



HAL
open science

Il faut que la maison abritant l'investissement étranger ouvre ses portes au développement durable et à la sécurité alimentaire !

Hugo A. Munoz Urena

► To cite this version:

Hugo A. Munoz Urena. Il faut que la maison abritant l'investissement étranger ouvre ses portes au développement durable et à la sécurité alimentaire!. François Collart Dutilleul. Penser une démocratie alimentaire (vol. I), Inida (Costa Rica), pp.111, 2013, 9782918382072. hal-00930652

HAL Id: hal-00930652

<https://hal.science/hal-00930652>

Submitted on 14 Jan 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



IL FAUT QUE LA MAISON ABRITANT L'INVESTISSEMENT ETRANGER OUVRE SES PORTES AU DEVELOPPEMENT DURABLE ET A LA SECURITE ALIMENTAIRE ! *

Hugo A. MUÑOZ UREÑA,

Professeur associé de l'Université du Costa Rica,
Docteur en Droit de l'Université de Nantes
et Membre du programme Lascaux¹

L'investissement étranger direct (IED) est aujourd'hui considéré comme un outil déterminant de l'essor des pays en développement et du soutien à la croissance économique des pays développés². Ainsi la « concurrence » pour attirer les investisseurs étrangers est très forte. Les États ont donc adopté des politiques nationales d'attraction, de promotion et de protection des investissements étrangers. De telles politiques visent la création d'un « environnement d'investissement » le plus stable et sûr possible³, par l'instauration d'un régime juridique de protection de l'IED (A), fixant l'obligation pour l'Etat hôte de s'abstenir de prendre des mesures équivalentes à une expropriation de l'IED (B) et s'appuyant sur une conception très large de l' « investissement » (C).

A) Le régime exceptionnel de protection de l'investissement étranger direct

Cette politique se traduit par l'instauration progressive d'un véritable régime juridique de protection des investissements étrangers⁴, dont les fondements sont issus du droit international. En

* Cet article a été publié dans *Penser une démocratie alimentaire*, sous la direction de François Collart Dutilleul et Thomas Bréger, éd. Inida, Costa Rica, Volume I, 2013.

¹ Le programme Lascaux est un programme européen entant dans le cadre du 7e PCRD - Programme spécifique "IDEES" – ERC (Conseil Européen de la Recherche) – *Grant agreement for Advanced Investigator Grant* (Sciences sociales, 2008). Il porte sur le nouveau droit agroalimentaire européen, examiné à l'aune des problématiques de la sécurité alimentaire, du développement durable et du commerce international. Il est dirigé par François Collart Dutilleul, professeur à l'Université de Nantes et membre de l'Institut universitaire de France (pour plus d'informations, consulter le site de Lascaux : <http://www.droit-aliments-terre.eu/>).

Les recherches menant aux présents résultats ont bénéficié d'un soutien financier du Centre européen de la recherche au titre du septième programme-cadre de la Communauté européenne (7e PC / 2007-2013) en vertu de la convention de subvention CER n° 230400.

² V. Déclaration de Johannesburg de 4 septembre 2002. Dans le même sens, V. GEIGER, Rainer, *Eléments clés d'un cadre international pour l'investissement*, in *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Journée d'études de la Société française pour le Droit International, Paris, Éditions A. Pedone, 1999, p. 41.

³ Un exemple de cette tendance est un TBI signé entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République du Burundi, dans lequel les Etats s'engagent à « ... ne prendre aucune mesure privative ou restrictive de propriété, ni aucune autre mesure ayant un effet similaire à l'égard des investissements situés sur son territoire, si ce n'est lorsque des impératifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national l'exigent exceptionnellement, auquel cas les conditions suivantes doivent être remplies : a) les mesures sont prises selon une procédure légale ; b) elles ne sont ni discriminatoires, ni contraires à un accord particulier... ; c) elles sont assorties de dispositions prévoyant le paiement d'une indemnité adéquate et effective. » (art. 4). Pris de http://unctad.org/sections/dite/jia/docs/belg_lux_burundi_fr.pdf

