structure de

¹⁹ G. Dclaucm, *op. cit.*, p. 802.

²⁰ Convention du 18 mars 1965, art. 25 (1).

la règle de droit qui associe un ou plusieurs éléments constitutifs (certains diront un présupposé) à une conséquence (ou effet juridique). Cette première méthode peut être qualifiée de déductive. La seconde est beaucoup plus intuitive. Fuyant toute généralisation, elle se contente de « reconnaître » des traits déjà observés dans d'autres affaires dans lesquelles l'existence d'un investissement a été acceptée par un tribunal arbitral ou par la doctrine. En réalité, les deux méthodes ne s'opposeraient que par le caractère plus ou moins abouti de la réflexion ou par leur degré d'abstraction si les tenants de la méthode intuitive n'insistaient pas sur le fait que les « caractéristiques » sur lesquelles ils fondent la « reconnaissance » d'un investissement sont susceptibles de varier selon les affaires. C'est donc bien d'une logique différente – qui conduit en pratique à des résultats souvent opposés²¹ – que les deux méthodes procèdent. On en fournira quelques illustrations jurisprudentielles et doctrinales en commençant par la méthode intuitive, compte tenu du caractère plus traditionnel de la méthode déductive, avant de poursuivre le raisonnement sur les éléments pris en compte par l'une et l'autre de ces logiques.

A - La méthode intuitive

8. La première illustration jurisprudentielle claire de la méthode intuitive se rencontre dans la décision rendue le 24 mai 1999 dans l'affaire *CSOB c. République slovaque*. Le Tribunal met en exergue la remarque du Rapport des administrateurs de la Banque mondiale relative à l'absence de définition de l'investissement²² :

« Cette formule signifie également que le concept d'investissement doit être interprété largement parce que les rédacteurs de la Convention n'ont pas imposé de restriction à sa signification. Une interprétation libérale de la question de savoir si une opération donnée constitue un investissement trouve également un appui dans le premier paragraphe du préambule de la Convention, déclarant que "les États contractants [prennent en considération] la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux". Il est permis de déduire de cette affirmation qu'une opération internationale qui contribue à une coopération destinée à encourager le développement économique d'un État contractant peut être considérée comme un investissement au sens que ce terme revêt dans la Convention »²³.

On reconnaît dans cette formule la logique avancée par G. Delaume²⁴. Le tribunal ajoute :

« [...] même si l'on devait appliquer la définition de l'investissement avancée par la République slovaque [qui se fondait sur la définition classique fondée sur l'existence d'un apport, la durée et le risque encouru], les ressources fournies à travers les activités bancaires de CSOB dans la République slovaque étaient destinées à conférer un avantage et à offrir à CSOB un retour sur investissement, sous réserve des risques

²¹ V. *infra* II.

²² V. *supra*, note 3.

²³ Décision du 24 mai 1999, préc., § 90.

²⁴ V. *supra*, note 18.

inhérents à la plupart des activités économiques. Le Tribunal observe cependant que les éléments de la définition suggérée, bien qu'ils tendent, en règle générale, à être présents dans la plupart des investissements, ne constituent pas une condition formelle pour qu'une opération puisse être qualifiée d'investissement tel que ce concept est entendu *dans la Convention* ». ²⁵ (souligné par nous).

9. La sentence, rendue le 31 juillet 2007, dans l'affaire *MCI c. Équateur* procède du même esprit. A l'État qui prétendait que l'opération litigieuse ne répondait pas aux conditions de durée et de risque partagé, le tribunal répond :

« Le Tribunal estime que les conditions qui ont été prises en considération par quelques précédents arbitraux pour les besoins de la constatation de l'existence d'un investissement protégé par un traité (tels que la durée et le risque de l'investissement allégué) *doivent être considérés comme de simples exemples et pas nécessairement comme des éléments requis pour son existence*. Le Tribunal considère néanmoins que les éléments du projet [litigieux] et ses conséquences tombent sous la qualification requise pour la détermination de l'existence d'un investissement protégé ». ²⁶ (souligné par nous)

On mentionnera également la décision rendue le 25 septembre 2007 par le Comité *ad hoc* mis en place dans l'affaire *CMS c. Argentine*, dans laquelle le Comité se contente de relever que « l'article 25 de la Convention CIRDI n'a pas tenté de définir l'"investissement". Au contraire, cette tâche a été largement abandonnée aux termes des traités bilatéraux de protection des investissements ou aux autres instruments sur lesquels la compétence est fondée » ²⁷.

