

ARNAUD DE NANTEUIL



Droit

international
de l'investissement

EDITIONS A. PEDONE

2020



Troisième édition

Arnaud de Nanteuil

DROIT
INTERNATIONAL
DE L'INVESTISSEMENT

*Ouvrage couronné par l'Institut de France
Académie des Sciences Morales et Politiques*
Prix Henri TEXIER I, 2015, pour la première édition

Troisième édition

EDITIONS A. PEDONE

PARIS



Tous droits, Tous pays

© Editions A. PEDONE
13, rue Soufflot, Paris, France,
editions-pedone@orange.fr
2020
I.S.B.N. 978-2-233-00937-1

SOMMAIRE

Chapitre 1^{er} La naissance du droit international de l'investissement. Des contrats d'Etat au droit contemporain

Section 1. Les principes et mécanismes traditionnels de protection des droits des étrangers

Section 2. L'apparition d'une nouvelle figure : le contrat d'Etat

Section 3. Le phénomène des traités bilatéraux d'investissement et la naissance du droit contemporain de l'investissement

PARTIE I

LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Chapitre 2. Les sources nationales du droit de l'investissement

Section 1. Les législations nationales et la pratique des « codes d'investissement »

Section 2. Les mécanismes internes de responsabilité de la puissance publique comme garantie des investissements étrangers

Section 3. L'application du droit interne par les tribunaux arbitraux

Chapitre 3. Les sources internationales du droit de l'investissement

Section 1. Les sources conventionnelles

Section 2. Les sources coutumières

Section 3. Les principes généraux de droit

Section 4. La jurisprudence

Section 5. Les autres sources

Chapitre 4. Droit interne, traité, contrat :

l'articulation entre les différentes normes applicables

Section 1. L'articulation entre le droit interne et le droit international

Section 2. L'articulation entre les normes conventionnelles et les normes contractuelles : la question des *treaty claims* et des *contract claims*

PARTIE II

LES ACTEURS DU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Chapitre 5. L'investisseur

Section 1. Tentative d'identification de l'investissement

Section 2. Tentative d'identification de l'investisseur

Chapitre 6. L'Etat

Section 1. La question du consentement à l'arbitrage

Section 2. La question de l'imputabilité

PARTIE III
LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Chapitre 7. Aspects institutionnels du règlement des différends en droit de l'investissement

Section 1. Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)

Section 2. Les autres mécanismes d'arbitrage

Chapitre 8. Aspects procéduraux du règlement des différends en droit de l'investissement

Section préliminaire. La survie du contentieux interétatique dans le droit de l'investissement

Section 1. La saisine du tribunal arbitral

Section 2. Le déroulement de l'instance

Section 3. L'exécution de la sentence

PARTIE IV
LES RÈGLES SUBSTANTIELLES DE PROTECTION
DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX

Chapitre 9. La question de la protection dès la phase d'admission

Chapitre 10. La protection par renvoi

Section 1. La clause de traitement national

Section 2. La clause de la nation la plus favorisée

Chapitre 11. La protection définie dans l'absolu

Section 1. Le traitement juste et équitable

Section 2. La protection contre l'expropriation

Section 3. La pleine et entière protection et sécurité

Section 4. La garantie de libre transfert

Section 5. L'interdiction des exigences de performance

Section 6. La compensation des pertes

Chapitre 12. La garantie des investissements par les mécanismes d'assurance

Chapitre 13. Les exceptions générales à la protection de l'investissement

Section 1. Les exceptions au champ d'application du traité

Section 2. Les circonstances excluant l'illicéité

SOMMAIRE

PARTIE V

LES INTERACTIONS

ENTRE LE DROIT DE L'INVESTISSEMENT ET LES AUTRES DISCIPLINES

**Chapitre 14. Droit de l'investissement, droits de l'homme
et droit de l'environnement**

Section 1. L'introduction de considérations extra-économiques
dans les traités d'investissement

Section 2. L'insertion de considérations sociales et environnementales
dans la jurisprudence arbitrale

**Chapitre 15. Droit international de l'investissement
et droit de l'Union européenne :
vers un droit européen de l'investissement ?**

Section 1. Le droit de l'investissement dans l'Union européenne

Section 2. La politique extérieure de l'UE en matière d'investissement

PROPOS LIMINAIRES

UN MANUEL DE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT : POURQUOI, COMMENT ?

I. POURQUOI CE MANUEL ?

Le droit international de l'investissement s'inscrit dans le cadre bien plus vaste du droit applicable aux relations économiques internationales, qui impliquent les relations entre Etats (qu'elles soient commerciales ou financières) mais aussi entre les personnes privées dès lors qu'elles présentent un élément d'extranéité. Ayant pour objet la protection des opérations économiques réalisées par des personnes privées à l'étranger, il est enseigné dans les facultés de droit généralement à partir de la première année de Master. S'appuyant sur un réseau très dense de normes internationales servies par une jurisprudence arbitrale très riche et en constante expansion, il est sans doute l'une des matières les plus dynamiques du droit international contemporain.

