



Les critères d'enregistrement et d'approbation dans les traités d'investissement

Série bonnes pratiques de l'IISD - décembre 2012



© 2012 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable (IISD)

International Institute for Sustainable Development

L'Institut international du développement durable est une organisation indépendante à but non lucratif qui fournit des solutions pratiques au défi de l'intégration des priorités environnementales et sociales avec le développement économique. Nous rendons compte de négociations internationales, réalisons des recherches rigoureuses et amenons les citoyens, les entreprises et les décideurs à s'engager envers l'objectif commun de développement durable.

L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par le Centre de recherche pour le développement international (CRDI), et de la province du Manitoba. Des fonds de projets lui sont accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations, des entreprises privées et des particuliers.

Winnipeg, Canada (siège)

111, avenue Lombard,
Bureau 325
Winnipeg (Manitoba)
Canada R3B 0T4

Tél: +1 (204) 958-7700

Web: www.iisd.org

Twitter: @IISD_news

Les critères d'enregistrement et d'approbation dans les traités d'investissement

Série bonnes pratiques de l'IISD - décembre 2012

Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Mahnaz Malik

L'auteure remercie Yalan Fu pour les recherches et Diana Rosert, Martin Dietrich Brauch et Damon Vis Dunbar pour leurs commentaires et suggestions.



Table of Contents

1.0 Introduction	1
2.0 Limiting the Scope of Application to “Registered” or “Approved” Investments in Treaty Practice	2
3.0 The Arbitral Awards Interpreting Registration and Approval Provisions in Investment Treaties...	7
4.0 Recommendations and Conclusions	10



1.0 Introduction

Généralement très étendu, le champ d'application des traités d'investissement englobe le plus souvent tous les secteurs d'activité économique. Il tend en outre à couvrir un large éventail de mesures gouvernementales et d'actions des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, aux niveaux national et infranational. Le champ d'application dépend de divers facteurs, dont la définition d'« investissement » et d'« investisseur ». Il dépend aussi des éventuelles limites fixées par le traité. En règle générale, les notions d'investissement et d'investisseur sont définies au sens très large, couvrant tout actif tangible et intangible directement ou indirectement possédé ou contrôlé par les investisseurs. Les États ont cependant tendance à rétrécir de plus en plus la définition d'« investissement » dans les traités qu'ils négocient. Certains, par exemple, préfèrent recourir à une liste exhaustive des investissements couverts au lieu de couvrir n'importe quel actif, tandis que d'autres excluent explicitement certains types d'actifs de la définition d'investissement. Dans d'autres cas, les investissements doivent remplir certains critères pour être admissibles en vertu du traité, notamment l'engagement de capital, la prise en charge des risques, ou une contribution au développement. Souvent, les traités lient la définition d'investissement à une condition de conformité au droit de l'État hôte, allant parfois jusqu'à imposer une condition d'enregistrement ou d'approbation, qui peut ou non être indépendante du droit national.

De même, les États peuvent limiter le champ d'application en précisant que certains secteurs ou certains types de mesures ne sont pas couverts par le traité. Ou encore exiger que les investissements soient enregistrés ou approuvés par écrit aux fins du traité. Qu'ils soient liés à la définition d'investissement ou intégrés dans une disposition sur l'application et la portée, ces critères d'approbation ou d'enregistrement peuvent être importants car ils détermineront qui, parmi les investisseurs, est à même de lancer un arbitrage international contre les États hôtes en vertu du traité d'investissement.

Le présent document, après une analyse des critères d'enregistrement et d'approbation des investissements dans les traités, s'intéresse à l'interprétation de ce type de dispositions par les tribunaux arbitraux. Il conclut par quelques remarques et recommandations aux États qui envisagent de recourir aux critères d'approbation ou d'enregistrement pour atteindre certains objectifs stratégiques.