10. Ce courant jurisprudentiel trouve une expression plus aboutie et plus fortement motivée dans la sentence rendue le 24 juillet 2008 dans l'affaire *Biwater c. Tanzanie* ²⁸. Le tribunal rejette l'argumentation de la République qui soutenait qu'un projet d'amélioration d'infrastructure de distribution d'eau et d'égouts ne pouvait pas être qualifié d'investissement en raison de son caractère non rentable. Après avoir rappelé les quatre éléments du critère *Salini*, sur lequel se fondait la République en y ajoutant celui de l'importance de l'investissement, ce qui porte les « critères *Salini* » à cinq, bien que la décision n'en mentionne que quatre, le tribunal observe :

« 312. In the Tribunal's view, there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five *Salini* criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law. They do not appear in the ICSID Convention. On the contrary, it is clear from the *travaux préparatoires* of the Convention that several attempts to incorporate a definition of "investment" were made, but ultimately did not succeed. In the end, the term was left intentionally undefined, with the expectation (inter alia) that a definition could be the subject of agreement as between Contracting States [...].

314. Further, the *Salini Test* itself is problematic if, as some tribunals have found, the "typical characteristics" of an investment as identified in that decision are

²⁵ Décision du 24 mai 1999, préc., § 90.

²⁶ Sentence du 31 juillet 2007 rendu par un tribunal composé de MM. R. Vinuesa, Président, B. Greenberg et J. Irarrázabal, § 165.

²⁷ Décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007, § 71.

²⁸ Sentence du 24 juillet 2008 rendu par un tribunal composé de MM. B. Hanotiau, Président, G. Born et T. Landau.

elevated into a fixed and inflexible test, and if transactions are to be presumed excluded from the ICSID Convention unless each of the five criteria are satisfied. This risk is the arbitrary exclusion of certain types of transaction from the scope of the Convention. It also leads to a definition that may contradict individual agreements (as here), as well as a developing consensus in parts of the world as to the meaning of "investment" (as expressed, e.g., in bilateral investment treaties). If very substantial numbers of BITs across the world express the definition of "investment" more broadly than the *Salini Test*, and if this constitutes any type of international consensus, it is difficult to see why the ICSID Convention ought to be read more narrowly.

[....]

316. The Arbitral Tribunal therefore considers that a more flexible and pragmatic approach to the meaning of "investment" is appropriate, which takes into account the features identified in *Salini*, but along with all circumstances of the case, including the nature of the instrument containing the relevant consent to ICSID.

317. The Arbitral Tribunal notes in this regard that, over the years, many tribunals have approached the issue of the meaning of "investment" by reference to the parties' agreement, rather than imposing a strict autonomous definition, as per the *Salini Test*."

En doctrine, la méthode intuitive peut se prévaloir du soutien de Christoph Schreuer. Après avoir fait de la jurisprudence un inventaire détaillé, l'auteur conclut qu'il « ne serait pas réaliste de tenter d'avancer une nouvelle définition d'investissement sur la base de l'expérience du CIRDI. Il semble cependant possible d'identifier certaines caractéristiques qui sont typiques de la plupart des opérations en question ». Et l'auteur de dresser une liste comprenant la durée, la régularité des profits, le risque, le caractère important de l'engagement et la contribution au développement de l'État d'accueil. Mais il insiste en conclusion sur le fait que « les caractéristiques ne doivent pas nécessairement être comprises comme des exigences de compétence mais seulement comme des caractéristiques typiques des investissements couverts par la Convention »²⁹.