⁴ A ce sujet voir le travail de HOUDE, Marie-France et YANNACA-SMALL, Catherine, *Relations entre les accords internationaux sur l'investissement*, OCDE, Paris, Documents de Travail sur l'investissement international, N° 2004/1, mai 2004.

effet, c'est à partir d'une pléiade de traités bilatéraux dits de protection réciproque de l'investissement (TBI)⁵ et de chapitres sur l'investissement contenus dans les accords de libre-échange (ALE) que ce régime prend forme⁶.

Ces accords et traités bilatéraux d'investissement contiennent un certain nombre d'obligations standards à la charge des Etats signataires. Les Etats d'accueil de l'investissement s'engagent ainsi à : a) protéger suffisamment l'IED ; b) garantir un traitement « juste et équitable » à l'IED ; c) lui réserver un traitement non-discriminatoire ; et d) s'abstenir de prendre des « mesures équivalentes » à une expropriation⁷. Ces quatre obligations - relativement vastes - constituent le cœur de l'engagement international des Etats hôtes *vis-à-vis* de l'investissement étranger. A ceci s'ajoute la possibilité pour l'investisseur étranger de saisir un tribunal arbitral international pour sanctionner le non respect des obligations étatiques précitées⁸. L'engagement de l'Etat hôte concernant ces quatre obligations, ainsi que l'accès « facile » et direct à l'arbitrage international⁹, sont considérés par l'investisseur étranger comme des mesures assurant son investissement.

Ce nouveau régime de protection de l'IED modifie profondément la configuration des éventuels différends entre l'Etat hôte et l'investisseur étranger, tant du point de vue de l'identité des parties et la nature du différend, que du point de vue du droit substantiel.

En premier lieu, l'arbitrage instauré sur la base d'un TBI/ALE confrontera toujours l'investisseur étranger à l'Etat récepteur de l'IED. Cela empêche l'intervention de l'Etat d'origine de l'investisseur. Par conséquent, ce type de différends va conserver une nature strictement commerciale et ne peut donc pas devenir, comme c'était le cas auparavant, un conflit diplomatique opposant deux Etats.

En second lieu, les arbitrages internationaux permettent de juger la responsabilité de l'Etat en dehors de son ordre juridique. En effet, le droit substantiel appliqué lors de l'arbitrage international n'est constitué que par les engagements pris par l'Etat dans l'accord ou le traité qui se trouve à la base dudit arbitrage. Ceci représente bien plus que l'établissement d'un droit spécial, on assiste ici à la constitution d'un véritable droit d'exception en faveur des investisseurs étrangers. Après la signature de l'Accord de libre-échange nord-américain (Aléna), en 1992, un auteur avait déjà remarqué une telle possibilité en affirmant que : « ... le rôle de l'arbitrage transnational pourrait se trouver sensiblement modifié, puisqu'il sortirait du cadre contractuel qui avait très largement été le sien jusqu'à présent, pour devenir une sorte d'instrument de contrôle du respect par les Etats de la légalité dans le domaine

⁵ La CNUCED a estimé qu'à la fin 2011 le nombre des TBI s'élevait à 2.833. V. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2012, Vers une nouvelle génération de politiques de l'investissement*, New York/Genève, 2012.

⁶ Dans ce sens : LEBEN, Charles, L'évolution du Droit international des investissements, in *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, *op. cit.*, p. 7. V. également : Organisation mondiale du commerce, *Rapport sur le commerce mondial 2011, L'OMC et les accords commerciaux préférentiels : de la coexistence à la cohérence*, 2012 (http://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/anrep_f/world_trade_report11_f.pdf). V. la base de données gérée par l'OMC au site : <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>.