Mettant en rapport une personne privée et un Etat – en apportant à la première une protection contre le second – le droit international de l'investissement transcende très largement la distinction (très) française entre le droit public et le droit privé. Les éléments relevant du premier (traités, coutume, responsabilité de l'Etat, etc.) y côtoient en effet ceux qui viennent du second et qui n'y sont pas moins importants (arbitrage, techniques d'articulation des droits internes, etc.). La matière, en un sens, est donc « hybride » et en ceci elle est relativement nouvelle, en tout cas dans sa forme contemporaine.

Le droit de l'investissement intéresse particulièrement la France, où les entreprises susceptibles de développer leurs activités à l'étranger sont nombreuses : Total, Suez, Areva, Axa, Carrefour, BNP Paribas, Peugeot, EDF, Renault, Saint Gobin, Air France... Mais au-delà de ces géants économiques concernés au premier chef, le droit de l'investissement peut également concerner de « simples » individus, lorsque l'on sait par exemple que l'actionnaire d'une entreprise peut être considéré comme un investisseur et que les tribunaux arbitraux ne sont pas hostiles par principe aux demandes groupées.

Mais si l'actualité et le développement formidable de cette discipline ont suscité un engouement considérable de la part de la doctrine, aucun manuel de langue française ne lui a jamais été exclusivement consacré. Plusieurs monographies de qualité existent pourtant en langue anglaise, et la doctrine francophone s'enrichit très régulièrement de nouvelles contributions. En outre, de nombreux ouvrages français consacrés au droit international économique existent (v. les références *infra*), et comportent tous une partie consacrée à cet aspect de la discipline. Mais jamais encore l'initiative n'avait été prise de rédiger (en français) un manuel spécifique en la matière.

Cela peut sembler étonnant, d'autant que la langue française n'est certes plus la langue internationale qu'elle était au temps de la Société des Nations, mais demeure une langue privilégiée dans le monde de l'arbitrage, derrière l'anglais et l'espagnol. En particulier, Paris est encore aujourd'hui l'une des grandes villes de l'arbitrage dans le monde. La présence de la Chambre de commerce internationale favorise naturellement ce phénomène, et la plupart des grands cabinets internationaux intervenant dans le monde de l'arbitrage sont présents sur la place parisienne. Le fait qu'il n'existe aucun manuel francophone dans ce secteur peut donc nécessairement s'expliquer.

D'abord, le droit de l'investissement a pu être vu comme une « sous discipline » au sein du droit international économique, insuffisamment développée pour donner lieu à un ouvrage qui lui soit pleinement consacré. Ceci a pu être vrai, mais ne l'est plus au regard des formidables développements de la matière depuis le début des années 2000. Ensuite, le droit de l'investissement est perçu, à raison, comme une discipline en constant mouvement, qui rend délicate toute tentative de systématisation. L'objection est réelle, mais elle n'est pas insurmontable : car le droit de l'investissement, comme toute discipline juridique, n'est pas née *ex nihilo*. Il puise ses racines dans les origines mêmes du droit international, à la fois dans ce « droit des gens » au sein duquel s'est développé le standard minimum de traitement des étrangers, qui demeure aujourd'hui un cadre de référence pour les opérateurs économiques, et dans les techniques de règlement des différends développées depuis plus d'un siècle par les acteurs privés dans un cadre transnational, à commencer par l'arbitrage. Il évolue, certes, mais il s'inscrit dans une continuité qui permet d'en proposer ici une approche générale. Le droit, quel qu'il soit, change constamment. Pour autant, il ne cesse d'être codifié, écrit ou décrit. Rien ne s'oppose donc à ce que l'entreprise soit tentée pour notre discipline.

2. PRÉSENTATION DE LA STRUCTURE DU PRÉSENT MANUEL

Avant tout, un avertissement s'impose : ici comme ailleurs, mais peut-être ici plus qu'ailleurs, ce manuel reflète une *approche* – parmi d'autres – du droit de l'investissement. Non pas qu'il y ait un risque d'erreur à proprement parler dans les propos qui suivent – encore qu'il ne s'agit pas davantage de prétendre à l'infaillibilité – mais simplement qu'en pareille discipline, les perceptions varient sensiblement suivant les auteurs, en fonction de leurs origines intellectuelles. En outre, il est constant que l'élève est toujours plus ou moins, fût-ce de manière inconsciente, inspiré par son maître. Ainsi la pensée du Professeur Charles Leben, qui a dirigé les recherches doctorales de l'auteur de ces lignes, se retrouvera-t-elle certainement, même indirectement, dans la vision proposée. La chose n'est pas volontaire, mais elle est assumée : on s'autorisera à ne rien y voir d'autre qu'un hommage à l'un de ceux qui a le plus œuvré pour l'affermissement du droit de l'investissement dans le paysage universitaire français.

