UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Master 2024

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Actifs numériques sous l'égide des traités bilatéraux d'investissement : protection et étendue

Trilles, Alessio Nicola

How to cite

TRILLES, Alessio Nicola. Actifs numériques sous l'égide des traités bilatéraux d'investissement : protection et étendue. Master, 2024.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:175418

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Université de Genève

pour le séminaire de

Droit international des investissements

auprès du

Docteur Elena CIMA

Actifs numériques sous l'égide des traités bilatéraux d'investissement : protection et étendue

Mémoire de Master

par

TRILLES Alessio

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE ..... **II**

ABRÉVIATIONS RÉCURRENTES ..... **VIII**

INSTRUMENTS JURIDIQUES ..... **IX**

CONTENTIEUX ..... **XII**

I. INTRODUCTION **1**

II. LES ACTIFS NUMÉRIQUES **2**

A. DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 2
1. Notion générique *2*
2. Droit international général *5*
B. DATAS 7
C. MONNAIES NUMÉRIQUES 8
1. Notion générique *8*
2. États et cryptomonnaies *10*

III. ACTIFS NUMÉRIQUES ET TBI **11**

A. L'INVESTISSEMENT 11
1. Approche subjective *11*
2. Approche objective *13*
B. COUVERTURE ET CONSÉQUENCES 19
1. Propriété intellectuelle *19*
2. Datas *26*
3. Monnaies numériques *28*

IV. QUESTIONS ORIENTÉES **30**

A. L'INVESTISSEUR ÉTRANGER 31
1. Qualification selon les TBI *31*
2. L'investisseur étranger à l'ère du digital *33*
B. TERRITORIALITÉ 34
C. STANDARDS DE PROTECTION 35
1. Traitement juste et équitable *36*
2. Obligation de sécurité pleine et entière *37*
D. EXPROPRIATION 38

V. CONCLUSION **40**

Bibliographie

ACERIS LAW LCC, Fair and Equitable Treatment in Investment Arbitration, *in* Aceris Law 23 janvier 2022, [https://www.acerislaw.com/fair-and-equitable-treatment-in-investment-arbitration/#:~:text=Arbitral%20tribunals%20have%20considered%20that,justice%20to%20foreign%20investors.%E2%80%9D%5B] (04.01.2024).

ALJASIM Hesham Ali, Cryptocurrencies as protected investments under bilateral investment treaties : Is there a BIT of coin Protecion ?, thèse Uppsala 2021.

ALVAREZ Fernando/ARGENTE David/VAN PATTER Diana, Are Cryptocurrencies Currencies ? Bitcoin as Legal Tender in El Salvador, Cambridge (National Bureau of Economic) 2023.

ATANASOVA Dafina, Definition of Investment, *in* Jus Mundi 7 novembre 2023, [https://jusmundi.com/en/document/publication/en-definition-of-investment] (09.12.2023).

BANQUE DE FRANCE, Monnaie : de quoi parle-t-on ?, *in* ABC de l'économie juin 2023, [https://abc-economie.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/230602_mot_actu_monnaie_de_quoi_parle_t_on_vdef.pdf] (20.12.2023).

BANTA Natalie, Property Interests in Digital Assets : The Rise of Digital Feudalism, *in* Cardozo Law 10 février 2018, n°38, p. 1099 ss, [file:///Users/mousti/Downloads/SSRN-id3000026%20(5).pdf] (09.01.2024).

BICK Jonathan, All Digital Assets Are Not Legally Equal, *in* Law Journal Newsletters novembre 2017, [https://www.lawjournalnewsletters.com/sites/lawjournalnewsletters/2017/11/01/all-digital-assets-are-not-legally-equal/] (31.12.2023).

BROWNE Ryan, Central African Republic becomes second country to adopt as legal tender, *in* CNBC 28 avril 2022, [https://www.cnbc.com/2022/04/28/central-african-republic-adopts-bitcoin-as-legal-tender.html] (20.12.2023).

BUTERIN Vitalik, A Next Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform, Ethereum White Paper, 2013.

CARBÓ Adrià Budry, Comment je suis devenu e-Estonien, *in* Le Temps 30 mai 2017 [https://www.letemps.ch/economie/cyber/suis-devenu-eestonien] (02.01.2024).

CARTAS Jose/HARUTYUNYAN Artak, Monetary and Financial Statistics Manual and Compilation Guide, Washington (International Monetary Fund) 2017.

CENTRE DE POLITIQUE D'INVESTISSEMENT, Cartographie des clauses IIA, *in* Investment Policy Hub, [https://investmentpolicy.unctad.org/pages/1031/mapping-of-iia-clauses] (07.12.2023).

CFI TEAM, Virtual Good, *in* Corporate Finance Institute, [https://corporatefinanceinstitute.com/resources/valuation/virtual-good/] (26.12.2023).

CHAISSE Julien/BAUER Cristen, Cybersecurity and the Protection of Digital Assets : Assessing the Role of International Investment Law and Arbitration, *in* Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 2020, p. 549 ss.

COLLINS David, Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets, *in* Journal of World Investment and Trade, n°12 (2) 2011, p. 225 ss.

COMMISSION DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNIQUE AU SERVICE DU DÉVELOPPEMENT, La quatrième révolution industrielle au service d'un développement inclusif, *in* Conseil économique et social des Nations unies, [https://unctad.org/system/files/official-document/ecn162022d2_fr.pdf] (09.01.2024).

DOLZER Rudolf/KRIEBAUM Ursula/SCHREUER Christoph, Principles of International Investment Law, 3e éd., Oxford (Oxford University Press) 2022.

DREYFUSS Rochelle/FRANKEL Susy, Reconceptualizing ISDS : When Is IP an Investment and How Much Can States Regulate It, *in* Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 2020, p. 377 ss.

DUBUISSON François, Investissement étranger et droits de propriété intellectuelle, *in* Droit des investissements : Perspectives croisées [ROBERT-CUENDET Sabrina, édit.], Bruxelles (Bruylant) 2017, p. 359 ss.

EXCILIO, Crypto-actifs : un apport au capital d'une société possible, *in* Excilio février 2023, [https://www.excilio.fr/post/apport-en-nature-de-crypto-actifs-au-capital-dune-societe-tout-savoir-en-5-minutes#:~:text=Les%20investisseurs%2C%20qui%20ont%20un,par%20une%20augmentation%20de%20capital.] (21.12.2023).

FAHRNER Ambroise, Double barreled / Two-fold test, *in* Jus Mundi 14 novembre 2023, [https://jusmundi.com/en/document/publication/en-double-barrelled-two-fold-test] (09.12.2023).

FERNANDO Jason, Virtual Good : What It Is, How It Works, Example, *in* Investopedia 21 juillet 2022, [https://www.investopedia.com/terms/v/virtual-good.asp] (26.12.2023).

FOSS-SOLBREKK Katarina, Three routes to protecting AI systems and their algorithms under IP law : The good, the bad and the ugly, *in* Journal of Intellectual Property Law & Practice, n°16 (3), Oxford (Oxford University Press) 2021, p. 247 ss.

FUCHS Arne/PIKA Maximilian, Full Protection and Security (FPS), *in* Jus Mundi 11 décembre 2023, [https://jusmundi.com/en/document/publication/en-full-protection-and-security-fps] (04.01.2023).

GAILLARD Emmanuel, Identify or define ? Reflections on the Evolutions of the Concept of Investment in ICSID Practice, *in* International Investment Law for the 21st Century : Essays in honour of Christoph Schreuer [BINDER Christina/KRIEBAUM Ursula/REINISCH August/WITTICH Stephan, édit.], Oxford (Oxford University Press) 2009, p. 411 ss.

GEIGER Christophe, Le droit international de la propriété intellectuelle lié au commerce : l'accord sur les ADPIC, bilan et perspectives, Strasbourg (Presses Universitaires de Strasbourg) 2017.

GINSBURG Robert, Investor-State Dispute Settlement in the Digital Economy : The Case for Structured Proportionality, *in* Northwestern Journal of International Law & Buisness, n°39 (2) 2019, p. 171 ss.

GROSSE RUSE-KHAN Henning, The Protection of Intellectual Property in International Law, Oxford (Oxford University Press) 2016.

HARROD Edward, Bitcoin : Discovering the Basics of Cryptocurrency : Learning All about This Controversial Cryptocurrency, *in* Createspace Independent Publishing Platform 10 novembre 2017.

HOUBEN Robby/SNYERS Alexander, Cryptocurrencies and blockchain : Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion, requested by the European Parliament's Special Committee on Financial Crimes, Tax Evasion and Tax Avoidance (TAX3 committee), Bruxelles (European Parliament) 2018.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IISD), A Sustainability Toolkit for Trade Negotiators, [https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/about-us/#jump] (07.12.2023).

ISLAM Rumana, The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration : Developing Countries in Context. Singapour (Springer) 2018.

KNOLL-TUDOR Ioana, Fair and Equitable Treatment, *in* Jus Mundi 11 décembre 2023, [https://jusmundi.com/en/document/publication/en-fair-and-equitable-treatment] (04.01.2023).

KONONOW Piotr, What is Metada (with examples), *in* Datadeo 16 septembre 2018, [https://dataedo.com/kb/data-glossary/what-is-metadata] (17.12.2023).

KUIJPER Pieter Jan, Study on investment protection agreements as instruments of international economic law, *in* Investor-state dispute settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements, Volume II, European Parliament 2014, p. 8 ss.

LACHMANN Niels, Einarsson v Canada and Data as Asset in Investor-State Dispute Settlement, *in* Kluewer Arbitration Blog 9 octobre 2023, [https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/10/09/einarsson-v-canada-and-data-as-asset-in-investor-state-dispute-settlement] (18.12.2023).

LERMAN Celia, Domain Name Dispute Resolution and the WTO TRIPS Agreement : WIPO-WTO Colloquium for Teachers of Intellectual Property, *in* Social Science Research Network 16 novembre 2012, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2247702] (26.12.2023).

LIBERTI Lahra, Intellectual Property Rights in International Investment Agreements : An Overview, *in* OECD Working Papers on International Investment, n°01, Paris (OECD) 2010, [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/intellectual-property-rights-in-international-investment-agreements_5kmfq1njzl35-en] (09.12.2023).

LETTERMAN G. Gregory, Basics of international property law, Ardsley (Transnational Publishers) 2001.

LITMAN Jessica, Digital Copyright, Ann Arbor (University of Michigan Library, Publishing Services) 2017.

MALIK Mahnaz, The Full Protection and Security Comes of Age : Yet another challenge for states in investment treaty arbitration ?, The International Institute for Sustainable Development 2011.

MAZZIOTTI Giuseppe, Managing online music rights in the European Digital Single Market : current scenarios and future prospects, *in* Intellectual Property at the Crossroads of Trade [ROSÉN Jan, édit.], Cheltenham, Northampton (Edward Elgar) 2012, p. 142 ss.

MIDDLEMISS Maya, Ultimate list of countries offering e-Residency in 2024, *in* xolo 2 janvier 2024, [https://blog.xolo.io/ultimate-list-of-e-residency-countries] (02.01.2024).

MILLS Ivory, Emergent Challenges in International Law : Investing in ICT, *in* Human Rights and Technology : The 2030 Agenda for Sustainable Development [GARRIDO Mariateresa, édit.], publié par University of Peace, p. 34 ss, [https://www.academia.edu/32077048/Human_Rights_and_Technology_The_2030_Agenda_for_sustainable_development] (27.12.2023).

NAKAMOTO Satoshi, Bitcoin : A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2008.

NANTEUIL Arnaud de, Droit international de l'investissement, 3e éd., Paris (Pedone) 2020.

NIKIÈMA Suzy, Bonnes pratiques : L'expropriation indirecte, *in* Institut international du développement durable (IIDD) mars 2012, [https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practice_indirect_expropriation_fr.pdf] (05.01.2024).

OCDE, Enhancing Access to and Sharing of Data : Reconciling Risks and Benefits for Data Re-Use Across Societies, *in* OCDE 26 novembre 2019, [https://www.oecd-ilibrary.org/sites/276aaca8-en/index.html?itemId=/content/publication/276aaca8-en] (18.12.2023).

OCDE, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, *in* OECD Working Papers on International Investment, n°03, Paris (OECD) 2004, [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf] (04.01.2024) (cité : Fair and Equitable Treatment).

OCDE, Managing Digital Security and Privacy Risk : 2016 Ministerial Meeting on the Digital Economy (Background Report), *in* OECD Digital Economy Papers, n°254, Paris (OECD) 2016, [https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jlwt49ccklt-en.pdf?expires=1704724087&id=id&accname=guest&checksum=3CF2938DB5B4B725AFFD3020B8738E3E] (17.12.2023) (cité : Managing Digital Security).

OKEDIJI Ruth Lade, Is Intellectual Property "Investment" ? Eli Lilly v. Canada and the International Property System, *in* University of Pennsylvania Journal of International Law 2014, p. 1121 ss.

PARTZ Helen, La Biélorussie veut interdire les transactions P2P de cryptomonnaies !, *in* Cointelegraph 3 juillet 2023, [https://fr.cointelegraph.com/news/belarus-wants-to-ban-p2p-cryptocurrency-transactions] (20.12.2023).

PERAMATUKORN Tara, Potential Expropriation Claims against Data Sharing Requirements, *in* New York University Journal of Law & Politics, n°54 (1), p. 249 ss.

POLANCO Rodrigo, The Impact of Digitalization on International Investment Law : Are Investment Treaties Analoogue or Digital ?, *in* German Law Journal 22 mai 2023, n°24 (3), publié par Cambride University Press, p. 574 ss, [https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/impact-of-digitalization-on-international-investment-law-are-investment-treaties-analogue-or-digital/EC552536BFEF0E8AEF3DF250B180E158#metrics] (27.12.2023).

RUCHE Sébastien, Les cryptos se reprennent après l'interdiction du trading en Chine, *in* Le Temps 27 septembre 2021, [https://www.letemps.ch/economie/cryptos-se-reprennent-apres-linterdiction-trading-chine] (20.12.2023).

RYAN Jake, Crypto Asset Investing in the Age of Autonomy : The Complete Handbook to Building Wealth in the Next Digital Revolution, Hoboken (Wiley) 2020.

SALMA Selim, Territoriality of Investment, *in* Jus Mundi 20 novembre 2023, [https://jusmundi.com/en/document/publication/en-territoriality-of-investment] (01.01.2024).

SAN MARTIN, Expropriation, *in* Jus Mundi 26 décembre 2023, [https://jusmundi.com/en/document/publication/en-expropriation] (05.01.2024).

SANTOSH SANSARE Neha, Protecting Digital Intellectual Property in the Digital Era, *in* Medium 20 septembre 2023, [https://medium.com/@sansareneha10/protecting-digital-intellectual-property-in-the-digital-era-3d77fea44349#:~:text=Digital%20IP%20encompasses%20a%20wide,to%20protecting%20these%20valuable%20assets] (26.12.2023).

SCHREUER Christoph, The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties, *in* International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) 20 mai 2005.