2.0 Limiter le champ d'application aux investissements « enregistrés » ou « approuvés » dans les traités

Plusieurs traités, en particulier (mais pas exclusivement) en Asie du Sud-Est, limitent leur champ d'application aux investissements enregistrés ou approuvés par écrit. Par exemple, dans les années 1970, les traités bilatéraux d'investissement (TBI) entre le Royaume-Uni et des États Membres de l'ASEAN, dont Singapour et la Thaïlande, limitaient leur champ d'application aux investissements qui avaient été spécifiquement approuvés par le gouvernement d'accueil. Par exemple, l'article 12 du TBI Royaume-Uni-Singapour, signé le 22 juillet 1975, exige l'approbation par écrit :

Les dispositions du présent Accord couvrent uniquement les investissements, antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur du présent Accord, qui sont spécifiquement approuvés par écrit par la Partie contractante qui les a accueillis ou les accueillera sur son territoire.¹

L'article 3 du TBI Royaume-Uni-Thaïlande (daté le 28 novembre 1978, entré en vigueur le 11 août 1979), dispose de même :

Les avantages du présent Accord s'appliquent uniquement lorsque l'investissement de capital par des personnes physiques ou morales de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante a été spécifiquement approuvé par écrit par l'autorité compétente de cette dernière.

Les personnes physiques ou morales de l'une ou l'autre Partie contractante seront libres de demander l'approbation d'un investissement de capital, qu'il soit antérieur ou postérieur à l'entrée en vigueur du présent Accord.

La Partie contractante concernée sera libre d'imposer des conditions appropriées d'approbation des investissements.²

La limitation du champ d'application de chacun de ces TBI s'écarte de la pratique courante au Royaume-Uni à l'époque. Les TBI entre le Royaume-Uni et l'Égypte (1975)³ et la Corée (1976)⁴, signés pendant la même période, ne limitent pas leur couverture de la sorte.

Les origines de l'enregistrement ou de l'approbation des investissements dans les traités d'investissements paraissent liées aux modèles d'économie planifiée suivis par un grand nombre de pays en développement dans les années 1960 et 1970. La Malaisie, la Thaïlande et l'Indonésie, entre autres, adoptent à l'époque un système de permis ou de registre pour les investissements étrangers. Loin d'être les seuls à suivre une telle démarche, ces pays se distinguent en ayant la clairvoyance de l'exprimer dans leurs TBI. Le TBI Belgique-Indonésie de 1970 illustre l'approche caractéristique des négociations entre un pays d'Asie du Sud-Est et un État européen :

¹ TBI Royaume-Uni-Singapour, 22 juillet 1975 (entré en vigueur le 22 juillet 1975), article 12.

² TBI Royaume-Uni-Thaïlande, 28 novembre 1978 (entré en vigueur le 11 août 1979), article 3.

³ TBI Royaume-Uni-Égypte, 11 juin 1975 (entré en vigueur le 24 février 1976), consultable sur http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/3706546/3872894/fco_ref_tr_ippa_egypt (en anglais)

⁴ TBI Royaume-Uni-Corée, 4 mars 1976 (entré en vigueur le 4 mars 1976), consultable sur http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/3706546/3872894/fco_ref_tr_ippa_korea (en anglais)



Article 9 : La protection accordée aux investisseurs par les dispositions du présent Accord s'applique :

(a) sur le territoire de la République d'Indonésie, uniquement aux investissements qui ont été approuvés par le gouvernement de la République d'Indonésie conformément aux dispositions de la Loi sur les investissements étrangers n° 1 de 1967 ou autres lois et règlements applicables de la République d'Indonésie ;

(b) sur le territoire du Royaume de Belgique, uniquement aux investissements conformes aux lois et règlements applicables du Royaume de Belgique.⁵

À titre de comparaison, le TBI Indonésie-Danemark s'écarte de la norme en ce que le pays développé partenaire, à savoir le Danemark, choisit lui aussi de limiter la portée du traité à certains types d'investissements approuvés, ou autrement déclarés couverts, contrairement à la Belgique dans l'exemple précédent. Dans le TBI Indonésie-Danemark de 1968, le Danemark exige que les investissements soient « déclarés couverts au sens du présent Accord par le ministère danois des Affaires étrangères » :

Article II

La protection accordée aux investisseurs par les dispositions du présent Accord s'applique :

a) sur le territoire de la République d'Indonésie, uniquement aux investissements qui ont été approuvés par le gouvernement de la République d'Indonésie conformément à la législation en matière d'investissements étrangers actuellement en vigueur (Loi n° 1 de l'année 1967) ;

b) sur le territoire du Danemark, uniquement aux investissements effectués conformément au système de change en vigueur au Danemark (Ordonnance n° 199 du 20 juin 1961) et déclarés couverts au sens du présent Accord par le ministère danois des Affaires étrangères.⁶

