

## CHAPITRE 1

### LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

CLAIRE CRÉPET DAIGREMONT\*

Communément utilisée, la notion de sources du droit apparaît à la fois comme fondamentale et comme équivoque<sup>1</sup>. Fondamentales, les sources du droit renseignent sur l'origine des normes et permettent notamment d'établir leur caractère obligatoire. Equivoque, l'expression recouvre plusieurs sens. Les sources matérielles sont traditionnellement différenciées des sources formelles. Les premières se rapportent à l'origine du contenu des normes, c'est-à-dire à l'ensemble des influences de tout ordre (sociologique, idéologique, pratique ou autre) qui a conduit à leur émergence. Difficilement identifiables avec certitude et relevant plutôt de la sphère politique, elles sont rarement l'objet d'études juridiques spécifiques, mais ne peuvent être ignorées. Les sources formelles relèvent en revanche de l'expertise juridique puisqu'elles concernent le processus de création des normes. Elles se distinguent de l'instrument lui-même, résultat de ce processus<sup>2</sup>, qui apparaît en effet davantage comme une source *de droits*, comme d'obligations, que comme une source du droit.

L'étude des sources du droit devrait ainsi se distinguer de l'examen du contenu des normes ainsi que de celui de leur valeur, pour se concentrer sur les modes de formation proprement dits. Pour l'étude des sources du droit international des investissements étrangers, il faudra toutefois sortir de ce cadre strict. Défini ici comme le droit international public régissant les investissements étrangers, le droit international des investissements étrangers apparaît comme une branche du droit international public. Ses processus de formation sont ceux de cet ensemble plus général, en partie énumérés à l'article 38, § 1, du Statut de la Cour internationale de Justice : les conventions, la coutume et les principes généraux de droit, auxquels il faut ajouter les actes unilatéraux des Etats et des organisations internationales ; la jurisprudence<sup>3</sup> et la doctrine intervenant comme

\* Claire CRÉPET DAIGREMONT, Maître de conférences, Université Panthéon-Assas.

<sup>1</sup> P. DEUMIER, Th. REVET, « Sources du droit (problématique générale) », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), coll. Quadrige, Paris, Lamy-PUF, 2003.

<sup>2</sup> C'est ainsi que Jean Combacau et Serge Sur rejettent la notion de source en invitant à « distinguer plus nettement la méthode et le résultat, les processus et les produits » (*Droit international public*, 9<sup>ème</sup> éd., Domat droit public, Paris, Montchrestien, 2010, xxvi-820 p., spéc. p. 42).

<sup>3</sup> En raison de son importance particulière, la jurisprudence comme source du droit des investissements fait l'objet, dans le présent ouvrage, d'une contribution spécifique (V. *infra* chapitre suivant p. 119 et s.).

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS  
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL  
PARIS, PEDONE, 2015

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](mailto:librairie@apedone.net) - site : [www.pedone.info](http://www.pedone.info)

PARTIE I – CHAPITRE 1

« moyen auxiliaire de détermination des règles de droit »<sup>4</sup>. Ces sources présentent des particularités en droit des investissements, dont la présentation constitue l'objet de la présente contribution<sup>5</sup>. Or l'identification et l'explication de ces spécificités justifient la prise en compte d'éléments variés se rapportant à la problématique des sources comprise au sens large, tels que notamment l'origine des normes, les raisons et conditions de leur apparition, l'évolution de leur contenu ou encore les caractères des instruments utilisés.

