Nations Unies
Commission économique et sociale pour l'Asie occidentale (ESCWA)

Session nationale aux négociations des accords bilatéraux d'investissements

Tunis 1-5 avril 2013

La notion d'investissement

par Farhat HORCHANI

horchani.ferhat@gmail.com

La présentation a été inspirée des travaux de la CNUCED en matière d'AII

objectifs

- Champ d’application: commande l’application des APPI: traitement, protection règlements ds litiges etc.:
- Champ d’application Matériel
- Champ d’application Personnel
- Champ d’application Territorial
- Champ d’application temporel

Champ d'application Matériel
La notion d'investissement

- Deux types de conventions:

➢ les accords d'intégration commerciale et économique: ALENA

➢ Accords de promotion et de protection des investissements :

les accords d'intégration commerciale et économique

- Objectif: La libéralisation des flux d'investissements: ALENA, AGCS etc…
- ➢ la libéralisation du commerce et la libéralisation de l'investissement ne peuvent pas être dissociées l'une de l'autre.
- Définition extensive : ALENA, Art. 1139

ALENA

ALENA - une définition de l'investissement basée sur l'entreprise :

- Pas d'investissement sans apport de l'investisseur contribuant au développement de l'entreprise.
- L'apport doit contribuer à l'accroissement des capacités productives de l'entreprise investie.
- La rémunération de l'investisseur dépend,des résultats d'exploitation de l'entreprise.

ALENA - à la fois, une définition large fondée sur les actifs :

- Englobe les formes traditionnelles et nouvelles de l'investissement.

Donc, l'ALENA comprend une définition large basée à la fois sur <u>l'entreprise et sur les actifs.</u>

Accords sur l’investissment

Les APPI peuvent avoir différentes formes :

- conventions multilatérales.
- conventions bilatérales

conventions multilatérales

Il n’existe pas de cadre conventionnel universel (échec du projet d’Accord Multilatéral sur l’Investissement (AMI) dans le cadre de l’OCDE).

Deux instruments quasi universels :

- Convention de Washington portant création du Centre International de Règlement des Différends (CIRDI).
- Convention de Séoul portant création de l’Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI).

Convention CIRDI

- Objectif immédiat de la convention : internationaliser le règlement des différends investisseurs-Etats et création du CIRDI.
- Véritable justification : promotion des investissements.

➢ Préambule de la Convention de Washington.

Convention CIRDI

- Pas de définition de l'investissement condition de la compétence des arbitres: art.25
- Préambule de la Convention de Washington
- La convention de Washington (CIRDI) ne contient pas de définition de l'investissement car la compétence du centre est soumise au consentement des parties à l'arbitrage. C'est la définition contenue dans les accords bilatéraux qui détermine l'étendue de la compétence du centre

Convention MIGA

- Objectif immédiat de la convention : créer un système de garantie des investissements contre le risque politique dans les PED (AMGI).
- Véritable justification : promotion des investissements.

➢ Préambule et Article 2 de la Convention de Séoul

MIGA

- Convention de Séoul (AMGI) : le texte vise non la définition de l'investissement mais celle de l'investissement éligible (plus restrictive). Art. 12.

- Cette conception restrictive s'explique par les ressources limitées de l'Agence et donc privilégie les investissements productifs :

MIGA

3 éléments constitutifs de l’investissement productif :

- Apport en capital ou en nature.
- Affectation à moyen ou à long terme.
- Association aux profits ou aux pertes de l’exploitation.

Conventions bilatérales

- Objectif APPI : promotion et protection des investissements: les TBI ne protègent que les investissements

- Multiplication des modèles nationaux et régionaux.

Définition large fondée sur les actifs

- La plus grande majorité des APPI contiennent une définition de l’investissement fondée sur les actifs.

