

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Une définition du pré-  
investissement conforme  
à l'approche français mais  
contraire à l'approche  
américaine au sein des traités  
bilatéraux d'investissements  
iraniens**

**A definition of pre-investment in  
line with the French approach  
but contrary to the American  
approach in Iranian Bilateral  
Investment Agreements**

Peyman Dadras

# Sumário

<b>EXECUTIVE SUMMARY</b> .....	2
Daniel Balaban	
<b>CRÔNICAS SOBRE O DIREITO ALIMENTAR E O COMBATE À FOME</b> .....	5
<b>SOUTH-SOUTH FOOD AND NUTRITION SECURITY PROMOTION: THE BRAZILIAN EXPERIENCE MULTIPLIED</b> .....	7
João Almino	
<b>ACCESS TO FOOD AS A HUMAN RIGHT: BRAZIL, WFP AND SOUTH-SOUTH COOPERATION</b> .....	10
Carlos R. S. Milani	
<b>DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO ALIMENTAR E COMBATE À FOME</b> .....	13
<b>WFP'S ROLE IN BUILDING SUSTAINABLE BRIDGES BETWEEN THE RIGHT TO ADEQUATE FOOD AND THE FREEDOM FROM HUNGER</b> .....	15
Christiani Amaral Buani e Bruno Valim Magalhães	
<b>DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO, (IN) SEGURANÇA ALIMENTAR E DESENVOLVIMENTO: OS DESAFIOS À REALIZAÇÃO PROGRESSIVA NA AMÉRICA LATINA</b> .....	21
Sinara Camera e Rubia Wegner	
<b>STATE'S INTERNATIONAL RESPONSIBILITY FOR THE HUMAN RIGHT TO FOOD: IMPLEMENTATION IN BRAZIL THROUGH AGROECOLOGY</b> .....	36
Paula F. Strakos e Michelle B.B. Sanches	
<b>NEGOTIATING AGRICULTURE IN THE WORLD TRADE ORGANIZATION: FOOD SECURITY AS A NON-TRADE CONCERN</b> .....	55
Ana Luísa Soares Peres e Letícia de Souza Daibert	
<b>QUANDO HABITAR CORRESPONDE AO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO</b> .....	69
Fernanda Viegas Reichardt e Maria Elisa de Paula Eduardo Garavello	

<b>THE ROLE OF SUSTAINABLE LEARNING POLICIES ON THE FIGHT AGAINST HUNGER IN ADULT EDUCATION.....</b>	<b>81</b>
Hiran Catuninho Azevedo	
<b>O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E À CONDIÇÃO FEMININA NO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: EMPODERAMENTO ÀS AVESSAS? .....</b>	<b>99</b>
Rosalice Fidalgo Pinheiro e Laura Garbini Both	
<b>FOOD SECURITY IN INDIA.....</b>	<b>114</b>
Ranjana Ferrão	
<b>SEGURANÇA ALIMENTAR E A GOVERNANÇA ECONÔMICA GLOBAL .....</b>	<b>126</b>
Danielle Mendes Thame Denny, Douglas de Castro, Alexandre Ricardo Machado, José Valverde Machado Filho e Gabrielle Fontes Witt	
<b>OUTROS ARTIGOS.....</b>	<b>142</b>
<b>THE LEGAL IMPLICATIONS OF THE DRAFT UNIVERSAL DECLARATION OF THE RIGHTS OF MANKIND .....</b>	<b>144</b>
Catherine Le Bris	
<b>LITIGATING INDIGENOUS DISPOSSESSION IN THE GLOBAL ECONOMY: LAW’S PROMISES AND PITFALLS.....</b>	<b>165</b>
Charis Kamphuis	
<b>UNE DÉFINITION DU PRÉ-INVESTISSEMENT CONFORME À L’APPROCHE FRANÇAIS MAIS CONTRAIRE À L’APPROCHE AMÉRICAINE AU SEIN DES TRAITÉS BILATÉRAUX D’INVESTISSEMENTS IRANIENS .....</b>	<b>226</b>
Peyman Dadras	
<b>CONFLITOS ENTRE REGULAÇÕES INTERNAS RELATIVAS À INTERNET E O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: O PAPEL DA OMC PERANTE O SISTEMA DE COMPUTAÇÃO DA NUVEM .....</b>	<b>238</b>
Alice Rocha da Silva e Filipe Rocha Martins Soares	
<b>PRÉLÈVEMENT: ORIGEM, EVOLUÇÃO E OCASO DO PRIVILÉGIO NAS SUCESSÕES INTERNACIONAIS NA FRANÇA .....</b>	<b>249</b>
Fernando Pedro Meinero	

<b>OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE FINANCIAMENTO E O CENTRO FINANCEIRO DE NOVA IORQUE: CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE .....</b>	<b>265</b>
Fernanda Torres Volpon	
<b>MERCOSUL E O MEIO AMBIENTE: ANÁLISE DA TUTELA REGIONAL AMBIENTAL .....</b>	<b>284</b>
Clarissa Ferreira Macedo D'Isep	
<b>AINDA (E UMA VEZ MAIS) O SILÊNCIO QUE ENTOA O TRIUNFO DE LEWIS CARROL: A REGRA Nº 42 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>295</b>
Thiago Aguiar Pádua e Bruno Amaral Machado	
<b>A NATUREZA JURÍDICA DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC E DE SUAS DECISÕES: SOLUCIONANDO UM IMBRÓGLIO .....</b>	<b>316</b>
Camila Capucio	
<b>BRICS: DESAFIOS DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL.....</b>	<b>342</b>
Magno Federici Gomes e Luís Eduardo Gomes Silva	
<b>REVER OU ROMPER COM VESTFÁLIA? POR UMA RELEITURA DA EFETIVA CONTRIBUIÇÃO DOS ACORDOS DE PAZ DE 1648 À CONSTRUÇÃO DO MODELO VESTFALIANO DE ESTADOS.....</b>	<b>358</b>
Luiz Magno Pinto Bastos Junior	
<b>JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO EM SUA GÊNESE: A ALEMANHA PÓS-NAZISMO .....</b>	<b>378</b>
Bruno Galindo	
<b>QUANDO JULGAR SE TORNA UM ESPETÁCULO: A INTERAÇÃO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A OPINIÃO PÚBLICA, A PARTIR DE REFLEXÕES DA LITERATURA ESTRANGEIRA .....</b>	<b>403</b>
Patrícia Perrone Campos Mello	
<b>TOLERÂNCIA E REFUGIO: UM ENSAIO A PARTIR DO ACORDO EU-TURQUIA .....</b>	<b>425</b>
Flávia Cristina Piovesan e Ana Carolina Lopes Olsen	

# Une définition du pré-investissement conforme à l'approche française mais contraire à l'approche américaine au sein des traités bilatéraux d'investissements iraniens\*

## A definition of pre-investment in line with the French approach but contrary to the American approach in Iranian Bilateral Investment Agreements

Peyman Dadras\*\*

### RÉSUMÉ

Le rôle du droit international des investissements est bien connu dans le monde entier. Afin de développer l'économie interne d'un pays, il est nécessaire d'obtenir des fonds étrangers dans le cadre d'un investissement quelle que soit la nature de l'activité. Les législations nationales concernant l'investissement étranger, très souvent désignées sous l'appellation « codes d'investissements », continuent sans doute à avoir une importance concrète sur le traitement des investissements étrangers, dans la mesure où l'État demeure compétent pour réglementer l'entrée et le développement des investissements sur son territoire, même en présence d'une convention internationale. A cet égard, Le pré-investissement, se définit comme l'ensemble des opérations en rapport avec un investissement en train de se réaliser sur le territoire de l'État d'accueil, concerne des normes sur l'admission et l'établissement dudit investissement. Dans le cadre d'une comparaison entre les États-Unis, la France et l'Iran sur l'admission des investissements étrangers (pré-investissement) est très remarquable de point de vue de la souveraineté de l'État où l'investissement va se développer.

