



Avis de droit

2008.11 (p. 183-188)

Accords de promotion et protection des investissements. Qualité d'investisseur octroyée à un Etat et traitement à donner à ses investissements

DFAE, Direction du droit international public

Avis de droit du 20 novembre 2007

Mots clés: Investissement; Etat, acta jure imperii; acta jure gestionis.

Stichwörter: Investition; Staat; acta jure imperii; acta jure gestionis.

Termini chiave: Investimenti; Stato; acta jure imperii; acta jure gestionis.

Regeste:

En principe, rien ne s'oppose à ce que la qualité d'investisseur soit octroyée à un Etat partie à un accord de promotion et de protection des investissements. Hormis les cas limités d'immunité des Etats (jure imperii vs. jure gestionis), il n'y a pas de motifs juridiques, au vu du droit international public et de la jurisprudence interne, pour traiter différemment investissements privés et publics.

Regeste:

Im Grundsatz spricht nichts dagegen, dass einem Staat, der Mitunterzeichner eines Abkommens über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen ist, die Eigenschaft eines Investors zuerkannt wird. Mit Ausnahme einiger klar begrenzter Fälle von Staatenimmunität (jure imperii vs. jure gestionis) gibt es keine rechtlichen Gründe – weder mit Blick auf das Völkerrecht noch auf die schweizerische Rechtsprechung –, private und öffentliche Investitionen unterschiedlich zu behandeln.

Regesto:

In linea di massima, nulla si oppone al rilascio della qualità di investitore a uno Stato partecipante a un accordo di promozione e di protezione degli investimenti. Tranne i casi limitati d'immunità degli Stati (jure imperii vs. jure gestionis), non vi sono motivi giuridici, tenuto conto del diritto internazionale pubblico e della giurisprudenza interna, per trattare diversamente gli investimenti privati e pubblici.

Base juridique: Art. 25 Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (RS 0.975.2).

Rechtliche Grundlagen: Art. 25 Übereinkommen vom 18. März 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (SR 0.975.2).

Base giuridico: Art. 25 Convenzione del 18 marzo 1965 per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini d'altri Stati (RS 0.975.2).

Récemment, plusieurs fonds d'investissement publics – en particulier ceux des Etats du Golfe ou de la Chine – sont devenus enclins à diversifier leurs investissements pour en augmenter le rendement ou pour investir dans des secteurs stratégiques pour l'Etat en question, tels que les ressources naturelles. Leur nouvelle stratégie d'investissement a amené – par souci de protection des secteurs économiques considérés comme stratégiques – plusieurs Etats de l'OCDE à étudier la possibilité de contrôler de tels investissements ou de les soumettre à autorisation.

Il a été demandé à la DDIP de se prononcer sur l'octroi de la qualité d'investisseur à un Etat et d'étudier en outre la question de savoir si le droit international public demande un traitement juridique différencié à l'égard des investissements émanant, directement ou indirectement, d'un Etat étranger, en fonction de leur nature privée ou publique.

1. Octroi de la qualité d'investisseur à un Etat

Les accords de promotion et protection des investissements (APPI) ont pour principale fonction d'accorder une protection aux investisseurs actifs à l'étranger notamment en leur garantissant une protection légale et des voies de droit en cas d'expropriation au sens large. Pour le règlement des différends, la majorité des APPI signés par la Suisse prévoit la soumission des litiges au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) institué par la Convention de Washington de 1965¹.

La notion d'investisseur n'est pas définie dans la Convention de Washington elle-même². Toutefois, dans une décision arbitrale de principe rendue par le CIRDI dans l'affaire *Ceskoslovenka Obchodni Banka vs. Slovak Republic*, le tribunal s'est penché sur l'interprétation à donner à cette notion. Il a clairement rappelé que le terme «*juridical persons*» ou personne morale tel que défini par la Convention de Washington ne se limitait pas aux sociétés de capitaux privés³. La notion de personne morale couvre également les sociétés possédées ou contrôlées totalement ou partiellement par des Etats. Le tribunal statue ensuite que le critère déterminant n'est pas la possession ou le contrôle, sinon de savoir quelle fonction exercent lesdites sociétés⁴: si le type d'actes exercés est de nature économique (*jure gestionis*) et ne relève pas de l'exercice de fonctions gouvernementales (*jure imperii*), une entreprise même totalement contrôlée par l'Etat est considérée comme personne morale au sens de l'article 25 alinéa 2 lettre b de la Convention de Washington et, partant, possède la qualité d'investisseur.