Il faut en outre préciser que la visée de cet ouvrage est avant tout pédagogique : les propos qui suivent ont donc, de manière assumée, une dimension *synthétique*. Cet ouvrage prétend présenter la discipline dans son ensemble, ce qui suppose nécessairement un certain degré de généralité. Pour cette raison, une bibliographie ponctue chaque chapitre afin de proposer des lectures approfondies sur les thématiques abordées. Ces références, faut-il préciser, ne sont qu'une petite partie des publications disponibles, l'activité éditoriale étant remarquablement dynamique en la matière. Au surplus, le passage des références en note de bas de page aura permis d'en intégrer davantage au fil du texte. Il est donc conseillé de se reporter aux références aux notes en plus de celles qui sont proposées en fin de chapitre. De manière plus générale, les principes et mécanismes fondamentaux du droit international sont supposés acquis : pour cette raison, certains développements ont été volontairement réduits, parce qu'ils font appel à des problématiques dépassant de loin le cadre de notre discipline. La lecture parallèle d'un manuel généraliste (droit international public, droit international privé, droit de l'arbitrage international) peut donc s'avérer utile, afin de compléter le présent propos volontairement réduit à la seule perspective de l'investissement international. On en trouvera donc des références à l'issue de ces propos liminaires.

Quant à la structure, elle se veut également la plus simple possible. Il est ainsi proposé de commencer par le commencement, en présentant dans un chapitre préliminaire la dimension historique de la discipline. Son objectif est de mettre en avant la continuité remarquable entre la protection traditionnelle des étrangers et de leurs biens par le droit international et le droit contemporain de l'investissement. Ces développements seront aussi l'occasion

de revenir sur la figure historique du contrat d'Etat et le développement de l'arbitrage dans ce cadre.

La première partie sera ensuite consacrée aux sources de la discipline, qui ont ceci de particulier qu'elles laissent une place importante au droit interne. La deuxième partie portera ensuite sur les acteurs du droit de l'investissement, à savoir principalement l'investisseur et son investissement, sans oublier naturellement l'Etat, généralement défendeur à l'instance. La troisième partie sera quant à elle consacrée au règlement des différends en droit de l'investissement, lequel repose presque exclusivement sur l'arbitrage : en tout cas c'est à lui que sera consacré le propos. Une quatrième partie décrira les règles substantielles de protection des investisseurs étrangers : une place particulière lui sera pour cette raison consacrée, dans la mesure où elle constitue le cœur même de la discipline en même temps que sa raison d'être. Une dernière partie, se concentre sur les rapports entre le droit international de l'investissement et d'autres disciplines du droit international compte tenu des interactions de plus en plus fréquentes qui se rencontrent dans la pratique.

Il n'y a pas, dans cette approche, de vocation à l'exhaustivité sur le plan des sources. Car le droit de l'investissement se situe aussi ailleurs : dans le contentieux devant le juge national, par exemple, mais aussi dans les décisions de la Commission européenne, dans les structures nationales d'accueil et de promotion de l'investissement ou devant les organismes d'assurance et de garantie des opérations économiques internationales. Ces éléments, naturellement, seront mentionnés. Mais le format du présent ouvrage ne permet pas de prétendre traiter de l'ensemble des questions. Seules celles qui relèvent pleinement du droit international seront ici abordées. En espérant qu'elles aident étudiants, chercheurs, avocats ou arbitres à trouver quelques repères dans cette discipline mouvante mais passionnante.

3. NOTE SUR LA TROISIÈME ÉDITION

Le présent manuel constitue la troisième édition d'un ouvrage publié pour la première fois en 2014. On y retrouvera la structure des éditions précédentes (la deuxième avait été publiée en 2017), dont la substance a été enrichie et actualisée. Outre certaines adjonctions de jurisprudence, des nouveaux développements ont été intégrés au sujet de questions qui ont connu ces dernières années des développements importants. En particulier, on trouvera dans la présente édition des ajouts sur la question des demandes reconventionnelles ou sur les mesures provisoires. En outre, certains développements déjà présents dans les éditions précédentes ont été renforcés et enrichis au vu de la jurisprudence récente, comme au sujet de la forclusion,

de la dénonciation de la convention CIRDI, du contenu des protections substantielles ou des rapports entre le droit de l'investissement et le droit de l'Union européenne. La présente édition se veut à jour, autant que faire se peut, au 31 octobre 2019.

Parallèlement à cette troisième édition, une traduction anglaise de cet ouvrage sera publiée aux éditions Edward Elgar sous le titre *International Investment Law*. Le contenu est le même que celui de la présente édition et la structure en est analogue, même si elle a connu quelques ajustements formels pour s'adapter au lectorat anglo-saxon (notamment la version anglaise ne comporte que treize chapitre là où la version française en compte quinze). Il est espéré que cette version anglaise permettra de diffuser largement une approche plus « continentale » du droit des investissements, moins marquée par la recherche du précédent et fondée sur une vision plus systématique de la matière.