Plusieurs États continuent d'intégrer de nos jours ce type de conditions dans les traités d'investissement. Il est par ailleurs à noter qu'elles ne sont pas réservées exclusivement aux traités entre pays développé et pays en développement.⁷

La démarche suivie par certains pays d'Asie du Sud-Est dans leurs traités bilatéraux se retrouve, au niveau régional, dans l'accord de l'ASEAN 1987 sur la promotion et la protection des investissements (ou Accord de garantie des investissements de l'ASEAN). Cet accord limite la portée du traité aux investissements qui « sont spécifiquement approuvés par écrit et enregistrés dans le pays d'accueil », comme suit :

⁵ TBI Belgique-Indonésie, 15 janvier 1970 (entré en vigueur le 17 juin 1972), article 9.

⁶ TBI Indonésie-Danemark, 30 janvier 1968 (entré en vigueur le 2 juillet 1968), article 2.

⁷ Voir, par exemple, le TBI Viet Nam-Indonésie (1991), article 3.



Article II

APPLICABILITÉ OU PORTÉE

Le présent Accord s'applique uniquement aux investissements intégrés dans, dérivés de ou en lien direct avec des investissements introduits sur le territoire d'une Partie contractante par des personnes physiques ou morales d'une autre Partie contractante *et qui sont spécifiquement approuvés par écrit et enregistrés par le pays d'accueil et remplissent les critères jugés appropriés par ce dernier aux fins du présent Accord* [c'est nous qui soulignons].

Le présent Accord ne porte pas atteinte aux droits et obligations des Parties contractantes à l'égard des investissements qui, conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent Article, n'entrent pas dans le champ d'application du présent Accord.

Le présent Accord s'applique également aux investissements effectués antérieurement à son entrée en vigueur *à condition que ces investissements soient spécifiquement approuvés par écrit et enregistrés par le pays d'accueil et remplissent les critères jugés appropriés par ce dernier aux fins du présent Accord suite à son entrée en vigueur* [c'est nous qui soulignons].⁸

La disposition susmentionnée est considérée dans l'affaire *Yaung Chi Oo c. le Myanmar*, traitée plus loin. Bien que le Myanmar ait gain de cause, le raisonnement du tribunal indique que l'absence de renvoi à un processus concret d'enregistrement pourrait être problématique. Cette affaire, tranchée en 2003, influence peut-être l'approche plus nuancée adoptée dans le nouvel Accord global sur l'investissement de l'ASEAN de 2009 (ou ACIA 2009).⁹

Contrairement à l'article II de l'Accord de garantie des investissements 1987 de l'ASEAN, les conditions d'approbation en vertu de l'ACIA 2009 ne sont pas liées à la disposition sur le « Champ d'application » mais à la définition d'« investissement couvert » à l'article 4(a) renvoyant à l'Annexe I (Approbation par écrit).

L'article 4(a) du nouvel ACIA 2009 prévoit :

Article 4 – Définitions

Aux fins du présent Accord :

(a) « investissements couverts » désigne, s'agissant d'un État Membre, un investissement sur son territoire par un investisseur d'un autre État Membre, en existence à la date d'entrée en vigueur du présent Accord ou établi, acquis ou élargi postérieurement, qui a été admis conformément à ses lois, règlements *et politiques nationales et, s'il y a lieu, spécifiquement approuvés par écrit (NBPI) par l'autorité compétente d'un État Membre* [c'est nous qui soulignons] ;

NBPI Aux fins de la protection, les procédures relatives à l'approbation spécifique par écrit doivent être celles précisées en annexe 1 (Approbation par écrit).

⁸ L'Accord de 1987 sur la promotion et la protection de l'investissement dans l'ASEAN, consultable sur http://www.wipo.int/wipolex/fr/other_treaties/details.jsp?treaty_id=444 (en anglais)

⁹ L'Accord global sur l'investissement de l'ASEAN de 2009 (ACIA), signé lors du 14e Sommet de l'ASEAN à Cha-am, Thaïlande, le 26 février 2009 (entré en vigueur le 29 mars 2012, consultable sur <http://www.unescap.org/tid/projects/tisiln-investagreement.pdf>, en anglais) met fin à l'accord de 1987. Cependant, pour les investissements entrant dans le champ d'application des accords précédents, les investisseurs ont le choix d'appliquer les dispositions de l'un ou l'autre des accords, à condition que ce soit dans leur intégralité, pendant une période de trois ans après le 29 mars 2012 [Article 47(3), ACIA 2009].