Dans un article consacré à la notion d'investissement, Ibrahim Fadlallah estime également que l'approche consistant à considérer les éléments de durée, d'apport, de risque, et peut-être de développement du pays d'accueil (qui ne lui paraît qu'une exigence politique et non juridique) « comme des critères cumulatifs nécessaires » permettant de dégager « une définition formelle à caractère dogmatique » présente plusieurs inconvénients :

« En premier lieu, elle ne paraît pas conforme à la lettre de la Convention qui a délibérément écarté toute définition normative. Elle n'est pas plus conforme à son esprit d'ouverture et de libéralisme. En second lieu, l'énoncé d'un critère obligatoire impose une définition précise de ce critère. Plusieurs années seraient nécessaires pour y parvenir, sans assurance de résultat uniforme : le libéralisme favorable aux investisseurs et la rigueur, de plus en plus requise par les États, peuvent dessiner deux courants difficilement conciliables. Mieux vaut, en vérité, considérer ces éléments

²⁹ Ch. Schreuer, "Commentary on the ICSID Convention", *ICSID Rev.*, 1996, p. 318, spec. § 122, p. 372. V. également, du même auteur, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge Univ. Press, 2001, p. 121 et s.

comme *des facteurs pertinents susceptibles de guider les arbitres*, un peu comme la règle d'interprétation des contrats. *Il n'est pas nécessaire qu'on les retrouve tous, et il importe de laisser aux arbitres une marge confortable d'appréciation* »³⁰. (souligné par nous).

12. A ce courant intuitif, s'oppose celui qui s'en tient, plus classiquement, à une méthode déductive.

B - La méthode déductive

13. Le courant déductif ne se contente pas de reconnaître les « caractéristiques habituelles » d'un investissement mais s'efforce d'en donner une véritable définition. Il repose sur l'idée que la première démarche n'est en réalité que la position de repli de la thèse subjectiviste qui consiste à fusionner purement et simplement la condition d'investissement avec celle de consentement³¹. S'il suffit d'observer des « caractéristiques », au demeurant variables, de l'investissement, dont une caractéristique très vague de « contribution escomptée » à l'économie de l'État d'accueil³², pour satisfaire aux exigences de la Convention de Washington, autant dire que la condition d'investissement n'existe pas et qu'un investissement est ce que les parties ont bien voulu désigner comme tel. Force est de reconnaître que le CIRDI lui-même a activement promu cette conception pendant de longues années. Dans une brochure consacrée à la rédaction des clauses d'arbitrage CIRDI, le Centre conseillait en effet aux parties qui n'étaient pas sûres que leur opération puisse être qualifiée d'investissement de stipuler qu'elles considèrent que « l'opération visée par le présent accord est un investissement »³³. Quelles que soient les réserves que l'on puisse avoir sur l'efficacité de ces clauses³⁴, il est difficile, de penser que les rédacteurs de traités de protection des investissements, qui ont ouvert une option incluant le CIRDI après avoir défini largement les investissements couverts, aient pu envisager que certaines des opérations ainsi définies pourraient pourtant être écartées de la compétence du Centre faute de constituer un investissement au sens de l'article 25 (1) de la Convention.

14. La plupart des décisions reconnaissent aujourd'hui que l'approche purement subjective consistant à qualifier d'investissement ce que les parties ont défini comme tel se concilierait difficilement avec la lettre de l'article 25 (1) qui suppose un différend « en relation directe avec un investissement »³⁵.

Au rang des décisions qui cherchent à donner de l'investissement une véritable définition reposant sur des critères fixes, on compte, outre la décision *Salini* du

³⁰ I. Fadlallah, « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ? », in *Liber Amicorum Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, p. 259 et s., spéc. § 15, p. 267.

³¹ Pour une discussion de la condition d'investissement en tant que condition objective de compétence du Centre, v. E. Gaillard, *JDI*, 2006, p. 362, spéc. p. 365 ; *JDI*, 2007, p. 359, spéc. p. 364 et s.

³² V. *supra*, note 18.

³³ Doc. CIRDI/5/Rev. 2/ février 1993, p. 8.

³⁴ V. E. Gaillard, « Quelques observations sur la rédaction des clauses d'arbitrage CIRDI », *Penant* 1987, p. 291 et s., spéc. p. 295 ; S. Manciaux, *op. cit.*, n°45.

³⁵ V. par ex. la décision *CSOB* du 24 mai 1999, § 68 ; la décision *Salini* du 23 juillet 2001, § 52, *JDI*, 2002, p. 207 ou les décisions citées *infra*, § 19.