STREINZ Thomas, International Economic Law's Regulation of Data as a Resource for the Artificial Intelligence Economy, *in* Artificial Intelligence and International Economic Law : Disruption, Regulation, and Reconfiguration 1er octobre 2021, publié par Cambridge University Press, p. 175 ss, [https://www.cambridge.org/core/books/artificial-intelligence-and-international-economic-law/international-economic-laws-regulation-of-data-as-a-resource-for-the-artificial-intelligence-economy/810A88870076C0F6824324CDB910F82C#] (18.12.2023).

TAYLOR Susan, Regulation of Cryptocurrency Around the World : November 2021 Update, *in* The Law Library of Congress novembre 2021, [https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/llglrd/2021687419/2021687419.pdf] (21.12.2023).

THÉVENOZ Luc/BACHARACH Jeremy/HIRSCH Célian, Les cryptomonnaies et le paiement en droit suisse, *in* La place du consommateur au quotidien, La pratique contractuelle 7, Symposium en droit des contrats, Genève (Schulthess) 2022, p. 77 ss.

TZENG Peter, Salini Test, *in* Jus Mundi 23 octobre 2023, [https://jusmundi.com/en/document/publication/en-salini-test] (09.12.2023).

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II : Scope and Definition, [https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20102_en.pdf] (27.12.2023) (cité : Scope and Definition).

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), World Investment Report 2017 : Investment and the Digital Economy, [https://unctad.org/publication/world-investment-report-2017] (27.12.2023) (cité : Report 2017).

UPRETI Pratyush Nath, Intellectual Property Issues in ISDS, *in* Jus Mundi 11 juillet 2022, [https://jusmundi.com/en/document/publication/en-ip-issues-in-isds] (10.12.2023) (cité : Intellectual Property Issues).

UPRETI Pratyush Nath, Intellectual Property Objectives in International Investment Agreements, Cheltenham (Elgar) 2022 (cité : Intellectual Property Objectives).

ZHANG Sheng, Protection of Cross-Border Data Flows Under International Investment Law, *in* Handbook International Investment Law and Policy [CHAISSE Julien/CHOUKROUNE Leïla/JUSOH Sufian, édit.], Singapour (Springer) 2020, p. 209 ss.

ZHANG Sheng/MITCHELL Andrew, Data Localization and the National Treatment Obligation in International Investment Treaties, *in* World Trade Review 17 décembre 2021, publié par Cambridge University Press, p. 391 ss, [https://www.cambridge.org/core/journals/world-trade-review/article/data-localization-and-the-national-treatment-obligation-in-international-investment-treaties/4664CB8C73E07507F180FAE72C80B473] (18.12.2023).

Abréviations récurrentes

ACEUM	Acccord Canada – États-Unis – Mexique
ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
ALENA	Accord de libre nord-américain
B2B	*Buisness to Buisness*
B2C	*Buisness to Consummer*
C2C	*Citizen to Citizen*
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
ETH	Ethereum
G2C	*Government to Citizen*
IA	Intelligence artificielle
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
P2P	Système pair-à-pair
RED	Registre(s) électronique(s) distribué(s)
SMT	Standard minimum de traitement
TBI	Traité(s) bilatéral(-aux) d'investissement
TJE	Traitement juste et équitable

Instruments juridiques

Accord Canada – États-Unis – Mexique (ACEUM), 1er janvier 2020.

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée du Sud, 1er juillet 2011.

Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), 1er janvier 1994.

Accord entre le Canada et la République Tchèque concernant la promotion et la protection des investissements, 6 mai 2009, (TBI Canada – République tchèque 2009).

Accord entre la Confédération suisse et la République islamique d'Iran concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 8 mars 1998, (TBI Suisse – Iran 1998).

Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 11 juillet 1995, (TBI Suisse – Pakistan 1995).

Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Indonésie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, (TBI Suisse – Indonésie).

Accord entre le Gouvernement de la Confédération suisse et le Gouvernement de la République du Panama concernant la promotion et la protection des investissements, 19 octobre 1983, (TBI Suisse – Panama 1983).

Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Djibouti sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 13 décembre 2007, (TBI Djibouti – France 2007).

Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République d'Irak sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 31 octobre 2010, (TBI France – Iraq 2010).

Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection des investissements, 9 septembre 2012, (TBI Canada – China 2012).

Accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la République italienne relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, 18 juillet 1990, (TBI Maroc – Italie 1990).

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (AGETAC), 30 octobre 1947.

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), 15 avril 1994.

Agreement between Australia and the Oriental Republic of Uruguay on the Promotion and Protection of Investments, 5 avril 2019, (TBI Australie – Uruguay 2019).

Agreement between Japan and the Kingdom of Morocco for the Promotion and Protection of Investment, 8 janvier 2020, (TBI Japon – Maroc 2020).

Agreement between Japan and the Republic of Angola for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, 9 août 2023, (TBI Japon – Angola 2023).

Agreement between the Council of Ministers of Serbia and Montenegro and the Government of the Republic of Lithuania on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 29 mars 2005, (TBI Serbie, Monténégro – Lituanie 2005).

Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 23 janvier 2020, (TBI Hong Kong, Chine RAS – Mexique 2020).

Agreement between the Government of the Republic of Estonia and the State of Israel for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 14 mars 1994, (TBI Estonie – Israël 1994).

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of Romania, 19 avril 1994, (TBI Pays-Bas – Roumanie 1994).

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Republic of Uganda and the Kingdom of the Netherlands, 30 mai 2020, (TBI Ouganda – Pays-Bas).

Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels, 6 novembre 1925, (système de La Haye).

Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, 1891, (système de Madrid).

Code Panafricain des investissements (CPAI), décembre 2016.

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886.

Convention de Bruxelles concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite, 21 mai 1974.

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 20 mars 1883.

Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutant des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, 26 octobre 1961.

Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes, 29 octobre 1971.

Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, (Convention CIRDI).

Convention international pour la protection des obtentions végétales (UPOV), 2 décembre 1961.

Digital Millennium Copyright Act (DMCA), 8 octobre 1998.

Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 3 décembre 2016, (TBI Maroc – Nigeria 2016).

Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de procédure en matière de brevets, 28 avril 1977.

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), 20 décembre 1996.

Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), 20 décembre 1996.

Traité de Singapour sur le droit des marques, 27 mars 2006.

Traité sur le droit des brevets (PLT), 1er juin 2000.

Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, 25 novembre 1959, (TBI Allemagne – Pakistan 1959).

Contentieux

Abaclat and others (formely Giovanna A. Beccara and others) v. Argentine Republic, Award on Juridiction and Admissibility, ICSID Case No. ARB/07/5, 4 août 2011.

Anglia Auto Accessories Limited v. The Czech Republic, Final Award, Stockholm Chamber of Commerce Case No. 2014/181, 10 mars 2017.

Aris Mining Corporation (formerly known as GCM Mining Corp. and Gran Colombia Gold Corp.) v. Republic of Colombia, Decision on the Bifurcated Jurisdictional Issue, ICSID Case No. ARB/18/23, 23 novembre 2020.

Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania, Award, ICSID Case No. ARB/05/22, 24 juillet 2008.

Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama, Decision on Expedited Objections, ICSID Case No. ARB/16/34, 13 décembre 2017.

Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, Award, ICSD Case No. ARB/15/50, 4 septembre 2020.

Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain, Decision on Juridiction and Liability, ICSID Case No. ARB/16/4, 17 mars 2021.

Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia, Award, ICSID Case No. ARB/12/39, 26 juillet 2018.

Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, Award, Permanent Court of Arbitration Case No. 2011-17, 31 janvier 2014.

İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, Award, ICSID Case No. ARB/10/24, 8 mars 2016.

Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica, Decision on Juridiction, ICSID Case No. ARB/14/5, 4 décembre 2017.

Leopoldo Castillo Bozo v. Republic of Panama, Final Award, Permanent Court of Arbitration Case No. 2019-40, 8 novembre 2022.

Limited Liability Company Amto v. Ukraine, Final Award, Stockolm Chamber of Commerce Case No. 080/2005, 26 mars 2008.

Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 1er novembre 2006.

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, Award on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/10, 17 mai 2007.

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/05/10, 16 avril 2009.

Micula Loan, Micula Viorel and others v. Romania, Decision on Juridiction and Admissibility, ICSID Case No. ARB/05/20, 24 septembre 2008.

Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, Award, ICSID Case No. ARB/00/2, 15 mars 2002.

Olguín Eudoro Armando v. Republic of Paraguay, Award, ICSID Case No. ARB/98/5, 26 juillet 2001.

Olympic Entertainment Group AS v. Ukraine, Award, Permanent Court of Arbitration Case, No. 2019-18, 15 avril 2021.

Parkerings-Compagniet AS. v. Republic of Lithuania, Award, ICSID Case No. ARB/05/8, 11 septembre 2007.

Philip Morris Brand SARL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Urugay's Reply on Juridiction, ICSID Case No. ARB/10/7, 20 avril 2012.

PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, Award, Case No. ARB/02/5, 19 janvier 2007.

Saba Fakes v. Republic of Turkey, Award on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/07/20, 14 juillet 2010.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juillet 2001.

Saur International v. Argentine Republic, Decision on Juridiction and Liability, ICSID Case No. ARB/04/4, 6 juin 2012.

Spółdzielnia Pracy Muszynianka c. République slovaque, Prix, Cour permanente d'arbitrage Affaire No. 2017-08/AA629, 7 octobre 2020.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2.

Theodore David Einarsson, Harold Paul Einarsson and Russel John Einarsson v. Canada, ICSID Case No. UNCT/20/6.

Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt, Award, ICSID Case No. ARB/14/4, 31 août 2018.

I. Introduction

Le droit international des investissements a évolué de sorte à laisser émerger, en 1959, le premier traité bilatéral d'investissement (TBI) entre l'Allemagne et le Pakistan[1]. Débutant avec le traité d'amitié et de commerce entre la France et les États-Unis au XVIIIème siècle, la protection des investissements étrangers a suscité une nouvelle détonation chez les pays importateurs de capitaux à la fin du XIXème avec le jaillissement de la doctrine Calvo, soumettant les investisseurs étrangers à la justice nationale de l'État hôte. Puis, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la décolonisation accélère la multiplication des traités bilatéraux d'investissement[2]. Une bataille fait alors rage entre pays importateurs et exportateurs de capitaux pour trouver un compromis les favorisant tous. Les uns souhaitant attirer le plus grand nombre d'investisseurs étrangers qui participeront à leur croissance économique, les autres cherchant une sûreté suffisante pour leurs opérations. Le TBI précité s'inscrit dans ce contexte. Les années septante et quatre-vingt ont favorisé la conclusion de TBI après un déferlement d'expropriations. Mais le point d'inflexion doit être placé à l'effondrement de l'Union soviétique, les TBI passant de 400 en 1989 à environ 2600 de nos jours[3].

Aujourd'hui, à l'heure où sonne la quatrième révolution industrielle, il semble urgent d'adapter le réseau des traités bilatéraux aux défis qu'elle exige[4]. Ainsi, comprendre comment les TBI peuvent appréhender cette nouvelle ère devient un sujet central. Pour ce travail, nous nous attarderons sur l'éventuelle protection que peuvent offrir les TBI au regard des actifs numériques. Dans un monde où tout se digitalise, il nous parait essentiel d'examiner l'étendue de la couverture des TBI et les questions qu'elle soulève.

Pour ce faire, il est crucial de délimiter ce que l'on entend par actif numérique. Le terme n'est pas défini de manière claire et inébranlable. Nous considérerons donc « actifs numériques », les éléments intangibles ayant une valeur économique, sujets par le propriétaire à disposition, aliénation, cession ou donation[5]. Suivant la classification de POLANCO, les actifs numériques

[1] Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, 25 novembre 1959 (TBI Allemagne – Pakistan 1959).
[2] KUIJPER, p. 8 s.
[3] *Ibid*, p. 9 s.
[4] COMMISSION DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNIQUE AU SERVICE DU DÉVELOPPEMENT, p. 6.
[5] BANTA, p. 1099.

peuvent désigner : « des droits de propriété intellectuelle, de la data ou des monnaies numériques »[6].

Nous commencerons par définir chacun des actifs numériques. Nous aborderons ensuite la notion d'investissement et les conditions qu'elle nécessite, avant de se pencher sur la protection des TBI à l'aune des actifs numériques. Nous nous intéresserons enfin à certaines questions que pose l'hypothétique protection des actifs numériques par des développements autour de l'investisseur étranger, les standards de protection, la territorialité et l'expropriation.

II. Les actifs numériques

Nous nous attardons ici sur les actifs numériques et leur définition (respectivement : les droits de propriété intellectuelle, les datas et les monnaies numériques), tout en tenant compte des particularités de chacun.

A. Droits de propriété intellectuelle

Pour permettre une vue d'ensemble satisfaisante, nous traiterons d'abord de la définition générale des droits de propriété intellectuelle pour ensuite se rapprocher du sort que lui réserve le droit international général.

1. Notion générique

Les droits de propriété intellectuelle revêtent plusieurs formes et s'attardent sur les droits couvrant les conceptions émanant de l'esprit. À ce titre, tant les travaux artistiques que les ouvrages littéraires, les inventions, noms, images, designs et autres œuvres commercialisables sont englobés par la propriété intellectuelle. Une grande majorité de la doctrine classe les droits de propriété intellectuelle en quatre catégories générales distinctes : les brevets (*patents*) et droits comparables (*related property*) ; le droit des marques (*trademarks*) ; les droits d'auteur (*copyrights*) et les droits voisins du droit d'auteur (*neighboring rights*) ; les secrets commerciaux (*trade secrets*) et autres droits de propriété intellectuelle[7].

[6] POLANCO, p. 577.
[7] LETTERMAN, p. 1 ss.

Le brevet est un droit d'utilisation exclusif pour une création innovante concrète qui mérite d'être protégée. Les brevets et droits comparables comprennent entre autres, les certificats d'obtention végétales (COV), les semi-conducteurs et les certificats d'utilité, qui octroient le droit d'exploitation pour une durée plus courte qu'un brevet[8]. En revanche, les concepts abstraits ne sont pas couverts par cette catégorie.

Le droit des marques protège, quant à lui, la caractéristique particulière d'une société ou d'une personne et qui permet de la reconnaître immédiatement. Cet attribut peut se retrouver dans le nom de la marque, sur son emballage (une image ou un logo par exemple) mais doit relever de son identité unique et reconnaissable. Le droit comprend donc les marques collectives (nom de groupe), les raisons de commerce et les appellations d'origine[9].

Le copyright préserve la création artistique et littéraire de leur inventeur. Ainsi, les droits littéraires, musicaux et vidéos, ainsi que les logiciels informatiques et les bases de données appartiennent à cette catégorie. Les droits voisins du droit d'auteur sont dus aux artistes considérés comme intermédiaires et qui ont contribué à « la production de l'œuvre, son enregistrement ou à sa diffusion »[10].

La quatrième catégorie concerne les secrets commerciaux (savoir-faire), uniquement s'ils sont susceptibles d'être aliénés ou cédés[11].

Cette classification s'oppose à celle plus minoritaire sciant les droits de propriété intellectuelle en deux classes : la propriété industrielle (*industrial property*) qui contient les brevets (*patents*) et le droit des marques (*trademarks*) et une deuxième classe comprenant les droits d'auteur dans une large définition (*copyright*).

