

TABLE DES MATIÈRES

Propos liminaires	
Un manuel de droit international de l'investissement : pourquoi, comment ?	5
1. Pourquoi ce manuel ?	5
2. Présentation de la structure du présent manuel.....	7
Chapitre préliminaire. La naissance du droit international de l'investissement. Des contrats d'Etat au droit contemporain.....	11
Section 1. Les principes et mécanismes traditionnels de protection des droits des étrangers	12
§ 1. <i>Le mécanisme de la protection diplomatique</i>	12
A. La protection diplomatique comme mode de protection des opérateurs économiques étrangers	13
1. <i>Présentation succincte du mécanisme</i>	13
2. <i>Les conditions d'exercice de la protection diplomatique</i>	14
B. Les faiblesses de la protection diplomatique dans le cadre de la protection des investissements étrangers.....	18
§ 2. <i>Les commissions mixtes et la protection des opérateurs économiques étrangers</i>	19
A. L'origine et le développement des commissions mixtes	20
B. L'héritage des commissions mixtes	22
§ 3. <i>Le développement de l'arbitrage</i>	23
A. Le recours à l'arbitrage.....	24
B. L'évolution de l'arbitrage	25
1. <i>La Cour permanente d'arbitrage</i>	25
2. <i>Le développement institutionnel de l'arbitrage depuis 1945</i>	27
Section 2. L'apparition d'une nouvelle figure : le contrat d'Etat.....	28
§ 1. <i>La naissance du contrat d'Etat</i>	29
A. L'existence de contrats entre personnes privées étrangères et Etats	29
B. La soumission du contrat au droit international et la naissance du contrat d'Etat.....	30
1. <i>Le problème du droit applicable</i>	30
2. <i>L'internationalisation du contrat par la pratique contractuelle</i>	32
a. L'internationalisation directe : l'expression du choix des parties.	32

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

TABLE DES MATIÈRES

b. L'internationalisation indirecte : les clauses de stabilisation ou d'intangibilité.....	34
3. <i>L'internationalisation du contrat par la pratique arbitrale</i>	36
a. Dans l'hypothèse d'un choix exprimé par les parties au contrat	37
b. Dans l'hypothèse d'une absence de choix exprimé par les parties.....	39
§ 2. <i>L'identification du droit international applicable au contrat d'Etat : première approche</i>	40
Section 3. Le phénomène des traités bilatéraux d'investissement et la naissance du droit contemporain de l'investissement	42
§ 1. <i>L'apparition et le développement des traités de protection des investissements</i>	42
§ 2. <i>La jurisprudence AAPL c. Sri Lanka et la naissance du droit contemporain de l'investissement</i>	45
A. Le principe du consentement différé et la reconnaissance d'un accès direct aux tribunaux arbitraux	46
B. Le développement du droit de l'investissement depuis la fin des années 1990	47

PARTIE I.

LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Chapitre 1. Les sources nationales du droit de l'investissement.....	55
Section 1. Les législations nationales et la pratique des « codes d'investissement »	56
§ 1. <i>La notion de code d'investissement</i>	57
§ 2. <i>Le contenu des législations nationales</i>	57
A. Les normes imposant une obligation de déclaration.....	58
B. Les normes imposant une autorisation administrative	61
C. Le problème de l'acquisition de la propriété par des étrangers.....	63
D. Les normes incitatives	64
§ 3. <i>La dimension institutionnelle des législations internes relatives à l'investissement étranger</i>	65
Section 2. Les mécanismes internes de responsabilité de la puissance publique comme garantie des investissements étrangers	67
§ 1. <i>Le droit français</i>	68
A. La responsabilité pour faute	68
B. La responsabilité sans faute	69
C. La responsabilité contractuelle	71
§ 2. <i>Le droit américain</i>	73
A. La responsabilité générale pour action ou pour omission.....	73
B. La responsabilité du fait de l'activité législative.....	75