**Mots clés:** Investissement. L'admission. Pré-investissement. Le traitement. Etranger

### ABSTRACT

The role of international investment law is well known throughout the world. In order to develop the internal economy of a country, it is necessary to obtain foreign funds in the context of an investment whatever the nature of the activity. National laws on foreign investment, often referred to as the «investments code», still probably have practical importance on the treatment of foreign investment to the extent that the state remains competent to regulate Entry and development of investment in its territory, even in the presence of an international convention. In this regard, the pre-investment, defined as all operations in connection with an investment in being realized

\* Recebido em 14/02/2017  
Aprovado em 20/02/2017

\*\* Docteur en droit privé de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Maître de conférences de l'Université SRBIAU. Email: peyman\_hamc@yahoo.com

on the territory of the host State, respects standards for the admission and establishment of that investment. In the context of a comparison between the United States, France and Iran on the admission of foreign investment (pre-investment) it is very remarkable in the view of the sovereignty of the state of the point where the investment will develop.

**Keywords** : Investment. Admission. Pre investment. Treatment

## 1. INTRODUCTION

Le droit international de l'investissement est sans doute aujourd'hui l'une des matières les plus importantes du droit international. Le rôle du droit international des investissements est bien connu dans le monde entier. Afin de développer l'économie interne d'un pays, il est nécessaire d'obtenir des fonds étrangers dans le cadre d'un investissement quelle que soit la nature de l'activité (construction, extraction, mise en place de réseaux de distribution d'eau ou d'électricité, mais aussi assurance, tourisme, etc.). Malgré cette nécessité, un regard rétrospectif sur l'évolution des investissements internationaux suffit à démontrer que le cadre juridique de ces investissements comprend une variété de normes à la fois nationales et internationales. Les législations nationales concernant l'investissement étranger, très souvent désignées sous l'appellation « codes d'investissements », continuent sans doute à avoir une importance concrète sur le traitement des investissements étrangers, dans la mesure où l'État demeure compétent pour réglementer l'entrée et le développement des investissements sur son territoire, même en présence d'une convention internationale<sup>1</sup>. Le pré-investissement, c'est-à-dire l'ensemble des opérations en rapport avec un investissement en train de se réaliser sur le territoire de l'État d'accueil, concerne des normes sur l'admission et l'établissement dudit investissement. A ce sujet, on ne saurait s'étonner que la considération de la souveraineté de l'État où l'investissement va se développer, soit invoquée<sup>2</sup>. En effet, tout État est

souverain pour définir sa politique économique et organiser son espace économique, ce qui demande un strict contrôle de l'admission des investissements ayant leur origine à l'étranger. Cela peut certainement être effectué par l'établissement de certaines obligations particulières à faire par les investisseurs étrangers qui veulent se placer sur le territoire (licences ou permis d'autorisation ou d'habilitation préalables), en vertu du droit interne de l'État. Mais les exigences de l'économie internationale ainsi que les exigences de la promotion des investissements ont pourtant conduit les États vers une atténuation de l'exercice de leur souveraineté.

A cet égard le rôle des États-Unis représentant d'un pays de système juridique de Common Law est très remarquable.

Dans le cadre d'une comparaison entre les États-Unis et la France s'appuyant sur le droit international de l'investissement, et plus précisément sur l'admission des investissements étrangers (pré-investissement), nous pourrions donc poser l'idée d'une opposition entre une Amérique libérale et une France protectionniste<sup>3</sup>.

Aujourd'hui, aux États-Unis comme en France, la question de l'admission des investissements étrangers paraît principalement se poser autour de la question plus ou moins concernée de la sécurité nationale.

Néanmoins, si en France il ne s'agit que de quelques articles –auxquels il est d'ailleurs assez peu fait référence –du Code monétaire et financier, aux États-Unis cette problématique est parfaitement centrale. Elle a été l'objet d'une succession de lois et d'affaires d'État, véritable champs de bataille politique et lieu de toutes les crispations<sup>4</sup>.

A cet égard le CFIUS (Committee on Foreign Investment in the United States), a originellement été créé

investment in the united states»), lequel, à la suite d'une enquête, doit faire une recommandation au président, qui dispose de 15 jours pour prendre une décision. Le CFIUS soit convaincre, le président qu'il existe des preuves tangibles que l'investissement étranger est susceptible de menacer la sécurité nationale. Enfin, sur le fond, le «*Foreign Investment and National Security Act*» élargit la notion de «sécurité nationale» afin d'y inclure celle de «sécurité nationale». Voir MILSTAJN, (A). *L'admissibilité des investissements étrangers: comparaison États-Unis/France*. Paris: université paris 1, p. 44-45

3 SERVAN-SCHREIBER, Pierre. *Approche comparée des investissements internationaux entre la France et les États-Unis*. Paris: l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2012

4 MILSTAJN (A), *L'admission des investissements étrangers. Comparaison États-Unis/France, Mémoire de Master 2*. Paris: Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2011. p.16

1 LEBEN, (Ch.). *Le droit international des affaires*. Paris: PUF 6ème édition. 2003. p.114-115.

2 CARREAU, (D); JUILLARD, (P). *Droit international économique*. Paris: Dalloz, 2010. p. 402-407; dans ce sens, on peut donner l'exemple de «*Foreign Investment and National Security Act*» adopté le 28 février 2007 en droit américaine. Cette normativité a apporté beaucoup de changement vis-à-vis du CFIUS («the committee on foreign

par l'Executive Order n° 11,858 de 1975 afin de surveiller et d'évaluer l'impact des investissements étrangers aux États-Unis. La particularité du CFIUS en tant que comité inter-agences est que ces agences ont initialement des vocations différentes et parfois même opposées puisque l'on en retrouve aussi bien certaines dont le champ d'action concerne la défense ou la sécurité intérieure, alors que d'autres ont vocation à promouvoir et à favoriser l'ouverture du commerce et des politiques d'investissement<sup>5</sup>.

En 2014, les États-Unis confirment leur position de premier émetteur mondial d'investissement direct étranger (désormais IDE). L'Union européenne, malgré les difficultés qu'elle traverse, demeure la destination privilégiée des IDE américains. Les États-Unis perdent en 2014 leur position de principale destination des IDE au monde, en faveur de la Chine. La baisse notable de l'attractivité des États-Unis sur la dernière décennie inquiète l'administration américaine qui développe des opérations de promotion du territoire américain comme terre d'accueil des investissements étrangers<sup>6</sup>.

