

TABLE DES MATIÈRES

Préface	5
Sommaire.....	9
Remerciements.....	13
Index des auteurs	15
Liste des principales abréviations.....	19
Introduction.....	23
A. Au-delà du droit des investissements internationaux : pour une approche holistique de la matière	23
B. Un droit des investissements internationaux revisité en trois problématiques.....	28

Première Partie

LE CADRE DE LA LIBÉRALISATION DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX..... 33

Titre 1

L'accès aux marchés des investisseurs étrangers : les flux d'investissements saisis par les leviers du libéralisme économique 35

Chapitre 1.

La liberté d'investissement (Anne GILLES-YEUM)..... 37

I. La prise en charge individuelle de la liberté d'investissement : le prisme de la libre admission..... 40

A. L'admission en tant qu'instrument de l'attraction de l'investissement étranger et de la satisfaction des besoins en développement

B. La relativité de la libre admission : les impératifs sécuritaires..... 46

II. La réalisation collective de la liberté d'investissement : la libération des activités liées à l'investissement..... 50

A. L'action sur l'établissement..... 51

B. L'action sur la circulation du capital

C. L'action sur les prescriptions de résultats

Chapitre 2.

Droit des investissements et droit international de la commande publique (Geneviève BASTID BURDEAU)	61
I. Le régime international de la commande publique applicable aux investissements internationaux : un régime lacunaire.....	65
A. L'inadaptation des règles de l'OMC.....	65
B. Le caractère indirect de l'action normative des autres organisations internationales.....	68
C. Une innovation efficace : la politique de lutte contre la corruption dans les opérations d'investissement financées par les organisations internationales.....	70
II. La pratique de la commande publique en matière d'investissements : une convergence réelle au-delà de l'absence de règles internationales	74
A. Les règles et principes de protection des investissements et la commande publique.....	75
B. La commande publique et la souveraineté de l'État.....	79
C. La standardisation des procédures et des contrats publics internationaux d'investissements	83

Chapitre 3.

La contribution du droit international du commerce au droit international des investissements (Régis BISMUTH)	87
I. Les disciplines du commerce des marchandises : un intérêt relatif pour le droit des investissements.....	93
A. Un apport périphérique dans le contexte de l'OMC.....	94
1. Les échecs d'une intégration globale au sein du système commercial multilatéral	94
2. Une intégration périphérique de disciplines liées à l'investissement dans le droit de l'OMC	96
B. Un apport en voie d'approfondissement dans le cadre des ACP..	100
1. L'enrichissement du droit des investissements par les disciplines commerciales.....	100
2. Une nécessaire articulation de la relation ACP / TBI.....	102
II. Les disciplines du commerce des services : un chevauchement fructueux avec (et pour) le droit des investissements	105
A. L'identification du chevauchement au stade de l'établissement... ..	105
1. L'investissement via l'un des modes de fourniture de services ..	106
2. L'intérêt et les limites du chevauchement	108
B. Les enjeux du chevauchement au stade du traitement.....	111
1. Un chevauchement générateur d'opportunités pour les investisseurs.....	111
2. Un chevauchement générateur de risques pour les États.....	114

Titre 2

La réglementation des opérations d'investissement : l'interaction avec les autres branches du droit international 117

Chapitre 4.

Droit fiscal et droit international des investissements (Walid BEN HAMIDA).....	119
I. Le rapport de récupération du droit fiscal par le droit des investissements	121
II. Le rapport d'inspiration mutuelle entre le droit des investissements et le droit fiscal	124
A. Le droit des investissements inspire le droit fiscal.....	124
B. Le droit fiscal inspire le droit des investissements.....	127
III. La confrontation entre droit fiscal et droit des investissements ..	129
A. La confrontation incontrôlée.....	129
B. La confrontation contrôlée	131

Chapitre 5.

Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux (Lucie DELABIE)	135
I. Les AEM et la promotion des investissements comme vecteurs du développement durable.....	141
A. La relation consubstantielle entre développement durable, transfert de technologies et investissements	141
B. Une relation mise en valeur par les AEM et par la pratique conventionnelle.....	144
II. L'instauration de mécanismes incitatifs favorables à l'investissement vert	147
A. La multiplication des fonds publics profitables au développement des États d'accueil d'investissements vertueux	147
B. L'essor de mécanismes de flexibilité impliquant les investisseurs privés.....	151
III. Les mesures d'encouragement à l'engagement du secteur privé dans la finance durable.....	155
A. L'émergence d'un processus de responsabilisation des investisseurs	156
B. Le soutien nécessaire à la sécurisation financière des investisseurs	161
IV. La participation à l'évolution du cadre juridique de protection des investissements étrangers.....	163
A. L'insertion de clauses de conciliation entre les obligations environnementales et la protection des investissements.....	164
B. La tendance à l'inclusion d'un standard de responsabilité environnementale opposable aux investisseurs	167

Chapitre 6.