L'annexe 1 de l'ACIA 2009 énonce les procédures à suivre dans les cas où un processus d'approbation est employé par un État Membre de l'ASEAN :

ANNEXE 1

APPROBATION PAR ÉCRIT

Un État Membre dont les lois, règlements et politiques nationales exigent l'approbation spécifique par écrit des investissements couverts, doit :

- (a) communiquer à tous les autres États Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'ASEAN, les coordonnées de son autorité compétente chargée de cette approbation ;
- (b) dans le cas d'une demande incomplète, identifier le demandeur et le notifier par écrit, dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la demande, du complément d'information requis ;
- (c) informer le demandeur par écrit que l'investissement a été spécifiquement approuvé ou refusé, dans un délai de 4 mois à compter de la date de réception de la demande complète par l'autorité compétente ; et
- (d) en cas de refus de la demande, informer le demandeur par écrit des raisons du refus. Le demandeur aura la possibilité de soumettre une nouvelle demande s'il le souhaite.¹⁰

L'ACIA 2009 paraît s'écarter de la démarche de l'Accord de garantie des investissements 1987 de l'ASEAN. Ce dernier prévoit un système dans lequel l'enregistrement peut être lié à l'existence d'une condition d'enregistrement dans le droit national, sans l'être forcément. L'ACIA 2009, quant à lui, semble entrer en jeu uniquement lorsque le droit national d'un État Membre de l'ASEAN exige l'enregistrement. Le but principal de la démarche de l'ASEAN semble être d'autoriser les États Membres à utiliser des systèmes d'enregistrement dans leur droit national et à mettre leurs obligations internationales en vertu de l'ACIA 2009 en adéquation avec ces prescriptions nationales, tout en veillant à ce que les processus et le rôle des institutions responsables soient clairement définis dans un souci de clarté pour l'investisseur. Le gouvernement garde ainsi le contrôle de la couverture du traité par le biais de son droit national, tant que le processus prescrit est suivi.

En Afrique, un autre traité d'investissement régional, l'Accord d'investissement du COMESA, procède autrement pour subordonner la couverture à une condition d'enregistrement. Contrairement à l'ACIA 2009, l'Accord d'investissement du COMESA établit un système élaboré spécifiquement aux fins de l'Accord d'investissement du COMESA, indépendant des prescriptions du droit national. L'article 12 de l'Accord d'investissement du COMESA limite sa « couverture » aux investissements « spécifiquement enregistrés » conformément à l'Accord auprès d'une autorité prédéterminée de l'État Membre. Il exige que tous les investissements soient spécifiquement enregistrés conformément au traité auprès de l'autorité compétente de l'État Membre. Il prévoit :

¹⁰ ACIA 2009, Annexe 1 (Approbaton par écrit).



ARTICLE 12

Couverture

1. Le Présent Accord couvre les investissements réalisés par les investisseurs COMESA qui ont été enregistrés de manière spécifique, en vertu du présent Accord, par les autorités compétentes de l'Etat membre dans lequel l'investissement est réalisé tel qu'indiqué dans l'Annexe B.
2. Sous réserve de l'alinéa 1 du présent article, le présent Accord couvre les investissements des investisseurs COMESA réalisés dans les territoires des Etats membres conformément à leurs lois et règlements avant ou après l'entrée en vigueur du présent Accord
3. Sous réserve de l'alinéa 1 du présent article, le présent Accord ne s'applique pas aux revendications découlant des différends nés avant l'entrée en vigueur de l'Accord.¹¹