De l'autre côté la France accueille sur son sol le 7<sup>ème</sup> stock mondial d'IDE entrants (729 Md\$ à la fin 2014 selon la CNUCED), derrière les États-Unis, la Chine et le Royaume-Uni. En 2015, les entrées d'IDE en France progressent très fortement, à 40 Md€ (après 11 Md€ en 2014), atteignant leur niveau le plus élevé depuis 2008. Cette hausse est liée à la réalisation en 2015 de plusieurs opérations importantes, au premier rang desquelles la fusion Lafarge-Holcim<sup>7</sup>. Selon Mathias Audit, le droit français en matière d'investissement international serait généralement attaché à une «situation géopolitique particulière, notamment l'existence larvée ou déclarée d'un conflit armé ou d'une crise économique»<sup>8</sup>. La première loi française concernant de l'investissement international est édictée le 28 décem-

bre 1966<sup>9</sup>. Elle est liée aux relations financières avec l'étranger. Ses modalités d'application ont d'abord été déterminées par le décret n°67-78 du 27 janvier 1967 supportant spécialement des investissements étrangers en France et des investissements français à l'étranger soumis à déclaration ou à autorisation préalable<sup>10</sup>.

En Iran, l'investissement étranger s'est formé plus ou moins parallèlement aux évolutions de l'investissement dans les autres pays. Toutefois, le processus d'évolution de l'investissement direct de l'étranger en Iran a été confronté à des difficultés résultant des changements politiques mouvementés connus dans ce pays. Malgré la grande variation du prix du pétrole aux cours de ces dernières années, le niveau de l'épargne nationale ne suffisait pas et les ressources suffisantes en vue de l'investissement en Iran n'avaient pas un niveau satisfaisant. Par conséquent, faute des sources financières suffisantes et en raison du besoin de technologies en Iran, l'attraction des investissements directs étrangers a dû être prise en compte. Avant 1932, l'investissement étranger en Iran se faisait souvent sous la forme de concession de privilèges aux étrangers. Après la nationalisation du pétrole en Iran et jusqu'en 1955, les Iraniens n'avaient pratiquement enregistré aucun investissement étranger, à cause de la crainte de la nationalisation et de l'instabilité de la loi. La donne en la matière changera ensuite avec l'adoption par le parlement, fortement encouragé en ce sens par les investisseurs étrangers, d'une loi<sup>11</sup>. A l'appui de cette loi, le nombre des investissements étrangers entrants en Iran s'est accru. A partir de 1956, l'activité des sociétés multinationales a connu une véritable progression. Après la Révolution iranienne, et en raison de certaines évolutions comme la guerre, la nationalisation et la confiscation des investissements, l'approbation de la nouvelle loi constitutionnelle et l'apparition des ambiguïtés et des doutes en matière

5 THE COMMITTEE on Foreign Investment in the United States. Disponible em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/international/Pages/Committee-on-Foreign-Investment-in-US.aspx>>.

6 DOSSIER Investissement direct étranger des États-Unis en 2014. Disponible em: <[http://www.tresor.economie.gouv.fr/12904\\_les-investissements-directs-etrangers-des-Etats-Unis-en-2014](http://www.tresor.economie.gouv.fr/12904_les-investissements-directs-etrangers-des-Etats-Unis-en-2014)>.

7 INVESTISSEMENTS étrangers en France. Disponible em: <<http://www.tresor.economie.gouv.fr/investissements-etrangers-en-france>>.

8 Droit des investissements internationaux. Régime du droit interne », Jurisclasseur de droit international, fasc. 572-55.

9 FRANÇA. *Loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966*, relative aux relations financières avec l'étranger. Disponible em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000880207&categorieLien=cid>>

10 FRANÇA. *Décret n°67-78 du 27 janvier 1967*. FIXANT LES MODALITES D'APPLICATION DE LA LOI 661008 DU 28-12-1966 RELATIVES AUX RELATIONS FINANCIERES AVEC L'ETRANGER. Disponible em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006637286&cidTexte=JORFTEXT000000877280>>.

11 LA LOI de 1955 concernant de la promotion et la protection de l'investisseur étranger en Iran. In: EFTEKHAR, (R.). *les modifications des traités bilatéraux d'investissement de l'Iran à la lumière des développements récentes du droit de l'investissement*, Mémoire du Master 2. Téhéran: Université Shahid Beheshti, 2009. p.10-13

d'investissement étranger, l'environnement a changé au détriment de l'investissement étranger. A cette époque, non seulement l'Iran n'avait pas réussi à attirer les investissements étrangers, mais en plus, certains investissements des précédentes années avaient été annulés et restitués aux pays investisseurs. Il existait depuis longtemps des traités d'amitié, de commerce et de navigation avant la naissance des traités bilatéraux de l'investissement. Le premier traité d'amitié, de commerce et de navigation a été conclu entre la France et les Etats-Unis en 1788<sup>12</sup>. Le premier traité bilatéral d'investissement a quant à lui été conclu entre l'Allemagne et la République Dominicaine en 1959<sup>13</sup>. L'Iran a signé avec plusieurs Etats un traité d'amitié, de commerce et de navigation<sup>14</sup>. Aujourd'hui, il existe toujours une relation économique avec ces Etats mais sous la forme d'un traité bilatéral. C'est avec l'Allemagne que l'Iran conclut son premier traité bilatéral de l'investissement le 6 avril 1968. Cependant, après ce traité, l'Iran n'a pas été très actif dans ce domaine sur la scène internationale jusqu'en 1995 ; année à partir de laquelle il signera plusieurs traités bilatéraux d'investissements <sup>15</sup>(désormais TBI).

12 VANDELVELDE, (K. J.). *United States treaties*. Oxford: Oxford university press, 2009. p.19-20

13 DOLZER, (R); STEVENS (M). *Bilateral Investment Treaties*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers the Hague, 1995. p. 1

14 Le traité de l'Iran avec la Chine en 1920, le traité de l'Iran avec la Pologne en 1927, le traité de l'Iran avec l'Allemagne en 1929, le traité de l'Iran avec la France en 1929, le traité de l'Iran avec l'Italie en 1929 et en 1950 aussi, le traité de l'Iran avec Finlande en 1931, le traité de l'Iran avec la Suisse en 1934, le traité de l'Iran avec l'Autriche en 1959, le traité de l'Iran avec le Pakistan en 1950, le traité de l'Iran avec le Liban en 1953, le traité de l'Iran avec la Syrie en 1954, le traité de l'Iran avec l'Espagne en 1956, le traité de l'Iran avec l'Éthiopie en 1968, le traité de l'Iran avec le Malaisie en 1968, le traité de l'Iran avec la Corée du sud en 1969, le traité de l'Iran avec la Turquie en 1969.

15 Le TBI de l'Iran avec l'Arménie en 1995, le TBI de l'Iran avec le Belarus en 1995, le TBI de l'Iran avec le Tadjikistan en 1995, le TBI de l'Iran avec le Pakistan en 1995, le TBI de l'Iran avec le Kazakhstan en 1996, le TBI de l'Iran avec le Turkménistan en 1996, le TBI de l'Iran avec l'Ukraine en 1996, le TBI de l'Iran avec le Yémen en 1996, le TBI de l'Iran avec le Bosnie-Herzégovine en 1996, le TBI de l'Iran avec le Kirghizstan en 1996, le TBI de l'Iran avec l'Azerbaïdjan en 1996, le TBI de l'Iran avec la Turquie en 1996, le TBI de l'Iran avec le Liban en 1997, le TBI de l'Iran avec l'Afrique du Sud en 1997, le TBI de l'Iran avec la Syrie en 1998, le TBI de l'Iran avec la Suisse en 1998, le TBI de l'Iran avec la Pologne en 1998, le TBI de l'Iran avec le Coré du sud en 1998, le TBI de l'Iran avec la Bulgarie en 1998, le TBI de l'Iran avec l'Italie en 1999, le TBI de l'Iran avec le Qatar en 1999, le TBI de l'Iran avec le Soudan en 1999, le TBI de l'Iran avec la Croatie en 2000, le TBI de l'Iran avec l'Ouzbékistan en 2000, le TBI de l'Iran avec la Chine en 2000, le TBI de l'Iran avec la Macédoine en 2000, le TBI de l'Iran avec le Maroc en 2001, le TBI de l'Iran avec l'Autriche en 2001, le TBI de l'Iran avec la Tunisie en 2001, le TBI

Normalement, les TBI sont adoptées sur une base de réciprocité, ce qui suppose l'existence de flux croisés d'investissements entre les parties contractantes. Par exemple, le modèle européen de TBI comporte souvent une clause dite « d'encouragement » (article 2) des investissements à la manière suivante : « *Chacune des parties contractantes autorise et encourage, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent accord, les investissements effectués par les nationaux et sociétés de l'autre partie sur son territoire et dans sa zone maritime* ».