Il est alors aisé de dégager des actifs explicitement « numériques » couverts par les droits de propriété intellectuelle des catégories susdites. Dès lors que les droits de propriété intellectuelle se trouvent être intangibles, le XXIème siècle les force à se digitaliser.

[8] *Ibid*, p. 165.
[9] *Ibid*, p. 211.
[10] *Ibid*, p. 256 s.
[11] *Ibid*, p. 310.

La première catégorie à se numériser est le copyright. En 1998 déjà, les États-Unis tentent de se prémunir contre la « révolution numérique » et codifient le *Digital Millennium Copyright Act*[12], une loi visant à protéger les violations de droits copyright précisément à l'aube de cette révolution[13]. Les domaines à bénéficier de la protection d'un copyright sont nombreux. Le copyright sur la musique en ligne est un pan de la propriété intellectuelle numérique[14]. Viennent ensuite, de manière non-exhaustive, les copyrights sur les photos, les films, les vidéos, dessins et livres en ligne, ainsi que sur les logiciels informatiques ou toute autre création artistique digitale[15].

Les brevets, pour autant que les créations novatrices soient digitales, entreront aussi dans les droits de propriété intellectuelle numériques. À nouveau, les logiciels informatiques pourront tirer profit du brevetage et trouver protection, tout comme les designs, dans la mesure où les conditions pour breveter sont remplies[16].

Cette même approche est appliquée aux secrets commerciaux dont les données sont numérisées. Entre autres, « les algorithmes [et] les codes sources » peuvent faire partie des secrets commerciaux[17].

Bien qu'ils jouissent d'une qualification particulière en raison de l'absence de mention dans les textes en matière de propriété intellectuelle, les noms de domaine (nom en lettres de l'adresse internet et qui permet l'accès au site), purement numériques, seront protégés par la propriété intellectuelle dans la majorité des cas[18].

Quelques précisions doivent toutefois être apportées quant aux logiciels informatiques et l'étendue de la protection dont ils disposent en matière de propriété intellectuelle. Selon POLANCO, leur protection doit s'élargir aux jeux vidéo et aux biens virtuels accessibles à travers eux[19]. Un bien virtuel est une propriété intangible acquérable en ligne sur un jeu. Il ne donne aucun droit à l'acheteur mais lui permet simplement d'avoir accès à des nouveautés ou à une personnalisation de son jeu[20]. Il permet « d'acheter durant la partie des composants ou des

[12] Digital Millennium Copyright Act (DMCA), 8 octobre 1998.
[13] LITMAN, p. 143 ss.
[14] MAZZIOTTI, p. 142.
[15] SANTOSH, p. 1.
[16] *Ibid*, p. 1.
[17] *Ibid*, p. 1.
[18] LERMAN, p. 3 s.
[19] POLANCO, p. 577.
[20] FERNANDO, p. 1.

tenues [skins], comme des boucliers, armures […] et des cartes non-disponibles »[21]. Le bien virtuel permet aussi d'acheter des bonus (*power-ups*) pour la partie en cours[22].

Les droits de propriété intellectuelle numériques sont aussi aptes à protéger un dernier ustensile : l'intelligence artificielle (IA), qui pourrait, avec les algorithmes qui l'enveloppent, bénéficier d'une certaine protection[23]. Si les algorithmes de l'IA ne sont pas couverts par la législation européenne en matière de droits d'auteur, FOSS-SOLBREKK estime qu'ils doivent impérativement l'être[24]. En outre, et malgré certaines incertitudes relatives aux conditions du brevetage, les brevets sont susceptibles d'offrir une protection à l'IA et ses algorithmes[25]. Les secrets commerciaux aussi sont aptes à offrir une protection aux systèmes de l'intelligence artificielle[26].
En définitive, les systèmes de l'IA et les algorithmes qui lui donnent vie pourront trouver refuge sous la protection des droits de propriété intellectuelle numériques, tant sous l'égide du brevet, que sous celle du droit d'auteur et des secrets commerciaux[27].

Ainsi, nous avons vu qu'il existe un certain nombre d'actifs dits « numériques » protégés par les droits de propriété intellectuelle. Pour certains, il est même possible d'aborder leur défense en s'armant de plusieurs droits pour les sauvegarder. Il s'agit dès lors d'apercevoir la protection procurée de manière générale par le droit international aux droits de propriété intellectuelle avant de s'intéresser au sort que leur réserve les traités bilatéraux d'investissement.

2. Droit international général

S'il est certain que les ordres juridiques nationaux protègent, de semblables manières, les droits de propriété intellectuelle, il apparait important de s'attarder sur la protection que leur offre le droit international général. Les premières traces de droit international en matière de propriété intellectuelle remontent au 20 mars 1883 et l'adoption de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle[28] et au 9 septembre 1886, date d'adoption de la

[21] CFI TEAM, p. 1.
[22] FERNANDO, p. 1.
[23] POLANCO, p. 578.
[24] FOSS-SOLBREKK, p. 253.
[25] *Ibid*, p. 256.
[26] *Ibid*, p. 257 s.
[27] POLANCO, p. 578.
[28] Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 20 mars 1883.

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques[29]. Toutes deux couvrent, en leur article premier, un pan de la propriété intellectuelle et intègrent respectivement les États parties à une Union. Ces deux textes ont évolué concomitamment jusqu'à atteindre leur forme finale avec la dernière révision conjointe du 28 septembre 1979. Les deux conventions sont sous l'administration de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et ont donné naissance à d'autres textes postérieurs en matière de propriété intellectuelle[30] : la Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutant des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion[31] ; le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)[32] ; le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)[33] ; la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV)[34] ; la Convention de Genève pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes[35] ; Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels[36] ; Convention de Bruxelles concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite[37] ; l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques[38] ; Traité sur le droit des brevets (PLT)[39] ; Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de procédure en matière de brevets[40] ; Traité de Singapour sur le droit des marques[41].

Leur efficacité pratique est toutefois éclipsée au profit des Accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)[42] de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[43]. Les Accords ont été signé en 1994, venant ainsi compléter l'Accord

---

[29] Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886.
[30] GROSSE RUSE-KHAN, p. 70 ss.
[31] Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutant des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, 26 octobre 1961.
[32] Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), 20 décembre 1996.
[33] Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT), 20 décembre 1996.
[34] Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV), 2 décembre 1961.
[35] Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes, 29 octobre 1971.
[36] Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels, 6 novembre 1925 (système de La Haye).
[37] Convention de Bruxelles concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite, 21 mai 1974.
[38] Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, 1891 (système de Madrid).
[39] Traité sur le droit des brevets (PLT), 1er juin 2000.
[40] Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de procédure en matière de brevets, 28 avril 1977.
[41] Traité de Singapour sur le droit des marques, 27 mars 2006.
[42] Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), 15 avril 1994.
[43] GROSSE RUSE-KHAN, p. 104 s.

général sur les tarifs douaniers et le commerce (AGETAC)[44] qui ne couvrait aucunement la propriété intellectuelle[45].

Il ne faut en revanche pas voir ces textes comme étant des instruments isolés. Ils se combinent et doivent se lire en parallèle. Ainsi, l'article 2 aliéna 2 de l'Accord sur les ADPIC prévoit ce qui suit :

> *« Aucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de la Convention de Paris, de la Convention de Berne, de la Convention de Rome ou du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés. »*

L'Accord intègre en sus, le traitement national (art. 3) ainsi que le mécanisme du traitement de la nation la plus favorisée (art. 4).

Le droit international appréhende donc explicitement la protection des droits de propriété intellectuelle. Il conviendra alors de mesurer l'application faite de cette protection par les traités bilatéraux d'investissement et les questions qui s'y rapportent.

B. Datas

L'information digitalisée (data) est un actif numérique puisqu'elle déploie un intérêt économique[46]. Les données ont tant une valeur intrinsèque qu'extrinsèque. La valeur économique intrinsèque des données constitue la raison principale pour laquelle on souhaiterait l'acquérir[47]. Par exemple, une société ayant la même raison sociale qu'une autre peut vouloir racheter le nom de domaine de son homonyme pour que le nom de domaine renvoie à son site. La valeur extrinsèque de la data est caractérisée par la metadata, qui compose les données qui permettent d'identifier la data (série d'information sur son créateur, la date de sa création, et l'accès offert). En somme, la metada est la data de la data[48]. La valeur extrinsèque est celle qui procure le plus d'intérêts économiques. Certaines entreprises réalisent de grands bénéfices en revendant la metadata de leurs clients à des publicitaires ou autres sociétés intéressées[49]. L'OCDE a divisé la data en quatre catégories, en fonction des personnes impliquées dans son échange. La première est celle de *Buisness to Buisness* (B2B) qui comporte les transactions de

---

[44] Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (AGETAC), 30 octobre 1947.
[45] GEIGER, p. 17.
[46] OCDE, Managing Digital Security, p. 7.
[47] BICK, N 150 ss.
[48] KONONOW, p. 1.
[49] CHAISSE/BAUER, p. 559.

ressources financières d'entreprise à entreprise – les exemple précités entreront dans cette catégorie. La deuxième, *Buisness to Consummer* (B2C), comme les services financiers ou de santé qui impliquent une entreprise et un client. La troisième, *Government to Citizen* (G2C), induit la santé des concitoyens et leurs données de taxation entre le gouvernement et les citoyens. Enfin, la quatrième implique les données de citoyen à citoyen, *Citizen to Citizen* (C2C), telles que les échanges de courriels et de messages sur les réseaux sociaux[50].

Ainsi, il nous est maintenant loisible de s'atteler au regard que portent les TBI à la data.

C. Monnaies numériques

Nous subdivisons le sujet des monnaies numériques en deux analyses : d'une part, la définition générale des cryptomonnaies, d'autre part, l'appréhension des États à leur égard.

1. Notion générique

Les cryptomonnaies sont des monnaies virtuelles qui n'ont pas de lien physique mais qui peuvent être achetées avec l'argent courant, vendues contre cet argent et utilisés pour acheter d'autres biens. Ces dernières sont une subdivision des cryptoactifs, c'est-à-dire tous les actifs numériques usant des registres électroniques distribués (RED). Selon THÉVENOZ *et alii*, les registres électroniques distribués désignent « les registres informatiques conservés et actualisés de façon décentralisée [qui ont] généralement pour fonction d'enregistrer des transactions entre les participants au système. Ces transaction sont libellées dans une unité de compte propre au système, dont chaque unité est désignée par le terme jeton. Le [RED] est souvent désigné par les termes blockchain »[51]. Les cryptomonnaies sont donc protégées par la cryptographie, la sécurisation des informations et des transactions digitales par la blockchain[52]. Le bitcoin, créé par Satoshi Nakamoto, en est une amélioration et a permis la création du système pair-à-pair (P2P). Ce dernier n'a pas besoin d'un serveur centralisé pour effectuer les transactions, celles-ci pouvant se faire simplement entre deux appareils, sans passer par l'intermédiaire d'une base de données centrale. Ainsi, on élude l'entremise des institutions financières pour admettre et contrôler les transactions[53]. Ce système offre un traçage des mouvements, tout en restant dans

[50] POLANCO, p. 578.
[51] THÉVENOZ/BACHARACH/HIRSCH, p. 79 s.
[52] HOUBEN/SNYERS, p. 20 ss.
[53] NAKAMOTO, p. 1 s.

l'anonymat (une signature électronique couvre les transactions, sans qu'aucune autre information personnelle ne soit nécessaire) et à bas coûts. Cependant, seuls 21 millions de bitcoin peuvent être diffusés[54]. Mais pas toutes les cryptomonnaies sont des bitcoins, les autres sont qualifiés d'altcoins. Si la plupart fonctionnent selon l'empire de la blockchain, d'autres ont choisi d'être régies par des systèmes différents, comme l'IOTA[55].

Les cryptomonnaies sont détenues sur des portefeuilles numérisés. Ces derniers sont accessibles grâce à deux clés : une privé et une publique. La clé publique (succession de lettres et de nombres), sorte d'adresse (comparable à un compte bancaire selon THÉVENOZ/BACHARACH/HIRSCH), permet d'identifier le propriétaire. Lorsque l'on cherche à transférer une cryptomonnaie, il est nécessaire de préciser la clé publique. La clé privée, quant à elle, est le code d'accès au portefeuille permettant son utilisation. Les portefeuilles numériques sont soutenus par des logiciels informatiques (Trust wallet, Coinbase), accessibles *via* un ordinateur, un téléphone portable, ou tout autre appareil connecté[56].

Pour savoir comment les TBI approcheraient les cryptomonnaies, il est essentiel de comprendre que chacune d'entre elles possède leurs spécificités. Ainsi, étant donné la diversité et le nombre de cryptomonnaies, nous nous attarderons uniquement sur l'applicabilité des « cryptomonnaies pures » (celles avec la plus grande capitalisation boursière), à savoir le bitcoin et l'ethereum (ETH). Elles sont dites « pures » car « elles consistent exclusivement en des actifs virtuels enregistrés sur la blockchain, et n'ont pas de lien avec d'autres actifs (tels qu'une monnaie officielle, un actif financier ou un métal précieux) »[57]. Ces dernières n'ont pas de valeur intrinsèque, leur prix se fixe uniquement sur la valeur d'usage ; elle est ainsi déterminée par ce que l'offre et la demande sont disposées à payer (valeur très instable). L'ETH utilise la blockchain comme le bitcoin mais permet en sus d'inclure et de développer des applications en son sein[58].

Une fois les cryptomonnaies définies, nous pouvons voir comment les États les intègrent à leur ordre juridique.

---

[54] RYAN, p. 3 s.
[55] HARROD, p. 50.
[56] ALJASIM, p. 17.
[57] THÉVENOZ/BACHARACH/HIRSCH, p. 82.
[58] BUTERIN, p. 20.

2. États et cryptomonnaies

Les États admettent difficilement que les cryptomonnaies soient considérées comme de véritables monnaies puisqu'elles devraient remplir quatre caractéristiques : être un moyen d'échange ; réserve de valeur (pouvoir être stockée) ; unité de compte (mesurer la valeur économique de produits et comparer la valeur des biens)[59] ; standard de paiement différé (accumuler une dette avec)[60]. Toutefois, certains États ont accepté d'élever les cryptomonnaies à titre de monnaie ayant cours légal dans le pays. Le Salvador a ainsi été le premier pays à introduire les bitcoin comme monnaie légale en 2021[61]. La République centrafricaine a épousé la même idée l'année suivante[62]. Dans le canton de Zug, les cryptomonnaies n'ont pas cours légal mais peuvent être utilisées pour le paiement de l'impôt. En outre, le Kazakhstan accorde aux cryptomonnaies la qualification de propriété (mais ce n'est pas encore un moyen de paiement)[63]. Néanmoins, si certains États régulent ou acceptent les cryptomonnaies, d'autres, à l'inverse, les interdisent[64]. Ainsi, la Chine a décrété que toutes les transactions de cryptomonnaies seront illégales[65] ; la Biélorussie compte interdire les transactions de cryptomonnaies entre privés[66]. D'autres pays ont choisi d'interdire de manière totale ou partielle l'usage de cryptomonnaies : Algérie, Bangladesh, Pakistan, Qatar, Maroc, Tunisie, etc[67].