Le point de vue des entreprises : la régulation d'origine privée des opérations d'investissement (Sébastien MANCIAUX) 171

I. Quelle place pour les règles d'origine privée en droit des investissements ? 174

 A. Une place peu ou pas identifiée en doctrine..... 174

 B. Une pratique riche mais éparse..... 177

II. Quel rôle pour les règles d'origine privée en droit des investissements ? 181

 A. Des règles d'origine privée peuvent-elles constituer le droit régissant une opération d'investissement ? 181

 B. La fonction assignée aux règles d'origine privée dans la régulation des relations entre États hôtes et investisseurs étrangers..... 186

Deuxième Partie

LE CADRE DE LA PROTECTION DES DROITS DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS 191

Titre 1

La normalisation des rapports entre l'investisseur et l'État hôte 193

Chapitre 7.

Standards internationaux de protection des investissements étrangers et abus de droit de l'État hôte (Ioannis PREZAS)..... 195

I. Abus de droit et standard du traitement juste et équitable..... 204

 A. Le traitement juste et équitable comme concrétisation de la doctrine de l'abus de droit 204

 B. Attentes légitimes de l'investisseur et abus de droit..... 209

II. Abus de droit et expropriation..... 214

 A. L'exercice abusif du pouvoir d'exproprier et les apories de l'expropriation indirecte 214

 B. L'exercice abusif du pouvoir normatif comme critère de distinction entre une dépossession compensable et une réglementation non compensable..... 217

Chapitre 8.

La responsabilité publique de droit interne comme mécanisme de protection des investissements étrangers (Arnaud DE NANTEUIL). 223

I. La responsabilité contractuelle 228

 A. Le contrat administratif comme figure contractuelle spécifique ... 228

 B. Les conditions d'engagement de la responsabilité contractuelle . 230

II. La responsabilité extra-contractuelle	233
A. La responsabilité pour faute.....	233
1. La question de la caractérisation du comportement comme faute	235
2. Les conditions de la responsabilité pour faute	237
a. Principes généraux.....	237
b. Spécificités liées au fait générateur.....	238
c. Spécificités liées au dommage.....	239
3. Un cas particulier : la demande en <i>judicial review</i>	239
B. La responsabilité sans faute.....	240
1. Le principe : la jurisprudence française <i>La Fleurette</i>	241
2. La responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques.....	242
Chapitre 9.	
Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers (Sabrina ROBERT-CUENDET).....	247
I. Les spécificités du régime juridique applicable aux investisseurs étrangers.....	253
A. L'absence d'obligation de traitement égal entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers	253
1. Les exclusions et restrictions imposées aux investisseurs étrangers.....	254
a. L'absence de liberté d'investissement en droit international..	254
b. Le pouvoir discrétionnaire de l'État dans l'adoption des mesures internes de réglementation de l'investissement ..	256
2. Les incitations et les privilèges accordés aux investisseurs étrangers.....	259
a. Aperçu des principales catégories d'incitations et de privilèges	259
b. L'articulation avec les outils de la non-discrimination.....	261
B. La surprotection internationale des investisseurs étrangers	263
1. Les prémices du régime spécial de protection des investisseurs étrangers	263
a. L'octroi des premiers privilèges aux étrangers et la querelle historique relative à l'étendue des droits des étrangers.....	263
b. Le standard minimum international comme mécanisme de protection des droits de l'État de nationalité	267
2. La surprotection – relative – des investisseurs étrangers dans les accords internationaux d'investissement.....	269
a. L'exacerbation de la surprotection des étrangers par les accords d'investissement	269
b. Les efforts de normalisation de la protection conventionnelle octroyée aux investisseurs étrangers.....	272