Cette clause d'encouragement des investissements n'a pas la portée de libérer l'admission des investissements des ressortissants d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante. En fait, cet article permet à chaque législation le soin de réglementer les formalités exigées à l'admission des investissements étrangers.

Compte tenu de l'accord de Vienne entre l'Iran et les Pays de 5+1 sur la question nucléaire en 2015, l'adoption d'une approche libérale comme celle des Etats-Unis pour l'admission des investissements étrangers est plus favorable en droit international de l'investissement car ça apportera une protection plus vaste aux investisseurs étrangers sur la base des normes internationales comme le traitement national et la clause de la nation plus favorisée. Tandis que l'approche française sera encadrée de plus en plus avec l'idée de protectionnisme.

## 2. L'IMPACT DES TBI SUR LA QUESTION DE PRÉ-INVESTISSEMENT

Dans presque la moitié des TBI iraniens, les parties se sont engagées à fournir à l'investisseur étranger des

de l'Iran avec le Bangladesh en 2001, le TBI de l'Iran avec l'Oman en 2001, le TBI de l'Iran avec la Roumanie en 2002, le TBI de l'Iran avec la Malaisie en 2002, le TBI de l'Iran avec l'Allemagne en 2002, le TBI de l'Iran avec le Coré du nord en 2002, le TBI de l'Iran avec le Bahreïn en 2002, le TBI de l'Iran avec l'Espagne en 2002, le TBI de l'Iran avec la Finlande en 2002, le TBI de l'Iran avec la France en 2003, le TBI de l'Iran avec l'Algérie en 2003, le TBI de l'Iran avec l'Éthiopie en 2003, le TBI de l'Iran avec la Serbie en 2003, le TBI de l'Iran avec le Monténégro en 2003, le TBI de l'Iran avec le Venezuela en 2005, le TBI de l'Iran avec la Moldavie en 1995, le TBI de l'Iran avec la Philippines en 1995, le TBI de l'Iran avec le Zimbabwe en 1999, le TBI de l'Iran avec le Sri Lanka en 2000, le TBI de l'Iran avec la Grèce en 2002, le TBI de l'Iran avec l'Indonésie en 2005, le TBI de l'Iran avec la Suède en 2005, le TBI de l'Iran avec le Koweït en 2006, le TBI de l'Iran avec l'Afghanistan en 2006, le TBI de l'Iran avec le Libye en 2006, le TBI de l'Iran avec le Chypre en 2009, le TBI de l'Iran avec le Viêt Nam en 2009.

conditions appropriées<sup>16</sup>. Dans certains des TBI iraniens, cet engagement a été manifesté dans le cadre des lois des pays d'accueils<sup>17</sup>.

Dans le TBI entre l'Iran et la France, les parties n'ont pas précisé ce type d'engagement mais ont opté pour des mécanismes pratiques pour l'investisseur étranger. Il s'agit par exemple de l'engagement relatif à l'autorisation d'entrée, de séjour, de voyage, de travail et d'embauche. Ce type de disposition peut apporter des nouveaux concepts pour le future et nous pouvons proposer ces types de la clause au sein des TBI avec les autre pays et surtout après la conclusion de l'accord de Genève à la suite du programme nucléaire.

Dans tous les TBI iraniens les parties s'engagent aussi à accueillir l'investisseur étranger sauf dans un TBI où les deux Etats n'ont pas manifesté leur intention<sup>18</sup>. Pourtant dans le protocole de ce traité les parties s'engageaient à donner l'autorisation à l'investisseur étranger. Dans le TBI de l'Iran avec l'Allemagne et la France, les parties précisent que l'accueil de l'investisseur étranger sera effectué par l'autorité compétente de pays d'accueil en espèce OIETAI (Organisation d'investissement et d'assistance économique et technique de l'Iran). Dans le TBI entre l'Iran et la Turquie, les deux Etats déclarent leur intention d'accueillir l'investisseur étranger à la condition que soit garantie une protection égale vis-à-vis les investisseurs des pays tiers. Autrement dit, ils demandent une protection absolue conformément aux normes du droit international et la clause du traitement de la notion plus favorisé.

Dans tout les TBI iraniens, la question de l'autorisation de l'investissement a été précisée sauf dans les deux TBI<sup>19</sup>, que les parties n'ont pas abordé à ce sujet. Les TBI iraniens, ont toujours eu pour référence, la loi interne pour la demande de l'autorisation de l'investissement étranger.<sup>20</sup> Dans le TBI de l'Iran avec

certaines Etats, les parties ont donné quelques exemples pour présenter les différents types de l'autorisation<sup>21</sup>.

Dans le TBI entre l'Iran et la Finlande, les deux Etats soulignent que l'autorisation de l'investissement étranger doit être en conformité avec la politique nationale du pays d'accueil. Afin d'illustrer le sujet, on peut donner quelques exemples qui peuvent être intéressants pour l'investisseur étranger dans le futur TBI, par exemple l'autorisation pour embaucher des personnes qualifiées de nationalité étrangère pour le poste de PGD, ou distribuer une licence, ou l'autorisation pour la conclusion des contrats transferts de technologie ou les contrats commerciaux ou administratifs. On peut également rajouter l'autorisation pour le séjour et l'administration de projet de l'investissement.

Mais, les TBI conclus par les États-Unis, en considération du principe du traitement national (TN) et du traitement national plus favorisé (TNF), prévoient normalement la liberté d'admission des investissements dans les termes suivants : « *Chaque partie s'engage à maintenir un climat favorable, sur son territoire, aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre partie contractante; Chaque partie contractante permettra, notamment, l'établissement et l'acquisition de ces investissements à des termes et conditions qui leur garantiront un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle garantit, dans des circonstances analogues, à ses propres nationaux et sociétés, ou aux nationaux et sociétés de pays tiers, si ce dernier traitement est plus favorable* »<sup>22</sup>.

En vertu de cet article, et au contraire du modèle européen, les États contractants appliquent le principe de TN traitement national et de la NPF tant à la phase de pré-investissement qu'à la phase de l'investissement elle-même (post-établissement). En fait, ces différences de systèmes ont été l'un des raisons importantes pour arriver à la création de l'AMI<sup>23</sup>.

16 Les TBI de l'Iran avec Corée du sud, l'Ethiopie, le Venezuela, l'Algérie, l'Autriche, la Corée du nord, le Qatar, la Chine, l'Allemagne, le Bahreïn, l'Ouzbékistan, le Malaisie, la Tunisie, l'Italie, le Bangladesh, le Soudan, le Liban, la Serbie, le Monténégro, l'Oman, l'Afrique du sud.