En préambule, trois particularités de la problématique des sources en droit des investissements doivent être présentées. Premièrement, il faut insister sur l'importance des sources nationales du droit des investissements étrangers. Une opération d'investissement réalisée par un ressortissant étranger sur le territoire d'un Etat d'accueil est soumise au droit de cet Etat, ainsi qu'à celui de l'Etat d'origine. Ce dernier peut en effet souhaiter dissuader ou au contraire encourager les investissements étrangers de ses nationaux. La compétence de l'Etat hôte quant à lui résulte directement de sa souveraineté territoriale et du principe bien établi selon lequel chaque Etat est libre d'accueillir ou non les étrangers sur son territoire, et de prévoir des conditions à cette admission, sous réserve d'arbitraire. Les lois relatives aux investissements étrangers, généralement dénommées « codes d'investissement » tant elles établissent souvent un régime juridique précis et détaillé, se sont ainsi multipliées dans les pays importateurs de capitaux à partir des années soixante<sup>6</sup>. Un droit contractuel s'applique aussi fréquemment dans une opération d'investissement. Lorsqu'un contrat est directement conclu entre l'investisseur et l'Etat d'accueil, l'ordre juridique international est généralement sollicité<sup>7</sup>. Ces aspects nationaux et contractuels des sources du droit des investissements ne seront pas traités dans les développements suivants qui se concentrent sur les aspects purement internationaux.

<sup>4</sup> Article 38, § 1, du Statut de la Cour internationale de Justice.

<sup>5</sup> Sur les sources du droit des investissements, V. notamment G. SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, London, Stevens, 1969, xxiii-237 p. ; Centre de recherches et d'études sur les sociétés méditerranéennes, *La formation des normes en droit international du développement*, Paris/Alger, Ed. du CNRS/Office de publications universitaires, 1984, 393 p. ; P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994, t. 250, pp. 9-215 ; G. SACERDOTI, « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », *RCADI*, 1997, t. 269, pp. 251-460 ; *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Ph. KAHN, Th.W. WÄLDE (dir.), Académie de droit international de La Haye, Leiden/Boston, M. Nijhoff Publ., 2007, xxxv-1036 p. (en particulier les rapports des directeurs d'études) ; F. HORCHANI, « Le droit international à l'heure de la mondialisation », *JDI*, 2004, pp. 367-417 ; F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2009, pp. 683-698, *AFDI*, 2010, pp. 614-634 ; S.W. SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2009, xxxvii-451 p. ; J.E. ALVAREZ, « The Public International Law Regime Governing International Investment », *RCADI*, 2010, t. 344, pp. 193-544.

<sup>6</sup> Sur les codes d'investissements, V. A.R. PARRA, « Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes », *ICSID Rev.*, 1992, p. 428, également publié in I.F.I. SHIHATA, *Legal Treatment of Foreign Investment : the World Bank Guidelines*, Dordrecht/Boston, M. Nijhoff, 1993, xvii-468 p., pp. 311-335 ; Ph. KAHN, « Les investissements internationaux, nouvelles données : un droit transnational de l'investissement », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, *op. cit.*, pp. 7-9.

<sup>7</sup> Sur les contrats d'Etat, V. Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, t. 302, pp. 197-386.

LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Deuxièmement, il faut souligner la difficulté, en droit des investissements, d'isoler la question des sources du droit de celle du droit applicable au règlement des différends, alors que ces deux sujets doivent être distingués. Le traité tient une place imposante dans le contentieux arbitral transnational, qui représente une proportion importante du contentieux international lié à l'investissement. Cette place pourrait affecter le développement des autres sources du droit international. Elle est liée au fait qu'en droit des investissements, les procédures de règlement des différends sont décrites dans l'instrument même contenant les normes applicables. Un différend est irrémédiablement associé à un traité et à la question de son respect par l'Etat. Il faut toutefois distinguer source du droit, droit applicable et objet du litige.

Le droit applicable par les tribunaux pour trancher un différend résulte d'un choix opéré par les parties au litige ou par une autorité compétente parmi un ensemble de sources disponibles : nationales, internationales, écrites, non écrites... En général, autant le droit international que le droit de l'Etat d'accueil sont visés en tant que droit applicable dans les règlements d'arbitrage. Si le juge ou l'arbitre sont invités à appliquer le droit international, c'est à toutes les sources de ce droit qu'il peut se référer pour trancher le différend : les conventions applicables, mais aussi le droit coutumier, les principes généraux du droit, voire les actes unilatéraux des Etats ou des organisations internationales concernées ainsi que la jurisprudence. Dès lors qu'un traité bilatéral d'investissement est présent – et il le sera dans la quasi-totalité des affaires étant donné que c'est cet instrument qui fonde dans la plupart des cas la compétence du tribunal<sup>8</sup> – ce texte sera toutefois appliqué en priorité en tant que loi spéciale. Il apparaît aussi plus commode de se référer à une source écrite scellant un accord de volontés et garantissant une évidente sécurité juridique. Le recours à la coutume ou aux principes généraux du droit ne se justifie alors qu'en cas d'insuffisance de la norme conventionnelle.