Liste indicative

Le terme "investissement" désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement:

Liste indicative

1. Biens meubles et immeubles;
2. Divers types de participation à des sociétés;
3. Créances monétaires et droits sur des contrats ayant une valeur financière (droits contractuels sur des prestations de services);
4. Droits de propriété intellectuelle;
5. Concessions d’exploitation y compris les concessions d’exploitation des ressources naturelles.

Définition large fondée sur les actifs et une liste indicative

- Inconvénient : extension quasi illimitée du concept d'investissement qui se dilue dans la catégorie juridique des biens

Définition large : réinvestissement

- Les réinvestissements sont généralement traités de la même manière que l’investissement d’origine.

Limitations à la définition large

Il s'agit de limitations de la définition large fondée sur les actifs:

- Limitation aux investissements admis en vertu de la législation du pays d'accueil.
- Limitations quant à la nature de l'investissement.
- Limitations concernant la taille des investissements.
- Limitations portant sur le secteur de l'économie

Limitations aux investissements admis en vertu de la législation du pays d'accueil

Les investissements ne sont couverts que s'ils sont effectués :

- en conformité avec la législation du pays d'accueil ; ou
- approuvés au préalable par les autorités du pays d'accueil.

Limitations quant à la nature de l’investissement

Exclut certains types d’investissements, par exemple:

- Ne s’applique qu’aux investissements directs étrangers, par opposition aux investissements de portefeuille,
- Exclut les investissements à court terme

Limitation concernant la taille des investissements

1. Ne sont couverts que les investissements qui apportent des avantages notables au pays d'accueil;
2. Limitation peu courante car les pays d'accueil recherchent aussi les investissements provenant de petites et moyennes entreprises
3. Limitations prévues par certaines législations internes

Limitations portant sur le secteur de l'économie

Un pays d'accueil peut désirer limiter la couverture accordée par le traité aux investissements uniquement dans certains secteurs de l'économie :

- Traité sur la Charte de l'Energie (Article 1) couvre uniquement le secteur de l'énergie;
- AGCS (Article XVI) couvre seulement les investissements réalisés sous forme d'une présence commerciale dans le domaine des services.

Définition de l'investissement – Options de base

Définition de l'investissement

- Définition fondée sur les actifs – Exemple : APPI
  - Biens
  - Divers types de participation à des sociétés;
  - Créances monétaires et droits sur des contrats ayant une valeur financière;
  - Droits de propriété intellectuelle;
  - Concessions d'exploitation meubles et immeubles;.
- Définition fondée sur les entreprises – Exemple : AGCS, ALENA
- Définition fondée sur les opérations couvertes : TCE
- Limitations de la définition fondée sur les actifs
  - Législation du pays d'accueil;
  - Nature de l'investissement;
  - Taille de l'investissement;
  - Secteur de l'économie.

Options pour les négociateurs: Adopter une définition large fondée sur les actifs

- Inclure tous les actifs peut être incompatible avec la politique de développement de l'Etat ;

- permet d'étendre un accord à de nouvelles formes d'investissement à mesures qu'elles apparaissent.

Option 2: adopter une définition plus restreinte de l'investissement

- Exclure les investissements de portefeuille ;
- Exclure les actifs inférieurs à une certaine valeur (rares)
- Exclure les investissements dans certains secteurs de l'économie. (rares)

Option 3: adopter une définition large assortie d'un droit de sélection et de conditions d'entrée

- Soumettre l'entrée à certaines conditions: conformité à la législation.

- l'approbation d'un investissement signifie, en principe, qu'il est conforme aux objectifs de développement du pays d'accueil.

La définition de l'investissment et la jurisprudence

Affaire fedax/c/venezuelza, Salini c/Maroc… ***L.E.S.I C/Algérie, Patrick Michell c./ République Démocratique du Congo***

Trois critères:

1) Apport
2) Permanence
3) Risque
4) développement économique : controverse

- ***L.E.S.I C/Algérie, Patrick Michell c./ République Démocratique du Congo***