17 Les TBI de l'Iran avec la Suisse, la Macédoine, la Corée du sud, l'Ethiopie, le Venezuela, l'Algérie, l'Autriche, la Coré du nord, le Qatar, la Chine, l'Allemagne, le Bahreïn, l'Ouzbékistan, la Tunisie, l'Italie, Bangladesh, le Liban, la Serbie, le Monténégro, l'Afrique du sud.

18 Le TBI de l'Iran avec l'Arménie en 1995.

19 Le TBI de l'Iran avec le Malaisie en 2002 et Le TBI de l'Iran avec l'Ukraine en 1996.

20 Les TBI de l'Iran avec l'Ethiopie, l'Algérie, la Corée de nord, le Bahreïn, l'Ouzbékistan, la Tunisie, la France, l'Allemagne, la Corée

du sud, le Qatar, l'Afrique du sud, la Macédoine, l'Oman, la Serbie, le Monténégro, la Pologne, le Liban, le Bangladesh, l'Italie, le Maroc, l'Espagne, la Roumanie, le Bosnie, Herzégovine, le Tadjikistan, le Turkménistan, le Kirghizstan, le Venezuela, l'Azerbaïdjan, la Croatie, la Bulgarie, la Corée du sud.

21 Les TBI de l'Iran avec l'Azerbaïdjan, la Corée du sud, la Suisse, la Finlande, la Roumanie, l'Allemagne, la France.

22 U. S DEPARTMENT OF STATE. Farmers Begin a new Season with hope. Disponivel em: <Www.state.gov>.

23 JUILLARD, (P).A propos du décès de l'AMI. AFDI, 1998. p. 595-612; VADCAR, (C).Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement: problématique de l'adhésion des pays du Sud. JDI, 1998. p. 9-44; KODAMA, (Y). The Multilateral Agreement on Investment and its legal implication for newly industrializing economies. JWT, v. 32, n. 4, p. 21-40, 1998.

En ce qui concerne le droit français, les relations financières entre la France et l'étranger sont libres conformément à l'article L.151-1 du code monétaire et financière. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article L.151-3 du code précité, sont soumis à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'économie, les investissements en France qui participent à l'exercice de l'autorité publique ou relèvent des activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ou des recherches, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives. Le code monétaire et financier (article R.151-1 et suivant) définit précisément la nature de ces activités.

Cette disposition nous démontre une approche restrictive et semblable au droit iranien par rapport au modèle américain qui est basé sur une liberté plus avantageuse pour l'investisseur étranger. Parce que selon l'article 5-7 de la loi 2001 sur l'encouragement et la protection de l'investisseur étranger, la demande d'acceptation et l'autorisation de l'investissement sera délivrée après l'approbation du Conseil de l'investissement étranger dans le cadre de l'OIETAI<sup>24</sup>. Nous pensons qu'une

24 **ARTICLE 5.** - L'Organisation est l'unique instance officielle responsable de l'encouragement des investissements étrangers en Iran et de la vérification de toutes les questions relatives aux investissements étrangers. Toutes les demandes des investisseurs étrangers relatives à la réception, à l'entrée, à l'emploi et à la sortie des capitaux doivent y être soumises; **ARTICLE 6.** - Pour vérifier les demandes objet de l'article (5) et en décider, se réunit un conseil dit le Conseil de l'investissement étranger préside par le Vice-ministre de l'économie et des finances, qui se charge en même temps de la direction générale de l'Organisation, et compose du Vice-ministre des Affaires étrangères, du Vice-président de l'Organisation nationale de la gestion et du plan, du Vice - gouverneur de la Banque de la République islamique d'Iran et, le cas échéant, des adjoints des ministères concernés. Quant à la demande d'acceptation, l'autorisation de l'investissement est délivrée après l'approbation du Conseil et la confirmation et la signature du Ministre de l'économie et des finances. Lors de l'acceptation de l'investissement étranger, le Conseil doit respecter les termes de l'article 2 de la présente loi; **Remarque.** - L'Organisation est tenue, après une étude préliminaire, de mettre les demandes d'investissement, accompagnées de son avis, en discussion au Conseil au plus dans un délai de 15 jours suivant leur réception. Le Conseil doit étudier lesdites demandes et notifier par écrit sa décision définitive au plus tard dans un délai de 1 mois à compter de leur mise en discussion; **ARTICLE 7.** - En vue de faciliter et d'accélérer la procédure relative à l'acceptation et à l'activité des investissements étrangers dans le pays, tous les organismes concernés tels que le Ministère de l'économie et des finances, le Ministère des Affaires étrangères, le Ministère du commerce, le Ministère du travail et des affaires sociales, la Banque d'Iran, l'Administration des douanes, le Registre des sociétés et de la propriété industrielle et le Département de la protection de l'environnement

approche américain sera dans l'intérêt des futurs TBI iraniens parce que l'investisseur étranger sera traité avec des normes internationales et en égalité de traitement avec les investisseurs internes de l'Etat d'accueil.

Certains TMI ont autorisé cependant de garantir la tendance vers l'assouplissement des mesures d'admission des investissements internationaux dans l'optique de les encourager. Ainsi, le traité sur la Charte de l'énergie protège aussi bien la phase de l'établissement que la phase post-établissement, si bien que le système ne prévoit pas une obligation de résultat pour ce qui examine l'étape d'admission des investissements.

L'article 10 du traité sur la Charte de l'énergie précise en effet que chaque partie contractante encourage et crée des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissement. Ces conditions contiennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable, une protection et une sécurité constante ne comportant aucune entrave résultant notamment de mesures déraisonnables ou discriminatoires.

Le traité dispose en outre que Chaque partie doit essayer d'accorder aux investisseurs des autres parties contractantes, la réalisation d'investissements dans sa zone, le bénéfice du traitement national ou du traitement le plus favorable réservé à des investisseurs tiers. Nous pensons que les obligations du traitement national et du TNF restent d'application restreinte dans la mesure où les parties contractantes n'ont pas vraiment une obligation de résultat, et ils doivent faire tous des efforts possibles et ils ont seulement un devoir d'encouragement à l'égard de l'investisseur étranger. Compte tenu de la position actuelle de l'Iran qui est membre observateur de ce traité, il faut une modification dans le cadre de la loi 2001 concernant la loi sur l'encouragement et la protection de l'investissement étranger en particulier l'article 5 et 7 de cette loi afin d'attirer de plus les investisseurs étrangers dans les domaines d'énergies.

En revanche, les dispositions relatives au traitement national (article 1102) et au traitement de la NPF (article 1103) contenues dans l'ALENA, ont un caractère plus contraignant. Parce qu'ils prévoient que cha-

sont tenus de nommer, par la signature de la plus haute autorité, un représentant muni de pleins pouvoirs auprès de l'Organisation. Les représentants ainsi nommes seront reconnus comme agent de relation et coordinateur des affaires entre l'organisme d'origine et l'Organisation.

que partie accordera ledit traitement aux investisseurs et aux investissements d'une autre partie, concernant l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation de ces investisseurs ou investissements. Également, l'article 1106 interdit aux États parties d'imposer des obligations propres en rapport avec l'établissement ou à l'acquisition d'un investissement dans le territoire de l'État d'accueil. Ceci a évidemment pour effet de diminuer les entraves possibles que le droit interne des États pourrait imposer à l'établissement d'un investissement provenant de l'étranger<sup>25</sup>.