Cette forte présence du traité dans le contentieux est renforcée dans l'hypothèse d'une limitation de l'objet du litige aux griefs conventionnels. Il arrive en effet que les tribunaux arbitraux voient leur compétence réduite aux différends résultant de l'application ou de l'interprétation du traité bilatéral d'investissement sur le fondement duquel le tribunal est constitué<sup>9</sup>. Seuls les griefs fondés sur la violation du traité peuvent alors être portés devant le tribunal. Les règles matérielles sur le fondement desquelles la responsabilité internationale de l'Etat pourra être engagée sont alors uniquement conventionnelles. Au contraire, lorsque la clause de règlement des différends est générale, visant tout différend relatif à un

---

<sup>8</sup> Il arrive que la compétence du tribunal soit fondée sur une clause contractuelle ou sur une loi interne d'investissement, mais ces hypothèses ne se présentent pas fréquemment.

<sup>9</sup> V. par exemple l'article 9 du TBI conclu entre la Chine et le Guyana en 2003 : « *For purposes of this Agreement, an "investment dispute" is a dispute between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, concerning an obligation of the former under this Agreement in relation to an investment of the latter. [...]* », reproduit in *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UNCTAD, United Nations, 2007, xiv-158 p., spéc. p. 102.

PARTIE I – CHAPITRE 1

investissement<sup>10</sup>, il pourrait être fait appel à une autre source pour fonder la responsabilité de l'Etat. Mais à nouveau, la présence, dans la grande majorité des affaires, d'un traité d'investissement incite les arbitres, autant que les parties, à contenir l'objet du litige au domaine conventionnel, pour les mêmes raisons que celles qui viennent d'être évoquées.

Evidemment, un traité ne peut être appliqué isolément des autres sources du droit international public. Il est nécessaire de faire appel à la coutume, aux principes généraux du droit, parfois de tirer les conséquences d'actes unilatéraux des parties au traité pour interpréter et appliquer l'instrument conventionnel. De même, une procédure arbitrale internationale est régie par les principes du droit international du contentieux. Les particularités du contentieux arbitral transnational donnent toutefois l'impression, fautive, que le droit international des investissements trouve matériellement sa source exclusivement dans les traités, voire dans les traités bilatéraux. La rareté des occasions pour les tribunaux de consacrer l'existence de règles autres que d'origine conventionnelle ne facilite pas leur identification.

Il est néanmoins nécessaire de recenser et de tenter d'identifier la place des autres sources du droit international des investissements étrangers. D'une part, la question des sources se pose indépendamment de celle du contentieux. D'autre part, le contentieux de l'investissement étranger ne se limite pas aux procédures arbitrales transnationales. D'autres tribunaux internationaux que les tribunaux arbitraux saisis sur le fondement de traités bilatéraux d'investissement, la Cour internationale de Justice notamment, peuvent être amenés à appliquer ce droit. En cas d'absence de traité applicable, le droit coutumier et les principes généraux demeurent les sources du droit international des investissements.