⁷ Dans ce sens : GAILLARD, Emmanuel, L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements, in *Revue de l'arbitrage*, Paris, N°3, juillet-septembre, 2003, p. 854 ; LEBEN, Charles, *op. cit.*, pp. 13-16.

⁸ Dans ce sens : LEBEN, Charles, *op. cit.*, pp. 16-18 ; LEMAIRE, Axelle, Le nouveau visage de l'arbitrage entre Etat et investisseur étranger : Le chapitre 11 de L'Aléna, in *Revue de l'arbitrage*, Paris, N° 1, 2001, pp. 49-60.

⁹ Ces arbitrages internationaux sont principalement réalisés dans le cadre de l'ONU – CNUDCI (Convention de New York de 1958) et de la Banque mondiale - CIRDI (Convention de Washington de 1965).

économique »¹⁰. Dans ce genre d'arbitrage, l'analyse du Tribunal porte exclusivement sur la possible violation (par l'Etat hôte) des obligations relatives à la protection des investissements étrangers issues du TBI/ALE. La responsabilité internationale de l'Etat sera évaluée à la lumière de ces seules obligations conventionnelles. Par conséquent, la prise en compte des autres obligations étatiques issues de son propre ordre juridique¹¹ ou d'autres sources du droit international, comme les droits de l'homme ou le droit international de l'environnement¹², est *a priori* exclue¹³.

En effet, l'arbitrage sur le fondement d'un TBI/ALE permet d'analyser la conduite de l'Etat, y compris ses activités inhérentes à l'exercice de son pouvoir législatif ou de police, sous l'angle du droit commercial¹⁴. Face à face, l'intérêt privé de l'investisseur et l'intérêt public sont mis sur un pied d'égalité : « Le débat autour des atteintes à la souveraineté législative des Etats s'accompagne également d'une inquiétude quant au contenu démocratique du mécanisme d'arbitrage. La légitimité du rôle dévolu aux arbitres est ainsi mise en doute. Il est demandé à des personnes privées, sans légitimité démocratique aucune, de se prononcer sur des mesures de politique nationale prises à l'instigation de gouvernements démocratiquement élus. [...] En outre, il est reproché aux arbitres de ne manifester qu'un intérêt très relatif pour les politiques publiques menées par les Etats, favorisant ainsi, intentionnellement ou non, les intérêts des investisseurs privés »¹⁵. Cette situation explique peut-être le recours croissant à l'arbitrage international par les investisseurs privés étrangers¹⁶ au cours de ces deux dernières décennies¹⁷. Pour certains, cette tendance marque surtout un véritable abus de droit des investisseurs étrangers¹⁸.

Cette deuxième caractéristique met en évidence un conflit possible entre d'une part, le régime de protection de l'IED et d'autre part, les mesures visant une amélioration de la protection sociale et

¹⁰ BURDEAU, Geneviève, Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats, Paris, in *Revue de l'Arbitrage*, N°1, Janvier-Mars, 1995, p. 21.

¹¹ H. MANN signale : «...in the context of the linkages between an investment and the domestic legal regime: labour law, health standards, zoning, pollution controls, taxation, and many more, the singular focus of investment agreements on the rights of foreign investors when compared to the complex interaction of many types of laws on domestic investors carries a significant advantage for foreign investors.» MANN, Howard, *International economic law: Water for money's sake?*, Brasilia, I Seminario Latinoamericano de Políticas Públicas en Recursos Hídricos, 22 septembre 2004, p. 17.

¹² Dans le même sens, V. MANN, Howard, *op. cit.*, p. 16.

¹³ V. dans ce sens, l'affaire *Compañía de Santa Elena c. Costa Rica*, (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000, § 71; Affaire *Metalclad c./ Mexique*, (ARB(AF)/97/1), sentence rendue le 30 août 2000, § 111. V. aussi YANNACA-SMALL, Catherine, *L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement*, OCDE, Paris, Documents de Travail sur l'investissement international, N° 2004/4, sept. 2004, p.17

¹⁴ LEMAIRE, Axelle, *op. cit.*, pp.70-81.