L'Annexe B, citée à l'article 12, alinéa 1, est censée contenir une Liste des points de contact de l'autorité nationale dans les États membres aux fins de l'enregistrement d'un investissement en vertu de l'article 12 de l'Accord d'investissement du COMESA. Cette liste semble toutefois ne pas avoir été complétée au mois de janvier 2013. Même complète, il serait difficile d'établir les critères applicables par l'autorité concernée pour décider si un investissement doit ou non être enregistré conformément au traité. Contrairement à l'ACIA, qui relie les critères aux prescriptions du droit national et énonce les exigences de procédure minimales, l'Accord d'investissement du COMESA, à l'heure actuelle, ne prévoit ni les uns ni les autres. Pour que l'article 12 prenne effet, les États du COMESA devront fournir des éléments d'orientation complémentaires.¹²

¹¹ Accord d'investissement de la zone d'investissement commune du COMESA [Accord d'investissement du COMESA], article 12, consultable sur <http://vi.unctad.org/files/wksp/iiawksp08/docs/wednesday/Exercise%20Materials/invagreecomesa.pdf> (en anglais)

¹² Selon un haut responsable du Secrétariat du COMESA, la liste sera idéalement rendue publique avec les noms, adresses et numéros de téléphone. Une question ouverte est celle des critères que devra appliquer l'autorité identifiée pour décider d'enregistrer ou non un investissement en vertu du traité. Contrairement à l'ACIA, où les critères ont trait aux exigences de la législation nationale, et des exigences procédurales minimales sont énoncées dans l'ACIA lui-même, l'accord d'investissement du COMESA, à ce jour, ne prévoit ni l'un ni l'autre. Pour que l'article 12 soit effectif, les Etats membres du COMESA devront fournir des indications supplémentaires.



3.0 Les sentences arbitrales interprétant les dispositions relatives à l'enregistrement et à l'approbation dans les traités d'investissement

Les clauses d'enregistrement ou d'approbation des investissements sont mises à l'épreuve dans au moins trois décisions arbitrales publiques à ce jour. Tandis que deux tribunaux (affaires *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. c. Le Myanmar*¹³ et *Philippe Gruslin c. la Malaisie*¹⁴) suivent les États hôtes plaidant en faveur de la portée limitée des traités d'investissement applicables, le tribunal de la plus récente affaire (*Desert Line Projects LLC c. la République du Yémen*) tranche en faveur de l'investisseur, faisant valoir que l'efficacité des critères d'approbation dépend de la clarté du libellé du traité et des circonstances de la relation entre l'investisseur et l'État. Bien que les décisions des tribunaux sur les traités d'investissement n'aient pas valeur contraignante sur les futurs arbitres, elles démontrent, premièrement, que les critères d'approbation des traités d'investissement sont des outils stratégiques légitimes et deuxièmement, que des conditions d'approbation ou d'enregistrement bien énoncées peuvent protéger un pays de l'arbitrage dans certaines circonstances.

Le tribunal de l'affaire *Desert Line* déclare sans équivoque que les critères d'approbation des traités d'investissement constituent une politique légitime. Il fait observer, dans sa décision, qu'un traité exigeant « que les investisseurs souhaitant être protégés doivent s'identifier » et « que seuls les investissements spécifiquement approuvés donne[nt] droit aux avantages conférés par le traité concerné » a un « fondement stratégique légitime, étant donné que les gouvernements des États souhaitent évidemment exercer un contrôle qualitatif.¹⁵»

Les tribunaux des affaires *Yaung Chi Oo et Gruslin* attestent en outre que si les critères d'approbation intégrés dans un traité d'investissement ne sont pas remplis, une demande peut être déclinée sur des motifs de compétence. Dans l'arbitrage *Yaung Chi Oo*, le tribunal déclare que l'absence d'approbation écrite, exigée conformément à l'Accord de garantie des investissements 1987 de l'ASEAN, fait obstacle à la protection de l'investissement en vertu de l'accord¹⁶. Il relève que l'investissement n'a pas été spécifiquement approuvé et enregistré par écrit après l'entrée en vigueur de l'Accord de garantie des investissements 1987 de l'ASEAN pour le Myanmar en 1997. Par conséquent, le tribunal conclut que l'investissement ne remplit pas les critères requis pour être couvert par l'Accord. Il soutient que même si l'investissement avait été approuvé conformément au droit national avant 1997 comme l'exige l'article II(3) de l'Accord de garantie des investissements 1987 de l'ASEAN, un acte ultérieur spécifique, constituant une approbation et un enregistrement par écrit après l'entrée en vigueur de l'Accord, est requis pour donner droit à la protection en vertu de l'Accord.