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

C. La responsabilité contractuelle	75
§ 3. <i>Le droit britannique</i>	76
A. Les possibilités de révision des actes de l'administration provoquant un dommage	77
B. Les règles générales de la responsabilité délictuelle	77
§ 4. <i>Le droit allemand</i>	79
A. La responsabilité pour faute	79
B. La responsabilité sans faute	79
§ 5. <i>Le droit argentin</i>	80
Section 3 L'application du droit interne par les tribunaux arbitraux	82
§ 1. <i>L'application du droit interne par les tribunaux arbitraux par renvoi du droit international</i>	83
§ 2. <i>L'application du droit interne en tant que reflet du droit international par les tribunaux arbitraux</i>	84
Chapitre 2. Les sources internationales du droit de l'investissement	89
Section 1. Les sources conventionnelles	90
§ 1. <i>Les traités dont l'objet principal est la protection de l'investissement</i>	90
A. Les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements	90
1. <i>Précisions terminologiques</i>	90
2. <i>Etat des lieux des TBI en vigueur</i>	91
B. Les traités pluri ou multilatéraux	94
1. <i>L'Accord multilatéral sur l'investissement et son échec</i>	95
2. <i>Les traités pluri et multilatéraux aujourd'hui en vigueur</i>	96
a. Les traités de coopération économique comportant des dispositions sur l'investissement	97
b. Les traités multilatéraux de protection des investissements dans un secteur donné	99
c. Présentation synthétique de la place de ces traités dans le contentieux CIRDI ..	101
§ 2. <i>Les traités n'ayant pas pour objet principal la protection de l'investissement</i>	102
A. Les traités ayant un objet de nature économique	103
1. <i>Le droit de l'Organisation mondiale du commerce</i>	103
a. La question du GATS et de son application à des opérations d'investissement ..	103
b. La question des droits de propriété intellectuelle	105
2. <i>Le droit de l'Union européenne</i>	106
B. Les traités du droit international général	108
1. <i>La Convention européenne des droits de l'homme</i>	108
2. <i>Les autres textes sans lien avec le droit de l'investissement</i>	110

TABLE DES MATIÈRES

Section 2. Les sources coutumières.....	111
§ 1. <i>La question de règles coutumières dans le champ du droit de l'investissement</i>	111
A. Des règles substantielles de protection.....	111
B. La question des règles procédurales.....	114
§ 2. <i>La pertinence de certaines règles de droit international général pour le droit international de l'investissement</i>	116
A. Les règles coutumières comme moyen d'interprétation des règles conventionnelles....	116
B. Les règles coutumières applicables comme telles.....	118
1. <i>Les règles internationales sur la responsabilité de l'Etat</i>	118
2. <i>Les règles internationales relatives aux immunités de l'Etat</i>	119
Section 3. Les principes généraux de droit.....	121
Section 4. La jurisprudence.....	123
§ 1. <i>L'absence de règle du précédent en droit international</i>	123
§ 2. <i>L'importance de la jurisprudence en droit de l'investissement</i>	125
A. La jurisprudence arbitrale.....	126
B. La jurisprudence internationale développée par les autres juridictions.....	127
1. <i>La jurisprudence des Cours universelles (CIJ, CPJI)</i>	127
2. <i>Les juridictions européennes</i>	128
3. <i>Le Tribunal des différends irano-américain</i>	129
Section 5. Les sources subsidiaires.....	130
Chapitre 3. L'articulation des différentes sources du droit de l'investissement.....	133
Section 1. L'articulation entre le droit interne et le droit international.....	133
§ 1. <i>L'application complémentaire ou correctrice du droit international</i>	134
§ 2. <i>L'application parallèle des deux systèmes normatifs</i>	136
Section 2. L'articulation entre les normes conventionnelle et les normes contractuelles : la question des <i>treaty claims</i> et des <i>contract claims</i>	137
§ 1. <i>Position du problème</i>	137
§ 2. <i>Les solutions possibles</i>	139
A. La clause <i>electa una via</i>	139
B. La solution des clauses parapluies (<i>umbrella clauses</i>).....	142
1. <i>Présentation des clauses parapluies</i>	142
a. La clause parapluie en matière contractuelle.....	142
b. La question de l'application de la clause parapluie aux actes unilatéraux. .	144
2. <i>Le refus de transformer les demandes contractuelles en demandes conventionnelles : SGS c. Pakistan</i>	145
3. <i>L'effet élargi conféré à la clause : SGS c. Philippines</i>	145

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

4. Les approches impliquant la prise en compte d'un paramètre supplémentaire...	147
a. La prise en compte de la nature des actes étatiques reprochés	147
b. La prise en compte de la nature des parties au contrat	148
c. La prise en compte de la décision au fond des juridictions nationales	150
C. La solution du droit international général	150

PARTIE II.