Lorsqu'un Etat a une participation majoritaire ou totale dans une société, celui-ci est *de facto* investisseur par le contrôle qu'il opère sur ladite société. Il n'a toutefois, au sens de la Convention de Washington, pas la qualité pour agir directement devant les instances arbitrales internationales. Cependant, dans la pratique, le fait qu'un Etat soit *de jure* qualifié d'investisseur ne change pas fondamentalement la situation quant à l'accès aux instances arbitrales ou à la protection légale découlant d'un APPI. En effet, l'Etat en question peut soumettre le différend à un tribunal arbitral soit *indirectement* par le truchement de l'entreprise qu'il contrôle soit – si la Convention devait autoriser cela – *directement* en tant qu'Etat ayant la qualité pour agir devant les instances arbitrales internationales.

¹ Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (RS 0.975.2)

² SEBASTIEN MANCIAUX, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, 2004, p. 136.

³ ICSID Review, 1999, p. 251ss.

⁴ «For the purpose of the Convention, a mixed economy company or government-owned company corporation should not be disqualified as a «national of another Contracting State» unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function» (CIRDI/ICSID Review, 1999, p.258).

2. Traitement à accorder aux investissements effectués directement ou indirectement par un Etat

a) Notion d'investissement

La notion d'investissement dans les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements conclus par la Suisse est très extensive et englobe la propriété de biens mobiliers et immobiliers, les investissements en portefeuille, les droits de propriété intellectuelle, les concessions et ainsi de suite. Ces traités ne font pas de distinction selon la nature publique ou privée de l'investissement. Quant à elle, la Convention de Washington ne définit pas la notion d'investissement. Il ressort toutefois de la jurisprudence du CIRDI que ladite notion est également très large⁵.

b) Principe

Comme évoqué plus haut, il ne ressort pas de la jurisprudence du CIRDI qu'un investissement devrait être traité différemment en fonction de la provenance des fonds investis (privés vs. publics)⁶. On peut ajouter que la distinction entre investissement public et privé en fonction de la provenance du capital a perdu beaucoup de son sens. En effet, les relations financières sont devenues tellement enchevêtrées et volatiles qu'il est difficile, voire impossible, d'en déterminer la source et donc «l'entité» exerçant un contrôle sur l'entreprise⁷.

La seule exception à ce qui vient d'être énoncé concerne les investissements publics effectués par un Etat et qui découlent d'un acte de puissance public (*jure imperii*)⁸, car dans ce cas l'Etat bénéficie d'une immunité.

c) Immunité de juridiction

En droit international public, l'Etat bénéficie d'une immunité, basée sur l'absence de toute hiérarchie entre les Etats⁹ qui «exclut que l'un d'entre eux soit soumis à des actes d'autorité, y compris juridictionnels, d'un autre Etat conformément à la maxime selon laquelle '*par in parem non habet jurisdictionem*'»¹⁰. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, l'immunité était absolue de sorte qu'un Etat ne pouvait être attiré devant les tribunaux étrangers en aucune circonstance. A partir du XX^e siècle, une distinction entre les activités souveraines et les activités privées a été opérée notamment pour tenir compte de l'essor des activités commerciales des Etats qui les a contraint à renoncer à leur immunité lorsqu'ils s'engagent dans des activités privées¹¹.

aa. Jurisprudence du Tribunal fédéral

5 Voir le chapitre consacré à cette problématique par Manciaux, op. cit., p. 43ss.

6 Voir l'affaire *Ceskoslovenka Obchodni Banka vs Slovak Republic*, ICSID Review, 1999, p.251ss.

7 Voir A. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States*, cité par Manciaux, op. cit., p.140.

8 JAAC 1986, n°43, p.42ss.

9 Ulrich Köhler, *Contracts of Employment under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, in: *Australian Review of International and European Law*, vol. 9, 2004, p. 191ss.

10 Patrick Dailler/Alain Pellet, *Droit international public*, 7e éd., Paris 2002, n° 289.

11 Gerhard Hafner/Léonore Lange, *La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, in: *Annuaire français de droit international* 2004, p. 45ss.

Pour la Tribunal fédéral, l'immunité de juridiction est toutefois limitée aux actes «*jure imperii*», à savoir les actes qui relèvent de la puissance publique. En revanche, l'Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure concernant une transaction commerciale¹². Le Tribunal fédéral a consacré ce principe de l'immunité relative des Etats étrangers en ce sens que seuls les actes effectués en vertu de leur souveraineté sont protégés par leur immunité¹³. Les actes qu'ils accomplissent en tant que titulaires de droits privés au même titre qu'un particulier ne sont pas protégés et ne bénéficient par conséquent d'aucun traitement différencié. La Haute Cour a par ailleurs précisé que pour distinguer entre les actes accomplis «*jure gestionis*» et «*jure imperii*», il y avait lieu de considérer la nature propre de l'activité et non pas le but de celle-ci¹⁴.

