

# PRÉFACE

Brigitte STERN

Professeur émérite à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Y a-t-il branche du droit international qui, ces dernières années, a suscité un aussi grand engouement de la part de la doctrine que le droit international des investissements ? Pourtant, celui-ci est longtemps resté en marge des réflexions des milieux universitaires – parce qu'il pouvait être jugé hautement spécialisé ou « exotique » (selon les mots du rapporteur de la Commission du droit international chargé d'examiner la question de la *Fragmentation du droit international*) ou parce qu'il pouvait être considéré comme appartenant à un autre âge, celui des revendications d'un nouvel ordre économique international et des tensions anciennes entre pays nouvellement indépendants et entreprises multinationales. Mais plus récemment, il a rapidement gagné ses lettres de noblesse comme passage obligé de l'analyse des grandes mutations du droit international général.

Après l'explosion du contentieux arbitral au début des années 2000, la doctrine des spécialistes du droit international économique, mais pas seulement, s'est en effet empressée de se saisir des nombreuses questions auxquelles ont été rapidement confrontés les tribunaux arbitraux – qu'il s'agisse de questions procédurales relatives à leur compétence par exemple ou de questions de fond relatives à l'étendue de la protection conventionnelle offerte aux investisseurs étrangers – pour en disséquer tous les aspects, dont certains sont particulièrement épineux. Les travaux de la doctrine des internationalistes se sont donc faits caisse de résonance des questions soulevées par l'investissement international devant les tribunaux arbitraux et l'on ne compte plus aujourd'hui les ouvrages et les analyses dédiés au sujet *International Investment Arbitration*.

Plus récemment, on s'est aussi efforcé de retisser les liens entre le droit international des investissements et les autres disciplines qui l'entourent en tentant de clarifier les mécanismes d'articulation entre, d'une part, les accords d'investissement et, d'autre part, le droit du commerce international, le droit fiscal, les droits de l'Homme ou encore le droit de l'environnement.

L'originalité et la richesse de cet ouvrage résident précisément dans cette recherche du dialogue entre différents ordres juridiques ou différentes branches du droit international, qui témoigne d'une fertilisation réciproque. D'aucuns ne s'y sont pas trompés : que l'on songe à ce qu'a rappelé avec force l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce dans sa toute première décision, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rendue en 1996,

à savoir « qu'il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public ». Ce à quoi a fait écho quelques années plus tard, en 2009, la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Phoenix c. République tchèque*, lorsqu'elle a rappelé, elle aussi, que « *the ICSID Convention's jurisdictional requirements – as well as those of the BIT – cannot be read and interpreted in isolation from public international law, and its general principles* ».

L'approche retenue dans l'ouvrage dont j'ai le plaisir d'écrire la préface s'inscrit dans cette démarche, mais avec une ambition d'autant plus grande qu'il s'agit, plus que d'ouvrir les horizons du droit des investissements, d'en redéfinir les contours. Les *perspectives croisées* qu'ont explorées les auteurs, à l'initiative et sous la direction de Sabrina Robert-Cuendet, sont celles qui traversent régulièrement, en y creusant un sillon plus ou moins profond, le droit des investissements internationaux. Chacun des dix-huit chapitres de l'ouvrage est consacré à l'exploration des champs voisins, complémentaires ou concurrents du droit des investissements qui se font eux-mêmes le réceptacle de règles qui, en plus de celles prévues dans les accords d'investissement, pourraient également être qualifiées d'instrument de régulation de l'investissement international.

Autrement dit, les auteurs de l'ouvrage se sont attelés, en grande partie, à composer un régime élargi des investissements internationaux en puisant en dehors des règles internationales spécialement dédiées à la promotion et à la protection des investissements d'autres outils qui viennent compléter les premières. Le droit du commerce des services ou le droit de la commande publique, tels qu'ils sont essentiellement organisés dans le cadre des accords de l'Organisation mondiale du commerce, participent ainsi à la définition des conditions de circulation des investissements. Les accords multilatéraux sur l'environnement, dont on a plutôt l'habitude d'examiner les possibles contradictions avec les traités bilatéraux d'investissement, deviennent des instruments de promotion des investissements responsables. Le droit international des contrats, le droit de la propriété intellectuelle ou encore le droit international de la protection des droits de l'Homme sont examinés sous l'angle de leurs dispositions qui viennent enrichir le régime global des investissements internationaux qui constitue la véritable et ultime quête des auteurs. Les mécanismes de protection dont ils sont porteurs viennent ainsi s'ajouter à ceux, traditionnels, offerts par les accords d'investissement.