23 juillet 2001, la sentence *LESI-Dipenta c. Algérie* du 10 janvier 2005³⁶, la décision *Bayindir c. Pakistan* du 14 novembre 2005³⁷, la décision *Jan de Nul c. Égypte* du 16 juin 2006³⁸, la décision *Saipen SpA c. Bangladesh* du 21 mars 2007³⁹, la décision *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie* du 6 juillet 2007⁴⁰ ou encore la sentence *Pey Casado c. Chili* du 8 mai 2008⁴¹. Comme le relève le Tribunal dans cette dernière affaire :

« Le présent Tribunal estime pour sa part qu'il existe bien une définition de l'investissement au sens de la Convention CIRDI et qu'il ne suffit pas de relever la présence de certaines des « caractéristiques » habituelles d'un investissement pour que cette condition objective de la compétence du Centre soit satisfaite. Une telle interprétation reviendrait à priver de toute signification certains des termes de l'article 25 de la Convention CIRDI, ce qui ne serait pas compatible avec l'exigence d'interpréter les termes de la Convention en leur donnant un effet utile, comme l'a justement rappelé la sentence rendue dans l'affaire *Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Égypte* le 6 août 2004 »⁴².

Qu'elles retiennent trois ou quatre – ou davantage encore – éléments constitutifs de la définition d'investissement, toutes ces décisions ou sentences s'attachent à qualifier la situation litigieuse à l'aide d'une définition de l'investissement et non à « reconnaître » un investissement à travers la constatation de « caractéristiques » habituelles mais non nécessaires.

15. Ce n'est qu'en gardant à l'esprit le fait que la jurisprudence du CIRDI est aujourd'hui, tout comme la doctrine, profondément divisée entre ces deux méthodes que l'on peut apprécier la signification de la discussion qui s'est par ailleurs ouverte sur le nombre d'éléments à prendre en considération au cours de la démarche.

II - LES ELEMENTS A PRENDRE EN CONSIDERATION POUR S'ASSURER DE LA SATISFACTION DE LA CONDITION D'INVESTISSEMENT

16. La nature et surtout le nombre d'éléments à prendre en considération dans le raisonnement destiné à s'assurer de la satisfaction de la condition d'investissement prennent une signification très différente selon qu'ils s'insèrent dans une démarche fondée sur l'application d'une véritable définition ou dans

³⁶ Sentence du 10 janvier 2005, § 13 (iv) rendu par un tribunal arbitral composé de MM. P. Tercier, Président, A. Faurès et E. Gaillard. V. également dans les mêmes termes la décision rendue le 12 juillet 2006 par un tribunal composé de manière identique dans l'affaire *LESI et Astaldi c. Algérie*, § 72 (iv).

³⁷ Décision sur la compétence du 14 novembre 2005 rendu par un tribunal arbitral composé de Mme G. Kaufmann-Kohler, Président, MM. F. Berman et K.H. Böckstiegel, § 130.

³⁸ Décision sur la compétence du 16 juin 2006 rendu par un tribunal arbitral composé de Mme G. Kaufmann-Kohler, Président, Mme B. Stern et M. P. Mayer, § 91.

³⁹ Décision sur la compétence du 21 mars 2007 rendu par un tribunal arbitral composé de Mme G. Kaufmann-Kohler, Président, MM. C.H. Schreuer et P. Otton, § 99.

⁴⁰ Décision sur la compétence du 6 juillet 2007 rendu par un tribunal arbitral composé de MM. Y. Fortier, Président, MM. F.O. Vicuna et A. Watts, § 116.

⁴¹ Sentence du 8 mai 2008 rendu par un tribunal arbitral composé de MM. P. Lalive, Président, M. Chemloul et E. Gaillard, § 232.

