

CHAPITRE 1
LES SOURCES NATIONALES DU DROIT DE L'INVESTISSEMENT

108. Importance du droit interne. Il peut paraître étonnant de débiter l'étude des sources d'une discipline du droit international par ses origines internes. Pourtant, un opérateur économique désireux de s'implanter sur le territoire d'un autre Etat ne manquera pas, dans un premier temps, de vérifier l'état de la législation nationale afin d'examiner les chances de succès de son opération, de s'assurer que le risque politique (*i.e.* le risque d'un changement brusque du cadre juridique) n'y est pas trop élevé ou qu'il y dispose, à tout le moins, d'outils efficaces pour faire valoir ses droits.

109. Insertion d'une opération d'investissement international dans un droit interne. Deux précisions préalables sont indispensables au sujet du droit interne, quant à sa pertinence dans une relation d'investissement international. D'abord, le droit national est pertinent en tant que tel, pour les raisons qui viennent d'être évoquées, et qui tiennent au fait qu'une opération économique est toujours, d'une manière ou d'une autre, rattachée à un droit national ne serait-ce que dans l'hypothèse (fréquente) où des autorisations, licences ou permis d'exploitation sont nécessaires à l'investisseur pour mener son activité. Le principe suivant lequel un étranger se trouvant sur le territoire d'un Etat est avant tout soumis au droit de cet Etat demeure pleinement vrai.

110. Inspiration du droit international par le droit interne. Mais le droit interne peut également, dans une certaine mesure, être pertinent en tant que source d'inspiration du droit international. Par le biais de trois techniques, en effet, des normes nationales peuvent se voir, non pas certes transposées en tant que telles dans l'ordre juridique international, mais au moins traduites ou reflétées dans des normes interétatiques qu'elles auraient pu inspirer. La première est celle de l'acte unilatéral, qui est un acte imputable uniquement à l'Etat mais susceptible de produire des effets juridiques de droit international : une loi par laquelle le gouvernement d'un Etat s'engage à garantir un certain traitement aux opérateurs économiques étrangers relève assurément de cette catégorie. Il s'agit, formellement d'un acte interne mais dont les effets juridiques se déploient au moins en partie dans l'ordre juridique international. La deuxième technique possible est, tout simplement, celle de la coutume : une règle coutumière est constituée par la répétition d'un comportement donnant naissance à une *opinio juris*. Or, ce comportement peut parfaitement prendre la forme d'une législation interne : au fond, si tous (ou presque) les Etats adoptaient une législation assurant par exemple aux

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

LES SOURCES

investisseurs étrangers une protection contre l'expropriation, on pourrait sans doute en déduire que cette protection est devenue coutumière. La troisième de ces techniques relève également de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice : elle est celle des principes généraux de droit. Si l'on définit en effet ceux-ci comme des principes issus des droits nationaux et communs à de nombreux systèmes juridiques internes, il est tout à fait possible de considérer que certaines normes de protection des investisseurs étrangers, si elles se retrouvent dans différents droits nationaux, constituent un principe général de droit et donc une norme de droit international. En ce sens, un acte de pur droit interne dans la forme pourrait se trouver, s'il est répété par différents Etats, à l'origine d'une norme de droit international.

111. Structure du chapitre. Le droit interne sera ainsi examiné à travers les législations spécifiques adoptées par les Etats au sujet des investisseurs étrangers (section 1), mais aussi par l'étude des mécanismes internes d'engagement de la responsabilité de la puissance publique, qui peuvent s'avérer des outils puissants de protection (section 2). Nous évoquerons, enfin, la jurisprudence interne qui a pu, dans certaines hypothèses, dégager des solutions ayant largement inspiré certains tribunaux arbitraux (section 3).

SECTION 1

LES LÉGISLATIONS NATIONALES ET LA PRATIQUE DES « CODES D'INVESTISSEMENT »

112. Enjeu. La plupart des Etats aujourd'hui – à tout le moins ceux qui entendent accueillir des investisseurs étrangers – ont adopté une législation spécifique destinée à fournir un cadre juridique stable et attractif aux opérateurs souhaitant développer une activité sur leur territoire. Il y a dans ces ensembles normatifs un enjeu considérable pour l'Etat : d'un côté, un cadre trop étriqué ou complexe risque de nuire considérablement à son image et donc à son attractivité, ce dont son développement économique – et donc sa population – sera nécessairement victime. D'un autre côté, adopter une réglementation particulièrement souple et peu regardante n'est pas sans risque, notamment au regard des conditions de travail et de protection de l'environnement qui pourraient être pratiquées par les investisseurs étrangers et qui sont également déterminantes pour le développement d'un Etat. Les pratiques varient suivant les pays, et donnent d'ailleurs lieu à une évaluation annuelle de la Banque mondiale qui, dans son rapport *Doing business*, opère un classement des Etats des plus accueillants aux plus hostiles en fonction des données récoltées. Ce rapport annuel est une source très précieuse d'informations sur l'état des législations nationales relatives à l'investissement étranger.