LES ACTEURS DU DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Chapitre 1. L'investisseur	155
Section 1. Tentative d'identification de l'investissement	155
§ 1. Problème préliminaire : le cas particulier du « double test » dans le contentieux CIRDI	156
§ 2. L'identification de l'investissement dans les TBI : tendances générales	158
A. Les tendances dans la pratique conventionnelle	158
1. L'investissement peut recouvrir les « possessions de toutes natures » articulées autour de cinq catégories	159
2. L'investissement peut être défini par une liste limitative	162
3. L'investissement peut être défini par l'exclusion de certaines catégories d'opérations	164
4. L'investissement peut être défini par un ou plusieurs critère(s) synthétique(s)	165
5. En tout état de cause, l'investissement doit être réalisé sur le territoire de l'autre Etat partie	166
B. La pratique arbitrale : les « critères Salini » et leur pérennité	168
C. Quelques problèmes particuliers	172
1. La question du « pré-investissement »	172
2. La question de la dette souveraine	175
D. La conformité de l'opération d'investissement au droit de l'Etat d'accueil	176
1. La condition de respect du droit local comme élément de définition ou condition de protection	176
2. L'identification du droit de l'Etat d'accueil	178
3. La question de la sanction du non respect du droit local	179
Section 2. Tentative d'identification de l'investisseur	181
§ 1. L'identification de la personne de l'investisseur	181
§ 2. La détermination de la nationalité de l'investisseur	183
A. La nationalité de l'investisseur personne physique	183
B. La nationalité de l'investisseur personne morale	186
1. Position du problème : la nécessité de règles	186
2. Le commencement de réponse du droit international : les tendances générales ..	188
3. Les solutions du droit de l'investissement	190
a. La reprise des solutions du droit international général	190

425

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

TABLE DES MATIÈRES

b. La combinaison entre plusieurs critères.....	192
§ 3. <i>Le lien entre l'investisseur et l'investissement</i>	193
A. La nature et la preuve du lien entre investisseur et investissement.....	194
B. Les mécanismes de correction de l'absence de lien :	
la clause de déni des avantages.....	195
1. <i>Présentation de la clause</i>	195
2. <i>Les conditions de fond du déni des avantages</i>	196
3. <i>Les conditions de forme du déni des avantages</i>	198
Chapitre 2. L'Etat.....	201
Section 1. La question du consentement à l'arbitrage.....	201
Section 2. La question de l'imputabilité.....	203
§ 1. <i>Le principe général : l'imputabilité à l'Etat des agissements de ses organes et de ses émanations</i>	204
§ 2. <i>Les conditions d'imputation à l'Etat des actes de ses organes (art. 4)</i>	205
A. La question de l'identification d'un « organe de l'Etat ».....	206
B. La question de l'imputabilité systématique à l'Etat des actes de ses organes.....	208
1. <i>Hypothèse de l'organe n'agissant pas en cette qualité</i>	208
2. <i>Hypothèse de l'organe agissant en cette qualité mais outrepassant ses compétences</i>	209
§ 3. <i>Les conditions d'imputation à l'Etat des actes d'entités distinctes de lui (art. 5 et 8)</i>	210

PARTIE III.

LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Chapitre 1. Aspects institutionnels du règlement des différends en droit de l'investissement.....	215
Section 1. Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI).....	215
§ 1. <i>Structure institutionnelle du CIRDI</i>	216
§ 2. <i>Le CIRDI et le règlement des différends</i>	217
A. Le mécanisme général.....	217
B. Le mécanisme supplémentaire.....	218
Section 2. Les autres mécanismes d'arbitrage.....	220
§ 1. <i>La Cour permanente d'arbitrage</i>	220
§ 2. <i>L'institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm</i>	222
§ 3. <i>La cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale</i>	223

