

CHAPITRE 3

LA NOTION D'INVESTISSEMENT

JEAN MATRINGE*

La recherche de ce que veut dire le mot « investissement » en droit international peut présenter plusieurs enjeux.

Il peut s'agir d'identifier ce qu'est le « droit international des investissements ». Heinrich Triepel écrivit en ce sens que si nous prenons dans l'ensemble des règles juridiques qu'on appelle « droit » un groupe particulier de règles qui présentent une qualité commune et si, grâce à une épithète, on lui donne un nom particulier, c'est en fonction de deux critères principaux à savoir l'objet des règles ainsi remarquées et la volonté de leur auteur. Quand on utilise le premier critère, on distingue des « branches » du droit ; quand on utilise le second « des systèmes juridiques »¹. En suivant ces prémisses, la formule « droit international des investissements » devrait définir une branche du droit international (lui-même conçu comme un système juridique) qui serait déterminée à raison de son objet – les investissements –, lesquels auraient conduit par leur spécificité par rapport à d'autres à l'apparition de règles particulières. Le nom et l'existence d'un tel droit exigent donc que « les investissements » existent et la détermination de ceux-ci permettra de déterminer le champ de celui-là. Si on peut découvrir une définition générale du mot investissement à raison de caractères qui seraient communs aux investissements contemplés dans les énoncés juridiques qui s'y rapportent et qui justifieraient qu'on ne l'appelle pas du nom d'autres objets qui existent en droit international – ce qu'est une définition par intension –, on devrait pouvoir mesurer le champ de la discipline. Si, en revanche, nous sommes condamnés à une définition par extension et que nous devons conclure qu'il y a une multitude de types d'investissements correspondant à une très grande diversité de sens attribués au mot par les énoncés juridiques qui utilisent celui-ci, sans pouvoir trouver de caractères communs entre les objets contemplés, il sera impossible de délimiter cette branche du droit².

* Jean MATRINGE, professeur à l'école de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

¹ H. TRIEPEL, *Droit international et droit interne* [1899], trad. R. Brunet, Bibliothèque française de droit des gens de la Fondation Carnegie, Paris/Oxford, Pedone/Imprimerie de l'Université, 1920, rééd. : coll. Introuvables, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2010, 448 p., pp. 8-9.

² Celle-ci ne pourra être elle-même définie que si son critère identificateur est autre chose que cet objet, par exemple un certain régime juridique. Il conviendrait alors mieux ou plus clairement de nommer la branche du droit international à raison de ce critère, ce qui n'est pas le cas.

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL
PARIS, PEDONE, 2015

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

PARTIE I – CHAPITRE 3

Il faut surtout s'interroger sur l'apparition du mot « investissement » et sur ce qu'il peut signifier concernant les rapports entre le droit international des investissements et l'ancienne condition des biens étrangers comprise dans le standard international minimum de traitement des étrangers³. Cette interrogation ne peut pas ne pas en soulever une nouvelle qui concerne la présence d'une certaine idée politique qui animerait cette branche du droit que la particularité de son nom, précisément, désignerait : est-elle la continuation de ce vieux droit libéral qu'on vient de citer ou aurait-elle été gagnée par certaines considérations du droit du développement en mettant le développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement au cœur de ses préoccupations ou caractéristiques ? On peut en effet supposer intuitivement que le choix de ce qui est protégé par ce droit n'est pas indifférent à une idée politique que celui-ci pourrait porter. Dit autrement, le choix de faire couvrir par le droit des investissements tel ou tel type de biens, services ou opérations pourrait révéler un dessein politique des auteurs de ce droit.

C'est une banalité de dire que s'il est abondamment utilisé, il n'apparaît aucune définition généralement acceptée en droit positif du mot « investissement »⁴. Cela est dû au très grand nombre d'énoncés qui utilisent ce mot et au fait que pour chaque énoncé – sauf peut-être ceux issus de la doctrine – l'utilisation du mot a une fin ou utilité bien spécifique dans un cadre déterminé qui n'est pas reproductible à l'identique. Les énoncés législatifs et conventionnels d'une part et juridictionnels d'autre part ne se réfèrent jamais à une notion *a priori* de l'investissement. Les premiers ne définissent ce mot que pour préciser le champ d'application du régime qu'ils posent ; les seconds n'ont recours à cette opération de définition que pour déterminer ce même champ d'application et/ou le champ de leur compétence. Il faut donc se garder du danger de traiter comme lexicales leurs définitions qui ne sont que stipulatives.

Il faut mettre en évidence ce phénomène selon lequel, sous couvert parfois d'un discours qui prétend dégager une notion unitaire d'« investissement », coexistent en réalité une multitude d'« investissements protégés » et que ce qui est dénommé « investissement » dans les énoncés juridiques n'est jamais qu'un investissement « protégé » par un instrument ou un investissement « justiciable » devant un tribunal arbitral (toutefois, puisque dans les discours juridictionnels un investissement est généralement tenu pour justiciable parce qu'il est protégé par l'instrument invoqué devant l'arbitre, on confondra ici souvent les deux expressions pour parler d'une manière globale d'investissement protégé même si nous pensons que cette confusion par les tribunaux est régulièrement fondée sur des raisons erronées). Il s'agira ensuite d'étudier ces énoncés pour montrer que, dans la pratique contemporaine, ces « investissements protégés » s'inscrivent dans une remarquable continuité avec les « biens étrangers » naguère régis par le standard minimum de traitement des étrangers qu'accompagne une non moins nette continuité du caractère libéral du régime applicable à ces objets juridiques.

³ Sur cette ancienne réglementation, entre autres, A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, chapitre 1 – Historical Development of Investment Treaty Law, Kluwer Law International, 2008, pp. 1 et s.

⁴ V. notamment D. CARREAU, *Répertoire international Dalloz*, V° Investissements, 2008, §§ 13-14.