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire	3
Propos liminaires	
Un manuel de droit international de l'investissement : pourquoi, comment ?	7
1. Pourquoi ce manuel ?.....	7
2. Présentation de la structure du présent manuel.....	9
3. Note sur la troisième édition.....	10
Chapitre 1^{er}. La naissance du droit international de l'investissement.	
Des contrats d'Etat au droit contemporain.	15
Section 1. Les principes et mécanismes traditionnels de protection des droits des étrangers	
§ 1. Le mécanisme de la protection diplomatique	16
A. La protection diplomatique comme mode de protection des opérateurs économiques étrangers.....	17
1. Présentation succincte du mécanisme	17
2. Les conditions d'exercice de la protection diplomatique	18
B. Les faiblesses de la protection diplomatique dans le cadre de la protection des investissements étrangers	22
§ 2. Les commissions mixtes et la protection des opérateurs économiques étrangers.....	24
A. L'origine et le développement des commissions mixtes	24
B. L'héritage des commissions mixtes.....	27
§ 3. Le développement de l'arbitrage	28
A. Le recours à l'arbitrage	28
B. L'évolution de l'arbitrage.....	30
1. La Cour permanente d'arbitrage	30
2. Le développement institutionnel de l'arbitrage depuis 1945.....	31
Section 2. L'apparition d'une nouvelle figure : le contrat d'Etat.....	
§ 1. La naissance du contrat d'Etat	33
A. L'existence de contrats entre personnes privées étrangères et Etats.....	33
B. La soumission du contrat au droit international et la naissance du contrat d'Etat.....	35
1. Le problème du droit applicable	35

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

2. L'internationalisation du contrat par la pratique contractuelle.....	37
a. L'internationalisation directe : l'expression du choix des parties.	37
b. L'internationalisation indirecte : les clauses de stabilisation ou d'intangibilité.....	39
3. L'internationalisation du contrat par la pratique arbitrale.....	41
a. Dans l'hypothèse d'un choix exprimé par les parties au contrat.....	41
b. Dans l'hypothèse d'une absence de choix exprimé par les parties.....	44
§ 2. L'identification du droit international applicable au contrat d'Etat : première approche.....	45
Section 3. Le phénomène des traités bilatéraux d'investissement et la naissance du droit contemporain de l'investissement.....	47
§ 1. L'apparition et le développement des traités de protection des investissements.....	47
§ 2. La jurisprudence <i>AAPL c. Sri Lanka</i> et la naissance du droit contemporain de l'investissement.....	50
A. Le principe du consentement différé et la reconnaissance d'un accès direct aux tribunaux arbitraux.....	51
B. Le développement du droit de l'investissement depuis la fin des années 1990.....	53

PARTIE I.

LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Chapitre 2. Les sources nationales du droit de l'investissement.....	59
Section 1. Les législations nationales et la pratique des « codes d'investissement ».....	60
§ 1. La notion de code d'investissement.....	61
§ 2. Le contenu des législations nationales.....	62
A. Les normes imposant une obligation de déclaration.....	63
B. Les normes imposant une autorisation administrative.....	65
C. Le problème de l'acquisition de la propriété par des étrangers.....	67
D. Les normes incitatives.....	68
§ 3. La dimension institutionnelle des législations internes relatives à l'investissement étranger.....	70
Section 2. Les mécanismes internes de responsabilité de la puissance publique comme garantie des investissements étrangers.....	72
§ 1. Le droit français.....	73
A. La responsabilité pour faute.....	74
B. La responsabilité sans faute.....	74
C. La responsabilité contractuelle.....	76
§ 2. Le droit américain.....	78

TABLE DES MATIÈRES

A. La responsabilité générale pour action ou pour omission.....	79
B. La responsabilité du fait de l'activité législative	80
C. La responsabilité contractuelle	81
§ 3. Le droit britannique	82
A. Les possibilités de révision des actes de l'administration provoquant un dommage	83
B. Les règles générales de la responsabilité délictuelle.....	83
§ 4. Le droit allemand	85
A. La responsabilité pour faute	85
B. La responsabilité sans faute.....	85
§ 5. Le droit argentin	87
Section 3. L'application du droit interne par les tribunaux arbitraux.....	88
§ 1. L'application du droit interne par les tribunaux arbitraux par renvoi du droit international	89
§ 2. L'application du droit interne en tant que reflet du droit international par les tribunaux arbitraux.....	91
Chapitre 3. Les sources internationales du droit de l'investissement	95
Section 1. Les sources conventionnelles	96
§ 1. Les traités dont l'objet principal est la protection de l'investissement ...	96
A. Les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements.....	96
1. Précisions terminologiques	96
2. Etat des lieux des TBI en vigueur	97
B. Les traités pluri ou multilatéraux.....	101
1. L'Accord multilatéral sur l'investissement et son échec.....	101
2. Les traités pluri et multilatéraux aujourd'hui en vigueur	103
a. Les traités de coopération économique comportant des dispositions sur l'investissement	103
b. Les traités multilatéraux de protection des investissements dans un secteur donné.....	106
c. Présentation synthétique de la place de ces traités dans le contentieux CIRDI.....	109
§ 2. Les traités n'ayant pas pour objet principal la protection de l'investissement	110
A. Les traités ayant un objet de nature économique.....	110
1. Le droit de l'Organisation mondiale du commerce	111
a. La question du GATS et de son application à des opérations d'investissement	111
b. La question des droits de propriété intellectuelle.....	113
2. Le droit de l'Union européenne	114
B. Les traités du droit international général	115
1. La Convention européenne des droits de l'homme	116