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

§ 4. La cour d'arbitrage de la London court of international arbitration ...	224
§ 5. L'arbitrage ad hoc	225
Chapitre 2. Aspects procéduraux du règlement des différends en droit de l'investissement	227
Section préliminaire. La survie du contentieux interétatique dans le droit de l'investissement	228
Section 1. La saisine du tribunal arbitral	231
§ 1. Les préalables imposés à la saisine du tribunal	231
A. L'obligation de négocier	231
B. L'obligation de respecter un délai d'attente	233
C. La saisine préalable des juridictions internes	236
§ 2. La saisine du tribunal	239
A. Les conditions formelles d'envoi de la requête à l'organisme d'arbitrage	239
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	241
Section 2. Le déroulement de l'instance	243
§ 1. Questions liminaires : recevabilité et compétence	243
A. Les conditions de recevabilité de la requête	244
1. La qualité pour agir : la qualité d'investisseur (renvoi)	244
2. L'intérêt pour agir	244
B. Les conditions de la compétence du tribunal	246
1. La compétence <i>ratione voluntatis</i> : la question de l'expression du consentement des parties	247
a. Le consentement dans un traité	247
b. Le consentement dans un contrat	248
c. Le consentement dans une loi nationale	249
d. Le consentement dans un accord spécifique	251
2. La question de l'étendue de la compétence	251
a. La compétence <i>ratione materiae</i>	251
b. La compétence <i>ratione temporis</i>	252
§ 2. Le déroulement de l'instance	254
A. Les incidents de procédure	254
1. Les incidents liés aux arbitres : les procédures de récusation	254
2. Les incidents liés aux demandes des parties	257
B. L'organisation de l'instance	258
Section 3. L'exécution de la sentence	261
§ 1. Les recours possibles contre la sentence	261
A. Le recours en annulation	261

TABLE DES MATIÈRES

1. Les modalités du recours en annulation	262
a. Le recours en annulation en dehors du CIRDI	262
b. Le recours en annulation prévu par la convention de Washington.....	264
2. La question du recours en suspension.....	266
B. Le recours en interprétation et en révision.....	267
§ 2. La procédure d'exécution	268
A. La question de l'exequatur	269
B. La question de l'immunité de l'Etat.....	271
C. Les règles particulières du CIRDI	274

PARTIE IV.

LES RÈGLES SUBSTANTIELLES

DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX

Chapitre préliminaire. La question de la protection dès la phase d'admission.....	281
§ 1. L'application du traité après l'admission de l'investissement.....	281
§ 2. La reconnaissance d'un droit d'établissement	283
Chapitre 1. La protection par renvoi.....	287
Section 1. La clause de traitement national.....	288
§ 1. Origine du standard de traitement national.....	288
§ 2. Le champ d'application du traitement national : la question des circonstances identiques.....	290
A. La disparité des formulations conventionnelles.....	291
B. L'identification des circonstances identiques	292
§ 2. Le contenu du traitement national : un traitement non moins favorable.....	295
A. Hypothèse générale	295
B. Hypothèse d'un Etat fédéral	298
§ 3. Les exceptions au traitement national.....	299
Section 2. La clause de la nation la plus favorisée	301
§ 1. La question du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée	301
A. L'application de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends....	302
1. La solution controversée : Maffezini c. Espagne.....	302
2. Les suites de Maffezini et la remise en cause d'une solution de principe	303
B. L'application de la clause de la nation la plus favorisée pour modifier le champ d'application du traité	306

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

C. L'application de la clause de la nation la plus favorisée aux dispositions substantielles.....	308
§ 2. <i>Les exceptions à l'application de la clause de la nation la plus favorisée</i>	310
Chapitre 2. La protection définie dans l'absolu.....	313
Section 1. Le traitement juste et équitable.....	314
§ 1. <i>Les relations entre le traitement juste et équitable et le standard minimum reconnu par le droit coutumier</i>	315
A. Les thèses en présence : assimilation vs autonomie	315
B. Tentative de synthèse : le standard minimum inclus dans le traitement juste et équitable.....	317
1. <i>Dans le cadre de l'ALENA</i>	317
2. <i>Dans le cadre des autres traités de protection</i>	319
§ 2. <i>La teneur du traitement juste et équitable</i>	320
A. Les composantes « traditionnelles » du traitement juste et équitable	320
1. <i>L'interdiction du déni de justice</i>	321
a. Le principe de la prohibition	321
b. La teneur du déni de justice (1) : déni de justice substantiel vs déni de justice procédural	322
c. La teneur du déni de justice (2) : les comportements prohibés	324
2. <i>L'interdiction des mesures arbitraires ou discriminatoires</i>	325
3. <i>Le respect de la bonne foi et des procédures légales</i>	327
4. <i>La prohibition du harcèlement</i>	328
B. Les composantes « nouvelles » du traitement juste et équitable.....	329
1. <i>Le respect de la transparence</i>	329
a. L'inclusion de la transparence dans le traitement juste et équitable.....	329
b. La signification de la transparence au titre du traitement juste et équitable.....	330
2. <i>Le respect des attentes légitimes de l'investisseur</i>	332
§ 3. <i>La méthode d'examen d'une violation du traitement juste et équitable</i>	336
Section 2. La protection contre l'expropriation.....	338
§ 1. <i>Questions terminologiques : expropriation, expropriation indirecte, nationalisation</i>	338
A. Expropriation et expropriation indirecte.....	338
B. Expropriation et nationalisation.....	340
§ 2. <i>Les conditions de licéité internationale de l'expropriation</i>	342
A. L'objectif d'intérêt public.....	342
B. La non-discrimination.....	344
C. Le respect d'une procédure légale	345
D. Le versement d'une compensation financière.....	346