⁴² Sentence du 8 mai 2008, préc., § 232.

une logique plus intuitive. Dans le premier cas, plus les éléments sont nombreux, plus la condition d'investissement est difficile à satisfaire et la compétence du Centre étroite. Dans le second, l'ajout de caractéristiques facilite au contraire la reconnaissance de l'investissement puisqu'il suffit qu'un certain nombre de ces caractéristiques, habituelles mais non nécessaires, soient identifiées pour qu'une opération puisse être considérée comme un investissement relevant de la compétence du Centre. En d'autres termes, l'accumulation d'éléments constitutifs dans une définition procède d'un esprit restrictif, celle de caractéristiques dans une démarche impressionniste d'un esprit libéral.

Ainsi, lorsque Christoph Schreuer constate que l'engagement de l'investisseur est généralement important⁴³, cette constatation n'est pas faite dans l'intention d'ajouter, à une liste de critères définis, un seuil minimal d'engagement en-deçà duquel on ne saurait retenir la qualification d'investissement. Cette idée avait, du reste, été évoquée au cours des négociations de la Convention avant d'être formellement rejetée⁴⁴. De même, lorsque dans un esprit de souplesse, Georges Delaume proposait de substituer l'idée de contribution « escomptée, sinon toujours effective » au développement économique de l'État d'accueil aux critères habituels de l'investissement⁴⁵, il ne suggérait pas l'ajout d'une condition supplémentaire à un jeu de critères qu'il estimait déjà trop formels. De même encore, lorsque la décision *CSOB* du 24 mai 1999 met en avant le critère de contribution à l'économie de l'État d'accueil, c'est moins pour imposer une nouvelle barrière à la compétence du Centre que pour alléger le fardeau de la démonstration sur le critère traditionnel de l'apport, plus difficile à justifier dans une opération consistant à se répartir des créances douteuses⁴⁶. L'évocation de ces positions doctrinales, ou de ces précédents, au soutien d'un raisonnement consistant à ajouter une condition stricte à une définition qui commande la compétence du Centre relève donc du contresens.

17. C'est sous le bénéfice de ces observations que l'on peut se demander s'il y a lieu de retenir trois, quatre ou cinq « critères » ou, selon le postulat méthodologique retenu, trois, quatre ou cinq « caractéristiques » de l'investissement au sens de la Convention de Washington. En d'autres termes, le raisonnement doit-il faire une place, aux côtés des critères classiques de durée, d'aléa et de risque à la notion de contribution au développement économique de l'État d'accueil (A) ou à celle, plus exigeante encore si l'on raisonne en termes de critères, de contribution positive et significative au développement économique de l'État d'accueil (B).

⁴³ V. *supra*, note 29. "The fourth typical feature is that the commitment is substantial", art. préc., § 122.

⁴⁴ Un seuil de 100 000 dollars US a été envisagé puis écarté, v. *Historique de la Convention*, vol. II, p. 34 et la discussion in Ch. Schreuer, art. préc., § 83.

⁴⁵ Art. cité *supra*, note 18.

⁴⁶ V. *supra*, note 8.

A - Un quatrième élément : la notion de contribution au développement économique de l'État d'accueil ?

18. Comme on l'a observé⁴⁷, les auteurs ou les sentences qui raisonnent en termes de caractéristiques habituelles mais non nécessaires d'un investissement ne restreignent en aucune manière la notion en y ajoutant ce nouveau facteur de reconnaissance. Dans cet esprit, l'ajout n'est pas nécessairement incompatible avec les préoccupations des auteurs de la Convention qui n'ont manifestement pas entendu faire de l'existence d'un investissement une condition rigoureuse⁴⁸.

La problématique est toute autre lorsque l'on raisonne en termes de critères dont l'absence est susceptible de disqualifier l'opération et de la priver du bénéfice de la Convention. Tout ajout est, dans cette optique, une contrainte supplémentaire qui éloigne d'autant la formule qui le contient du libéralisme voulu par les rédacteurs de la Convention.