2. Les autres textes sans lien avec le droit de l'investissement	118
Section 2. Les sources coutumières.....	119
§ 1. La question de règles coutumières dans le champ du droit de l'investissement	119
A. Des règles substantielles de protection.....	119
B. La question des règles procédurales	122
§ 2. La pertinence de certaines règles de droit international général pour le droit international de l'investissement	124
A. Les règles coutumières comme moyen d'interprétation des règles conventionnelles	124
B. Les règles coutumières applicables comme telles.....	126
1. Les règles internationales sur la responsabilité de l'Etat.....	126
2. Les règles internationales relatives aux immunités de l'Etat.....	127
Section 3. Les principes généraux de droit.....	129
Section 4. La jurisprudence.....	131
§ 1. L'absence de règle du précédent en droit international	132
§ 2. L'importance de la jurisprudence en droit de l'investissement.....	136
A. La jurisprudence arbitrale.....	136
B. La jurisprudence internationale développée par les autres juridictions	137
1. La jurisprudence des Cours universelles (CIJ, CPJI)	138
2. Les juridictions européennes.....	139
3. Le Tribunal des différends irano-américain	140
Section 5. Les autres sources	141
Chapitre 4. Droit interne, traité, contrat :	
l'articulation entre les différentes normes applicables.....	149
Section 1. L'articulation entre le droit interne et le droit international.....	150
§ 1. L'application complémentaire ou corrective du droit international	150
§ 2. L'application parallèle des deux systèmes normatifs	152
Section 2. L'articulation entre les normes conventionnelles et les normes contractuelles : la question des <i>treaty claims</i> et des <i>contract claims</i>	155
§ 1. Position du problème	155
§ 2. Les solutions possibles	157
A. La clause <i>electa una via</i>	157
B. La solution des clauses parapluies (<i>umbrella clauses</i>)	159
1. Présentation des clauses parapluies.....	159
a. La clause parapluie en matière contractuelle.....	159
b. La question de l'application de la clause parapluie aux actes unilatéraux ..	161
2. Le refus de transformer les demandes contractuelles en demandes conventionnelles : <i>SGS c. Pakistan</i>	162

TABLE DES MATIÈRES

3. L'effet élargi conféré à la clause : <i>SGS c. Philippines</i>	163
4. Les approches impliquant la prise en compte d'un paramètre supplémentaire.....	164
a. La prise en compte de la nature des actes étatiques reprochés	165
b. La prise en compte de la nature des parties au contrat	166
c. La prise en compte de la décision au fond des juridictions nationales	168
d. La prise en compte des attentes légitimes	169
C. La solution du droit international général.....	169

PARTIE II.

LES ACTEURS DU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Chapitre 5. L'investisseur	175
Section 1 Tentative d'identification de l'investissement	175
§ 1. Problème préliminaire : le cas particulier du « double test » dans le contentieux CIRDI.....	176
§ 2. L'identification de l'investissement dans les TBI : tendances générales	178
A. Les tendances dans la pratique conventionnelle.....	178
1. L'investissement peut recouvrir les « possessions de toutes natures » articulées autour de cinq catégories	179
2. L'investissement peut être défini par une liste limitative.....	182
3. L'investissement peut être défini par l'exclusion de certaines catégories d'opérations	184
4. L'investissement peut n ou plusieurs critère(s) synthétique(s).....	185
5. En tout état de cause, l'investissement doit être réalisé sur le territoire de l'autre Etat partie	186
B. La pratique arbitrale : les « critères <i>Salini</i> » et leur pérennité.....	188
C. Quelques problèmes particuliers	193
1. La question du « pré-investissement »	193
2. La question de la dette souveraine	196
D. La conformité de l'opération d'investissement au droit de l'Etat d'accueil	198
1. La condition de respect du droit local comme élément de définition ou condition de protection	198
2. L'identification du droit de l'Etat d'accueil.....	200
3. La question de la sanction du non respect du droit local.....	201
Section 2. Tentative d'identification de l'investisseur.....	204
§ 1. L'identification de la personne de l'investisseur.....	204
§ 2. La détermination de la nationalité de l'investisseur.....	206
A. La nationalité de l'investisseur personne physique	207
B. La nationalité de l'investisseur personne morale.....	211
1. Position du problème : la nécessité de règles.....	211