TABLE DES MATIÈRES

1. <i>Le principe d'une compensation – condition</i>	346
2. <i>Le standard de la compensation</i>	348
§ 3. <i>Les difficultés spécifiques liées à l'expropriation indirecte</i>	350
A. Position du problème.....	350
B. Les critères d'identification de l'expropriation indirecte	350
1. <i>La prise en compte de l'impact de la mesure sur l'investissement</i>	351
a. La question de l'exclusivité du critère de l'effet de la mesure	351
b. La signification de l'effet de la mesure : la question de la dépossession	352
i. L'effet de l'expropriation.	352
ii. La notion de dépossession.....	354
2. <i>La prise en compte de l'objectif poursuivi par la mesure</i>	356
3. <i>La prise en compte à la fois de l'effet de la mesure et de l'impact porté à l'investissement</i>	359
§ 4. <i>La question de l'indemnisation d'une expropriation</i>	361
Section 3. La pleine et entière protection et sécurité.....	363
§ 1. <i>Une protection contre la passivité de l'Etat</i>	364
§ 2. <i>Une protection contre les atteintes physiques portées à l'investissement</i>	366
Section 4. La garantie de libre transfert	368
§ 1. <i>Position du problème</i>	368
§ 2. <i>La teneur de la clause de libre transfert</i>	369
A. Les transferts garantis.....	369
B. La question de la convertibilité de la monnaie.....	370
§ 3. <i>Les exceptions à la liberté de transfert</i>	371
Section 5. L'interdiction des exigences de performance.....	372
§ 1. <i>La raison d'être de l'interdiction des exigences de performance</i>	372
§ 2. <i>Le champ d'application de l'interdiction des exigences de performance</i> ..	374
A. Les exigences prohibées.....	374
B. Les exigences tolérées ou autorisées.....	375
Section 6. La compensation des pertes.....	375
Chapitre 3. La garantie des investissements par les mécanismes d'assurance.....	381
§ 1. <i>Le développement des mécanismes d'assurance</i>	381
§ 2. <i>Les principaux risques couverts</i>	382

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Chapitre 4. Les exceptions générales à la protection de l'investissement	385
Section 1. Les exceptions au champ d'application du traité.....	386
§ 1. <i>Les investissements exclus</i>	386
§ 2. <i>Les mesures étatiques exclues</i>	386
A. Les exceptions générales	387
B. Les exceptions spécifiques	390
1. <i>Les mesures étatiques spécifiques exclues</i>	390
2. <i>Les exclusions liées à une clause du traité : l'expropriation</i>	392
Section 2. Les circonstances excluant l'illicéité.....	394
§ 1. <i>L'état de nécessité</i>	394
§ 2. <i>La force majeure</i>	398
§ 3. <i>Les contre-mesures</i>	399
§ 4. <i>L'acquiescement</i>	401
Index thématique.....	403
Index de la jurisprudence.....	407
<i>Cour permanente de justice internationale / Cour internationale de Justice</i>	407
<i>Cours européennes (CJCE, CJUE, CEDH)</i>	408
<i>Tribunaux arbitraux / commissions mixtes antérieurs à la création du CIRDI</i>	409
<i>Tribunal des différends irano-américains</i>	409
<i>CIRDI</i>	410
<i>Jurisprudence arbitrale contemporaine rendue en dehors du cadre du CIRDI</i>	417
<i>Juridictions internes</i>	419