19. Parmi les décisions qui raisonnent en termes de véritable définition, on observe deux courants. Le premier suit la suggestion avancée par les arbitres ayant statué dans l'affaire *Salini* et s'assure de la satisfaction de quatre critères, ceux d'apport, de durée, de risque et celui de contribution au développement économique de l'État d'accueil. Les décisions rendues dans les affaires *Jan de Nul c. Egypte*⁴⁹ le 16 juin 2006, *Saipem SpA c. Bangladesh*⁵⁰ le 21 mars 2007, *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*⁵¹ le 6 juillet 2007 ou avec des nuances, la décision rendue le 14 novembre 2005 dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan*⁵², en fournissent autant d'illustrations. Certaines prêtent davantage le flan à la critique en invoquant, au soutien de l'exigence que quatre conditions soient satisfaites, des autorités dont le raisonnement est étranger à cette présentation stricte. C'est le cas de la décision rendue le 17 octobre 2006, dans l'affaire *Helnan International Hotels c. Egypte* lorsqu'elle accepte la prétention de la demanderesse selon laquelle

“based on ISCID precedents, as summarized in the unchallenged statement by Prof. Ch. Schreuer, that to be characterized as an investment a project must showed a certain duration, a regularly of profit and return, an element of risk, a substantial commitment, and a significant contribution to the host State's development”⁵³.

Ainsi qu'on a pu l'observer, la démarche d'un auteur tel que Christoph Schreuer ne s'inscrit pas en réalité dans cette logique⁵⁴.

20. Le deuxième courant est celui qui rejette l'adjonction d'un quatrième critère à une définition classique. Il a été exprimé par la sentence *LESI-Dipenta c. Algérie* pour laquelle :

⁴⁷ V. *supra*, § 16.

⁴⁸ V. *supra*, § 2.

⁴⁹ Décision sur la compétence du 16 juin 2006, *préc.*, § 91.

⁵⁰ Décision sur la compétence du 21 mars 2007, *préc.*, § 99.

⁵¹ Décision sur la compétence du 6 juillet 2007, *préc.*, § 116.

⁵² Décision sur la compétence du 14 novembre 2005, *préc.*, § 130.

⁵³ Décision sur la compétence du 17 octobre 2006 rendue par un tribunal arbitral composé de MM. Y. Dérains, Président, R. Dolzer et M. Lee, § 177.

⁵⁴ V. *supra*, § 11.

« [...] il paraît conforme à l'objectif auquel répond la Convention qu'un contrat, pour constituer un investissement au sens de la disposition, remplisse les trois conditions suivantes ; il faut

- a) que le contractant ait effectué un apport dans le pays concerné,
- b) que cet apport porte sur une certaine durée, et
- c) qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque.

Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus »⁵⁵.

La même idée est également formulée dans la sentence rendue, le 8 mai 2008, dans l'affaire *Pey Casado c. Chili* :

« Selon le Tribunal, cette définition ne comprend en revanche que trois éléments. L'exigence d'une contribution au développement de l'État d'accueil, difficile à établir, lui paraît en effet relever davantage du fond du litige que de la compétence du Centre. Un investissement peut s'avérer utile ou non pour l'État d'accueil sans perdre cette qualité. Il est exact que le préambule de la Convention CIRDI évoque la contribution au développement économique de l'État d'accueil. Cette référence est cependant comme une conséquence, non comme une condition de l'investissement : en protégeant les investissements, la Convention favorise le développement de l'État d'accueil. Cela ne signifie pas que le développement de l'État d'accueil soit un élément constitutif de la notion d'investissement. C'est la raison pour laquelle, comme l'ont relevé certains tribunaux arbitraux, cette quatrième condition est, en réalité, englobée dans les trois premières »⁵⁶.

Force est de reconnaître qu'il est particulièrement artificiel de prétendre puiser un élément constitutif d'une véritable définition de l'investissement dans le premier paragraphe du préambule de la Convention. Celui-ci se borne à énoncer : « considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ». Il s'agit là d'une pure constatation : les investissements sont utiles au développement économique. Cela ne signifie pas que le développement économique soit de l'essence de la notion d'investissement. Comme le relève le tribunal dans l'affaire *Pey*, le développement économique est davantage présenté comme une conséquence des investissements que comme un élément essentiel de la notion.

L'opposition entre les deux courants s'aggrave singulièrement lorsque l'on exige non plus une contribution « attendue », pour reprendre la formule de Georges Delaume, mais une contribution positive et significative au développement de l'État d'accueil. C'est poser la question de la cinquième condition éventuelle à la qualification d'investissement.