¹⁵ LEMAIRE, Axelle, *op. cit.*, p.72.

¹⁶ V. dans ce sens MANN, Howard, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹⁷ E. GAILLARD commente que : « ...la première sentence CIRDI [*Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*] rendu sur le fondement d'un traité bilatéral, et non d'une convention d'arbitrage classique [*clause compromissoire*], est la sentence AAPL/ Sri Lanka rendu le 27 juin 1990... ». GAILLARD, Emmanuel, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, in *Revue de l'arbitrage*, Paris, N° 3, juillet-septembre 2003, p. 856. Au 31 décembre 2012, d'après des statistiques fournies par le CIRDI, 63 % des arbitrages enregistrés par ce centre se fondent sur un TBI. Ces mêmes statistiques signalent que dans 48 % des cas la sentence a fait droit aux demandes en tout ou partie ; que dans 28 % des cas la sentence a rejeté toutes les demandes ; que dans 23 % des cas la sentence a rejeté la compétence ; et que seulement en 1 % des cas les demandes sont manifestement dénuées de fondement juridique. CIRDI, *Informations générales sur le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Cirdi)*, consultable au site web : <https://icsid.worldbank.org>. (Information consultée le 28 mai 2013).

¹⁸ V. CHIU, Christine, Chapter 11 and the Environment, in *Environmental Policy and Law*, Amsterdam, IOS Press, Vol. 33, # 2, 2003, pp. 71-75.

environnementale¹⁹ qui pourraient contribuer, à terme, aux objectifs de développement durable et de sécurité alimentaire²⁰. En effet, la possibilité d'un tel conflit est fortement dénoncée en Amérique latine et en Afrique²¹. Sur ces deux continents, la réalité du conflit entre les intérêts privés des investisseurs étrangers et l'intérêt général de la population locale à protéger l'environnement ou à garantir sa sécurité alimentaire, s'observe actuellement à travers le phénomène d'accaparement des terres à vocation agricole par des investisseurs étrangers²². Face à ce phénomène en pleine expansion dans le pays du Sud, les pouvoirs publics voient leur marge de manœuvre réduite par l'obligation, en vertu des ALE ou des TBI, de s'abstenir de prendre des « mesures équivalentes » à une expropriation au détriment des investisseurs étrangers²³.

B) L'idée d'équivalence à l'expropriation

Lorsqu'un investisseur étranger estime que son investissement a été exproprié, il demande alors à l'Etat hôte une indemnité proportionnelle à sa valeur. Si l'expropriation de l'investisseur étranger par l'Etat hôte n'est interdite ni par le droit international coutumier ni par le droit international conventionnel, les conditions dans lesquelles cette « expropriation » doit se réaliser témoignent là encore du souci de garantir aux investisseurs étrangers l'environnement le plus stable, le plus sûr possible et le plus en adéquation avec la protection de leurs intérêts privés. Les dispositions de deux TBI/ALE « encadrant » le recours aux expropriations confortent cette observation. Le premier exemple s'inscrit dans le cadre de l'Alena. L'Article 1110.1 de l'Accord fixe l'obligation suivante : « Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement (« expropriation »), sauf : a) pour une raison d'intérêt public ; b) sur une base non discriminatoire; c) en conformité avec l'application régulière de la loi [...]; et d) moyennant le versement d'une indemnité... ». Le second exemple est tiré du TBI entre la France et l'Argentine, qui établit à l'article 5.2 que : « Les Parties contractantes ne prennent pas, directement ou indirectement, de mesures d'expropriation ou de

¹⁹ A ce sujet, l'article 1114 (1) de l'Alena établie que : « 1. Aucune disposition du présent chapitre ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme au présent chapitre, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement. » Cependant, l'obligation de conformité des normes de protection de l'environnement, avec le chapitre de protection de l'investissement, n'apporte guère de solution à la résolution d'un conflit entre le régime de protection à l'IED et la protection de l'environnement. Dans ce sens, A. LEMAIRE affirme que : « ...cette disposition ne pose pas un régime d'exception d'ordre public, puisque la validité des mesures prises sur ce fondement reste subordonnée à leur conformité au chapitre 11. Aucun mécanisme obligatoire n'est en outre prévu pour assurer le respect de la disposition ». LEMAIRE, Axelle, *op. cit.*, p.80. Dans un sens similaire V. GEIGER, R., *op. cit.*, p. 41.