Si quelques ordres juridiques isolés appréhendent donc les cryptoactifs (spécialement le bitcoin), il est désormais possible d'établir l'hypothétique protection que leur procureraient les traités internationaux d'investissement.

[59] BANQUE DE FRANCE, N 2.
[60] CARTAS/HARUTYUNYAN, p. 179 s.
[61] ALVAREZ/ARGENTE/VAN PATTER, p. 4.
[62] BROWNE, p. 1.
[63] POLANCO, p. 580 s.
[64] ALJASIM, p. 29.
[65] RUCHE, p. 1.
[66] PARTZ, p. 1.
[67] TAYLOR, p. 1 ss.

III. Actifs numériques et TBI

Nous qualifions ici la notion d'investissement au sens du droit international des investissement, particulièrement au regard des TBI, pour permettre ensuite l'analyse de la protection des TBI offerte aux actifs numériques.

A. L'investissement

L'investissement ne trouve aucune définition stable, tant en droit international des investissements qu'en droit positif[68]. Il existe autant de définitions qu'il existe de textes légaux qui la mentionne. Elle doit donc s'interpréter à l'aune de divers instruments. La comprendre devient un élément central de l'analyse, dès lors qu'il n'y a pas de protection de l'opération si cette dernière ne constitue pas un investissement.

1. Approche subjective

La notion « d'investissement » peut être appréhendée avant tout, par la définition qu'en font les traités d'investissement (approche subjective)[69]. Cette dernière peut se déclinée de trois différentes manières.

La première perçoit l'investissement comme un terme large, susceptible d'englober « toute possession de toute nature » en son sein (*open asset-based definition*). Il suffit donc que l'avoir satisfasse certains attributs pour être qualifié d'investissement. Souvent, la définition est accompagnée d'une liste non exhaustive de possessions prises en compte par le traité[70]. À titre d'exemple, le TBI France – Iraq (2010) adopte cette approche, matérialisée comme suit en son article premier (§1)[71] :

> *« Le terme « investissement » désigne tous les avoirs, tels que les capitaux, biens, droits et intérêts de toute nature qui apportent de la valeur à l'économie, et plus particulièrement mais non exclusivement […] Aucune modification de la forme*

[68] GAILLARD, p. 411 ss.
[69] DOLZER, p. 84.
[70] NANTEUIL, p. 179 ss.
[71] Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République d'Irak sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 31 octobre 2010, (TBI France – Iraq 2010).

d'investissement des avoirs n'affecte leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante ».

La deuxième approche soustrait à la définition de l'investissement toute marge de manœuvre (*closed asset-based definition*). Pour satisfaire la définition, l'avoir doit, en effet, être prévu dans la liste exhaustive du TBI. À défaut, aucune prétention ne pourra être alléguée. La démarche est assurément très étroite mais a d'efficient qu'elle ne laisse place au doute. Il faut être précis et complet, faute de se retrouver sans protection.
Elle se présente ainsi en une liste étendue et détaillée d'éléments compris dans la notion « d'investissement ». Dû les risques qu'engendrent une telle méthode, les TBI adoptant cette approche restrictive sont peu nombreux[72]. Néanmoins, le TBI entre le Canada et la Chine (2012) l'emploie (art. 1 §1 let. a-j)[73]. Il intègre en sus, une liste définissant, *a contrario*, ce qui ne fait pas partie de la notion « d'investissement » (art. 1 §1 k-l).

La troisième approche nécessite de l'entreprise qui réalise une opération qu'elle déploie une activité économique sur le territoire de l'autre État (*enterprise based definition*)[74]. Cet élément restrictif est source de problème, notamment pour les agissements intangibles. Selon de NANTEUIL, « c'est le cas notamment d'un certain nombre de prestations de services ou de certains investissements dans le secteur financier »[75]. Dépendant du traité, ce critère de rattachement peut être affecté, soit à la définition d'investissement, soit au champ d'application du traité. Ainsi, le traité entre la Suisse et le Pakistan (1995) prévoit d'abord la notion « d'investissement » (art. 1) selon la première approche (*open asset-based definition*), puis, incorpore la composante d'établissement (art. 2)[76] :

« *Le présent Accord est applicable aux investissements effectués sur le territoire d'une Partie Contractante par des investisseurs de l'autre Partie Contractante ».*

À l'inverse, le projet de Code Panafricain d'Investissements, bien que n'étant pas un TBI, inclut directement la condition d'entreprise établie dans sa définition d'investissement (art. 4 §4)[77] :

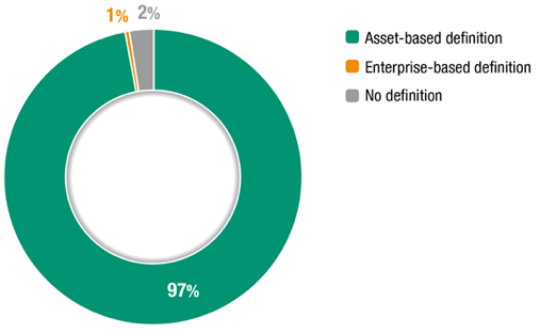
---

[72] *Ibid*, p. 182 ss ; INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IISD), A Sustainability Toolkit for Trade Negotiators, N 5.2.
[73] Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection des investissements, 9 septembre 2012 (TBI Canada – Chine 2012).
[74] *Ibid*, N 5.2.
[75] NANTEUIL, p. 186 s.
[76] Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 11 juillet 1995, (TBI Suisse – Pakistan 1995).
[77] Code Panafricain des investissements (CPAI), décembre 2016.

« investissement désigne une entreprise ou une société […] qui est établie, acquise ou élargie par un investisseur, y compris par la constitution, le maintien ou l'acquisition d'actions, obligations ou autres titres de propriété de cette entreprise, à condition qu'elle soit établie ou acquise dans le respect du droit de l'État d'accueil. »

L'article ajoute ensuite une liste non-exhaustive d'avoirs relevant, ou non, de la notion d'investissement, conformément à la première approche (*open asset-based definition*).

Le graphique ci-dessous démontre l'importance des deux premières approches en comparaison à la première[78].



2. <u>Approche objective</u>

La notion « d'investissement » peut ensuite être appréhendée d'une deuxième manière : laisser le soin, aux pratiques étatiques et juridictionnelles, d'établir eux-mêmes une définition de la notion (approche objective)[79]. Ce procédé est notamment usité lorsque les tribunaux interprètent la notion « d'investissement » au sens de l'art. 25 §1 Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), qui prodigue que le Centre s'occupe des différends entre États contractants « en relation directe avec un investissement »[80]. Dès lors, en cas de contentieux porté devant le CIRDI, il est nécessaire, pour revêtir la qualité « d'investissement », de passer le « double test » (*double-barreled test* ; *double keyhole test*), soit une exigence double[81].

Il faut premièrement que la possession mise en cause entre effectivement dans la définition de l'investissement au sens du TBI, du droit national ou du contrat. Il faut en outre, qu'il existe

[78] CENTRE DE POLITIQUE D'INVESTISSEMENT, Cartographie des clauses IIA, N 2.
[79] DOLZER, p. 84.
[80] Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965 (Convention CIRDI).
[81] FAHRNER, N 1 ss.

une disposition qui permette l'accession à l'arbitrage CIRDI[82]. Le TBI entre le Maroc et l'Italie (1990) prévoit explicitement cette cession du différend au CIRDI (art. 8 §2 let. c)[83] :

> *« l'investisseur concerné pourra soumettre le différend […] au Centre national pour le règlement des différends sur les investissement (CIRDI) pour la mise en œuvres des procédures d'arbitrage, visées par la Convention de Washington du 18 mars 1965 »*

La possession mise en cause doit ensuite respecter la notion « d'investissement » au sens de la Convention CIRDI. Néanmoins, si le CIRDI prévoit que pour être saisi, le contentieux doit nécessairement découler d'un investissement, aucune définition du terme n'est donnée par l'art. 25 §1 de ladite Convention. Après de nombreuses discussions et tentatives de codification, il a été choisi de laisser la souplesse aux parties de choisir quelles opérations devaient ou non entrer dans la notion « d'investissement »[84].

Malgré cette liberté, la jurisprudence des tribunaux CIRDI a développé une série de conditions à satisfaire (Test Salini) pour entrer dans la définition d'investissement au sens de l'art. 25 §1 de la Convention CIRDI[85]. Ces critères extraits de l'affaire *Salini c. Maroc* sont au nombre de quatre : une contribution (substantielle) ; une durée suffisante ; la présence de risque(s) ; une contribution au développement économique de l'État hôte[86].

La contribution (substantielle) signifie que sans apport suffisant, il n'y a pas d'investissement. Sans qu'il y ait de valeur minimale prescrite, cet apport doit, à tout du moins, représenter une somme suffisante pour justifier et couvrir l'entame d'une procédure. Aucune forme spécifique n'est visée pour cette contribution – tant un actif financier qu'une valeur économique (« savoir-faire, gestion, équipement, matériel, personnel, main-d'œuvre et services ») est susceptible de remplir la condition[87].

L'élément de durée permet de distinguer l'investissement de la simple opération ponctuelle. Il n'y a pas de durée exacte mais les tribunaux fixent, en général, la période que doit déployer l'activité de trois à cinq ans. Il semble nécessaire de préciser que cette période n'est pas

---

[82] DOLZER, p. 84 ss.
[83] Accord entre le gouvernement du Royaume du Maroc et le gouvernement de la République italienne relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, 18 juillet 1990, (TBI Maroc – Italie 1990).
[84] *Ibid*, p. 90.
[85] TZENG, N 1 ss.
[86] *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juillet 2001, para. 51 ss.
[87] DOLZER, p. 92.

régulière mais peut être interrompue due à des intermittences causées par des négociation, des travaux ou autres évènements pendant lesquels l'investissement n'opérerait pas[88].

L'exigence d'un risque relève *de facto* de la notion « d'investissement » puisqu'intrinsèquement, un investissement constitue un risque. Ce dernier ne doit pas relever du domaine politique, mais de l'économique. La menace économique relève de la situation mercantile, financière volatile de l'État hôte alors que le péril politique, à savoir la menace d'un retournement légal, de régime, contractuel, est quant à lui couvert précisément par les TBI[89].

Largement controversé, le critère de la contribution au développement économique de l'État hôte impose une vraie scission entre les tribunaux. Il s'agit de la seule exigence à découler d'une interprétation par la jurisprudence du préambule de la Convention CIRDI[90].

> *« Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ».*

Si beaucoup de tribunaux d'arbitrage ont affirmé que la présence d'un investissement permet de contribuer au développement de l'État d'accueil, la controverse demeure quant à savoir si cette contribution est un critère obligatoire à la réalisation du Test Salini[91]. Ainsi, dans l'affaire *Mitchell c. RDC*, un cabinet d'avocat d'abord jugé comme entrant dans la définition d'investissement par le tribunal a ensuite été désavoué par le Comité *ad hoc* au motif que ledit cabinet ne présentait pas les caractéristiques d'un investissement, la contribution au développement de l'État d'accueil faisant défaut[92]. Dans une autre affaire, l'octroi du statut d'investissement au sauvetage d'antiquités issues d'anciennes épaves a été refusé par le juge, qui arguait que la contribution n'était pas suffisamment importante pour participer à la croissance économique de l'État d'accueil[93]. La décision a ensuite été annulé par un Comité *ad hoc*, « considérant que le tribunal s'était rendu coupable d'un abus de pouvoir en ne tenant pas suffisamment compte de la volonté des parties »[94].

---

[88] NANTEUIL, p. 189 s.
[89] *Ibid*, p. 190.
[90] *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 1er novembre 2006, para. 28.
[91] DOLZER, p. 94.
[92] *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 1er novembre 2006, para. 39 ss.
[93] *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia,* Award on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/10, 17 mai 2007, para. 143.
[94] *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/05/10, 16 avril 2009, para. 80.

Deux visions s'affrontent : d'aucuns estiment que le critère de la contribution ne doit pas être directement incorporé à la définition d'investissement mais qu'il en est, au contraire, une incidence. Ainsi, pour un grand nombre de tribunaux, contribuer au développement de l'État hôte est une conséquence de l'investissement plutôt qu'une de ses composantes[95]. D'autres, bien au contraire, font du critère de la contribution un des organes de l'investissement. À ce titre, NANTEUIL apporte une justification de taille aux partisans dudit critère. Il argumente qu'il serait possible d'adopter cette approche au simple motif que la présence d'un investisseur exportateur favorisera l'exploitation de ressources naturelles que l'État importateur n'est pas en mesure de prendre en charge[96].

En définitive, le Test Salini n'est pas une entière satisfaction. Alors que certains tribunaux l'ont appliqué en dehors des affaires relevant du CIRDI, considérant que l'approche objective offerte par l'art. 25 Convention CIRDI est inhérente à la notion d'investissement[97], d'autres ont refusé de l'appliquer au motif que la compétence du CIRDI n'était pas engagée[98]. Tel est le cas pour l'affaire *Anglia c. République Tchèque* qui écarte complètement l'application du Test Salini[99], ou l'affaire *Guaracachi and Rurelec c. Bolivie* qui considère que le test est une création de la doctrine et qu'il ne doit pas trouver de mise en œuvre dans un litige non-relevant du CIRDI, la notion « d'investissement » devant relever exclusivement de la définition qu'en fait le traité applicable au cas d'espèce[100]. D'autres tribunaux encore ont refusé d'appliquer le Test, même pour des contentieux qui relevaient du CIRDI[101]. À titre d'exemple, le tribunal de l'affaire *Biwater Gauff c. Tanzanie* a délaissé les critères du Test en estimant qu'ils servent certes d'indices pour qualifier l'opération d'investissement, mais qu'ils ne doivent pas constituer les éléments déterminants de l'analyse, qui elle nécessite d'englober toutes les circonstances du

[95] *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, Award on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/07/20, 14 juillet 2010, para. 111.
[96] NANTEUIL, p. 190.
[97] *Leopoldo Castillo Bozo v. Republic of Panama*, Final Award, Permanent Court of Arbitration Case No. 2019-40, 8 novembre 2022, para. 222 ss ; *Spółdzielnia Pracy Muszynianka c. République slovaque*, Prix, Cour permanente d'arbitrage, Affaire No. 2017-08/AA629, 7 octobre 2020, para. 288 ss.
[98] FAHRNER, N 13.
[99] *Anglia Auto Accessories Limited v. The Czech Republic,* Final Award, Stockholm Chamber of Commerce Case No. 2014/181, 10 mars 2017, para. 150.
[100] *Guaracachi America, Inc. And Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, Award, Permanent Court of Arbitration Case No. 2011-17, 31 janvier 2014, para. 364.
[101] FAHRNER, N 14.

cas[102]. Les trois principaux critères sont alors à considérer concurremment, comme des variables dont il faut tenir compte simultanément[103].

Ainsi, l'investissement peut être défini, d'une part, par la volonté des parties exprimée dans le traité applicable (subjectivité), et d'autre part, par l'ample définition qu'en fait la Convention CIRDI (objectivité), le Test de Salini venant s'ajouter comme outil d'interprétation à la définition vaste de la Convention[104]. Dès lors, la réelle volonté des États contractants se retrouve subordonnée à ce que fait la Convention de la notion « d'investissement ». Partant, les juridictions devraient analyser d'abord l'investissement au regard du traité, puis s'intéresser à leur conformité avec la Convention[105]. Selon de NANTEUIL, « une opération qui répond aux critères fixés par le traité applicable ne devrait sans doute pas être également soumise au Test Salini qui n'est que supplétif de la volonté des parties »[106]. Il est alors évident qu'il ne faut accorder d'importance qu'à la réelle volonté des parties. Ainsi, le Test Salini revêt toujours une certaine importance dès que la définition du traité est équivoque ou trop évasive[107].