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

2. Le commencement de réponse du droit international : les tendances générales	213
3. Les solutions du droit de l'investissement	215
a. La reprise des solutions du droit international général	215
b. La combinaison entre plusieurs critères	218
§ 3. Le lien entre l'investisseur et l'investissement	219
A. La nature et la preuve du lien entre investisseur et investissement	219
B. Les mécanismes de correction de l'absence de lien : la clause de déni des avantages	220
1. Présentation de la clause	220
2. Les conditions de fond du déni des avantages	221
3. Les conditions de forme du déni des avantages	224
Chapitre 6. L'Etat	229
Section 1. La question du consentement à l'arbitrage	229
Section 2. La question de l'imputabilité	232
§ 1. Le principe général : l'imputabilité à l'Etat des agissements de ses organes et de ses émanations	232
§ 2. Les conditions d'imputation à l'Etat des actes de ses organes (art. 4)	233
A. La question de l'identification d'un « organe de l'Etat »	234
B. La question de l'imputabilité systématique à l'Etat des actes de ses organes	236
1. Hypothèse de l'organe n'agissant pas en cette qualité	237
2. Hypothèse de l'organe agissant en cette qualité mais outrepassant ses compétences	237
§ 3. Les conditions d'imputation à l'Etat des actes d'entités distinctes de lui (art. 5, 8 et 11)	239

PARTIE III.

LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Chapitre 7. Aspects institutionnels du règlement des différends en droit de l'investissement	245
Section 1. Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)	245
§ 1. Structure institutionnelle du CIRDI	246
§ 2. Le CIRDI et le règlement des différends	247
A. Le mécanisme général	247
B. Le mécanisme supplémentaire	248

TABLE DES MATIÈRES

Section 2. Les autres mécanismes d'arbitrage	250
§ 1. La Cour permanente d'arbitrage	250
§ 2. L'institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm	252
§ 3. La cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale	254
§ 4. La cour d'arbitrage de la London court of international arbitration	254
§ 5. L'arbitrage <i>ad hoc</i>	255
Chapitre 8. Aspects procéduraux du règlement des différends en droit de l'investissement	257
Section préliminaire. La survie du contentieux interétatique dans le droit de l'investissement	258
Section 1. La saisine du tribunal arbitral	261
§ 1. Les préalables imposés à la saisine du tribunal	261
A. L'obligation de négocier	262
B. L'obligation de respecter un délai d'attente	264
C. La saisine préalable des juridictions internes	268
§ 2. La saisine du tribunal	271
A. Les conditions formelles d'envoi de la requête à l'organisme d'arbitrage	271
B. La transmission de la demande au tribunal et la vérification des conditions d'exercice de la compétence. L'exemple de l'art. 41(5) du règlement d'arbitrage CIRDI.	273
Section 2. Le déroulement de l'instance	275
§ 1. Questions liminaires : recevabilité et compétence	276
A. Les conditions de recevabilité de la requête	276
1. La qualité pour agir : la qualité d'investisseur (renvoi)	277
2. L'intérêt pour agir	278
B. Les conditions de la compétence du tribunal	280
1. La compétence <i>ratione voluntatis</i> : la question de l'expression du consentement des parties	281
a. Le consentement dans un traité	281
b. Le consentement dans un contrat	284
c. Le consentement dans une loi nationale	285
d. Le consentement dans un accord spécifique	287
2. La question de l'étendue de la compétence	287
a. La compétence <i>ratione materiae</i>	287
b. La compétence <i>ratione temporis</i>	289
§ 2. Le déroulement de l'instance	290
A. Les incidents de procédure	291
1. Les incidents liés aux arbitres : les procédures de récusation	291
2. Les incidents liés aux demandes des parties	293

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

B. Mesures provisoires.....	295
C. L'organisation de l'instance	298
D. Demandes reconventionnelles.....	301
Section 3 L'exécution de la sentence.....	304
§ 1. Les recours possibles contre la sentence.....	305
A. Le recours en annulation	305
1. Les modalités du recours en annulation	305
a. Le recours en annulation en dehors du CIRDI	305
b. Le recours en annulation prévu par la convention de Washington.....	307
2. La question du recours en suspension	310
B. Le recours en interprétation et en révision.....	311
§ 2. La procédure d'exécution	312
A. La question de l'exequatur	313
B. La question de l'immunité de l'Etat	315
C. Les règles particulières du CIRDI	318

PARTIE IV.

