

Étude sur les devoirs des investisseurs dans le droit international des investissements.

Nitish Monebhurrin

Docteur en droit international (École de droit de la Sorbonne)

Professeur associé (Centre universitaire de Brasília)

La présente étude est une contribution à une recherche plus ample relative à la responsabilité sociale des entreprises. Elle se focalise sur le droit international des investissements comme terrain de recherche et de travail. Cette branche du droit international régit les relations entre les investisseurs internationaux et leurs États d'accueil en ayant pour sources principales, celles du droit international public. Le rattachement des obligations des sociétés privées au droit international public est un débat continu, pour le moment sans éléments de réponses convaincants, tout en étant grandement prospectif : penser le droit international futur en y incluant des obligations incombant à l'investisseur privé, à la société transnationale. Cette approche prospective sera abordée uniquement à la fin du travail à entreprendre et elle n'en sera pas la ligne directrice – mais un moyen de conclure.

La méthode privilégiée tire, elle, des éléments de compréhension et de réponses dans le droit consolidé ou en cours de consolidation. Pour arriver à une économie ou à une *science* de la responsabilité (sociale) des investisseurs, elle étudie comment le droit qui leur est applicable est ou a été amené à encadrer la question des devoirs qui leur incombe en droit international dans leurs relations avec leurs États d'accueil. C'est dès lors une méthode qui étudie le processus de la consolidation du droit dans ce sens, sans pour autant conclure que cette dernière est effective ou efficiente. Par cette méthode – qui limite déjà le champ de l'étude –, les conclusions attendues ne sauraient être coperniciennes. Cependant, l'objectif n'en demeure pas moins ambitieuse : la démonstration d'une consolidation du droit de la responsabilité à *petits pas* et l'élaboration de techniques qui y contribuent.

Si la majorité des textes applicables dans le droit international des investissements est muette sur la question, la pratique fournit quelques pistes utiles pour une réflexion juridique poussée sur les devoirs des investisseurs. Deux grands axes de recherches sont disponibles (I) ; ils doivent être contextualisés (II) et les conséquences de leur prise en compte ne sont pas inintéressantes pour le droit (III).

I. Les deux grands axes de recherche sur les devoirs des investisseurs dans le droit international des investissements.

Une observation de la pratique laisse transparaître que les investisseurs ont un devoir de diligence et un devoir d'information dans leur relations avec les États d'accueil.

Le devoir de diligence :

- l'investisseur ne peut être protégé s'il était ou devait être informé des lacunes caractérisant les moyens dont dispose son État d'accueil pour assurer sa protection (juridique, physique...).
- Cela permet d'utilisation de la théorie des mains propres (*clean hands*).
- L'investisseur ne peut concevoir le droit qui le protège comme une police d'assurance ; il n'y a pas de protection automatique *de jure*.
- Le devoir de diligence est une mesure des attentes légitimes des investisseurs.
- Le comportement de l'investisseur devient pertinent dans l'évaluation de la responsabilité de l'État.

Le devoir d'information:

- L'investisseur ne peut s'attendre à une protection si le droit d'investir a été obtenu de manière frauduleuse, c'est-à-dire, en fournissant à l'État d'accueil des informations erronées ou partiellement erronées (afin de remporter un appel d'offres, par exemple).
- Il appartient à l'investisseur de prouver la véracité des informations qu'il fournit à l'État ; si ce dernier n'a pas les ressources nécessaires pour procéder à une vérification des informations, il y a un risque d'abus de la part de l'investisseur, une volonté d'induire en erreur.

Ces deux éléments peuvent être étudiés contextuellement.

II. Le contexte de la recherche sur les devoirs des investisseurs dans le droit international des investissements

Le contexte est l'état de développement de l'État d'accueil. La reconnaissance de devoirs éventuels des investisseurs a eu lieu dans des affaires impliquant principalement des pays en développement. D'une part, les pays en développement n'ont pas toujours tous les moyens financiers, matériels, structurels, institutionnels ou policiers afin de garantir une protection complète

et parfaite aux investisseurs étrangers ; la légitimité de leurs attentes de protection varient dès lors potentiellement avec le niveau de développement ; leur devoir de diligence est partant plus important dans ce contexte. D'autre part, dans certaines affaires, des investisseurs étrangers ont fourni des informations erronées – par exemple sur leurs compétences ou sur leur expérience – aux États d'accueil dont les moyens ne leur permettaient pas d'en vérifier le bien-fondé. Le devoir d'information se vêt ainsi de rigueur selon le niveau de développement de l'État d'accueil.

La prise en compte de ces devoirs, qui plus est contextualisés, ouvre le champ de la réflexion vers d'autres horizons, toujours juridiques.

III. Les conséquences d'une reconnaissance des devoirs des investisseurs

Elles sont au nombre de deux. Premièrement, la reconnaissance des devoirs des investisseurs influence et module la protection qui leur est due, de même que leurs attentes de protection. Un investisseur ne peut s'attendre à une protection juridique s'il a induit l'État d'accueil en erreur ou s'il avait un devoir de prudence – comme tout investisseur raisonnable – qu'il a négligé. Deuxièmement, la prise en compte de leur devoir prévient un enrichissement sans cause des investisseurs imprudents ou de ceux qui s'adonnent à des pratiques frauduleuses : une compensation accordée à un investisseur ayant manqué aux devoirs susmentionnés s'apparente à un enrichissement sans cause.

Ce sont ces questions et ces thématiques que l'auteur propose d'étudier.