Il est arrivé qu'une fois la qualité d'investissement accordée selon la définition, celle-là ne bénéficie toutefois pas de protection due l'incompatibilité de l'investissement avec le droit de l'État d'accueil[108]. Ce critère supplémentaire est tantôt rattaché à la définition d'investissement au sens du TBI, tantôt (à tort) comme cinquième critère du Test Salini[109]. En effet, plus de la moitié des TBI en vigueur exigent de l'investissement qu'il soit opéré en adéquation avec la législation nationale du pays hôte[110]. Le TBI Suisse – Pakistan (1995) prévoit ce qui suit :

> *« Chaque Partie Contractante encouragera, dans la mesure du possible, les investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante sur son territoire et admettra ces investissements conformément à ses lois et règlements »*[111].

---

[102] *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, Award, ICSID Case No. ARB/05/22, 24 juillet 2008, para. 314 ss.
[103] *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juillet 2001, para. 52 ; *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, Award, ICSID Case No. ARB/10/24, 8 mars 2016, para. 289 s.
[104] DAFINA, N 8 s.
[105] *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, Award ICSID Case No. ARB/12/39, 26 juillet 2018, para. 192 ss.
[106] NANTEUIL, p. 192.
[107] *Ibid*, p. 192 s.
[108] DAFINA, N 11.
[109] NANTEUIL, p. 198 s.
[110] DOLZER, p. 108.
[111] Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 11 juillet 1995, (TBI Suisse – Pakistan 1995).

Mais il n'est pas nécessaire que la non-conformité de l'opération à la législation de l'État d'accueil soit prévue dans le traité pour que la protection soit retirée ou que le tribunal ne statue pas[112].

Il convient de prêter attention à ce que cette limitation de la protection ne touche pas la définition d'investissement en tant que telle. L'inconformité doit relever uniquement de la légalité de l'investissement avec la législation de l'État d'accueil[113]. Ainsi, l'arrêt Salini concrétise ce principe en affirmant que « la disposition en cause se réfère à la régularité de l'investissement et non à sa définition. Elle tend notamment à éviter que l'Accord bilatéral protège des investissements qui ne devraient pas l'être, notamment parce qu'ils seraient illicites »[114].

L'inconformité avec le droit de l'État d'accueil peut devenir une mesure très restrictive, voire annihilante, puisque, selon le moment de de l'analyse par le tribunal de la question, le cas peut se voir défait entièrement. Selon l'affaire, le tribunal peut examiner la problématique du droit de l'État hôte soit, au moment de la compétence, soit au moment de la recevabilité ou au fond[115]. Malgré quelques exceptions pour maintenir la bonne poursuite de la procédure[116], s'interroger sur le critère d'adéquation avec la législation hôte au fond n'est pas possible lorsque le TBI même exige ledit critère. De plus, s'il se penche sur la question au moment de la compétence et que le critère fait défaut, le tribunal se verra bridé et ne pourra se prononcer sur l'intégralité de l'affaire[117].

En revanche, l'État d'accueil qui a délibérément laissé s'entretenir une opération illégale, ne peut se prévaloir de son incompatibilité avec sa législation, sous-réserve d'une opération tolérée par l'État en raison d'actes de corruption[118].

La notion d'investissement définie, il est possible de s'atteler au sort des actifs numériques au regard que leur portent les TBI.

---

[112] *Saur International v. Argentine Republic*, Decision on Juridiction and Liability, ICSID Case No. ARB/04/4, 6 juin 2012, para. 304 ss.
[113] *Ibid*, p. 108 s.
[114] *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juillet 2001, para. 46.
[115] *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*, Award, ICSID Case No. ARB/14/4, 31 août 2018, para. 7.48.
[116] *Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica*, Decision on Juridiction, ICSID Case No. ARB/14/5, 4 décembre 2017, para. 139 s.
[117] NANTEUIL, p. 202.
[118] DOLZER, p. 113 s.

B. Couverture et conséquences

Il convient dans le développement ci-dessous d'entreprendre l'analyse de l'éventuel rattachement des actifs numériques à la notion d'investissement présente dans les TBI.

1. Propriété intellectuelle

Il est indéniable que la grande majorité des traités internationaux en matière d'investissement prévoit la protection des droits de propriété intellectuelle. Autant les accords d'association que les accords de libre-échange et les TBI couvrent lesdits droits en leur qualité d'investissement[119].

Il me semble essentiel d'établir la protection générale offerte par les différents accords avant de s'intéresser à celle offerte par les traités bilatéraux d'investissement.

a. Traités de libre-échange et de commerce

Les premiers traités à contenir des dispositions relatives à la protection des droits de propriété intellectuelle sont les traités de libre-échange. L'archétype en la matière était l'ALENA, remplacé désormais par l'ACEUM et qui intègrent à la fois un chapitre offrant une protection globale des investissements et un chapitre s'attardant spécialement sur la propriété intellectuelle[120]. Alors que l'article 14.1 prévoit explicitement la protection des droits de propriété intellectuelle, le chapitre 20 les définit à l'aide de tous les autres instruments de droit international général en la matière. Ainsi, entre autres, les Convention de Berne, Paris et l'ADPIC sont applicables pour comprendre ce que l'on entend par droits de propriété intellectuelle[121]. L'ACEUM conçoit en sus une procédure spécifique d'arbitrage quant aux différends s'agissant d'investissements. Les autres accords de libre-échange s'organisent tous, peu ou prou, autour de la même structure, en dépit de certaines spécificités individuelles. Contrairement à l'ACEUM, l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée du Sud n'anticipe pas de protection de l'investissement comme droit de propriété intellectuelle[122]. Il lui réserve en revanche un chapitre 10 complet désignant tous les droits de propriété

[119] DUBUISSON, p. 360 s.
[120] Accorde de libre-échange nord-américain (ALENA), 1er janvier 1994 ; Accord Canada – États-Unis – Mexique (ACEUM), 1er juillet 2020.
[121] Cf. *supra* p. 5 ss.
[122] Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la Corée du Sud, 1er juillet 2011.

intellectuelle : « les droits d'auteur, y compris les droits d'auteur en matière de logiciels et de base de données, et les droits voisins ; les droits liés aux brevets ; les marques ; les marques de services ; les dessins et modèles ; les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés ; les indications géographiques ; les espaces végétales ; la protection de renseignements non divulgués […] la concurrence déloyale au sens de la convention de Paris de 1967 » (article 10.2).

b. Accords d'associations

Les Accords d'association sont des accords signés entre l'Union européenne et un pays tiers qui contiennent habituellement des dispositions en matière de propriété intellectuelle protégées par les instruments de droit international général précités[123]. Ainsi, « une annexe à l'accord se réfère à un ensemble de conventions internationales auxquelles les parties s'engagent à adhérer dans un délai donné »[124].

c. Traités bilatéraux d'investissement (TBI)

À l'instar des Accords d'association et des traités de libre-échange et de commerce, les TBI prévoient généralement que les droits de propriété intellectuelle entrent dans la notion « d'investissement »[125]. D'ailleurs, le premier TBI entre l'Allemagne et le Pakistan (1959) incluait déjà la protection des droits de propriété intellectuelle en tant qu'investissement[126]. L'article 8 incorporait explicitement les brevets (*patents*) et les connaissances technologiques (*technical knowledge*), bien qu'il faille interpréter ces termes de façon plus étendue[127]. Dès lors, la notion de propriété intellectuelle n'a de cesse d'évoluer et, pour éviter toute mésentente, est souvent définie dans le traité. Les traités bilatéraux de la France contiennent donc une définition partielle de ce que le traité considère comme relevant des droits de propriété intellectuelle[128]. L'article 1 §1 let. d du TBI Djibouti – France (2007) énonce prendre en compte :

> *« les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et*

[123] Cf. *supra* p. 5 ss.
[124] DUBUISSON, p. 368.
[125] UPRETI, Intellectual Property Issues, N 1.
[126] Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, 25 novembre 1959 (TBI Allemagne – Pakistan 1959).
[127] LIBERTI, p. 6.
[128] DUBUISSON, p. 362 s.

maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle »[129].

Cette intégration presque systématique doit toutefois être analysée au cas par cas. Bien qu'inconnu à notre connaissance, la protection des droits de propriété intellectuelle par un TBI adoptant une approche dite *closed asset-based definition* et dont la liste exhaustive ne contient pas lesdits droits serait inconcevable. L'approche dite *enterprise based definition*, quoique minoritaire, soulève quant à elle de nombreuses questions. Les droits de propriété intellectuelle sont en grande partie intangibles et l'existence d'une entreprise établie sur le territoire de l'État hôte n'est pas toujours réalisée. Cette problématique resurgit, quelle que soit l'approche, lorsque le TBI applicable exige de l'opérant que les « droits de propriété intellectuelle soient intégrés dans un projet d'investissement effectué sur le territoire d'une des parties contractantes, ce qui se matérialisera le plus souvent par la création d'une société locale » afin qu'il revête la qualité d'investisseur et obtienne protection[130].

Cette analyse s'applique aussi bien à un actif tangible qu'à un actif numérisé. On ne saurait refuser la qualité d'investissement à un actif digitalisé alors que le traité bilatéral prévoit explicitement la protection de tous les droits de propriété intellectuelle dans la définition de l'investissement. Le TBI Hong Kong, Chine RAS – Mexique (2020) précise que l'investissement peut désigner :

« les biens immobiliers ou d'autres biens, tangibles ou intangibles, acquis aux fins ou utilisés dans le but de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales »[131].

Du fait de cette définition qui comprend les propriétés intangibles, il est communément admis que les droits de propriété intellectuelle y sont intégrés[132]. En effet, dans l'affaire *OEG c. Ukraine*, le Tribunal a retenu que les conclusions du plaignant tendant à qualifier des brevets acquis sur de l'équipement de casino d'investissement étaient justifiées[133]. Nous ne voyons pas pourquoi dans cette mesure, des actifs numériques, immatérialisés eux aussi, n'entreraient pas dans la définition d'investissement au sens donné par la majorité des traités bilatéraux

[129] Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République de Djibouti sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 13 décembre 2007 (TBI Djibouti – France 2007).
[130] DUBUISSON, p. 363 ; cf. *infra* p. 31 ss.
[131] Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 23 janvier 2020 (TBI Hong Kong, Chine RAS – Mexique 2020).
[132] UPRETI, Intellectual Property Issues, N 2.
[133] *Olympic Entertainment Group AS v. Ukraine*, Award, Permanent Court of Arbitration Case, No. 2019-18, 15 avril 2021, para. 50 s.

d'investissement, particulièrement lorsque ceux-ci ont été signés récemment et qu'il est de plus en plus commun que les opérations se digitalisent.

Concernant la nécessité pour l'opération d'être en conformité avec la loi de l'État hôte, une étude pour chaque droit de propriété intellectuelle susceptible de trouver protection sans enfreindre les législations nationales serait trop prolixe. Nous nous bornerons à énoncer que de manière générale, les actifs numériques couverts par les droits de propriété intellectuelle ne sont pas enclins à défier les ordres juridiques internes. En revanche, quelques TBI, comme celui entre le Maroc et le Nigeria (2016) (art. 1 §3 let. f), imposent spécialement aux droits de propriété intellectuelle qu'ils soient reconnus par le droit interne de l'État d'accueil[134]. Dans cette configuration, il faudra porter une attention accrue au respect de cette condition. Cette prudence est exigée en particulier lorsque le TBI en cause met en relation un État développé avec un État en voie de développement. Il se peut que la technologie visée soit prise en compte par le pays développé, mais non par la législation interne de l'autre État qui n'a pas encore eu accès à de telles techniques et savoirs[135].

Il est donc certain que la majorité des droits de propriété intellectuelle permettent de protéger, à titre d'investissement, certains actifs numériques par l'application d'un traité bilatéral d'investissement, et ce indépendamment de l'approche. Mais une certaine tendance se déploie dans les nouveaux TBI cherchant à limiter ou exclure la couverture des droits de propriété intellectuelle dans le texte[136]. Effectivement, dans un rapport de 2011, la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement remarque un désintérêt de la pratique moderne pour les larges définitions du champ de l'investissement, au profit d'une approche plus répressive de nombreux domaines. Parmi eux, le rapport fait état d'une limitation toujours plus fréquente des droits de propriété intellectuelle traités par les définitions de l'investissement dans les TBI[137]. Le rapport de 2017 fait part d'une nouvelle augmentation de fermeté quant aux conditions à satisfaire pour entrer dans la définition d'investissement, notamment en prévoyant dans le TBI l'obligation pour l'opération de contribuer au développement économique de l'État hôte et/ou à son développement durable[138]. Cette approche est utilisée par le TBI Maroc –

[134] Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 3 décembre 2016 (TBI Maroc – Nigeria 2016).
[135] MILLS, p. 44.
[136] CHAISSE/BAUER, p. 560.
[137] UNCTAD, Scope and Definition, p. 28 s.
[138] UNCTAD, Report 2017, p. 120.

Nigeria (2016) (art. 1 §3)[139] et aurait pour fonction de tenter d'écarter d'avance l'exposition des États à tout type d'actif digitalisé[140].

Indéniablement, tous les TBI n'ont pas été rédigés à une ère où les droits de propriété intellectuelle nécessitaient une couverture englobant le numérique. Encore faut-il ainsi que le droit de propriété intellectuelle puisse s'appliquer à des technologies récentes, et que celles-ci soient à même d'être qualifiées d'actifs[141].

Toutefois, si le doute ne plane que sur la définition d'investissement selon le TBI, le tribunal arbitral saisi pourra toujours soumettre l'opération en matière de propriété intellectuelle aux critères du Test Salini pour que cette dernière bénéficie d'une protection.

Au regard de l'indice de contribution substantielle, il suffit que les droits de propriété intellectuelle réalisent un profit régulier pour satisfaire la condition. Telle condition est remplie dès lors que le droit se retrouve sur le marché et qu'il génère un rendement périodique. À titre d'exemple, une entreprise qui vend des licences ou l'artiste qui aliène ses droits d'auteurs (ou d'adaptation) génèrent un revenu qui peut être qualifié de contribution substantielle. En revanche, le brevet n'implique pas forcément de rentabilité puisque son titulaire a justement le choix de le vendre, le céder ou l'utiliser. Ainsi, le brevet qui ne se trouve pas sur le marché n'est pas susceptible de produire de rendement et ne saurait remplir le critère de la contribution substantielle. UPRETI limite donc les brevets à titre d'investissement aux seules situations où leur maniement et mise sur le marché produisent un profit suffisant[142].