²⁰ Il faut noter que la CNUCED estime, dans son Rapport sur l'investissement dans le monde 2012, l'existence d'une tendance très récente qui commence à prendre en compte l'objectif du développement durable dans les politiques de protection de l'IED. V. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, *op. cit.*, p. 24-25.

²¹ Voir par exemple, les sites web de : la Via Campesina, <http://viacampesina.org> ; l'Institut international du développement durable (IISD), www.iisd.org; et l'Oakland Institute, <http://www.oaklandinstitute.org>.

²² V. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*, Documento Informativo, 2012, pp. 89 et ss. (Consultable sur le site web de la CEPAL : <http://www.eclac.org>).

²³ V. DE SCHUTTER, Olivier, *Large-scale land acquisitions and leases: A set of minimum principles and measures to address the human rights challenge* (Addendum), Report of the Special Rapporteur on the right to food, Human Rights Council, 13th session, A/HRC/13/33/Add.2, 28 December 2009 ; COLLART DUTILLEUL, François, La problématique juridique des investissements dans les terres agricoles des pays en développement, in *La promotion de l'investissement pour la production agricole : aspects de droit privé* (colloque UNIDROIT - Rome, 8-10 novembre 2011), *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme*, n° 2012/1-2.

nationalisation, ni tout autre mesure équivalente ayant un effet similaire de dépossession, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier. Les mesures visées ci-dessus qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, calculé sur la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession... »²⁴

De ces deux textes à la rédaction quasi similaire, il convient de relever qu'une obligation d'indemnisation de l'investisseur étranger pèse sur les pouvoirs publics de l'Etat d'accueil, qu'il s'agisse de mesures d'expropriation, de nationalisation, d'expropriation indirecte ou encore d'une « mesure équivalente à une expropriation »²⁵. L'équivalence entre toutes les autres mesures et l'expropriation s'établit autour des effets²⁶, principalement celui de la dépossession²⁷. Or, sur ce point il semblerait que la qualification d'expropriation, et donc le versement d'une indemnisation au bénéfice de l'investisseur s'estimant lésé, ne sont pas forcément conditionnés par le constat d'un enrichissement public.

Cette dernière caractéristique place les Etats d'accueil dans une situation d'insécurité juridique, comme l'illustrent plusieurs sentences arbitrales rendues à l'occasion de litiges relatifs aux investissements fondés sur les dispositions de l'Alena. Dans l'affaire *Metalclad Corporation c./ Les Etats-Unis Mexicains*²⁸, le tribunal arbitral a conclu à l'existence d'une mesure expropriatrice en constatant le simple effet de dépossession de l'investissement. Mais, dans un autre affaire, *S.D. Myers Inc. c./ Canada*, le tribunal arbitral a rejeté la qualification d'expropriation ou de mesures équivalentes à une expropriation au motif qu'il n'y avait pas eu un transfert de propriété qui avait bénéficié à l'Etat²⁹. Ces deux sentences, rendues pendant le deuxième semestre de l'année 2000, révèlent une interprétation aléatoire, voire contradictoire du même article de l'Alena (art. 1110) ; une interprétation aléatoire pouvant également être appréciée dans des différends survenus dans le cadre d'autres TBI/ALE.

²⁴ Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République argentine sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, du 3 juillet 1991, JO du 5 juin 1993, Art. 5.2.