II. La remise en cause du maintien d'un régime de protection spécifique des investisseurs étrangers	276
A. L'effet perturbateur de l'existence d'un régime spécifique de protection des investisseurs étrangers	276
1. Les conséquences délétères des privilèges de protection accordés aux investisseurs étrangers	277
a. L'interférence avec l'équilibre des pouvoirs organisé en droit interne.....	277
b. La discrimination à rebours au détriment des investisseurs nationaux	278
2. L'absence de justification au maintien des privilèges de protection pour les investisseurs étrangers.....	282
a. L'obstacle des droits de l'Homme	283
b. L'iniquité du critère d'extranéité comme seule condition d'octroi d'un régime spécial de protection	286
B. Les voies possibles d'une normalisation du droit international des investissements	288
1. L'extension de la protection internationale des traités d'investissement aux opérateurs locaux	289
a. Les accords d'investissement comme vecteur de la bonne gouvernance et de la Règle de droit	289
b. Les possibilités d'extension du champ de la protection conventionnelle au bénéfice des investisseurs nationaux ...	291
2. La mise en place d'une conditionnalité substantielle au bénéfice de la protection internationale.....	294

Titre 2

La nature et l'étendue des droits protégés..... 299

Chapitre 10.

L'investisseur devant les juridictions internationales des droits de l'Homme : la question des droits fondamentaux de l'investisseur (Saïda EL BOUDOUHI)	301
I. Une protection procédurale peu comparable.....	307
A. La compétence <i>ratione personae</i>	307
B. L'épuisement des voies de recours internes	309
II. Une protection substantielle convergente.....	312
A. Le traitement juste et équitable.....	313
B. La règle relative à l'expropriation.....	316
1. De la propriété à l'investissement étranger	316
2. De l'interférence avec le droit de propriété à l'expropriation ...	319
III. Une réparation globalement moins généreuse	324
A. La réparation en cas d'expropriation.....	324
B. La réparation en cas d'autres violations	327

Chapitre 11.

La protection découlant du droit international des contrats (Claire CRÉPET DAIGREMONT)	331
I. La protection découlant du droit international public	335
A. La protection découlant du droit international coutumier	335
1. L'intervention du droit international public au titre du droit applicable	336
a. Le droit international choisi par les parties.....	336
b. Le droit international applicable en l'absence de choix par les parties	337
c. Le droit international applicable en cas de choix en faveur d'un autre droit.....	338
2. L'intervention du droit international public au titre du fondement des demandes	339
a. L'admissibilité des griefs fondés sur le droit international général	339
b. Les griefs invocables sur le fondement du droit international général.....	341
B. La protection découlant des traités de protection des investissements étrangers.....	342
1. La soumission des droits contractuels à la protection des traités d'investissements	342
a. L'extension du champ d'application des traités d'investissements aux droits contractuels	343
b. L'application des normes conventionnelles aux droits contractuels.....	343
i. L'expropriation de droits contractuels	344
ii. La violation des attentes légitimes du cocontractant	344
2. La soumission des différends contractuels aux procédures des traités d'investissements	345
a. L' <i>umbrella clause</i>	345
b. La soumission des <i>contract claims</i> à la procédure de règlement des différends du traité.....	346
II. La protection découlant du droit du commerce international ..	347
A. Les conditions de l'intervention du droit du commerce international	348
1. La soumission aux tribunaux arbitraux du commerce international de litiges relatifs à des investissements étrangers ..	348
2. La désignation du droit du commerce international	350
a. Par les règlements d'arbitrage	350
b. Par les parties au contrat.....	351

B. L'identification du droit du commerce international applicable....	352
1. Le recours à des principes transnationaux.....	352
a. L'application des Principes d'UNIDROIT.....	352
b. La mise en œuvre de l'exception d'OPI.....	354
2. L'attrait des principes transnationaux.....	355
Chapitre 12.	
Investissement étranger et droits de propriété intellectuelle (François DUBUISSON)	359
I. La multiplication des textes protégeant les droits de propriété intellectuelle en leur qualité d'investissement	361
A. L'inclusion des droits de propriété intellectuelle dans les traités de protection des investissements	362
B. L'inclusion des droits de propriété intellectuelle dans les traités de libre-échange et de commerce	364
C. L'inclusion des droits de propriété intellectuelle dans les Accords d'association.....	368
D. L'inclusion des droits de propriété intellectuelle dans la protection des biens.....	368
II. La portée de la protection des droits de propriété intellectuelle en leur qualité d'investissement	370
A. La protection des investissements dans ses rapports avec les conventions conclues en matière de propriété intellectuelle	370
1. La protection minimale concernant la reconnaissance de la propriété intellectuelle en tant qu'investissement.....	371
2. La protection de l'exercice des droits de propriété intellectuelle en leur qualité d'investissement : un nécessaire renvoi aux principes établis par les conventions en matière de propriété intellectuelle.....	375
B. Propriété intellectuelle, droit des investissements et droits de l'Homme.....	381
Chapitre 13.	
Les mécanismes de garantie et d'assurance des investissements à l'étranger (Guy LEPAGE)	389
I. La garantie des investissements	391
A. La garantie des investissements au niveau mondial.....	392
B. Les garanties proposées en France.....	394
1. Rappel du rôle de la COFACE.....	394
2. La garantie des investissements gérée par la COFACE.....	394
a. L'investissement garanti	395
b. Les risques couverts	395
i. Le risque d'atteinte à la propriété.....	395