L'approche holistique qui est ici adoptée ne s'affranchit pas complètement des thématiques traditionnelles de l'analyse du droit des investissements. Le contentieux – plus précisément le contentieux devant les tribunaux arbitraux transnationaux – tient une bonne place dans les développements de certains chapitres de l'ouvrage. Mais là aussi l'objectif est d'étirer les limites traditionnelles des aspects contentieux pour examiner ce qu'ont à offrir les droits internes des États, la doctrine de l'abus de droit que certains entrevoient en filigrane de la responsabilité de l'État à raison des dommages causés aux investisseurs étrangers, voire même les dispositifs de protection des droits de l'Homme, comme alternative à la protection des TBI.

Finalement, la mise en œuvre du droit international des investissements est examinée, en dernier lieu, dans son environnement le plus immédiat – notamment son articulation avec le droit interne de l'État hôte ou son rapport aux juridictions internes – l'objectif des chapitres consacrés à ces questions étant, semble-t-il, de bousculer la relation fusionnelle entre les accords internationaux de promotion et de protection des investissements et l'arbitrage transnational.

C'est au final un ouvrage d'une remarquable richesse qu'ont livré ici les auteurs ayant pris part à ce projet de recherche. Certaines questions bien connues et récurrentes y bénéficient d'un éclairage nouveau ou d'une remarquable systématisation. D'autres soulèvent des problématiques innovantes qui rendent compte, paradoxalement, du caractère encore trop peu exploré de certains aspects essentiels du droit des investissements. Certains auteurs n'hésitent pas à émettre des propositions pour faire évoluer les accords d'investissement, y compris l'institution de l'arbitrage, dans la lignée de l'important mouvement de réforme engagé il y a peu par les États et certaines institutions internationales spécialisées dans le domaine de l'investissement. Beaucoup mériteront d'être développées à l'avenir. Certaines heurteront peut-être. Mais elles auront le mérite, avec l'ensemble des développements de l'ouvrage qui renouvellent l'idée que l'on se fait du droit des investissements internationaux, d'insuffler un nouvel élan à la discipline.

Il reste qu'à l'issue de cette lecture, on ne peut que s'interroger sur l'ambition première de l'ouvrage : s'est-il véritablement agi de *redéfinir* le droit des investissements internationaux ou, plutôt, de mieux définir l'environnement normatif global dans lequel les instruments de promotion et de protection des investissements ont vocation à s'appliquer ? S'agit-il de droit des investissements que d'identifier les règles de la fiscalité internationale qui, au soutien des accords d'investissement, peuvent être déterminantes dans la définition des stratégies d'expansion à l'étranger des entreprises privées ? S'agit-il d'étudier les règles appartenant à un régime élargi du droit des investissements que de rechercher celles des garanties des droits de l'Homme qui peuvent offrir une protection comparable aux investisseurs étrangers ? À trop vouloir étreindre, le risque n'est-il pas de voir disparaître la spécificité qui fait du droit des investissements internationaux – entendu dans son sens classique – cette discipline si captivante et si stimulante, ce laboratoire juridique dont nombre de découvertes sont susceptibles de rejaillir dans d'autres branches du droit international ?

Ces quelques interrogations, au ton de réserve, ne doivent pas être prises comme telles. Elles attestent que ce bel ouvrage *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées* pousse à la réflexion puisque, à sa lecture, chacun s'interrogera sur sa propre appréhension de ce qu'est le droit des investissements internationaux. Il nous est ici présenté sous des aspects nouveaux, parfois audacieux, mais sans que ne soit jamais dénaturée sa raison d'être profonde qui est la recherche d'équilibre entre la protection des droits des investisseurs et la préservation de la souveraineté des États hôtes, auxquelles s'attachent – ou devraient s'attacher – les

tribunaux arbitraux internationaux, comme cela a été rappelé par le tribunal dans l'affaire *El Paso c. Argentine* : « *Este Tribunal considera que hace falta una interpretación equilibrada, que tenga en cuenta tanto la soberanía del Estado como la responsabilidad de este de crear un marco adaptable y en evolución para el desarrollo de las actividades económicas, así como también la necesidad de proteger la inversión extranjera y su flujo constante* »<sup>1</sup>.

Il s'agit donc bel et bien d'un ouvrage de droit des investissements internationaux dont l'approche originale et les analyses fines et lumineuses lui feront tenir une place essentielle dans la littérature désormais abondante mais – la preuve – en perpétuel renouvellement, consacrée à ce champ de la régulation des activités économiques transnationales.

---

1. Dans la version anglaise : « *This Tribunal considers that a balanced interpretation is needed, taking into account both State sovereignty and the State's responsibility to create an adapted and evolutionary framework for the development of economic activities, and the necessity to protect foreign investment and its continuing flow* ».