²⁵ « La référence à l'expropriation ou à la nationalisation et aux "mesures d'effet équivalent" traduit le fait que le droit international exige une indemnisation pour une mesure d'expropriation, quel que soit l'intitulé de cette mesure... ». Note interprétative sur l'article « Expropriation et indemnisation », du Président de la Commission de négociation sur l'Accord Multilatéral d'Investissement (AMI), pris de GEIGER, Rainer, *op. cit.*, p. 39.

²⁶ MANCIAUX, Sébastien, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, Trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, p. 461.

²⁷ Sur le sujet, quelques auteurs ont suggéré d'utiliser un nouveau terme à la place de « mesure équivalente à l'expropriation » : « Privation de richesse », laquelle ne s'accompagne pas nécessairement d'un accroissement de la « richesse publique » (patrimoine public). WESTON, B, "Constructive takings" under International law: A modest foray into the problem of "creeping expropriation", in *Virginia Journal of international Law*, Vol. 16, 1975, pp. 103-175.

²⁸ Sentence de l'affaire *Metalclad Corporation c./ Les Etats-Unis Mexicains*, (ARB (AF)/97/1), du 30 août 2000, § 103 : "103. Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State."

²⁹ Affaire *S.D. Myers Inc. c./ Canada*, Partial Award, 13 November 2000, § 287-288 : "287. In this case, the Interim Order and the Final Order were designed to, and did, curb SDMI's initiative, but only for a time. CANADA realized no benefit from the measure. The evidence does not support a transfer of property or benefit directly to others. [...] 288. The Tribunal concludes that this is not an "expropriation" case."

Cette instabilité de la jurisprudence arbitrale porte atteinte à la sécurité juridique, en général, et à la capacité des Etats d'exercer leurs prérogatives publiques, en particulier. Une interprétation extensive de l'équivalence, malgré la rédaction des textes, peut limiter la capacité des Etats d'adopter des mesures de protection sociale ou environnementale dès lors que celles-ci affecteraient la stabilité de l'IED. Un auteur signale à ce sujet que « ...l'amalgame fait entre expropriation et mesures équivalentes étend très largement le champ d'application du régime juridique de l'expropriation au profit des investisseurs (qui bénéficient de la sorte du droit à la compensation)... »³⁰.

Depuis les années 2005-2006, certains spécialistes observent néanmoins de la part des arbitres internationaux une tendance à une interprétation moins permissive de « l'équivalence » à l'expropriation. Ce mouvement semble coïncider avec l'arrivée sur le bureau du CIRDI d'affaires dans lesquelles des pays développés comme les Etats Unis étaient en position d'Etat défendeur³¹. La rédaction des TBI/ALE en matière d'expropriation n'a pas varié. Le risque de dérive persiste et se voit encore accentué par la portée très large accordée au terme d'« investissement » dans ces textes internationaux.

C) L'ampleur du terme « investissement »

Lorsqu'on parle d'une « expropriation » ou d'une « mesure équivalente à une expropriation » sur un investissement, le sens de ce terme (de nature principalement économique, plutôt que juridique) devient déterminant. En effet, le problème qui se pose est d'établir un concept « d'investissement » utile pour le Droit. A ce sujet, l'Alena définit le terme moyennant une longue liste d'objets et d'opérations qui peuvent être considérées comme étant un investissement, par exemple : « ...une entreprise ; [...] un titre de participation d'une entreprise ; [...] un titre de créance d'une entreprise ; [...] un prêt à une entreprise ; [...] un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de participer aux revenus ou aux bénéfices de l'entreprise ; [...] ou] qui donne au titulaire le droit de recevoir une part des actifs de cette entreprise au moment de la dissolution ; [...] les biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales ; [...] les intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire,... »³². En outre, le TBI entre la France et l'Argentine établit que « le terme "investissement" désigne des avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toute nature... »³³.