ii. Le risque de non-recouvrement	396
iii. Le déni de justice.....	396
c. Les faits générateurs de sinistre	396
d. Les autres risques éventuels	396
e. Le montant garanti	397
f. Les conditions d'indemnisation	397
C. Les limites à cette garantie telle que proposée en France aujourd'hui.....	398
1. L'absence de contestation des droits de l'investisseur par le pays hôte de l'investissement.....	398
2. Si l'État conteste les droits de l'investisseur, l'indemnisation ne peut intervenir qu'après obtention d'une sentence finale et définitive rendue par un tribunal arbitral.....	398
3. Le complément indispensable d'un traité de protection des investissements	400
II. Les nouvelles modalités en matière de protection des investissements	401
A. L'arbitrage d'investissement.....	402
B. Le financement de procédures d'arbitrage par un tiers	404
C. Les sociétés d'assurance spécialisées qui proposent des garanties	405
D. L'assurance <i>After the Event</i> (ATE).....	405
E. Les produits dérivés tels que les <i>Credit Default Swaps</i> (CDS).....	406

Troisième Partie
L'ARTICULATION ENTRE LES DIFFÉRENTES
NORMES APPLICABLES AUX OPÉRATIONS
D'INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS 409

Titre 1

Le droit des investissements entre ordre juridique international et ordres juridiques internes..... 411

Chapitre 14.

L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement (Raphaële RIVIER) 413

I. L'articulation entre droit international et droit national et l'application du droit international par le tribunal : le droit interne comme « fait » 420

A. L'applicabilité des règles internationales au différend dépend du droit de l'État : le droit national comme *donnée à établir* 421

1. L'activité normative nationale comme *donnée à signifier* à l'occasion de l'application d'une règle internationale n'y renvoyant pas..... 421

2. Le droit national comme *donnée à enregistrer* aux fins de l'application d'une règle internationale y renvoyant..... 424

B. L'application des règles internationales à l'État défendeur dépend de son droit national : la situation normative du débiteur comme *état à considérer* 432

1. Le droit national comme état déterminant les obligations internationales de l'État défendeur..... 432

a. Droit national de l'État et champ d'application personnel de ses obligations internationales 432

b. Droit national de l'État et portée matérielle de ses obligations internationales 434

2. Le droit national comme interface d'appréciation du comportement de l'État défendeur 440

II. L'articulation entre droit international et droit national et le règlement au fond du litige : le droit interne comme « droit » applicable..... 446

A. L'applicabilité du droit national au fond du différend dépend du droit international : le contrôle par le droit international 447

1. L'applicabilité du droit national procède du droit international.. 447

a. L'applicabilité du droit national repose sur une habilitation internationale..... 447

b. L'applicabilité du droit national dépend d'une interprétation du tribunal international..... 450

2. L'applicabilité du droit national est conditionnée par le droit international.....	455
a. La nature de la fonction « corrective » du droit international : une fonction d'ordre public.....	456
b. La portée de la fonction « corrective » du droit international.....	459
B. L'application du droit national au fond du différend n'écarte pas celle du droit international :	
le règne du droit international.....	462
1. La pertinence du droit international envisagé en lien avec le droit national applicable à titre principal.....	463
a. La prise en considération du droit international comme « partie » du droit national applicable au fond	463
b. L'application du droit international comme « suppléant » du droit national applicable au fond	467
2. L'application du droit international pour lui-même à titre principal, seul ou en combinaison avec le droit national..	471
a. En cas de choix par les parties	471
b. En l'absence de choix des parties	476
Chapitre 15.	
L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes (Évelyne LAGRANGE).....	485
I. Incidences paradoxales de la reconnaissance d'un droit d'action internationale dans le chef des investisseurs	497
A. Refus de reconnaître des droits individuels d'origine conventionnelle dans le chef des investisseurs	497
1. Manifestations du refus dans la pratique	499
a. Adoption de la doctrine des « droits dérivés » par les arbitres	499
b. Variabilité des effets de l'accord dans l'ordre interne selon l'intention des parties.....	502
c. Rejet de l'applicabilité directe des instruments par les juridictions nationales	509
2. Rationalisation doctrinale du refus.....	511
B. Conséquences de l'absence d'invocabilité des accords relatifs aux investissements devant les juridictions nationales.....	516
1. Dans le système international.....	516
2. Dans les ordres juridiques étatiques	518
a. De l'occultation à l'émergence d'un débat constitutionnel ...	518
b. Tentative de systématisation des difficultés d'ordre constitutionnel longtemps occultées.....	521
c. Importance des effets prêtés aux accords relatifs aux investissements pour les juges constitutionnels	525