Parmi les autres traités multilatéraux et régionaux contenant des dispositions similaires, peuvent être cités :

- Le Traité de libre-échange ci-après (TLE) de 1994 entre la Colombie, le Mexique et le Venezuela (Article 17-03), par lequel le TN et le TNF sont accordés aux investisseurs et investissements de l'autre partie, le droit de chaque partie d'exiger certaines formalités en matière d'établissement de l'investissement.

- Le cadre légal de l'ASENA (L'Association des nations de l'Asie du Sud-est) sur la création d'une zone pour le libre-échange et l'investissement international indique le TN à tous les investisseurs, alors que le TNF seulement aux États membres. Et enfin les principes APEC (Asie-Pacifique economic cooperation) sur l'investissement comportent aussi des droits à l'établissement sur la base du TN et du TNF, si bien qu'ils ne sont pas revêtus d'un caractère obligatoire<sup>26</sup>.

### 3. L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE ARBITRALE SUR CETTE QUESTION

Afin de bien comprendre la question il nous convient de voir la position de la jurisprudence et les tribunaux arbitraux, à ce propos l'affaire *Mihaly c. / Sri Lanka*, un tribunal CIRDI a dû pour la première fois expliquer si certaines dépenses pré-contractuelles constituaient un investissement. En d'autres termes, cela

consistait à savoir si certaines dépenses dans la période du pré-investissement pouvaient relever de la compétence du Centre<sup>27</sup>. En l'espèce, la société américaine *Mihaly international Corporation* avait acquis le bénéfice de plusieurs lettres d'intention de la part de l'État du Sri Lanka, relatif à un appel d'offres pour la construction et l'exploitation d'une centrale électrique, sous la forme d'un contrat BOT (*Build, operate, transfer*)<sup>28</sup>.

Pendant des négociations la société avait fait de fortes dépenses afin de réaliser le contrat avec l'État du Sri Lanka. Toutefois à la suite de son exclusion définitive du projet, la société a intenté une action contre l'État devant un tribunal CIRDI sur le fondement du TBI entre les États-Unis et l'État du Sri Lanka, en réclamant le remboursement des sommes engagées dans la phase de négociation du projet. Le tribunal s'était déclaré incompetent pour résoudre l'affaire, en considérant que les sommes dépensées par la société ne constituaient pas un investissement dans le cadre du TBI.

Pour parvenir à cette conclusion, la juridiction arbitrale avait en premier lieu analysé le caractère contraignant des lettres d'intention émises par l'État. Dans la première lettre (*letter of intent*) l'État acceptait un certain nombre de principes concernant les bases de la négociation et donnait à la société américaine une période d'exclusivité de six mois pendant laquelle les parties devaient arriver à un projet d'accord. La période d'exclusivité écoulée, une nouvelle lettre fut envoyée à la société américaine (*letter of agreement*), dans laquelle les représentants du Secrétariat pour l'infrastructure et le développement et l'investissement (SIDI) et le Conseil de l'électricité (*Ceylon Electricity Board-CEB*), lui affirmaient leur sanction des progrès faits afin de compléter les conditions résultant de la première lettre d'intention (*letter of intent*).

Cependant ce nouveau document démontrait que l'efficacité de la lettre en question (*letter of agreement*) était exposés à ce que le CEB puisse accorder avec la société SAEC (*South Asia Electricity company*, c'est-à-dire avec la société enregistré au Sri Lanka pour négocier et administrer la distribution de l'électricité. Enfin, une troisième lettre (*letter of extension*), a été émise en répon-

25 Les différentes exemples de contrôles exercés par les pays sur l'accès à leur économie nationale cités par la CNUCED. Admission and establishment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, p.8-10; L'ALENA prévoit toutefois certaines réserve et exception citées à l'article 1108.

26 UNCTAD, 1996 a, vol. II, p. 536.

27 *Mihaly international corporation c./ République démocratique socialiste de Sri Lanka*, l'affaire précitée à la note n° 91.

28 BEN HAMIDA (W). Les contrats BOT à l'épreuve du nouveau droit des investissements internationaux, in Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international à l'académie de droit international de la Haye. TDM, v. 4, issue 4, juillet 2007. Disponible em: <www.transnational-dispute-management.com>

se à la demande faite par la société américaine pour le rétablissement de l'exclusivité du projet.

Cette troisième lettre indiquait que le document ne constituait en soi une obligation pour aucune des parties, en dépit du fait qu'elle manifestait l'intention de s'efforcer, autant que possible, à se conformer aux lois et règlements applicables au Sri Lanka, afin d'aboutir à un accord avec la société américaine. Après l'analyse de ces documents, le tribunal avait estimé qu'il n'y a jamais eu de contrat entre les parties pour la construction, l'acquisition ou l'exploitation de l'usine électrique.

Concernant le TBI entre les États-Unis et le Sri Lanka du 20 septembre 1991, le tribunal précise que celui-ci comporte des normes relatives à la définition de l'investissement ainsi que sur les conditions pour son admission. Pourtant, comme remarqué par le tribunal, la société demanderesse n'avait pas apporté de preuve de l'interprétation du traité ou de la pratique des États sur la possibilité que le pré-investissement et les dépenses pour le développement soient acceptés comme un investissement, en l'absence du consentement de l'État d'accueil à la mise en œuvre du projet. En d'autres termes, le tribunal n'avait pas exclu la possibilité qu'un pré-investissement puisse être protégé par le traité dans certaines circonstances, sauf exclusion expresse prévue par le traité<sup>29</sup>.

Au regard du texte du TBI, rien n'exclut la possibilité de protéger les investissements dans leur phase d'établissement et acquisition. De plus, l'article 1 prévoyait une définition large de l'investissement, incluant : «(ii) une entreprise ou des actions ou d'autres intérêts dans une société ou dans les actifs de celle-ci; (iii) une demande d'argent ou une demande de prestations ayant une valeur économique, et associée à un investissement; tout droit conféré par la loi ou le contrat, les licences et les permis, conformément à la loi ».

Il ne fait donc aucun doute que la protection accordée par le traité n'était pas limitée à l'existence d'un lien contractuel et que la société demanderesse aurait pu demander une indemnisation sur le fondement, soit de la création de la société *SAEC*, soit des dépenses associées à l'établissement de son investissement, sous la loi de l'État de Sri Lanka. Cette décision a été très critiquée par la doctrine, mais en réalité il ne pourrait être reproché au tribunal de ne pas avoir cherché à prouver que

les dépenses réalisées par la société américaine étaient couvertes par le traité.

Car il appartenait à cette société et non au tribunal d'apporter la preuve que dans la mise en place d'un contrat de BOT, les dépenses avaient une valeur économique lié avec un investissement, y compris la création de la société au Sri Lanka<sup>30</sup>. De plus, même si le tribunal arbitral s'était déclaré compétent sur le fondement d'une définition large de l'investissement, il n'est pas sûr que l'État eusse été condamné sur le fond.

En effet, pour que l'État d'accueil engage internationalement sa responsabilité, son comportement doit être contraire aux droits protégés par le traité. En l'espèce, il s'agissait de prouver qu'il n'avait pas consacré un traitement juste et équitable vis-à-vis de l'investisseur, ou qu'il aurait manqué à l'obligation du traitement national (ou du TNF) au moment de l'étape de l'établissement et de l'acquisition de l'investissement ; ce qui n'était pas démontré en l'espèce. Au contraire, il apparaît que le Sri Lanka lui avait donné un traitement conformément à la pratique des États en matière des contrats ou concession BOT.