La dernière spécificité des sources en droit international des investissements réside dans les rapports imbriqués qu'entretiennent traité et coutume. Le recours au traité dans le droit international des investissements ne s'explique pas pour les mêmes raisons que dans le reste du droit international économique. En matière monétaire, financière et surtout commerciale, l'instrument conventionnel s'est fortement développé, car il permet de concilier sécurité juridique, souplesse et adaptation. Son caractère écrit et sa force contraignante assurent la clarté des engagements juridiques. La possibilité d'en négocier précisément les termes, de prévoir des réserves, des clauses de sauvegarde ou des procédures permettant une adaptation à l'évolution de l'économie mondiale explique ce succès<sup>11</sup>. Dans le domaine des investissements étrangers, le contenu des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers est très proche d'un instrument à un autre, souvent calqué sur un modèle de traité. Les Etats n'ont ainsi pas recouru à l'instrument conventionnel pour sa souplesse et son adaptabilité, mais tout simplement pour sa valeur contraignante.

<sup>10</sup> V. par exemple l'article 10 du TBI conclu entre l'Egypte et la Thaïlande en 2000 : « *Any dispute which may arise between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party shall, if possible, be settled amicably. [...]* », *idem*.

<sup>11</sup> V. G. NOUGARET, « Les conventions internationales », in *Droit de l'économie internationale*, P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE, H. GHÉRARI, (dir.), Paris, Pedone, 2004, 1119 p., spéc. p. 101.

#### LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Le recours au traité en droit des investissements, à partir des années soixante, provient en effet de la contestation du droit coutumier existant jusqu'alors. L'objet des traités bilatéraux d'investissement a été de reprendre les normes coutumières antérieures afin qu'elles soient dotées d'une valeur au moins conventionnelle. Les normes du droit des investissements ont ainsi été simultanément contestées sur la scène internationale, notamment par les pays nouvellement indépendants ainsi que par les Etats d'Amérique latine, et concédées sur le plan de la négociation bilatérale. Ce phénomène a pour le moins jeté un trouble dans le processus coutumier : le recours au traité bilatéral témoigne de la remise en cause de la coutume, mais il alimente aussi son développement comme élément d'une pratique qui s'est généralisée.

Le droit international des investissements étrangers est ainsi marqué par une domination des traités bilatéraux (I) qui laisse peu de place aux autres sources, qu'elles soient écrites ou non écrites (II).

#### I. LA DOMINATION DU PROCÉDÉ CONVENTIONNEL BILATÉRAL

En raison de la facilité de sa négociation, le traité bilatéral est extrêmement utilisé en droit international des investissements étrangers. Les Etats ont constitué des réseaux denses de traités bilatéraux d'investissement (TBI). Il faut revenir sur les conditions d'apparition de ces traités (A) et sur l'extraordinaire développement qu'ils ont ensuite connu (B).

##### A. L'apparition des traités bilatéraux relatifs aux investissements étrangers

Le développement de normes conventionnelles spécifiquement relatives aux investissements étrangers est récent : la première convention a été conclue en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan<sup>12</sup>. Auparavant, aucun instrument contraignant, portant exclusivement sur les investissements étrangers, n'était entré en vigueur, malgré les tentatives lancées dans diverses enceintes. Le droit conventionnel des investissements n'était pourtant pas inexistant. Les investisseurs étrangers bénéficiaient des dispositions relatives au traitement des étrangers en général contenues dans les nombreux traités d'amitié, de commerce et de navigation et dans les conventions d'établissement conclus depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle par les Etats d'Europe et les Etats-Unis<sup>13</sup>.

Ce réseau de traités bilatéraux a représenté un cadre formel pour la négociation des TBI : les Etats avaient l'habitude de négocier bilatéralement en matière économique ; progressivement ces négociations ont glissé vers le domaine des investissements (1). Parallèlement, les projets avortés d'instruments multilatéraux ont fourni le cadre matériel qui a facilité la conception du contenu de ces traités

<sup>12</sup> Traité tendant à encourager et à protéger les investissements (avec Protocole et échange de notes), signé à Bonn le 25 novembre 1959 entre le Pakistan et la République fédérale d'Allemagne, entré en vigueur le 28 avril 1962, *RTNU*, vol. 457, n° 6575, p. 23.

<sup>13</sup> C'est ainsi que Roy Preiswerk pouvait publier, en 1963, une thèse consacrée à *La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux*, Zürich, Editions Polygraphiques, xi-242 p.