LES RÈGLES SUBSTANTIELLES
DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX

Chapitre 9. La question de la protection dès la phase d'admission.....	329
§ 1. L'application du traité après l'admission de l'investissement.....	329
§ 2. La reconnaissance d'un droit d'établissement	331
Chapitre 10. La protection par renvoi :	
les clauses de non-discrimination	335
Section 1. La clause de traitement national	336
§ 1. Origine du standard de traitement national	337
§ 2. Le champ d'application du traitement national :	
la question des circonstances identiques	339
A. La disparité des formulations conventionnelles	339
B. L'identification des circonstances identiques	341
§ 3. Le contenu du traitement national :	
un traitement non moins favorable.....	344
A. Hypothèse générale	344
B. Hypothèse d'un Etat fédéral	347
§ 4. Les exceptions au traitement national	348
Section 2. La clause de la nation la plus favorisée	350
§ 1. La question du champ d'application de la clause de la nation	
la plus favorisée	350

TABLE DES MATIÈRES

A. L'application de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends.....	351
1. La solution controversée : Maffezini c. Espagne	351
2. Les suites de Maffezini et la remise en cause d'une solution de principe	352
B. L'application de la clause de la nation la plus favorisée pour modifier le champ d'application du traité.....	356
C. L'application de la clause de la nation la plus favorisée aux dispositions substantielles	358
§ 2. Les exceptions à l'application de la clause de la nation la plus favorisée	361
Chapitre 11. La protection définie dans l'absolu	365
Section 1. Le traitement juste et équitable.....	366
§ 1. Les relations entre le traitement juste et équitable et le standard minimum reconnu par le droit coutumier.....	367
A. Les thèses en présence : assimilation vs autonomie	367
B. Tentative de synthèse : le standard minimum inclus dans le traitement juste et équitable	369
1. Dans le cadre de l'ALENA	369
2. Dans le cadre des autres traités de protection.....	371
§ 2. La teneur du traitement juste et équitable.....	372
A. Les composantes « traditionnelles » du traitement juste et équitable	373
1. L'interdiction du déni de justice	374
a. Le principe de la prohibition	374
b. La teneur du déni de justice (1) : déni de justice substantiel vs déni de justice procédural	375
c. La teneur du déni de justice (2) : les comportements prohibés	377
2. L'interdiction des mesures arbitraires ou discriminatoires.....	378
3. Le respect de la bonne foi et des procédures légales.....	381
4. La prohibition du harcèlement	382
B. Les composantes « nouvelles » du traitement juste et équitable.....	383
1. Le respect de la transparence	383
a. L'inclusion de la transparence dans le traitement juste et équitable.....	383
b. La signification de la transparence au titre du traitement juste et équitable.....	385
2. Le respect des attentes légitimes de l'investisseur	387
§ 3. La méthode d'examen d'une violation du traitement juste et équitable.....	391
Section 2. La protection contre l'expropriation.....	394
§ 1. Questions terminologiques : expropriation, expropriation indirecte, nationalisation	394
A. Expropriation et expropriation indirecte.....	394
B. Expropriation et nationalisation.....	396

§ 2. Les conditions de licéité internationale de l'expropriation.....	398
A. L'objectif d'intérêt public	398
B. La non-discrimination	400
C. Le respect d'une procédure légale	401
D. Le versement d'une compensation financière	402
1. Le principe d'une compensation – condition	403
2. Le standard de la compensation	404
§ 3. Les difficultés spécifiques liées à l'expropriation indirecte	406
A. Position du problème.....	406
B. Les critères d'identification de l'expropriation indirecte.....	407
1. La prise en compte de l'impact de la mesure sur l'investissement.....	408
a. La question de l'exclusivité du critère de l'effet de la mesure	408
b. La signification de l'effet de la mesure : la question de la dépossession	409
i. L'effet de l'expropriation.	409
ii. La notion de dépossession	411
2. La prise en compte de l'objectif poursuivi par la mesure.....	414
3. La prise en compte à la fois de l'effet de la mesure et de l'impact porté à l'investissement	417
§ 4. La question de l'indemnisation d'une expropriation	420
Section 3. La pleine et entière protection et sécurité.....	423
§ 1. Une protection contre la passivité de l'Etat.....	424
§ 2. Une protection contre les atteintes physiques portées à l'investissement.....	426
Section 4. La garantie de libre transfert	428
§ 1. Position du problème	428
§ 2. La teneur de la clause de libre transfert	429
A. Les transferts garantis	429
B. La question de la convertibilité de la monnaie	430
§ 3. Les exceptions à la liberté de transfert.....	432
Section 5. L'interdiction des prescriptions de résultat.....	433
§ 1. La raison d'être de l'interdiction.....	433
§ 2. Le champ d'application de l'interdiction.....	435
A. Les prescriptions prohibées	435
B. Les prescriptions tolérées ou autorisées	437
Section 6 La compensation des pertes.....	439
Chapitre 12. La garantie des investissements par les mecanismes d'assurance.....	445
§ 1. Le développement des mecanismes d'assurance.....	445
§ 2. Les principaux risques couverts.....	446