Le critère de la durée exige de déployer l'activité durant trois à cinq ans dépendant du traité applicable. La question alors de savoir si la période avant la délivrance du droit de propriété intellectuelle compte devient importante. Incontestablement, les recherches et l'argent investis dans un projet demandent des ressources considérables. Or, la jurisprudence ne tolère pas que la période pré-octroi soit considérée comme faisant partie de la durée nécessaire pour remplir le critère, à moins qu'il y ait eu des documents le contraignant[143]. Par exemple, dans l'affaire

[139] Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 3 décembre 2016, (TBI Maroc – Nigeria 2016).
[140] CHAISSE/BAUER, p. 560.
[141] POLANCO, p. 578.
[142] UPRETI, Intellectual Property Objectives, p. 98.
[143] *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award, ICSIC Case No. ARB/00/2, 15 mars 2002, para. 60.

PSEG c. Turquie, malgré que l'usine n'ait été inaugurée et que l'exploitation minière n'ait débuté, le fait qu'il y ait eu un contrat correctement conclu et exécuté a suffi à faire courir le délai[144]. Mais UPRETI estime que dans la majorité des cas, les opérations de pré-délivrance d'un droit ne seront pas comprises dans l'élément de durée[145].
Une fois le droit de propriété intellectuelle délivré, la période commence à compter. Néanmoins, le simple fait qu'un droit de propriété intellectuelle soit enregistré dans le pays hôte ne suffira pas à le considérer comme un investissement – le droit pouvant être dormant mais sans utilité effective – il faut encore qu'une activité économique soit exercée par son détenteur. Enfin, pour calculer la durée d'une activité relative à un droit de propriété intellectuelle, il est nécessaire d'apporter une appréciation *in concreto* à chaque cas, en tenant compte de la longévité des rapports entre parties[146].

Le risque est inhérent à toute activité économique ou commerciale. Dans le secteur des actifs numériques, le risque est encore plus élevé étant donné la primeur du secteur des nouvelles technologies. Logiquement, les auteurs s'accordent à dire que les droits de propriété intellectuelle ne soulèvent pas de problèmes particuliers quant au respect du critère des risques encourus[147].

Le nœud du problème se concentre au niveau de l'indice de contribution au développement économique de l'État hôte. D'une part, la question de savoir si des droits de propriété intellectuelle peuvent ou non satisfaire la condition de contribution n'a été que très peu discutée en pratique. Pour cette raison, une large majorité d'auteurs laisse la question ouverte. D'autre part, en revanche, il semblerait que lesdits droits peuvent contribuer au développement économique de l'État d'accueil, mais que cela dépend de chaque État. Pour les pays développés, la réponse est plutôt positive puisqu'ils ont les moyens de favoriser l'innovation et la recherche, et donc soutenir leur système de propriété intellectuelle avantage leur moteur économique. Pour les pays en voie de développement au contraire, le maintien d'un système de propriété intellectuelle peut être lourd et obstruant[148]. En outre, établir une contribution à l'économie de l'État hôte est plus complexe en fonction de la nature du droit de propriété intellectuelle et de l'opération effectuée. Ainsi, le transfert de droits de propriété intellectuelle ou des savoir-faire

[144] *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, Award, Case No. ARB/02/5, 19 janvier 2007, para. 304.
[145] UPRETI, Intellectual Property Objectives, p. 94 s.
[146] *Ibid*, p. 96 s.
[147] *Ibid*, p. 99 ; POLANCO, p. 578.
[148] OKEDIJI, p. 1122.

seront admis comme favorisant l'évolution économique du pays hôte[149]. À l'inverse, le tribunal de l'affaire *Bridgestone contre Panama* précise que le simple fait d'apposer un droit de marque sera difficilement considéré comme un élément qui contribue au développement économique étant donné qu'il ne fait qu'empêcher le concurrent d'utiliser ledit droit mais ne favorise en rien l'économie du pays (exception faite du droit de marque aliéné)[150]. Dans une autre affaire, *Philip Morris contre Uruguay*, il est précisé que les activités doivent avoir un impact « significatif et positif au développement économique de l'État hôte »[151]. Le problème demeure surtout dans le fait de prouver que les droits de propriété intellectuelle créent du développement économique[152].

L'applicabilité du Test Salini aux droits de propriété intellectuelle se termine par une conclusion amère. Si les trois premiers critères ne semblent pas poser de problèmes, l'indice de contribution au développement économique de l'État hôte risque d'entraver la qualification d'un droit de propriété intellectuelle à titre d'investissement.

En définitive, les actifs numériques couverts par des droits de propriété intellectuelle sont très certainement compris explicitement dans la définition de l'investissement qu'en fait le TBI applicable au cas d'espèce. Il convient néanmoins de rester attentifs à certaines problématiques. D'abord, il est nécessaire d'analyser avec précision si le droit de propriété intellectuelle en cause a été légalement introduit dans l'État d'accueil. Ensuite, il est important de constater si le TBI applicable n'exclut ou ne limite la couverture des droits de propriété intellectuelle, spécialement s'agissant des nouvelles technologies (p.ex. IA et ses algorithmes).
Ces questionnements se confrontent avec la controverse dont souffrent les droits de propriété intellectuelle[153]. Pour beaucoup encore, ces derniers ne peuvent pas tous être élevés au titre d'investissement parce que leur fonction est d'encourager l'invention et le développement et que partant, ils ne satisfont pas nécessairement les conditions pour bénéficier d'une protection[154].

---

[149] UNCTAD, Scope and Definition, p. 47.
[150] *Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama*, Decision on Expedited Objections, ICSID Case No. ARB/16/34, 13 décembre 2017, para. 165 ss.
[151] *Philip Morris Brand SARL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, Urugay's Reply on Juridiction, ICSID Case No. ARB/10/7, 20 avril 2012, para. 227.
[152] UPRETI, Intellectual Property Objectives, p. 101.
[153] UPRETI, Intellectual Property Issues, N 2.
[154] DREYFUSS/FRANKEL, p. 378 s.

Enfin, un droit de propriété intellectuelle passé au crible par le Test Salini ne saurait trouver grand obstacle face aux trois premiers critères. Cependant, il n'est pas nécessairement vrai qu'il surpassera l'indice de contribution au développement économique de l'État hôte.

2. Datas

À l'inverse des droits de propriété intellectuelle, aucun TBI n'a, à ce jour, introduit expressément la mention de data au sein de la définition d'investissement. Il faut donc trouver un rattachement pour les inclure.

La majorité des TBI adopte une approche *open based-asset definition* élargissant le champ d'application de la définition d'investissement à tout type d'actif. La Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement désigne « tout type d'actif » comme étant tout actif qui a une valeur économique, sans restriction[155]. Ainsi, nous pouvons trouver cette formulation dans le TBI Angola – Japon (2023) (art. 1 let. a)[156] :

> *« le terme investissement signifie tout type d'actif possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur »*

La data entrerait donc dans cette catégorie[157], à l'exclusion des données échangées entre concitoyens (C2C) et celles entre citoyens et le gouvernement (G2C) car leur importance économique est bien trop minime, voire nulle[158]. De plus, bien que la data n'ait jamais été traitée par le droit international des investissements, la première affaire en la matière est en cours. L'affaire *Einarsson c. Canada* sera la première à juger la data à titre d'investissement dans un arbitrage relevant du CIRDI[159]. Les plaignants, la société GSI, constituée au Canada en 1993 par des ressortissants américains, Theodore Einarsson et ses enfants, Paul et Russel, a collecté des datas sismiques au large des côtes canadiennes pour les livrer à l'industrie pétrolière et du gaz. Le différend débute lorsque le Canada a ébruité les données en les partageant à des tiers. Si les autorités canadiennes ont admis, au fil des différents recours, que les données tombaient sous le joug du droit d'auteur en faveur de la société GSI, elles ont aussi admis que la divulgation des informations était protégée par une loi spéciale canadienne. L'arbitrage a débuté

[155] UNCTAD, Scope and Definition, p. 24.
[156] Agreement between Japan and the Republic of Angola for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, 9 août 2023, (TBI Japon – Angola 2023).
[157] OCDE, Managing Digital Security, p. 7.
[158] ZHANG/MITCHELL, p. 394.
[159] *Theodore David Einarsson, Harold Paul Einarsson and Russel John Einarsson v. Canada*, ICSID Case No.UNCT/20/6.

en 2018 et les plaignants ont conclu à une violation de l'ALENA. Pour le moment, l'affaire est loin de son terme, mais nous pouvons en tirer certains éléments. L'arbitrage a démontré que les datas pouvaient tomber sous la protection de la propriété intellectuelle. Il a en outre prouvé que la data pouvait être reconnue comme une propriété intangible[160]. STREINZ a adopté la même position en affirmant que la data sera, et doit être, promptement reconnue comme un actif protégé par la propriété intangible[161]. Dès lors, les TBI, comme celui de Hong King, Chine RAS – Mexique (2020), qui incorporent en tant qu'investissement les « *biens, tangibles ou intangibles* »[162], protègeraient la data. Si l'incorporation de cette dernière vaut en tant que droit de propriété intellectuelle, il faut nuancer sa protection à titre de propriété intangible. Pour que la data soit protégée en tant que propriété intangible, elle ne doit pas représenter des données personnelles[163].

En définitive donc, lorsqu'un TBI est *open asset-based definition*, la large définition de l'investissement permet d'inclure la data lorsqu'elle respecte les conditions, soit à titre de droit de propriété intellectuelle, soit sous l'égide de la propriété intangible.

Lorsque le TBI est dit *closed asset-based definition*, la data devra figurer dans la liste définissant ce qu'est un investissement. Cette condition n'est toutefois pas requise lorsque la data peut être protégée par un droit de propriété intellectuelle.

L'approche *enterprise based definition*, bien qu'inhabituelle, soulève autant de questions que pour les droits de propriété intellectuelle[164]. En revanche, l'existence d'une entreprise établie sur le territoire d'accueil n'amène pas à un raisonnement particulier puisque le critère est aisément rempli. Ainsi, dans l'affaire *Einarsson c. Canada*, l'implantation de la société GSI au Canada aurait suffi à réaliser la condition[165].

Mais cette intégration de la data dans la protection des TBI doit être lue en parallèle avec la tendance des traités modernes à écarter ou limiter la définition d'investissement, excluant de

---

[160] LACHMANN, p. 1.
[161] STREINZ, p. 190.
[162] Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 23 janvier 2020 (TBI Hong Kong, Chine RAS – Mexique 2020).
[163] ZHANG, p. 218 ss.
[164] Cf. *supra* p. 21.
[165] *Theodore David Einarsson, Harold Paul Einarsson and Russel John Einarsson v. Canada*, ICSID Case No.UNCT/20/6.

cette manière de plus en plus les actifs numériques, notamment la data, d'une quelconque couverture[166].

Enfin, si la data devait être soumise au Test Salini, la nécessité d'apporter une contribution substantielle ne devrait pas poser problème. Néanmoins, seules les datas importantes pourront remplir ce critère, ce qui élimine vraisemblablement les données échangées entre citoyens (C2C) et celles échangées entre eux et le gouvernement (G2C)[167]. L'élément de durée pourra aussi être rempli, l'emmagasinement et le traitement des données pouvant s'opérer sur un temps indéfini, long ou court. Selon ZHANG et Mitchell, la nécessité d'avoir affaire à une opération risquée pourra certainement être remplie puisque la data a pris une place considérable dans notre espace quotidien. Quant au regard de la contribution au développement économique, ils estiment que la data est capable de satisfaire le critère puisqu'elle favoriserait l'économie digitale de l'État hôte, « en créant de nouvelles opportunités commerciales, en renforçant la concurrence et la coopération [et en stimulant] la transformation des marchés et leur croissance »[168]. L'OCDE a, par ailleurs, confirmé cette analyse – la data pouvant donc répondre à l'indice de contribution au développement économique de l'État hôte[169].

Faire entrer la data dans la définition de l'investissement est possible mais non sans ambages. Il convient de préciser que seules les datas recouvertes d'un certain poids économique sont concernées (B2B ; B2C), ce qui exclut à première vue les G2C et C2C. Selon le cas d'espèce, la data pourrait être couverte par le TBI, soit à titre de propriété intangible, soit à titre de droit de propriété intellectuelle. Enfin, si un Test Salini devait être apporté, la data serait en mesure de le surpasser, à condition qu'aucun critère ne fasse défaut.

3. Monnaies numériques

Nous commencerons par étayer qu'aucune jurisprudence n'a encore eu affaire à un cas d'investissement impliquant des cryptomonnaies. De plus, à notre connaissance, aucun TBI n'intègre encore formellement ces dernières. Il faut alors trouver si l'on peut rattacher analogiquement les cryptomonnaies aux définitions de l'investissement.

---

[166] Cf. *supra* p. 22 s.
[167] POLANCO, p. 578 s.
[168] ZHANG/MITCHELL, p. 395.
[169] OCDE, Data, N 1 ss.

Il est certain qu'un TBI adoptant une approche *closed asset-based definition* devra ajouter les cryptomonnaies à la liste qui édicte ce que représente un investissement pour pouvoir les inclure et les protéger. À défaut, aucune protection ne sera allouée.

Quant à un TBI qui suit l'approche *enterprise based definition*, l'inclusion de cryptomonnaies dans la protection en tant qu'investissement soulève des questions semblables à celles en matière de propriété intellectuelle et de data[170]. Bien qu'étant des actifs intangibles, les cryptomonnaies peuvent satisfaire cette condition nécessaire. Par exemple, un grand nombre de pays acceptent la constitution d'une société par un apport en cryptoactifs[171]. Dans une telle situation, si la société créée déploie son activité économique sur le territoire de l'autre État, nous ne voyons pas pourquoi les cryptomonnaies ne seraient pas protégées.

Enfin, les cryptomonnaies pourraient, à notre sens, trouver protection sous l'égide d'un TBI épousant une approche *open asset-based definition* puisque ces derniers prévoient que tous les types d'actifs sont pris en compte. Comme vu précédemment, « tout type d'actif » englobe tout actif qui possède une valeur économique, sans limite aucune[172]. De plus, si la formulation adoptée est celle du TBI Hong Kong, Chine RAS – Mexique (2020), à savoir : *« les biens immobiliers ou d'autres biens, tangibles ou intangibles »*[173], ALJASIM estime que les cryptomonnaies seront protégées sous la catégorie des propriétés intangibles puisqu'elles sont susceptibles de procurer des bénéfices économique[174]. POLANCO ajoute que la protection à titre d'investissement leur est due et qu'il importe peu de savoir si les cryptomonnaies ont cours légal dans le pays[175].

En revanche, nous tenons à apporter une nuance. Les TBI qui imposent à l'investissement d'être en conformité avec la loi de l'État hôte feront souffrir grandement les cryptomonnaies puisque justement certains pays les ont déclarées illicites[176]. Il serait alors inconcevable que les cryptomonnaies trouvent une quelconque protection dans ces États. Cependant, les pays qui ont uniquement limité légalement certains usages de la cryptomonnaie (comme en Biélorussie où

[170] Cf. *supra* p. 21 ; cf. *supra* p. 27.
[171] EXCILIO, p. 1.
[172] UNCTAD, Scope and Definition, p. 24.
[173] Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 23 janvier 2020 (TBI Hong Kong, Chine RAS – Mexique 2020).
[174] ALJASIM, p. 41.
[175] POLANCO, p. 581.
[176] Cf. *supra* p. 10.

seront interdites seulement les transactions entre particuliers) pourront bénéficier de la protection à titre d'investissement si l'emploi est conforme à la législation de l'État d'accueil.