L'article II du TBI entre les États-Unis et le Sri Lanka portant sur l'application du traitement juste et équitable, du traitement national et du NPF précise : « Aucune des parties ne pourra en aucune manière altérer par des mesures arbitraires et discriminatoires la gestion, l'opération, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, l'acquisition, l'expansion ou la disposition des investissements ..... sujet au droit relatif à l'entrée et au séjour des étrangers, ressortissants de l'une des parties doivent être autorisés à entrer et à rester sur le territoire de l'autre partie dans le but d'établir, développer, administrer ou conseiller sur l'exploitation d'un investissement auquel ils, ou une entreprise de la première partie qui les emploie, ont engagé ou sont sur le point d'engager une quantité importante de capitaux ou d'autres ressources .... Aucune des parties ne doit imposer des exigences de performance en tant que condition de création, d'expansion ou de maintien des investissements, qui exigent ou exécutent les engagements aux biens d'experts produits, ou qui précisent que les biens ou les services doivent être achetés sur place, ou qui imposent d'autres

29 *Pb. Gruslin c./ Malasie*, ICSID Case n° ARB/99/3, Sentence du 27 novembre 2000, 5 ICSID Report, 2002, p. 484.

30 BEN HAMIDA (W). The Mihaly v. Sri Lanka Case : some thoughts relating to the status of pre investments expenditure. *International investment law and arbitration*, Cameron, , p. 47-66, May, 2005.

conditions nécessaires similaires »<sup>31</sup>.

Dans l'affaire *W. Nagel c. / République tchèque*, résolue sous l'égide de l'Institut de la Chambre de Commerce de Stockholm, le tribunal arbitral avait refusé de qualifier d'investissement un accord de coopération<sup>32</sup>. L'investisseur avait alors introduit une instance d'appel devant les juridictions suédoises (Svea Court of Appeal). Ladite cour d'appel rejeta toutefois la demande sur la base des mêmes motifs que ceux retenus par le tribunal arbitral, à savoir que l'accord ne conférait à l'investisseur aucun droit pour l'obtention de la licence d'exploitation du service de téléphonie mobile GSM<sup>33</sup>.

En l'espèce, il s'agissait d'un accord conclu entre *W. Nagel* de nationalité britannique et l'une entreprise publique tchèque en charge des télécommunications (*SRA*), concernant l'obtention d'une licence de téléphonie mobile GSM. Exclu du projet, *W. Nagel*, a engagé une action contre la République tchèque sur le fondement du TBI signé entre cet État et le Royaume Uni le 10 juillet 1990. *W. Nagel* indiquait que la République tchèque avait dérogé les obligations conventionnelles car son investissement rentrait dans la catégorie des créances de sommes d'argent ou des droit à la prestation effectuée en vertu d'un contrat (Article 1(a)iii du TBI) et ayant une valeur financière.

Le tribunal arbitral s'était limité alors à l'analyse du texte de l'accord de coopération pour déterminer si celui-ci pouvait être considéré comme un contrat avec l'État par lequel il serait accordé des droits ayant une valeur économique ou financière. Le tribunal avait noté que l'accord n'obligeait pas les parties à une contribution financière au projet. Il exposait seulement que des actions, des contributions de capital et des prêts seraient exigés une fois le consortium formé. La juridiction en conclut donc que l'accord n'était qu'une étape préparatoire du projet qui était non contraignante pour les parties. Par conséquent, il ne créait aucun droit ayant une valeur économique pour le demandeur<sup>34</sup>.

31 U. S DEPARTMENT OF STATE. Farmers Begin a new Season with hope. Disponible em: <Www.state.gov>.

32 WILLIAM, Nagel c. / République tchèque, Sentence du 9 septembre 2003, SCC Case n° 49/2002, 1 SAR, 2004, p. 145. Disponible em: <www.sccinstitute.com/uk>

33 WOLTERS (Y). The meaning of « investment in treaty disputes: substantive or jurisdictional? Lessons from Nagel v. Czech Republic and S.D. Myers v. Canada. *JWI & T*, v. 8, n. 1, p. 175-185, 2007.

34 Selon le tribunal, « Comme indiqué plus haut, l'engagement fondamental dans l'accord de coopération a été que les parties devraient travailler ensemble

Dès lors, il semble approprié de s'interroger sur les conditions dans lesquelles une attente légitime de la part de l'investisseur peut exposer la responsabilité internationale de l'État. Est-ce que cette attente légitime répond à un principe général de droit ou est-ce qu'elle doit être envisagée selon du TBI ou TMI en question<sup>35</sup>? Dans l'affaire *S.D. Myers c. / Canada*, le Canada affirmait que Myers n'était pas véritablement un investisseur car les sommes d'argent dépensées ne l'avaient été que pour la publicité de ses services au Canada.

Et ladite société n'avait pas encore développé son investissement au Canada. En d'autre terme, l'entreprise était dans une étape de préparation pour l'établissement de son investissement au Canada. Écartant cette argumentation, le tribunal arbitral avait estimé que Myers (*SMDI*) représentait bel et bien un investisseur ayant réalisé un investissement au Canada sur la base de l'ALENA<sup>36</sup>.

En outre, la solution de cette affaire amène à s'interroger sur les raisons pour lesquelles il fut considéré que Myers avait une attente lui donnant le droit de réclamer une indemnisation à l'égard de l'État canadien. Dans le cas de *Nagel*, l'accord de coopération n'était pas suffisant pour prouver la responsabilité internationale de la République tchèque. En effet en l'espèce, l'investissement été effectué par le moyen d'une société de droit local (*Myers Canada*), alors que dans l'affaire *Nagel* l'accord de coopération ne remplissait pas la notion de bien ou d'investissement donné par le traité.

Également, il convient de préciser comme dans l'affaire *Mihaly*, que le demandeur dans l'affaire *Nagel*

---

*dans le but d'obtenir une ..... licence. Il n'y avait pas, et ne pouvait pas, de garantie que la licence serait en fait obtenue. Cela dépendrait du gouvernement, et le gouvernement n'avait fait aucun engagement à cet égard. M. Nagel ne pouvait faire plus que d'espérer que sa collaboration avec la société d'État augmente ses chances de participer à l'opération en République Tchèque, mais il ne pouvait pas être certain d'obtenir une licence. Bien qu'il ait été encouragé par diverses remarques des ministres ou des fonctionnaires du gouvernement ou par l'intérêt général qu'ils ont démontré dans ses plans, ce n'était pas suffisant pour élever ses perspectives sur la base de l'accord de coopération au niveau d'une «attente légitime» avec une valeur financière ».*

35 SNODGRASS (E). Protecting investor's legitimate expectations: recognizing and delimiting a general principle. *ICSID Rev*, p. 1-58, 2006.

36 « Lors de la procédure, il y a eu un débat considérable quant à savoir si Myers Canada rentrait dans une des catégories de la définition d'investissement. Preuve a été présentée pour démontrer que SMDI a prêté de l'argent à Myers Canada et que SMDI avait un espoir qu'elle aurait part aux revenus ou aux bénéfices, s'il y en avait. En fait, certains paiements pour les services ont été faits par Myers Canada à SMDI ».

n'avait pas présenté la preuve des apports en capitaux ou en nature, à un projet d'investissement. Pourtant, même si des contributions et de dépenses dans l'étape d'établissement de l'investissement, c'est-à-dire du pré-investissement, avaient été démontrées, on pense que le TBI entre la République tchèque et le Royaume Uni n'accordait pas une protection effective dans cette période.