Constatant que les Etats interviennent de plus en plus souvent dans des activités incombant normalement aux particuliers, selon des mécanismes similaires à ceux utilisés entre acteurs privés, le Tribunal fédéral rappelle que la conception restrictive de l'immunité des Etats est aujourd'hui largement reconnue, tant dans les droits nationaux des Etats que dans les instruments internationaux. Certains Etats, minoritaires, continuent toutefois à invoquer le principe de l'immunité absolue de l'Etat. Le Tribunal fédéral précise le champ d'application matériel de l'immunité en soulignant que seules les activités «souveraines», à savoir celles qui impliquent l'usage de prérogatives de la puissance publique, jouissent de l'immunité.

bb. Convention des Nations Unies

La Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens¹⁵ (ci-après la Convention), est l'aboutissement de 27 années de travail au sein de l'ONU pour codifier le droit coutumier en la matière¹⁶.

S'agissant des exceptions au principe de l'immunité, la Convention stipule dans sa troisième partie que, de manière générale, les transactions commerciales, les contrats de travail, la propriété, la possession ainsi que l'usage de biens, tout comme les domaines de la propriété intellectuelle ou encore la participation à des sociétés échappent à l'immunité des Etats.

Ainsi, la Convention opère une distinction entre l'immunité de juridiction applicable à la relation entre une société appartenant en partie ou entièrement à un Etat et un tiers («Aussenverhältnis») et la relation entre une société et un Etat ayant investi dans cette société («Innenverhältnis»).

Concernant l'«Aussenverhältnis», l'article 10 de la Convention intitulé «Transactions commerciales» prévoit qu'un Etat qui «effectue, avec une personne physique ou morale étrangère, une transaction commerciale, (...) ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ce tribunal dans une procédure découlant de ladite transaction», sauf dans les cas de transactions commerciales entre Etats ou si les parties à la transaction en ont convenu autrement.

Par ailleurs, selon le paragraphe 3 de l'article 10, l'immunité de juridiction de l'Etat concerné n'est pas affectée lorsqu'une «entreprise d'Etat ou une autre entité créée par l'Etat dotée d'une personnalité juridique distincte (...) est impliquée dans une procédure se rapportant à une transaction commerciale dans laquelle elle est engagée». Cette disposition remonte à l'époque précédant la fin de la guerre froide, lorsque les pays à économie planifiée étaient en pleine réorganisation et avaient en particulier conféré à leurs entreprises étatiques une personnalité indépendante de celle de l'Etat¹⁷. On peut se demander si l'article 10

¹² DAILLER/PELLET, *op. cit.*, n° 290 (en citant de la jurisprudence).

¹³ ATF 124 III 382; 120 II 400; 111 Ia 62.

¹⁴ ATF 124 III 382; 120 II 400; 104 Ia 368.

¹⁵ Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur; la Suisse l'a signée le 19 septembre 2006.

¹⁶ HAFNER/LANGE, *loc. cit.*

¹⁷ *Idem*, p.62.

paragraphe 3 reprendra de sa signification avec l'émergence des fonds souverains. Cette règle s'applique aux entités ayant «la capacité d'ester et d'être attirées en justice» et «d'acquérir, de posséder ou de détenir et de céder des biens, y compris des biens que l'État l'a autorisé à exploiter ou à gérer». L'annexe de la Convention comporte une explication de l'interprétation de ce paragraphe. Elle stipule que «ni la question de la "levée du voile dissimulant l'entité", ni les questions liées à une situation dans laquelle une entité d'État a délibérément déguisé sa situation financière ou réduit après coup ses actifs pour éviter de satisfaire à une demande, ni d'autres questions connexes» ne sont préjugés dans le but d'éviter toute pratique abusive qui viserait à limiter leur responsabilité.

Concernant «l'Innenverhältnis», l'article 15 paragraphe 1 intitulé «Participation à des sociétés ou autres groupements» prévoit qu'«[u]n État ne peut invoquer l'immunité de juridiction (...) dans une procédure se rapportant à sa participation dans une société (...)» si cette société comprend «des parties autres que des États ou des organisations internationales» et qu'elle est enregistrée ou constituée «selon la loi de l'État du for ou [a son] siège ou [son] lieu principal d'activité dans cet État». Cette disposition s'applique sous réserve du paragraphe 2 du même article qui prévoit qu'un État peut invoquer l'immunité si les États intéressés en ont ainsi convenu ou si l'instrument d'établissement ou régissant la société contient des dispositions à cet effet. Cet article est donc très explicite. En l'absence de tout accord ou disposition expresse prévoyant le contraire, un État ne peut en principe pas invoquer l'immunité juridictionnelle dans des procédures concernant le rapport entre l'État et l'entreprise privée dans laquelle il a investi.