⁵⁵ Sentence du 10 janvier 2005, § 13 (iv). V. également la décision rendue le 12 juillet 2006 dans l'affaire *LESI et Astaldi c. Algérie*, § 72 (iv).

⁵⁶ Sentence du 8 mai 2008, préc., § 232.

B - Un cinquième élément : la notion de contribution positive et significative au développement économique de l'État d'accueil ?

21. L'ambiguïté sur le rôle que la notion de contribution au développement économique de l'État d'accueil est susceptible de jouer dans l'appréciation de la compétence du Centre, apparaît au grand jour dans la décision rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Patrick Mitchell c. Congo* le 1^{er} novembre 2006. Au vu de la formule précitée du préambule de la Convention de Washington, le Comité estime qu'il était alors

« tout naturel que le paramètre de contribution au développement économique de l'État d'accueil ait toujours été pris en compte, de manière explicite ou implicite, par les tribunaux arbitraux CIRDI dans le cadre de leur raisonnement en application de la Convention et indépendamment même des prévisions de l'accord des parties ou du Traité bilatéral en cause... »⁵⁷.

Dans cette affaire, le Comité a estimé que l'activité d'un cabinet d'avocats n'était pas justifiable de la qualification d'investissement au sens de la Convention. Au cours du raisonnement, il a observé que le cabinet en cause ne travaillait pas pour la République⁵⁸. La remarque laisse perplexe car, si un investissement est censé contribuer au développement de l'État d'accueil c'est par la part qu'il prend dans le tissu économique du pays, et non nécessairement par les services susceptibles d'être rendus directement à l'État. Il est vrai que le Comité *ad hoc* a tempéré la portée de sa décision en observant :

« que à ses yeux, l'existence d'une contribution au développement économique de l'État d'accueil comme caractéristique essentielle -bien que non suffisante- ou critère incontestable de l'investissement ne signifie pas que cette contribution *doit toujours être importante ou fructueuse* ; et bien sûr, que les tribunaux CIRDI n'ont pas à évaluer la contribution réelle de l'opération en cause. Il suffit que l'opération contribue d'une manière ou d'une autre au développement économique de l'État d'accueil, ce concept de développement économique étant de toute façon très vaste mais aussi variable selon le cas »⁵⁹.

La formule se rapproche de celle de G. Delaume lorsque celui-ci évoquait la contribution « escomptée, sinon toujours effective » au développement de l'État d'accueil⁶⁰. La différence de méthode n'en demeure pas moins saillante, ce dernier auteur proposant de s'en tenir à cette notion souple, et non de la cumuler avec les exigences d'une définition traditionnelle.

22. Une nouvelle étape dans la restriction progressive de la notion d'investissement, et donc de la compétence du Centre, a été franchie avec la

⁵⁷ Décision du 1^{er} novembre 2006, § 29, *JDI*, 2007, p. 348.

⁵⁸ Décision du 1^{er} novembre 2006, préc., § 39 : "As a legal consulting firm is a somewhat uncommon operation from the standpoint of the concept of investment, in the opinion of the ad hoc Committee it is necessary for the contribution to the economic development or at least the interests of the State, in this case the DRC, to be somehow present in the operation. If this were the case, qualifying the Claimant as an investor and his services as an investment would be possible; furthermore, it would be necessary for the Award to indicate that, through his knowhow, the Claimant had concretely assisted the DRC, for example by providing it with legal services in a regular manner or by specifically bringing investors".

⁵⁹ Décision du 1^{er} novembre 2006, préc., § 33.

⁶⁰ *V. supra*, § 5.

sentence rendue le 17 mai 2007 dans l'affaire *MHS c. Malaisie*⁶¹. Dans cette espèce, l'arbitre unique a dénié la qualification d'investissement aux apports en espèce et en industrie déployés par une société anglaise en exécution d'un contrat de sauvetage maritime dont l'exécution s'est déroulée sur une période de 43 mois. Le sauvetage portait sur un navire échoué en 1817, au large de Malacca, aujourd'hui en Malaisie et a permis la récupération de sa cargaison de porcelaines chinoises. La rémunération promise au sauveteur était, comme il est d'usage dans ce type d'activité, strictement fonction du résultat de l'opération. Estimant ne pas avoir reçu la rémunération promise, la société anglaise s'est prévalu du traité de protection bilatéral conclu entre le Royaume-Uni et la Malaisie et a porté son action devant le CIRDI. C'est dans ce contexte que, par une sentence sur la compétence du 17 mai 2007, l'arbitre unique a estimé que l'opération n'était pas susceptible d'être qualifiée d'investissement au motif notamment que l'opération litigieuse ne réalisait pas une contribution significative au développement économique de la Malaisie :

