

ARNAUD DE NANTEUIL



Droit international de l'investissement

EDITIONS A. PEDONE
2017



Deuxième édition

SOMMAIRE

Chapitre préliminaire. 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 1. 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 2. 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 3. L'articulation des différentes sources du droit de l'investissement

- 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 1. L'investisseur

- Section 1. Tentative d'identification de l'investissement
- Section 2. Tentative d'identification de l'investisseur

Chapitre 2. L'Etat

- Section 1. La question du consentement à l'arbitrage
- Section 2. La question de l'imputabilité

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

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**

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

Section 2. Les autres mécanismes d'arbitrage

**Chapitre 2. 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 préliminaire
La question de la protection dès la phase d'admission

Chapitre 1. La protection par renvoi

Section 1. La clause de traitement national

Section 2. La clause de la nation la plus favorisée

Chapitre 2. 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 3. La garantie des investissements
par les mécanismes d'assurance**

Chapitre 4. 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 1. 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 2. 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.

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

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.

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

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'infailibilité – 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. En outre, 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 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

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

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, ajoutée à l'occasion de cette deuxième édition, se concentrera 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 DEUXIÈME ÉDITION

Le présent manuel constitue la deuxième édition d'un ouvrage publié pour la première fois en 2014. Le changement majeur apporté par cette seconde édition tient à la présence d'une cinquième partie consacrée aux rapports entre le droit international de l'investissement et certaines autres disciplines du droit international : droits de l'homme, droit de l'environnement, droit de l'Union européenne. Il a en effet été jugé que les développements récents, dont il était fait mention rapidement dans la première édition, ont pris une importance telle que des développements substantiels méritent de leur être consacrés. Sans doute le cloisonnement relatif dans lequel s'était développé le droit de l'investissement n'est plus aujourd'hui.

Par ailleurs, l'ensemble du texte a fait l'objet d'une actualisation, à la date du 30 septembre 2016. Bien entendu, toutes les sentences ou décisions rendues depuis la première édition n'ont pas été intégrées, tant elles sont nombreuses. La volonté de ne pas alourdir le propos a conduit à limiter autant que possible les renvois à la jurisprudence tout en illustrant le propos dès lors

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

qu'il a semblé nécessaire de le faire. Il ne faut donc pas toujours voir dans le choix des décisions citées une volonté de souligner leur importance particulière. Compte tenu de l'absence de règle du précédent, aucune sentence n'a vocation à « faire jurisprudence » plus qu'une autre. Néanmoins un certain nombre de décisions récentes ont apporté des éclaircissements précieux et devaient pour cette raison être mentionnées.

Références bibliographiques générales

Chaque thématique abordée fera l'objet en fin de chapitre d'une bibliographie particulière, mais il existe un certain nombre d'ouvrages généraux, singulièrement en langue anglaise, qui abordent l'ensemble des questions évoquées dans le présent manuel. Pour cette raison ces références ne peuvent être rappelées à chaque occasion, aussi peut-on les présenter ici. Il ne s'agit que d'une sélection des principaux ouvrages consacrés à la discipline dans son ensemble.

Références de droit international économique

AUDIT (M.), BOLLÉE (S.), CALÉ (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2014, 764 p. / BISHOP (R.D.), CRAWFORD (J.), REISMAN (M.), *Foreign investment disputes : cases, material and commentary*, Kluwer, 2005, 1653 p. / BÉGUIN (J.) et al., *Traité de droit du commerce international*, Paris, Litec, 2005, 806 p. / CARREAU (D.), JUILLARD (P.) *Droit international économique*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 5^{ème} éd. 2013, 802 p. / CARREAU (D.), « Investissements », *Répertoire Dalloz de droit international* / DAILLIER (P.), GHÉRARI (H.), DE LA PRADELLE (G.), (dir.), *Droit de l'économie internationale*, CEDIN Paris X, Pedone, 2003, 1120 p. / DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, 434 p. / DOLZER (R.) STEVENS (M.), *Bilaterals investment treaties*, La Haye, Nijhoff, 1995, 330 p. / FOUCHARD (P.) (dir.), *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, 427 p. / HORCHANI (F.), *Où va le droit de l'investissement ?* Paris, Pedone, 2006, 338 p. / JACQUET (J.M.), DELEBECQUE (P.), *Droit du commerce international*, Dalloz / KESSEDJIAN (C.), *Droit du commerce international*, PUF, coll. Themis, 2013, 566 p. / LEBEN (Ch.), « Arbitrage (CIRDI) », *Répertoire Dalloz de droit international* / LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, 1142 p. / LOWENFELD (A.), *International economic law*, Oxford University Press, 2002, 776 p. / MANCIAUX (S.), *Arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente ans d'activité du CIRDI*, Litec, 2004, 728 p. / MC LACHLAN (C.), SHORE (L.), WEINIGER (M.) *International investment arbitration : substantive principles*, Oxford University Press, 2007, 474 p. / MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.) (ed.), *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford University Press, 2008, 1382 pp. / NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and*