Toutefois, il sied de souligner que cette Convention relève à la fois de la codification du droit international coutumier et de son développement. Dans certains points elle semble aller au-delà du droit international coutumier, dans certains autres elle reste en deçà. Dès lors, elle ne peut pas dans son entier être considérée comme traduisant le droit international coutumier applicable à l'heure actuelle. Il faut encore ajouter que de l'avis d'experts en la matière¹⁸, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'immunité peut s'inscrire dans le cadre de la Convention des Nations Unies et que, à ce titre, la codification internationale ne devrait pas signifier un recul s'agissant de la jurisprudence restrictive de la Haute Cour en matière d'immunités.

d) Immunité d'exécution

Il y a lieu de distinguer entre immunité de juridiction et immunité d'exécution. L'Etat peut ne pas bénéficier d'une immunité de juridiction et, ainsi faire l'objet d'une poursuite judiciaire dans un Etat tiers en rapport, notamment, avec des transactions commerciales ou des investissements. Ceci n'implique pas encore que les biens de l'Etat puissent faire l'objet de mesures d'exécution dans le cadre de litiges découlant des transactions commerciales ou investissements en question. Les biens des Etats situés dans un autre Etat qui sont affectés à des fins officielles ou des buts de service public ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie. Ils sont en particulier protégés par le droit international coutumier et, pour les biens des représentations diplomatiques et consulaires, par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires¹⁹.

La Convention des Nations Unies susmentionnée stipule à son article 18 que les biens d'un Etat ne peuvent pas être saisis antérieurement à un jugement. Cette disposition exclut ainsi la prise de mesures provisoires de nature conservatoire. Sauf accord de l'Etat en question, des mesures d'exécution postérieures au jugement ne sont possibles que si l'Etat y consent ou s'il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales (art. 19). Les biens ne

¹⁸ Propos tenus durant la journée du droit international du 19 novembre 2007 par le juge fédéral Jérôme Candrian.

¹⁹ RS 0.191.01 et 0.191.02.

peuvent toutefois être saisis que s'ils sont situés sur le territoire de l'Etat du for. Sont en tous cas considérés comme biens de l'Etat utilisés à des fins de service public non commerciales, les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'État (art. 20 al. 1 lettre c).

Comme mentionné plus haut, cette Convention représente à la fois une codification et un développement du droit international coutumier. Il ne peut être clairement établi jusqu'à quel point l'immunité d'exécution est ancrée dans le droit international coutumier.

3. Conclusion

Sur la base de la jurisprudence du CIRDI et eu égard à la principale fonction des APPI telle que décrite ci-dessus, rien ne s'oppose en principe à ce que la qualité d'investisseur soit octroyée à un Etat signataire d'un accord de promotion et de protection des investissements.

Sur le principe, la question de savoir si un Etat est ou non qualifié d'investisseur au sens des APPI n'a pas d'influence directe sur la question de savoir si les investissements bénéficient d'une immunité de juridiction, dès lors qu'il y a lieu d'examiner à cet égard la nature de l'acte et non son but. Il semble toutefois difficile d'argumenter qu'un Etat puisse invoquer une immunité de juridiction lorsqu'il a accompli des investissements qui relèvent de la sphère économique. Une immunité d'exécution sur les biens investis ne semble *a priori* pas non plus donnée, en raison de leur nature et de leur but, pour des biens de l'Etat investis (à travers des fonds) en biens mobiliers et immobiliers, portefeuille, droits de propriété intellectuelle, concessions, etc. (mais ne saurait, à ce stade, être clairement écartée dans toutes les circonstances dès lors qu'un Etat pourrait, par exemple, investir des fonds dans l'immobilier et affecter par la suite l'immeuble à l'usage de sa représentation diplomatique).

Dès lors, il n'y a *a priori* pas lieu de faire la distinction entre investisseur privé et investisseur public et, partant, le traitement à accorder à un investissement ne doit pas varier si un Etat agit en tant qu'agent économique. Ce n'est que dans l'hypothèse – limitée dans la réalité – où un Etat agirait en tant que souverain (*jure imperii*) qu'une distinction s'avère utile étant entendu que des immunités s'appliquent alors.