Au même titre que pour les droits de propriété intellectuelle et que la data, il faudra incessamment avuer l'expansion de la tendance visant à limiter ou exclure la notion d'investissement dans les TBI[177]. Cette nécessité revêt une importance particulière puisque les États cherchent de plus en plus à écarter préalablement la couverture des actifs numériques.

Si les cryptomonnaies devaient être soumises au Test Salini, POLANCO est d'avis que l'indice de contribution substantielle et le critère du risque seront assurément respectés. Indéniablement, une opération incluant des cryptoactifs engendrera un niveau élevé de risques, d'autant plus que la valeur de celles-ci est hautement volatile. Dès lors qu'elles peuvent être aliénées, achetées, ou utilisées comme monnaie pour l'achat d'autres actifs, elles remplissent la nécessité de générer des profits suffisants. Mais ce raisonnement ne vaudra peut-être pas pour les critères restants (durée et contribution au développement économique de l'État hôte) et une analyse au cas d'espèce sera inévitable[178].

Il appert donc que les cryptomonnaies peuvent trouver protection derrière la majorité des TBI (*open asset-based definition*). Dans les TBI plus restrictifs, il faudra cependant élargir la définition de l'investissement pour les y inclure. En sus, il faudra faire attention à la légalité des cryptomonnaies dans les ordres juridiques mis en cause car cela pourrait les amener à écarter les monnaies numériques d'une quelconque sécurité. Enfin, les cryptomonnaies ont de grandes chances d'être qualifiée d'investissement et de trouver protection si un Test Salini venait à s'appliquer bien qu'une attention singulière doive être apportée aux critères de durée et de contribution au développement économique de l'État d'accueil.

IV. Questions orientées

Maintenant que l'on sait de quelle manière les TBI appréhendent les actifs numériques à titre d'investissement, il nous semble cohérent de s'intéresser aux questions que cela attire. Ainsi, nous nous arrêtons sur les interrogations qu'amènent les actifs numériques au regard de la

[177] Cf. *supra* p. 22 s ; cf. *supra* 28.
[178] POLANCO, p. 581.

qualification de l'investisseur étranger, de la territorialité, des standards de protection et de l'expropriation pour parfaire l'étude.

A. L'investisseur étranger

Déterminer la nationalité de l'investisseur est une question centrale dès lors qu'elle détermine ou non le caractère étranger de l'investissement, le TBI applicable et donc le tribunal compétent[179]. Nous nous soucions ici de ce que font les TBI de la notion d'investisseur et son lien avec les actifs numériques, avant de s'attarder sur une problématique d'actualité.

1. Qualification selon les TBI

De manière générale, ce sont les investisseurs privés qui sont protégés, mais les sociétés possédées par un État ne sont pas forcément exclues. Elles peuvent en revanche l'être par un TBI qui les élimine explicitement ou, au contraire, être prévues explicitement par le traité. Savoir si les associations et toutes autres organisations à but non lucratif sont comprises dans la notion d'investissement sera déterminé par le TBI applicable ou le genre de leurs opérations. Ainsi, s'il incorpore expressément les associations, le TBI Suisse – Panama (1983) écarte les sociétés étatiques (art. 8 let. b *ii*)[180]. Tant les personnes morales que les personnes physiques peuvent revêtir la qualité d'investisseur.

Les personnes physiques devront prouver qu'elles sont ressortissantes d'un des États parties au TBI. Cette preuve est souvent au centre du litige[181], autant que la nationalité effective de la personne demanderesse. En effet, en cas de double nationalité, le tribunal vérifiera si la nationalité avancée ou contestée est celle de l'État avec qui la personne physique entretient une vraie relation effective, non pas fictive[182]. Il se peut que deux nationalités soient effectives sauf si un traité impose que seule la nationalité prédominante sera retenue[183]. Néanmoins, si l'affaire prend place au sein d'un arbitrage CIRDI, les personnes physiques avec la nationalité de l'État

[179] POLANCO, p. 581 s.
[180] Accord entre le Gouvernement de la Confédération suisse et le Gouvernement de la République du Panama concernant la promotion et la protection des investissements, 19 octobre 1983, (TBI Suisse – Panama 1983).
[181] *Micula Loan, Micula Viorel and others v. Romania*, Decision on Juridiction and Admissibility, ICSID Case No. ARB/05/20, 24 septembre 2008, para. 70 ss.
[182] NANTEUIL, p. 209.
[183] *Olguín Eudoro Armando v. Republic of Paraguay*, Award, ICSID Case No. ARB/98/5, 26 juillet 2001, para. 60 s.

hôte ne pourront demander protection, même en cas de binationalité, en vertu de l'article 25 §2 let. a Convention CIRDI[184].

La nationalité d'une personne morale est bien plus délicate à cerner, surtout parce que les TBI applicables peuvent prévoir des conditions différentes pour chacun des deux États parties[185]. Généralement, la nationalité peut être délivrée à une société au regard de trois critères. Le premier est celui de l'incorporation. Ainsi, l'État qui régit le droit utilisé pour la constitution donne à la société sa nationalité. Le deuxième critère est celui du siège, il suffit alors de regarder où la société tient son siège pour lui octroyer la nationalité de l'État. Le troisième critère est celui du contrôle, « la société sera considérée comme ressortissante de l'État dont les personnes (physiques ou morales) qui la contrôlent possèdent la nationalité »[186]. Mais il est indéniable que ces critères laissent certaines lacunes. Les TBI peuvent prévoir alors que les critères soient alternatifs. Le TBI Ouganda – Pays-Bas (2000) dispose donc que l'investisseur peut designer tant une société constituée selon le critère de l'incorporation qu'une société instituée selon le critère du contrôle[187]. À l'inverse, et pour plus de sécurité, certains TBI attendent de l'investisseur qu'il respecte deux ou trois critères à la fois. C'est le cas du TBI Suisse – Iran (1998) (art. 1 al. 1 let. b et c)[188]. La nécessité d'avoir une activité économique substantielle déployée dans l'État permet, entre autres, d'éviter des sociétés, justement créées pour bénéficier de la protection d'un TBI. Cette clause doit se lire en parallèle avec les dispositions prises dans les TBI visant à refuser la protection du traité en cas d'absence de lien économique entre la société et le pays d'accueil[189].

La notion d'investisseur au regard des actifs numériques n'appelle pas à un développement particulier. Les actifs numériques détenus par un investisseur qui respecteraient les conditions du traité, quelles qu'elles soient, ne sauraient trouver d'entraves à une protection. Toutefois, la « révolution numérique » amène son lot d'interrogations quant à la notion d'investisseur protégé.

---

[184] DOLZER, p. 61 s.
[185] *Ibid*, p. 63.
[186] NANTEUIL, p. 214.
[187] Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Republic of Uganda and the Kingdom of the Netherlands, 30 mai 2020, (TBI Ouganda – Pays-Bas 2020), art. 1 let. a (*ii – iii*).
[188] Accord entre la Confédération suisse et la République islamique d'Iran concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 8 mars 1998, (TBI Suisse – Iran 1998).
[189] DOLZER, p. 74 ss.

2. L'investisseur étranger à l'ère du digital

Un nouveau statut est proposé venant révolutionner l'ère digitale : la résidence électronique (e-Residence). Les possesseurs de ce statut peuvent désormais créer leur société et la gérer depuis où ils le souhaitent, sans contraintes. Le système, mis en place par l'Estonie depuis 2014[190] et suivis par d'autres pays (Azerbaïdjan, Liberland, Portugal)[191], soulève un certain nombre de questions. De nombreux TBI offrent une protection aux résidents permanents, comme le TBI Serbie et Monténégro – Lituanie (2005)[192] ou le TBI Estonie – Israël (1994)[193]. Est-ce que les e-Résidents trouveront une protection sous ces traités ? POLANCO répond par la négative car, pour le moment, les permis de résidence électroniques ne sont délivrés que pour une durée limitée. Mais c'est une situation qui est susceptible d'évoluer et sur laquelle il faut garder un œil[194].

Ensuite, dans le cas où les conditions de durée sont remplies, il est légitime de se demander si le critère de l'activité économique substantielle (Test Salini) serait rempli par un investisseur possesseur d'une carte de résidence électronique. Est-ce que le lien économique avec l'État sera suffisant ? À nouveau, cela dépend. L'activité substantielle ne représente pas la taille de l'opération mais son lien suffisant avec l'État. La société ne doit pas avoir été créée simplement pour pouvoir adopter la nationalité de l'État mis en cause[195]. Malgré cette absence de nécessité de grosseur dans l'opération, certains tribunaux estiment que pour satisfaire la condition de l'activité substantielle, « l'opération commerciale ne peut pas être superficielle, éphémère ou accessoire, mais doit être d'une ampleur suffisante pour constituer un lien réel entre l'entreprise et l'État d'origine »[196]. POLANCO est donc d'avis qu'il faut qu'il y ait des activités concrètes et matérielles pour que la protection soit accordée, en dépit de savoir si les opérations se déroulent essentiellement en ligne[197].

---

[190] CARBÓ, p. 1.
[191] MIDDLEMISS, N 10.
[192] Agreement between the Council of Ministers of Serbia and Montenegro and the Government of the Republic of Lithuania on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 29 mars 2005 (TBI Serbie, Monténégro – Lituanie 2005), art. 1 §3 (*i*).
[193] Agreement between the Government of the Republic of Estonia and the State of Israel for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 14 mars 1994 (TBI Estonie – Israël 1994), art. 1 §1 al. 3.
[194] POLANCO, p. 582.
[195] *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, Final Award, Stockolm Chamber of Commerce Case No. 080/2005, 26 mars 2008, para. 69.
[196] *Aris Mining Corporation (formerly known as GCM Mining Corp. and Gran Colombia Gold Corp.) v. Republic of Colombia*, Decision on the Bifurcated Jurisdictional Issue, ICSID Case No. ARB/18/23, 23 novembre 2020, para. 137.
[197] POLANCO, p. 583.

Dans le cadre d'une société possesseuse d'un statut de e-Résident et dont les opérations se déploient autour des actifs numériques, le lien économique nécessaire pour répondre au critère de l'activité substantielle sera difficilement atteint. Tel n'est pas forcément le cas pour un actif numérique couvert par un droit de propriété intellectuelle. Dans cette situation, il sera plus aisé d'obtenir protection, notamment parce que le droit de propriété intellectuelle a déployé une réelle activité matérielle.

B. Territorialité

Une grande problématique que peuvent soulever les actifs numériques est la nécessité, pour être protégés, d'avoir à satisfaire au critère de territorialité. Ce dernier n'est pas présent dans tous les TBI, et lorsqu'il s'y retrouve, il peut être attenant à la définition d'investissement[198], à celle d'investisseur[199] ou relever implicitement d'autres dispositions ou du préambule. La territorialité exige de l'investissement qu'il ait été fait sur le territoire de l'État. Pour des investissements tangibles, la réponse est aisée. En revanche, concernant des actifs intangibles et digitalisées, cela requiert un plus ample développement[200].

D'après BICK, les actifs numériques peuvent être divisés en trois catégories selon le lieu où ils sont contenus. Les actifs numériques recelés dans un appareil physique (ordinateur ou autre appareil de stockage) sur lequel le propriétaire a le contrôle (classe 1). Cette classe comprend les logiciels et les données compris dans un appareil physique. Puis, les actifs numériques inclus dans un appareil physique (ordinateur ou autre engin de stockage) mais possédé par une personne tierce, autre que le propriétaire des actifs (classe 2). Cette catégorie comprend entre autres les courriels. Enfin, la troisième catégorie englobe les actifs numériques qui ne sont pas conservés dans un appareil physique, comme les noms de domaine (classe 3)[201].
Étant entreposées dans une machine physiquement existante sur le territoire de l'État, les classes 1 et 2 pourront satisfaire le critère de la territorialité. Les datas seront donc comprises dans ces classes-ci. En revanche, les cryptomonnaies, si elles semblent entrer dans la 1ère classe, font

[198] Agreement between Australia and the Oriental Republic of Uruguay on the Promotion and Protection of Investments, 5 avril 2019, (TBI Australie – Uruguay 2019), art. 1 §1 let. a.
[199] Agreement between Japan and the Kingdom of Morocco for the Promotion and Protection of Investment, 8 janvier 2020, (TBI Japon – Maroc 2020), art. 1 let. b.
[200] SALMA, N 1 s.
[201] BICK, N 152 ss.

partie de la 3ème. Ces dernières ne dépendent pas d'une machine et les clés (publique et privé) qui leur ouvrent l'accès peuvent être manipulées n'importe où dans le monde[202].
La classe 3 satisfait donc difficilement les conditions de la territorialité étant donné leur absence d'existence physique[203]. Mais dans certains cas, les tribunaux acceptent que les actifs intangibles remplissent ces conditions. Ainsi, lorsqu'ils considèrent que ce n'est pas la nature de l'investissement qui prédomine, ni son lieu de situation, mais que l'indice déterminant est le bénéficiaire final et que celui-ci est l'État hôte, les actifs intangibles (cette analyse a valu pour des instruments financiers) remplissent les critères[204]. Si les cryptomonnaies sont reconnues comme des instruments financiers, que ceux-ci sont inclus en tant qu'investissement dans le TBI et que le bénéficiaire final est l'État hôte, elles pourront alors respecter le critère de territorialité[205].

En définitive, il est hautement probable que les classes 1 et 2 respectent la territorialité de l'investissement dès lors qu'il existe un appareil qui leur donne accès. La classe 3, qui comprend notamment les cryptomonnaies, devra cependant remplir des qualités supplémentaires. Elle devra particulièrement s'assurer que l'effet économique de l'investissement profite à l'État hôte[206]. Les droits de propriété intellectuelle n'auront pas de problématique liée à la territorialité étant donné qu'ils ont été délivrés par l'État hôte lui-même.

C. Standards de protection

Les actifs numériques souffrent d'un grand vide législatif, non seulement en matière de TBI, mais aussi dans tout le droit international. Aussi, se prémunir contre les atteintes qu'ils pourraient subir, notamment une cyberattaque, devient un vrai voyage en eaux troubles. Ici, nous nous attarderons sur les clauses standard de protection et sur l'éventuelle défense qu'elles peuvent procurer.

---

[202] ALJASIM, p. 44.
[203] CHAISSE/BAUER, p. 564 ss.
[204] *Abaclat and others (formely Giovanna A. Beccara and others) v. Argentine Republic*, Award on Juridiction and Admissibility, ICSID Case No. ARB/07/5, 4 août 2011, para. 374.
[205] ALJASIM, p. 45.
[206] POLANCO, p. 585.