L'arbitrage *Gruslin*¹⁷ examine un critère d'approbation dans le traité d'investissement entre la Malaisie et l'Union économique belgo-luxembourgeoise. Ce traité lie la définition d'investissement à la condition que

¹³ *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. c. le gouvernement de l'Union du Myanmar*, sentence (ASEAN, affaire n° ARB/01/1), 31 mars 2003.

¹⁴ *Philippe Gruslin c. la Malaisie*, sentence (CIRDI, affaire n° ARB/99/3), 27 novembre 2000.

¹⁵ *Desert Line Projects LLC c. la République du Yémen*, sentence (CIRDI, affaire n° ARB/05/17), 6 février 2008, § 108 : « Certains États signent des TBI sans se soucier d'identifier ex ante les investisseurs pouvant être couverts par le traité en question. Cette option assure une plus large couverture et peut être considérée comme un moyen de stimulation maximale des flux d'investissement entre les deux pays. D'autres exigent que les investisseurs souhaitant être protégés s'identifier, faisant valoir que seuls les investissements spécifiquement approuvés donneront droit aux avantages conférés par le traité concerné. Tout en étant différente, cette approche a elle aussi un fondement stratégique légitime, étant donné que les gouvernements des États souhaitent évidemment exercer un contrôle qualitatif sur les types d'investissements qu'il faudra encourager et protéger.

¹⁶ *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. c. le gouvernement de l'Union du Myanmar*, sentence (ASEAN, affaire n° ARB/01/1), 31 mars 2003.

¹⁷ *Philippe Gruslin c. la Malaisie*, sentence (CIRDI, affaire n° ARB/99/3), 27 novembre 2000.



les actifs protégés en vertu du traité soient « investis dans un projet classé 'projet approuvé' par le ministère malaisien concerné, conformément à la législation et à la pratique administrative du pays. »

Le critère d'enregistrement est donc intrinsèquement lié au droit national. Dans l'affaire *Gruslin*, la partie demanderesse a investi dans des titres cotés à la Bourse de Kuala Lumpur (KLSE) par l'intermédiaire d'une société de gestion de portefeuille au Luxembourg. L'imposition par le gouvernement malaisien de contrôles des changes sur le négoce de sa monnaie aurait entraîné la perte de l'investissement de *Gruslin*. La Malaisie fait valoir, entre autres, que l'investissement de la partie demanderesse n'est pas un « projet approuvé » conformément au traité d'investissement entre la Malaisie et l'Union économique belgo-luxembourgeoise. Le traité en question donne la définition d'investissement suivante :

Article 1 – Définitions

(3) Le terme « investissement » englobe toute sorte d'actifs et, plus particulièrement mais non exclusivement :

- (a) les biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droits in rem, notamment les hypothèques, privilèges, nantissements, usufruits et droits similaires ;
- (b) les actions et autres types de participation ;
- (c) les droits à des valeurs monétaires ou à toute performance ayant une valeur économique ;
- (d) les droits d'auteur, droits de propriété intellectuelle (tels que les brevets d'invention, marques de commerce, modèles industriels), le savoir-faire, les noms de marques et les fonds de commerce ; et
- (e) les concessions de droit public, y compris les concessions de prospection, extraction ou exploitation de ressources naturelles.

à condition que ces actifs, lorsqu'ils sont investis :

- (i) en Malaisie, soient investis dans un projet classé « projet approuvé » par le ministère malaisien concerné, conformément à la législation et à la pratique administrative du pays ;
- (ii) dans l'Union économique belgo-luxembourgeoise, soient investis conformément aux lois et règlements applicables

Toute modification de la forme sous laquelle les actifs sont investis sera sans effet sur leur classification en tant qu'investissement, à condition que ladite modification ne soit pas contraire à l'approbation, le cas échéant, des actifs initialement investis.