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

practice of investment treaties, La Haye, Kluwer, 2009, 614 p. / REINISCH (A.) (ed.), *Standards of investment protection*, Oxford University Press, 2008, 264 p. / SORNARAJAH (M.), *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 1994, 430 p. / *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle : à propos de trente ans de recherche du CREDIMI*. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan, Litec, 2000.

En outre, plusieurs chroniques annuelles sont consacrées au droit de l'investissement. On pourra évoquer, en langue française, les suivantes :

FADLALLAH (I.), LEBEN (C.), TEYNIER (E.) (dir.), « Investissements internationaux et arbitrage », *Les Cahiers de l'Arbitrage – The Paris journal of international arbitration* (vol. 4), publiée jusqu'en 2009 in *La Gazette du Palais* / FOURET (J.), KHAYAT (D.), « Chronique CIRDI » bisannuelle publiée in *Law and practice of international courts and tribunals*, partiellement publiée in *Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007)*, Bruylant, 2009/ GAILLARD (E.), « Chronique CIRDI », *J.D.I.*, publiée en deux ouvrages : *La jurisprudence du CIRDI*, vol I, 2004, 1108 p. et II, 2009, 784 p., Pedone / LATTY (F.) puis LATTY (F.), JACOB (P.), DE NANTEUIL (A.), « Arbitrage transnational et droit international général », chronique annuelle in *A.F.D.I.* depuis 2008 / RÉMY (B.), « Chronique CIRDI », *J.D.I.* (en remplacement d'E. Gaillard)

Références de droit international général

Comme indiqué, la compréhension du droit de l'investissement suppose nécessairement une compréhension du droit international auquel il appartient. On proposera ci-dessous quelques-uns des manuels les plus importants, en langue française cette fois, à ce sujet :

ALLAND (D.), *Manuel de droit international public*, PUF / ALLAND (D.) (dir.), *Droit international public*, PUF / AUDIT (B.), D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, Economica / BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, PUF, coll. Themis / CARREAU (D.), MARRELLA (F.) *Droit international*, Pedone / CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Dalloz, coll. Hypercours / COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien / DECAUX (E.), DE FROUVILLE (O.), *Droit international public*, Dalloz, coll. hypercours / DAILLIER (P.), PELLET (A.), FORTEAU (M.), *Droit international public*, L.G.D.J. / DUPUY (P.M), KERBRAT (Y.) *Droit international public*, Dalloz, coll. Précis / FLEURY GRAFF (Th.) *Manuel de droit international public*, Tome 2, PUF / GUTMANN (D.), *Droit international privé*, Dalloz / MAYER (P.), HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, L.G.D.J. coll. Domat / MONÉGER (F.) ; *Droit international privé*, LexisNexis / NIBOYET (M.L.), DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), *Droit international privé*, L.G.D.J. coll. Manuel / VIGNAL (T.), *Droit international privé*, Sirey / RIVIER (R.), *Droit international public*, PUF, coll. Themis / SANTULLI (C.), *Introduction au droit international*, Pedone / SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien



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 premier en langue française en raison de la nouveauté relative de cette discipline, 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 NANTEUIL 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)

Photo : Pris(c)ille - Collection particulière

ISBN 978-2-233-00820-6



9 782233 008206

35 €