« Any contract would have made some economic contribution to the place where it is performed. However, that does not automatically make a contract an 'investment' within the meaning of Article 25(1). As stated by Schreuer, there must be a positive impact on a host State's development. Schreuer cites CSOB in concluding that an 'investment' must have a positive impact on a host State and, in CSOB, the tribunal stated that there must be significant contributions to the host State's economic development »⁶².

« The Tribunal finds that [...] the Contract did not make any significant contributions to the economic development of Malaysia. [...] the Tribunal concludes that there was no substantial contribution because the nature of the benefits that the Contract offered to Malaysia did not provide substantial benefits in the sense envisaged in previous ICSID jurisprudence such as *CSOB, Jan de Nul* and *Bayindir* »⁶³.

Indépendamment de la question de savoir si l'enrichissement du patrimoine archéologique d'un pays participe à son développement, c'est la condition du succès de l'entreprise et de son importance, tant qualitative que quantitative, qui place la décision MHS aux antipodes de ce que les rédacteurs de la Convention de Washington ont réellement voulu. De très nombreux opérateurs d'une importance financière modeste sont susceptibles de former le tissu économique d'un pays et leurs opérations méritent, autant que les plus importantes, la protection de la Convention. Du moins était-ce l'intention de ses rédacteurs⁶⁴. Par ailleurs, le succès ou l'échec de l'entreprise n'ont de pertinence que sur le fond. Si une compagnie pétrolière consacre des ressources humaines et financières à l'exploration d'un champ pétrolier en application d'un contrat de

⁶¹ Sentence d'incompétence du 17 mai 2007, rendue par M. M. Hwang, arbitre unique.

⁶² Sentence du 17 mai 2007, § 125.

⁶³ Sentence du 17 mai 2007, § 143.

⁶⁴ Cf. D. Krishan, « A Notion of ICSID Investment », TDM, mai 2008: "For ICSID purposes, all investment is by its nature pro-development for any number of extra-legal reasons (labour practices, corruption, environment, discrimination, exploitation, speculative). ICSID tribunals are neither competent nor equipped to make value judgments about investments- otherwise the ICSID system will collapse upon itself". (note n°89).

partage de production conclu avec l'État d'accueil et si cette activité ne donne lieu à aucune découverte, les apports demeurent un investissement même si, en cas d'expropriation par exemple, le fait que l'on se trouve en présence d'un cas d'exploration sèche sera nécessairement pris en compte, notamment dans l'appréciation d'un préjudice éventuel. On comprend dans ces conditions l'ampleur des critiques suscitées par cette décision⁶⁵.

23. Il est permis d'espérer que la confusion de la jurisprudence actuelle sur la notion d'investissement finira par se résorber dans un sens se rapprochant des intentions initiales des rédacteurs de la Convention, que certaines décisions, plus soucieuses de perfectionner le critère avancé par la décision précédente que d'appliquer les modes d'interprétation des traités prescrits par la Convention de Vienne sur le droit des traités, ont fini par oublier.

⁶⁵ V. spéc., S. Manciaux, « La compétence matérielle : actualité de la notion d'investissement international », préc. ; W. Ben Hamida, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », préc., D. Krishan, « A Notion of ICSID Investment », préc., spéc. p. 15-16 ; C. Baltag, « Precedent on Notion of Investment : ICSID Award in MHS v. Malaysia », TDM ? 4-n°5, septembre 2007 ; Y. Andreceva, « The Tribunal in Malaysian Historical Salvors v. Malaysia Adopts a Restrictive Interpretation of the Term 'Investment' », Journal of International Arbitration, 2008, p. 503 et s. Un recours en annulation à l'encontre de la décision a été formé devant un Comité *ad hoc*.