1. Traitement juste et équitable

Le traitement juste et équitable (TJE) est un standard de protection prévu dans la majorité des TBI et autres accords en matière de règlement des différends relatifs aux investissements. Ainsi, le TBI Suisse – Iran (1998) prévoit explicitement l'application du standard :

> *« Chaque Partie Contractante accordera sur son territoire aux investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante un traitement juste et équitable[207]. »*

Le standard doit tantôt être lu de manière isolée, tantôt simultanément avec le standard d'obligation de sécurité pleine et entière[208], tantôt avec le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée. Aujourd'hui, les TBI récents intègrent même une liste complète des situations représentant une violation du standard TJE[209], sur laquelle les parties se sont mises d'accord. Encore en cours de conclusion, le TBI Suisse – Indonésie prévoit une telle liste exhaustive[210]. Cependant, le TJE n'a pas de définition certaine. Les tribunaux doivent donc interpréter le standard au cas d'espèce, selon trois approches. La première consiste à considérer le TJE comme un pan du standard minimum de traitement (SMT), une norme coutumière[211]. La deuxième interprète le TJE à l'aide des sources de droit international. La troisième, la plus courante, interprète le TJE à l'aune de la volonté des parties dans les préambules et de l'esprit général s'émanant du TBI[212]. Certaines situations récurrentes ont été retenues comme des violations claires du TJE, en voici quelques-unes : « manquement à l'obligation de protection et de vigilance ; défaut de procédure ou déni de justice ; défaut dans les attentes légitimes de l'investisseur étranger ; mauvaise foi ; absence de transparence ; traitement arbitraire ou discriminatoire ; enrichissement illégitime ; persécution des organes de l'État hôte ; manquement dans l'établissement d'un cadre juridique stable et prévisible »[213].

Étant donné l'étendue de la couverture du TJE dans les TBI, GINSBURG considère ce standard comme étant le plus apte à protéger les actifs numériques[214]. Il ajoute, qu'en cas de changement législatif désavantageant l'investisseur étranger, ce revirement serait susceptible de violer le TJE sous l'angle des attentes légitimes de l'investisseur dès lors qu'il devait légitiment

---

[207] Accord entre la Confédération suisse et la République islamique d'Iran concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 8 mars 1998, (TBI Suisse – Iran 1998), art. 4 al. 2.
[208] OCDE, Fair and Equitable Treatment, p. 22 ss.
[209] KNOLL-TUDOR, N 2 s.
[210] Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Indonésie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, (TBI Suisse – Indonésie), art. 4 II let. a-e.
[211] ISLAM, p. 53.
[212] ACERIS LAW LCC, N 2 ss.
[213] KNOLL-TUDOR, N 10.
[214] GINSBURG, p. 187 ss.

s'attendre à ce « que les conditions qui existaient au moment de l'accord resteraient inchangées »[215]. En outre, pour CHAISSE et BAUER, l'absence de législation au regard des actifs numériques impliquerait une violation du TJE car l'accès suffisant aux juridictions internes ferait défaut[216].

Si le TJE est apte à couvrir les actifs numériques, il s'agit de s'intéresser maintenant à son rival, le standard de protection de l'obligation de sécurité pleine et entière.

2. Obligation de sécurité pleine et entière

Initialement, l'obligation de sécurité pleine et entière comprenait la protection physique de l'investissement[217]. De nos jours encore, certains TBI limitent la portée de l'obligation de sécurité pleine et entière à la protection physique, comme par exemple le TBI Pays-Bas – Roumanie (1994)[218]. La plupart des traités en revanche ne précisent pas à quoi s'étend le standard et il revient aux tribunaux de s'en charger. Deux approches sont donc envisageables. La première maintient la position initiale du standard, en considérant qu'il ne s'applique qu'à la protection physique, laissant au TJE le soin de couvrir l'autre versant. C'est cette approche qui a été utilisée dans l'affaire *Eurus Energy c. Espagne*[219]. La deuxième approche estime qu'en cas d'imprécision sur la couverture de l'obligation, le standard comprend aussi « la protection légale et/ou commerciale » de l'investissement en lui fournissant des voies judiciaires satisfaisantes[220]. Évidemment, cette obligation de l'État d'accueil n'est pas un engagement coercitif mais représente plutôt un devoir de diligence suffisant[221]. Le pays d'accueil devra donc prendre toutes les mesures nécessaires pour éluder l'atteinte[222]. Dans une majorité des cas, le standard s'appliquera aux situations où le pays en question est en pleine révolution, entre en guerre ou fait face à d'autres conflits majeurs[223].

---

[215] Parkerings-Compagniet AS. v. Republic of Lithuania, Award, ICSID Case No. ARB/05/8, 11 septembre 2007, para. 330.
[216] CHAISSE/BAUER, p. 575 s.
[217] DOLZER, p. 188.
[218] Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of Romania, 19 avril 1994 (TBI Pays-Bas – Roumanie 1994), art. 3 §1.
[219] *Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain*, Decision on Juridiction and Liability, ICSID Case No. ARB/16/4, 17 mars 2021, para. 385 s.
[220] FUCHS/PIKA, N 5.
[221] *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, Award, ICSD Case No. ARB/15/50, 4 septembre 2020, para. 479 s.
[222] FUCHS/PIKA, N 7.
[223] MALIK, p. 5.

Il est certain que dans les cas où l'obligation de sécurité pleine et entière ne s'applique qu'à la protection physique, les actifs numériques qui subissent une cyberattaque demeureront sans protection aucune, et uniquement le TJE sera susceptible de s'appliquer. Outre cette situation, CHAISSE et BAUER estiment que l'obligation de sécurité pleine et entière contient une brèche et qu'elle pourrait s'appliquer aux actifs intangibles, y compris les digitaux, dès lors que l'État hôte n'a pas mis en place des mesures pour endiguer les atteintes. Ils ajoutent néanmoins que la proportionnalité devra être respectée et que seuls pourront être mis en cause les États qui ont les moyens de fournir une telle protection contre la cybercriminalité – les pays en voie de développement n'ayant pas forcément les ressources pour établir un tel système[224]. MILLS, quant à lui, n'est pas certain que le standard puisse s'appliquer aux actifs intangibles, et tout spécialement aux sites internet, car cela serait incompatible avec la légalité territoriale. Il pense cependant, que si un actif numérique peut être défini en tant qu'investissement, il doit aussi pouvoir être protégé en tant que tel[225]. COLLINS croit, au même titre que CHAISSE et BAUER, que la cyberattaque peut constituer un danger suffisant pour être couvert par le standard de l'obligation de sécurité pleine et entière, en tenant compte du pays où cela se produit et des moyens que ce dernier peut engager. L'État devra donc prévenir ces atteintes en offrant un service en ligne sécurisé. Dans un tel cas, l'obligation ne doit pas reposer entièrement sur l'État hôte ; l'investisseur étranger doit lui aussi avoir maintenu son investissement suffisamment protégé en amont. Un problème subsiste car seulement certains actifs seront protégés par le standard puisque le maintien du réseau est souvent en mains de particuliers, et non de l'État[226]. De plus, il devra aussi identifier et poursuivre les cyberpirates si cela ressort encore de sa juridiction et que ses moyens le permettent[227]. Finalement, il propose d'inclure la mention des sites internet et systèmes informatiques dans les TBI, ce qui permettrait d'avoir une application plus large de l'obligation de sécurité pleine et entière[228].

D. Expropriation

Ce rapide survole permettra d'aborder l'expropriation et voir comment elle s'appliquerait à la notion d'actifs numériques. L'expropriation est « l'acte par lequel un État retire la propriété d'un investissement à une personne privée étrangère pour se l'approprier ou le rétrocéder à une

[224] CHAISSE/BAUER, p. 583.
[225] MILLS, p. 49 s.
[226] COLLINS, p. 236 ss.
[227] *Ibid*, p. 239.
[228] *Ibid*, p. 242 s.

tierce personne désignée par lui »[229]. Bien que les deux soient dénommés expropriation, il convient de distinguer l'expropriation (indirecte) de la nationalisation (expropriation directe). Alors que la première permet aux autorités d'user à leur bon vouloir l'industrie expropriée, la deuxième se borne à faire tomber la propriété saisie purement dans le patrimoine de l'État[230]. L'expropriation est souvent mentionnée dans les TBI sans pour autant être définie avec précision, laissant le soin aux tribunaux d'expliciter la notion. Ainsi, le TBI Canada – République tchèque (2009) énonce qu'[231] :

> *« Une partie contractante […] peut prendre des mesures de nationalisation ou d'expropriation »*

L'expropriation indirecte consiste donc en la privation ou la destruction au propriétaire d'user, de disposer ou d'administrer sa propriété[232]. Celle-là peut se déployer de plusieurs manières : elle peut se réaliser à la survenance d'un acte unique (expropriation *de facto*) ou par l'accumulation d'actions, individuellement pas suffisamment intenses, mais qui assemblées constituent une expropriation (expropriation rampante)[233]. Pour être mise en cause, une expropriation doit être survenue, à défaut, le tribunal pourra se déclarer incompétent. En outre, l'expropriation ne peut toucher que les droits de propriété (tangibles ou intangibles) ainsi que les droits contractuels[234]. Pour être admise, il est indispensable que l'expropriation réalise quatre conditions cumulatives, souvent appréhendées par le TBI applicable. L'expropriation doit pouvoir répondre à un intérêt public prépondérant ; ne pas être discriminatoire ; avoir suivi la procédure réglementaire ; et avoir versé une compensation « prompte, adéquate et efficiente »[235]. Nous ajouterons que pour poursuivre un intérêt public prépondérant, les tribunaux ajoutent que l'expropriation doit être soumise au principe de proportionnalité, mettant en balance « la charge ou le poids imposé à l'investisseur étranger et le but recherché par [la] mesure »[236]. Enfin, si l'expropriation a été légalement exercée, le propriétaire exproprié a droit à une compensation équivalente au dommage subi. *A contrario*, l'expropriation illicite donne au propriétaire le droit à compensation entière, incluant le dommage positif et la perte des bénéfices[237].

---

[229] NIKIÈMA, p. 1.
[230] NANTEUIL, p. 396 s.
[231] Accord entre le Canada et la République Tchèque concernant la promotion et la protection des investissements, 6 mai 2009, (TBI Canada – République tchèque 2009), art. 6.
[232] SCHREUER, p. 3 s.
[233] NANTEUIL, p. 395 s.
[234] SAN MARTIN, N 18 ss.
[235] DOLZER, p. 183.
[236] *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, para. 122.
[237] SAN MARTIN, N 26 s.

Les actifs numériques sont susceptibles de faire l'objet d'une expropriation indirecte, l'affaire *Einarsson c. Canada* l'ayant démontré. Selon PERAMATUKORN, il est hautement vraisemblable qu'une expropriation indirecte sera reconnue dans ladite affaire, au motif que le partage de données à des tiers procure une perte à la société GSI. Bien que le Canada argue que cette divulgation répond à un intérêt public (et que l'expropriation est légale), il n'en demeure pas moins que la société devrait être compensée dans le dommage qu'elle subit. En revanche, l'auteure ajoute que les cas d'expropriation directe sur la data (et *a fortiori* sur les actifs numériques) seront extrêmement rares[238].

Aucune autre affaire, incluant l'expropriation d'actifs numériques n'a à notre connaissance encore eu lieu. Nous nous efforçons néanmoins d'imaginer, de manière grossière, des situations qui les incluraient. Ainsi, un actif numérique couvert par un droit de propriété intellectuelle, un droit d'auteur par exemple, peut se retrouver exproprié parce que l'État lui a retiré prématurément sa licence. Dans ce cas, les conditions de l'expropriation devront être vérifiées. Si elles sont remplies, le propriétaire dépossédé aura été indemnisé pour le dommage subi mais ne pourra pas demander plus ; si les conditions font défaut, l'expropriation est illégale et le propriétaire pourra demander une compensation prompte, adéquate et efficace, incluant la perte de ses gains et bénéfices. Dans une autre situation, nous pourrions imaginer un État qui, pour lutter contre le blanchiment d'argent, interdit les transactions de cryptomonnaies. Dans ce contexte, le propriétaire de cryptomonnaies qui remplit la définition d'investissement au sens du TBI aura été exproprié puisque ses cryptomonnaies n'ont plus aucune valeur. Si la proportionnalité est respectée, car l'intérêt public à éviter le blanchiment d'argent et supérieur au patrimoine du particulier, et que les autres conditions le sont aussi, il faudra toutefois indemniser ledit propriétaire sur le dommage subi.

V. Conclusion

In fine, il nous a été loisible de parcourir la façon dont les traités bilatéraux d'investissement approchent les actifs numériques. Nous avons pu découvrir que la brèche que constitue la définition d'investissement laisse une porte ouverte à la protection des actifs numériques sous le bouclier des TBI. Ainsi, les droits de propriété intellectuelle incorporant des actifs digitaux

[238] PERAMATUKORN, p. 249 s ; p. 260.

seront généralement couverts par le TBI qui les mentionne, par la propriété intangible ou à défaut et s'il est respecté, par le Test Salini. La data quant à elle saura respecter les conditions pour être reconnue comme un investissement protégé au sens des TBI. Elle doit pour cela représenter une valeur économique suffisante (datas B2B/B2C). Il sera possible de faire valoir la data comme investissement soit à titre de droit de propriété intellectuelle, soit à titre de propriété intangible. En outre, un Test Salini appliqué sur la data pourra être satisfait. Enfin, les monnaies virtuelles pourront aussi être protégées en tant que propriété intangible. Une attention particulière devra pourtant être maintenue, puisqu'un grand nombre d'États les ont interdites ou en ont limité l'usage. Si un Test Salini devait avoir lieu, les cryptomonnaies seraient certainement qualifiées d'investissement pourvu que les critères de la durée et de la contribution au développement économique de l'État hôte soient respectés. Malgré ces développements, nous devons garder en mémoire la tendance qu'ont les TBI modernes à limiter ou exclure les actifs numériques du champ d'application de l'investissement.

Au regard de la notion d'investisseur étranger, les actifs numériques ne sauraient trouver grand obstacle. Nous avons vu néanmoins que le statut de e-Résident était controversé et qu'il n'est pas sûr qu'il soit considéré comme un investissement, les conditions du Test Salini, notamment l'activité substantielle, étant dures à atteindre. La territorialité n'est pas censée soulever de difficultés particulières pour les droits de propriété intellectuelle et la data. Pour les cryptomonnaies, encore faut-il que le bénéficiaire final soit l'État d'accueil. Indubitablement, le traitement juste et équitable sera à même de protéger les actifs numérique. Bien qu'elle soit au centre d'une controverse, nous estimons que l'obligation de sécurité pleine et entière saura couvrir les actifs numériques. Enfin, l'expropriation de ces derniers est envisageable, tant que l'actif possède un statut légal dans l'État spoliateur.

Les analyses effectuées jusqu'ici n'ont été que génériques et le devoir de qualifier un actif numérique d'investissement et de le protéger échoie aux tribunaux arbitraux. Au risque d'être trop prolixe et étant donné la variété de situations possibles et le nombre de TBI, nous avons tenté d'affirmer ou infirmer des conjoncture hypothétiques qui devront être jugées au cas d'espèce. Toutefois, si les TBI semblent presque tous protéger entièrement les actifs numériques mentionnés, il n'en demeure pas moins que cette protection n'est applicable que par analogie. De ce fait, l'éventuelle couverture que l'on s'évertue à établir demeure très délicate. Il est évident que les TBI ne sont pas encore suffisamment armés pour la quatrième

révolution industrielle et nous pensons qu'il est urgent d'envisager une protection particulière pour les actifs numériques, au risque de les voir sans défense.