Ces définitions énumèrent une série de droits de propriété sur des biens de diverse nature (immeuble, meuble, propriété intellectuelle), des obligations et des concessions. Cependant l'expression « *intérêts de toute nature* », mentionnée dans le TBI franco-argentin, appelle quelques commentaires. En affirmant qu'un « intérêt de toute nature » peut-être qualifié d'« investissement », l'Accord franco-argentin admet donc l'hypothèse d'expropriation d'un simple « intérêt » ; hypothèse

³⁰ MANCIAUX, Sébastien, *Investissements étrangers et arbitrage entre États...*, *op. cit.*, p. 473.

³¹ V. dans ce sens MANCIAUX, Sébastien, Les règles du droit des investissements internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire ?, in *Revue Internationale de Droit Économique (RIDE)*, 2012/4, pp. 60-61. A ce sujet, V. par exemple l'affaire *Methanex Corp. c./ les Etats-Unis d'Amérique*, Final Award on the Tribunal on jurisdiction and merits, du 9 août 2005.

³² Alena, Art. 1139.

³³ Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République argentine sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, *op. cit.*, Art. 1.1.

réaffirmée par la jurisprudence arbitrale des affaires instruites sur le fondement de l'Alena : « ...*the Investor's access to the U.S. market is a property interest subject to protection under Article 1110* »³⁴.

Cette logique selon laquelle un simple intérêt peut faire l'objet d'une expropriation a pour effet immédiat d'élargir considérablement les possibilités pour un investisseur étranger de demander des indemnités aux Etats d'accueil, en invoquant une mesure expropriatrice. D'abord, le terme « intérêt » couvre un champ sémantique très large allant d'une « simple préoccupation sur une considération d'ordre moral ou économique » jusqu'à « l'assimilation à un droit subjectif »³⁵. L'intérêt constitutif de l'investissement peut ensuite être « de toute nature ». Il peut donc s'agir d'un intérêt juridique, économique ou commercial, *etc.* Enfin, le fait d'assimiler un intérêt à un investissement s'inscrit pleinement dans la conception selon laquelle la « dépossession » est bien le critère principal à prendre en compte pour établir « l'équivalence » d'une mesure publique à une expropriation, étant entendu qu'un tel intérêt ne vient pas enrichir le patrimoine de l'Etat.

Dans cette maison abritant l'IED, on trouve un sol, plus ou moins stable, composé d'innombrables TBI/ALE qui, ensemble, jettent les bases d'une sorte de standard international de la protection des investissements étrangers directs. L'empilement des obligations à la charge des Etats d'accueil de l'investisseur forme les murs de la maison IED. Ils ont une hauteur irrégulière qui varie en fonction du degré d'assimilation entre « expropriation » et « mesures ayant un effet équivalent ». Le toit qui couvre la maison est devenu immense. Il est fait d'une définition de l'« investissement » qui ne cesse de s'étendre. Mais cette maison peut devenir très facilement un milieu inhospitalier pour les populations et pour leur environnement. Les travaux visant l'amélioration des conditions sociales et environnementales n'ont pas été prévus par les architectes. En réalité, ces réformes ne semblent pas souhaitées car elles pourraient altérer la stabilité de l'ouvrage. Alors, il n'y a que deux solutions possibles : soit on démolit la maison, pour en bâtir une autre, plus belle, à la place ; soit on ouvre de nouvelles portes et des fenêtres supplémentaires, en les laissant grandes ouvertes, pour faire circuler l'air frais du développement durable et de la sécurité alimentaire...

³⁴ Affaire *Pope & Talbot Inc. c./ Canada*, Interim Merits Award, du 26 juin 2000, § 96. V. dans le même sens l'affaire *Methanex Corp. c./ les Etats-Unis d'Amérique*, Final Award on the Tribunal on jurisdiction and merits, *op. cit.*, Partie IV, Chapitre D, p. 7, § 17 (Le souligné ne correspond pas à l'original).

³⁵ CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8e édition, pp. 506-507.