Le tribunal se déclare du même avis que la Malaisie et rejette l'argument de l'investisseur faisant valoir que l'approbation obtenue de la Bourse de Kuala Lumpur (KLSE) est suffisante. Le tribunal arbitral *Gruslin* explique :



Le type d'approbation requis est de nature réglementaire. Il s'agit d'obtenir l'approbation d'un projet et non pas simplement l'approbation à un moment quelconque des activités commerciales générales d'une entreprise.¹⁸

Par conséquent, le tribunal refuse de considérer l'investissement de Gruslin en titres cotés à la KLSE comme un investissement protégé en vertu du traité d'investissement visé.

Le tribunal de l'affaire *Desert Line*¹⁹ adopte une approche quelque peu différente. Il considère la prescription de délivrance d'un certificat à l'article 1(1) du TBI Yémen-Oman, qui dispose :

Le terme « investissement » désigne toute sorte d'actif possédé et investi par un investisseur de l'une des Parties contractantes, sur le territoire de l'autre Partie contractante, qui est accepté, par la Partie hôte, en tant qu'investissement conformément à ses lois et règlements, *et pour lequel un certificat d'investissement est délivré* [c'est nous qui soulignons].

Le Yémen soutient que le tribunal CIRDI n'est pas compétent puisqu'aucun certificat d'investissement n'a été délivré en application de l'article 1(1). Le tribunal rejette cet argument. Il se penche en premier lieu sur la question de savoir « si l'article 1(1) est présent pour la forme ou s'il correspond à un objectif concret », décidant qu'il constitue un objectif concret car « un critère purement pour la forme n'aurait par définition aucun intérêt pour l'un ou l'autre État signataire ; au contraire, il poserait un piège artificiel qui priverait les investisseurs de la protection même que le TBI est censé procurer ». Le tribunal conclut que *Desert Line*, nonobstant l'absence d'un certificat officiel, aurait reçu un certificat d'investissement si la demande en avait été faite, compte tenu en particulier de l'avis favorable dont l'investissement est l'objet aux plus hauts échelons de l'État yéménite, et notamment de l'avis favorable du président du Yémen lui-même.²⁰

Qui plus est, le tribunal soutient que la référence à un « certificat » n'indique pas que les parties au traité, le Yémen et Oman, « envisageaient une formalité précise ou indispensable ». Il poursuit :

. . . Le Tribunal arbitral ne peut accepter qu'elle ait un « sens ordinaire » au sens de l'article 31(1) de la Convention de Vienne comme le souligne la partie défenderesse ici... En effet, si l'intention avait été d'imposer une formalité impérative, il aurait été approprié, voire indispensable, de préciser le type de document requis dans chacun des deux pays et de désigner le service émetteur, ou au moins de diriger l'attention des lecteurs du Traité, c'est-à-dire les investisseurs potentiels, vers la proposition que la nature précise des certificats requis sera déterminée par des « règlements précis en vigueur de temps à autre »²¹

Le raisonnement du tribunal de l'affaire *Desert Lines* indique, d'un côté, qu'il ne s'en remettra pas toujours aux prescriptions d'enregistrement formelles dans les traités d'investissement. D'un autre côté, il souligne également l'importance d'être précis dans l'énoncé des critères. La simple référence à un « certificat » sans préciser le sens du terme, et sans préciser un droit ou un processus de certification applicable, est considérée comme totalement insuffisante.

¹⁸ *Philippe Gruslin c. la Malaisie*, sentence (CIRDI, affaire n° ARB/99/3), 27 novembre 2000, § 25.5.

¹⁹ *Desert Line Projects LLC c. la République du Yémen*, sentence (CIRDI, affaire n° ARB/05/17), 6 février 2008.

²⁰ Dans l'affaire *Desert Lines c. le Yémen*, le tribunal a également reconnu la doctrine de renonciation et forclusion, qui veut que l'État, par sa conduite, soit considéré comme ayant renoncé à tout critère d'enregistrement. Un investisseur pourrait donc invoquer la forclusion si un État protestait au sujet de l'acceptation ou de l'approbation, même si le processus d'approbation exposé dans le traité n'a pas été rigoureusement observé.

²¹ *Desert Line Projects LLC c. la République du Yémen*, sentence (CIRDI, affaire n° ARB/05/17), 6 février 2008, § 109.