II. Dépassement des lectures dualistes des accords relatifs à l'investissement.....	527
A. Occasions pour les juridictions nationales d'examiner l'applicabilité d'un accord relatif aux investissements	529
1. Les recours internes prescrits par l'accord relatif aux investissements.....	531
a. Les conditions de recevabilité de l'action internationale	531
i. La protection diplomatique	531
ii. L'arbitrage État-investisseur	532
b. Les standards substantiels.....	535
2. Les recours internes ouverts par l'accord international	536
B. Reconsidération des conditions d'invocation, application, interprétation des accords relatifs aux investissements par les juridictions nationales.....	540
1. Nature des droits protégés par les accords relatifs aux investissements.....	541
a. Méthodes d'analyse	542
i. Méthodes d'interprétation disponibles	543
ii. Interprétations proposées	550
b. Constellations de droits (et obligations).....	553
i. Les modèles idéaux.....	553
ii. Les modèles normatifs.....	556
2. Effets des clauses créatrices de droit dans le chef de personnes privées	559
a. Invocabilité et applicabilité dans le contentieux de la légalité	560
i. Invocabilité.....	560
ii. Applicabilité directe.....	563
iii. Rapports entre normes conventionnelles et normes d'origine interne.....	566
b. Invocabilité et applicabilité dans le contentieux de la responsabilité	567

Titre 2

L'articulation entre les normes internationales parallèles 575

Chapitre 16.

Les accords relatifs à l'investissement et le droit de la concurrence
(Emanuel CASTELLARIN)..... 577I. La compatibilité de principe des APPI et du droit
de la concurrence 581A. Le respect du droit interne de la concurrence comme condition
de l'admission de l'investisseur étranger 581

1. Une condition implicite dans la plupart des APPI..... 581

2. Une condition compatible avec les accords régissant
aussi la phase pré-établissement..... 583B. L'ébauche d'une convergence partielle du droit
de la concurrence et des standards de traitement
de l'investisseur protégé 5841. L'obligation de l'État-régulateur d'interdire les pratiques
anticoncurrentielles des concurrents de l'investisseur protégé.. 5842. L'interdiction de pratiques de concurrence déloyale
de l'État-opérateur à l'égard de l'investisseur protégé 588

II. Des risques d'incompatibilité à maîtriser..... 591

A. La possibilité pour l'investisseur protégé de contester l'application
du droit de la concurrence par l'État hôte..... 5911. Les limites incertaines du droit de l'État hôte de réglementer
les pratiques anticoncurrentielles de l'investisseur protégé 592B. La nécessité d'une coordination accrue du droit
de la concurrence et des APPI..... 600

1. Le risque d'inexécution des sentences arbitrales..... 600

2. Des options imparfaites de coordination conventionnelle..... 602

Chapitre 17.

La place des normes externes dans le contentieux de l'investissement
(Patrick JACOB) 607

I. Les moyens de prise en considération..... 611

A. La voie étroite de l'invocation à titre principal 612

1. L'obstacle de la compétence 613

2. L'hypothèse du renvoi 617

B. La voie large de la prise en considération complémentaire 620

1. Interprétation..... 620

2. Application 624

II. Les sens de la prise en considération	627
A. Convergence.....	628
B. Divergence.....	632
1. Divergences éludées	633
2. Divergences assumées	636
Chapitre 18.	
Le point de vue de l'investisseur : quelques considérations stratégiques préalables au contentieux contre l'État hôte (Alexandre DE FONTMICHEL et Alexandre MEYNIEL)	641
I. La possibilité d'une action contre l'État hôte devant un tribunal arbitral international : la structure de l'investissement et l'articulation avec les recours internes	644
A. La (re)structuration de l'investissement.....	644
B. L'articulation des recours de droit international et de droit interne	649
II. La possibilité économique de l'action : son financement, l'impécuniosité, le financement par un tiers et la garantie de paiement des dépens	650
III. La bonne perception de l'action par les tiers : la gestion des relations publiques (médias et institutions).....	655