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre 13. Les exceptions générales à la protection de l'investissement	449
Section 1. Les exceptions au champ d'application du traité.....	450
§ 1. Les investissements exclus	450
§ 2. Les mesures étatiques exclues.....	451
A. Les exceptions générales.....	451
B. Les exceptions spécifiques	455
1. Les mesures étatiques spécifiques exclues.....	456
2. Les exclusions liées à une clause du traité : l'expropriation	458
Section 2. Les circonstances excluant l'illicéité.....	459
§ 1. L'état de nécessité.....	460
§ 2. La force majeure.....	464
§ 3. Les contre-mesures	465
§ 4. L'acquiescement.....	467

PARTIE V.

LES INTERACTIONS

ENTRE LE DROIT DE L'INVESTISSEMENT ET LES AUTRES DISCIPLINES

Chapitre 14. Droit de l'investissement, droits de l'homme et droit de l'environnement.....	471
Section 1. L'introduction de considérations extra-économiques dans les traités d'investissement	472
§ 1. Les références au sein des préambules	473
§ 2. L'introduction progressive de références dans les dispositifs	477
A. Références destinées à garantir la liberté normative de l'Etat.....	478
B. Les clauses de non-abaissement des standards	481
C. Aspects institutionnels : la mise en place de structures dédiées	482
Section 2. L'insertion de considérations sociales et environnementales dans la jurisprudence arbitrale	484
§ 1. La rencontre des droits de l'homme et du droit de l'investissement	485
A. Les droits de l'homme comme soutien aux droits des investisseurs.....	485
B. Les droits de l'homme comme soutien aux droits de l'Etat.....	490
§ 2. La singularité de la question environnementale dans le droit de l'investissement.....	497

Chapitre 15. Droit international de l'investissement et droit de l'Union européenne : vers un droit européen de l'investissement ?	503
Section 1. Le droit de l'investissement dans l'Union européenne	504
§ 1. La question des TBI intra-européens	504
§ 2. Les difficultés d'articulation entre TBI et droit de l'UE	506
A. Articulation des dispositions substantielles	506
B. Articulation de la compétence des juridictions	511
Section 2. La politique extérieure de l'UE en matière d'investissement... ..	513
§ 1. L'incompatibilité entre droit de l'UE et TBI signés avec les États tiers.....	514
§ 2. Le développement d'une politique européenne de protection des investissements.....	516
A. La protection substantielle	517
B. La question du règlement des différends	519
Index thématique.....	525
Index de la jurisprudence.....	531

Le droit international de l'investissement est sans doute aujourd'hui l'une des branches les plus dynamiques du droit international. Inscrit dans le prolongement historique des principes coutumiers de protection des étrangers, il s'est largement épanoui par le recours aux techniques de l'arbitrage et offre désormais une garantie importante aux investisseurs désireux de développer une activité à l'étranger, quelle qu'en soit la nature (construction, extraction, mise en place de réseaux de distribution d'eau ou d'électricité, mais aussi assurance, tourisme, etc.). Fort d'une jurisprudence en constante expansion développée par des tribunaux arbitraux susceptibles d'être directement saisis par les opérateurs privés, il est porteur d'un enjeu considérable pour l'avenir puisque la protection de l'investissement est réputée participer au développement économique mondial. Sans doute cet enjeu n'est-il d'ailleurs pas seulement d'ordre économique, puisque seul un système normatif suffisamment protecteur et respectueux des intérêts des investisseurs comme des Etats permet d'envisager le développement d'activités « durables » mêlant performances économiques et considérations écologiques.

Ce manuel, le seul en langue française entend présenter le droit international de l'investissement de manière globale et synthétique. Abordant la question des sources (internes et internationales), des acteurs (l'investisseur et l'État), du contentieux arbitral (dans ses aspects institutionnels et procéduraux) des règles substantielles de protection (traitement juste et équitable, protection contre l'expropriation, etc.) ainsi que celle de l'articulation entre le droit de l'investissement et d'autres disciplines (droits de l'homme, droit de l'environnement, droit de l'Union européenne) il se veut simple et accessible. Relativement bref pour demeurer abordable, ce livre s'adresse donc en priorité aux étudiants et jeunes chercheurs que la matière serait susceptible d'intéresser, mais aussi aux praticiens – de plus en plus nombreux – confrontés à la discipline dans le cadre de leur activité.

ARNAUD DE NANTÉUIL est professeur à l'Université Paris Est Créteil Val de Marne (Paris 12).

Ouvrage couronné par l'Institut de France
(Académie des Sciences Morales et Politiques,
prix Henri Texier I, 2015, pour la première édition)

ISBN 978-2-233-00937-1

36 €