Comparant en particulier les affaires *Desert Line et Gruslin c. la Malaisie*, le tribunal de l'affaire *Desert Line* conclut que l'investissement de M. Gruslin dans un fonds commun au Luxembourg qui achetait à son tour des actions en Bourse de Kuala Lumpur, est radicalement différent de l'investissement en cause dans l'affaire *Desert Line*. Il décide

Le TBI dans cette affaire couvrait uniquement les investissements classés « projets approuvés » par le « ministère approprié ». Il est clair que le fait qu'un individu belge achète des titres au Luxembourg qui à leur tour reflètent un portefeuille partiellement acquis en Bourse de Kuala Lumpur ne constituera pas un « projet approuvé » – en fait, aucun fonctionnaire malaisien n'en aura la moindre connaissance. Cette position est évidemment très différente de celle de la Partie demanderesse dans cette affaire (§ 112).



4.0 Recommendations and Conclusions

Les pays peuvent avoir diverses raisons d'inclure des critères d'enregistrement ou d'approbation dans leurs traités. À l'instar des traités initiaux, certains pays peuvent simplement souhaiter inclure des critères d'approbation ou d'enregistrement dans leurs traités par souci de cohérence avec ceux prescrits dans le droit national et les processus appliqués au niveau international. D'autres pays peuvent désirer avoir une vue d'ensemble et savoir à l'avance quels investissements sont couverts par le traité d'investissement, par souci de clarté et de prévisibilité. Par exemple, certaines des questions d'ordre juridictionnel deviendront obsolètes en cas de différend, comme l'illustre l'affaire *Gruslin*, dans laquelle il suffisait que le tribunal décide si l'« investissement » était ou non un projet approuvé. Enfin, comme le relève le tribunal de l'affaire *Desert Line*, les critères d'enregistrement ou d'approbation peuvent servir à contrôler la qualité. Dans l'ensemble, ces critères auront l'effet supplémentaire de limiter l'exposition des États à l'arbitrage. Que cette raison seule soit suffisante ou non pour qu'un tribunal décline sa compétence est à déterminer. Au moins, l'affaire *Desert Line* indique que le critère devrait être plus qu'une simple formalité ou un « piège ».

Quelle que soit l'intention de l'État qui décide d'inclure des critères d'enregistrement ou d'approbation, les clauses devront être clairement exprimées à cet effet. Une simple référence à une forme ou une autre d'approbation ou de certification, sans autre précision, serait probablement insuffisante. Dans cette optique, les États visant certains objectifs stratégiques à travers l'inclusion de critères d'enregistrement ou d'approbation devraient, en particulier :

- **Préciser clairement dans le traité que l'approbation ou l'enregistrement est une condition indispensable à la couverture par le traité.** Au moins deux options sont possibles dans ce sens. La première consiste à inclure dans le traité une disposition individuelle relative au champ d'application. L'article 12 de l'Accord d'investissement du COMESA, cité plus haut, contient un bon exemple de clause à cet effet. La deuxième option consiste à relier la définition d'investissement donnée dans le traité à un critère d'enregistrement ou d'approbation. L'article 1 du traité d'investissement entre la Malaisie et l'Union économique belgo-luxembourgeoise en cause dans l'affaire *Gruslin*, et cité plus haut, en est un exemple.
- **Veiller à ce que les procédures d'enregistrement ou de notification soient spécifiquement énoncées, d'une manière claire, transparente et dépourvue de fardeau dans le traité.** Il est possible, par exemple, de relier la procédure à celles du droit et des institutions nationaux (comme dans le cas de certains traités bilatéraux asiatiques et de l'ACIA 2009) ou de mettre en place de nouveaux points de contact et/ou procédures indépendants, spécifiquement pour la mise en œuvre du traité. Par exemple, l'Accord d'investissement du COMESA utilise une annexe pour répertorier les autorités nationales compétentes. L'approche du COMESA pourrait être complétée par un processus proche de l'ACIA 2009, qui énonce certaines disciplines concernant le processus d'approbation et d'enregistrement. Si le processus est entièrement délié du système juridique national, le besoin de précision et de détail est encore plus grand.

©2012 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable (IISD)

Winnipeg, Canada (siège)

111, avenue Lombard, Bureau 325
Winnipeg (Manitoba)
Canada R3B 0T4

Tél: +1 (204) 958-7700

Fax: +1 (204) 958-7710

Web: www.iisd.org

Twitter: @IISD_news



IISD.org