En effet, le TBI en question suit le modèle français du TBI<sup>37</sup>, en ce qu'il comporte seulement une clause d'encouragement des investissements, qui ne crée pas une vraie obligation de résultat pour l'État. L'article II est rédigé de la façon suivante: « *Chaque partie contractante encourage et doit créer des conditions favorables pour les investisseurs de l'autre Partie contractante à investir des capitaux sur son territoire sous réserve de son droit d'exercer les pouvoirs conférés par ses lois* ».

Il nous convient de rappeler que les normes concernant le traitement national et le TNF (article III) sont seulement applicables à la gestion, la maintenance, l'usage et la jouissance des investissements. Rien n'est dit concernant l'établissement et l'acquisition des investissements. En revanche, dans l'affaire *Myers*, l'ALENA était applicable et tout dépendait des dispositions du traité. On peut avouer l'effet des traités bilatéraux, multilatéraux et régionaux sur la voie de la libéralisation des normes qui régissent les investissements internationaux du présent et du futur.

#### 4. CONCLUSION

Les TBI iraniens sont proches aux TBI français parce que selon le code monétaire et financière (l'article 151), il appartient aux autorités nationales de décider l'intervention et l'autorisation de l'investisseur étranger. Ce rôle en Iran est conféré au OIETAI (Organisation d'investissement et d'assistance économique et technique de l'Iran) qui décide selon les dispositions internes, alors que dans les TBI américains cette question est traitée sur la base des normes TN et TNF dans la phase de pré-investissement et l'oblige l'Etat d'accueil à envisager la question de pré-investissement avec une

approche plus large. Cette approche va attirer les investisseurs étrangers au sein des TBI iraniens compte tenu de l'accord de Vienne entre l'Iran et le groupe de 5+1 sur la question nucléaire.

#### BIBLIOGRAPHIE

BEN HAMIDA (W). The *Mihaly v. Sri Lanka Case* : some thoughts relating to the status of pre investments expenditure. *International investment law and arbitration*, Cameroon, , p. 47-66, May, 2005.

BEN HAMIDA (W). Les contrats BOT à l'épreuve du nouveau droits des investissements internationaux, in Travaux du Centre d'étude et de recherche de droit international à l'accadémie de droit international de la Haye. *TDM*, v. 4, issue 4, juillet 2007. Disponible em: <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>.

CARREAU, (D); JUILLARD, (P). *Droit international économique*. Paris : Dalloz, 2010.

DOLZER, (R); STEVENS (M). *Bilateral Investment Treaties*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers the Hague, 1995.

DOSSIER Investissement direct étranger des États-Unis en 2014. Disponible em: <[http://www.tresor.economie.gouv.fr/12904\\_les-investissements-directs-etrangers-des-Etats-Unis-en-2014](http://www.tresor.economie.gouv.fr/12904_les-investissements-directs-etrangers-des-Etats-Unis-en-2014)>.

DRAFT agreement between the government of the republic of france and the government of the republic of (...) on the reciprocal promotion and protection of investments. Disponible em: <<http://italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf>>.

Droit des investissements internationaux. Régime du droit interne », *Jurisqueur de droit international*, fasc. 572-55.

FRANÇA. *Décret n°67-78 du 27 janvier 1967. FIXANT LES MODALITES D'APPLICATION DE LA LOI 661008 DU 28-12-1966 RELATIVES AUX RELATIONS FINANCIERES AVEC L'ETRANGER*. Disponible em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006637286&cidTexte=JORFTEXT000000877280>>.

FRANÇA. *Loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966. relative aux relations financières avec l'étranger*. Disponible em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTe>>.

37 DRAFT agreement between the government of the republic of france and the government of the republic of (...) on the reciprocal promotion and protection of investments. Disponible em: <<http://italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf>>.

- xte=JORFTEXT000000880207&categorieLien=cid>.
- INVEST IN IRAN. [Homepage]. Disponible em: <<http://www.investiniran.ir/en/home>>.
- INVESTISSEMENTS étrangers en France. Disponible em: <<http://www.tresor.economie.gouv.fr/investissements-etrangers-en-france>>.
- JUILLARD, (P). A propos du décès de l'AMI. AFDI, 1998.
- KODAMA, (Y). The Multilateral Agreement on Investment and its legal implication for newly industrializing economies. *JWT*, v. 32, n. 4, p. 21-40, 1998.
- LA LOI de 1955 concernant de la promotion et la protection de l'investisseur étranger en Iran. In: EF-TEKHAR, (R.). *les modifications des traités bilatéraux d'investissement de l'Iran à la lumière des développements récentes du droit de l'investissement, Mémoire du Master 2*. Téhéran: Université Shahid Beheshti, 2009. p.10-13
- LEBEN, (Ch.). *Le droit international des affaires*. PUF 6ème édition. Cidade: editora, 2003.
- Mihaly international corporation c./ République démocratique socialiste de Sri Lanka, l'affaire précité à la note n° 91.
- MILSTAJN, (A). *L'admissibilité des investissements étrangers: comparaison Etats-Unis/France*. Paris: université paris 1, ano.
- NAFTA. Disponible em: <[http://www.naftanow.org/l'article\\_1108](http://www.naftanow.org/l'article_1108)>.
- Ph. Gruslin c./ Malasie, ICSID Case n° ARB/99/3, Sentence du 27 novembre 2000, 5 ICSID Report, 2002, p. 484.
- SERVAN-SCHREIBER, Pierre. *Approche comparée des investissements internationaux entre la France et les Etats-Unis*. Paris: l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2012.
- SNODGRASS (E). Protecting investor's legitimate expectations: recognizing and delimiting a general principle. *ICSID Rev*, p. 1-58, 2006.
- SUR les lois d'investissement étranger. Disponible em: <<http://www.investiniran.ir/fr/foreigninvestment/laws>>.
- THE COMMITTEE on Foreign Investment in the United States. Disponible em : <<https://www.treasury.gov/resource-center/international/Pages/Committee-on-Foreign-Investment-in-US.aspx>>.
- U.S DEPARTMENT OF STATE. *Celebrating International womens day*. Disponible em: <<https://www.State.Gov/>>.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Consumer Rights Day*. Disponible em: <[http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/UNCTAD-Series-on-issues-on-international-investment-agreements.aspx](http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/UNCTAD-Series-on-issues-on-international-investment-agreements.aspx)>.
- VADCAR, (C). *Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement: problématique de l'adhésion des pays du Sud*. JDI, 1998.
- VANDEVELDE, (K. J.). *United States treaties*. Oxford: Oxford university press, 2009.
- WILLIAM, Nagel c. / République tchèque, Sentence du 9 septembre 2003, SCC Case n° 49/2002, 1 SAR, 2004, p. 145. Disponible em: <[www.sccinstitute.com/uk](http://www.sccinstitute.com/uk)>.
- WOLTERS (Y). The meaning of « investment in treaty disputes: substantive or jurisdictional? Lessons from Nagel v. Czech Republic and S.D. Myers v. Canada. *JWT & T*, v. 8, n. 1, p. 175-185, 2007.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico  
[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br) ou [www.brazilianjournal.org](http://www.brazilianjournal.org).  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.