

L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement

Mathilde Frappier

2011

Sommaire

Introduction

I – L’existence d’une expropriation indirecte	9
A – Le critère de l’effet unique: L’expropriation indirecte entraîne la même dépossession qu’une expropriation formelle.....	9
1 – La nécessité d’une atteinte substantielle, non éphémère à l’investissement	10
2 – La non prise en compte de l’intention de l’Etat d’accueil, du maintien formel du droit de propriété de l’investisseur et de l’appropriation par l’Etat d’accueil de l’investissement.....	14
B – L’impossibilité d’ignorer la nature de la mesure en cause: La protection du pouvoir normatif de l’Etat doit être conciliée avec la protection du droit de propriété de l’investisseur.....	17
1 – La doctrine des « <i>police powers</i> »	18
2 – La délimitation des objectifs légitimes.....	20
3 – La répartition des risques entre l’Etat d’accueil et l’investisseur étranger	24
II – La licéité d’une expropriation indirecte.....	28
A – La difficile distinction entre conditions d’existence et conditions de licéité de l’expropriation indirecte	28
1 – L’inversion du raisonnement classique dans les sentences <i>Methanex</i> et <i>Saluka</i>	28
2 – La pertinence de la distinction.....	30
B - L’influence de la nature de la mesure expropriatrice dans la détermination du montant de l’indemnisation	31
1 – L’évolution des critères pertinents dans la détermination du montant de l’indemnisation.....	32
2 – La modification des conditions économiques générales par la mesure expropriatrice	32

Bibliographie

La question de l'expropriation a toujours été au cœur du droit international de l'investissement dont les règles visent à protéger l'investisseur étranger. En effet, quoi de plus redouté par l'investisseur étranger que de se voir priver sans son consentement de la propriété de son investissement ? Jusqu'au milieu du XXe siècle le droit de propriété était un droit fondamental dont le respect était jugé primordial comme en témoigne la sentence *Goldenberg*¹. En conséquence du principe coutumier de protection des droits acquis, toute expropriation devait donner lieu au versement d'une compensation par l'Etat auteur de l'expropriation. A la suite de la décolonisation, de nombreuses expropriations ont eu lieu, notamment avec l'affirmation par les Etats de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles qui a été consacrée dans la résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Le débat intense qui opposait alors pays développés et pays en développement portait non pas sur le principe même de l'expropriation qui a toujours été admis au titre de la souveraineté de l'Etat, mais sur la détermination du montant de l'indemnisation pour que celle-ci soit licite au regard du droit international général. Aujourd'hui, la question centrale concernant l'expropriation ne porte plus sur le montant de l'indemnisation. En effet, la période des expropriations formelles avec transfert du titre de propriété de l'investisseur à l'Etat semble dépassée. La multiplication des traités bilatéraux d'investissement à partir des années 1970 a clarifié les règles relatives à l'indemnisation qui étaient devenues floues.

A l'heure actuelle, il y a une pression de plus en plus importante en faveur de l'adoption par les autorités étatiques de réglementations pour protéger l'environnement, la santé publique ou encore l'économie nationale. Les Etats souverains se voient reconnaître par le droit international le pouvoir de réglementer sur leur territoire dans l'intérêt général. Les investisseurs ne sont plus guères effrayés par un retrait formel de leur droit de propriété mais ils cherchent à se protéger contre toutes les autres formes d'atteinte à leur droit de propriété qu'ils pourraient subir dans les pays qui accueillent leurs capitaux. Les Etats, qu'ils soient développés ou en développement, sont en compétition pour attirer les capitaux étrangers et ont compris cette nouvelle préoccupation des investisseurs. Avec les traités bilatéraux d'investissement est apparue une clause d'expropriation étendue aux mesures d'effet équivalent à l'expropriation². L'idée est qu'il peut y avoir une interférence à cause d'une

¹ Cf. *Affaire David Goldenberg et fils c. Etat Allemand (Allemagne c. Roumanie)*, sentence arbitrale du 27 septembre 1928, Recueil des sentences arbitrales des Nations-Unies, vol. II, pp. 901-910

² Les dispositions relatives à l'expropriation sont très similaires d'un TBI à l'autre à titre exemple le modèle de TBI allemand de 2008 en son article 4 (2) dispose « Investments by investors of either Contracting State may not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would

mesure étatique avec le droit de propriété de l'investisseur mais sans qu'il n'y ait un transfert du droit de propriété à proprement parler mise en œuvre par cette mesure. L'investisseur se plaint qu'il ne peut plus user, jouir et disposer de son droit de propriété comme il l'aimerait mais il en est toujours titulaire en droit. Pour l'investisseur dont l'investissement a perdu toute rentabilité qu'il soit toujours titulaire du titre de propriété ne change rien. Il faut éviter les lacunes dans la protection de l'investisseur. Ainsi il y a eu une prise en compte de la réalité économique par les Etats comme ce fut le cas par exemple pour la détermination de la nationalité de l'investisseur le critère du contrôle étant souvent reconnu par les traités bilatéraux d'investissement. Il faut désormais faire la distinction entre l'expropriation directe, une mesure étatique dont l'objet même est le transfert de la propriété de l'investisseur à l'Etat ou à un tiers, et l'expropriation indirecte, une mesure étatique qui a pour effet de déposséder l'investisseur même si ce n'était pas son objet et sans pour autant lui retirer son droit de propriété. Il y a désormais une double protection du titre et de la substance de l'investissement. Des investisseurs, s'appuyant sur l'autre innovation majeure des traités bilatéraux d'investissement à savoir la clause mixte de règlement des différends, pourraient alléguer devant un tribunal arbitral avoir été victime d'une expropriation indirecte et en conséquence avoir droit à une indemnisation à la suite de mesures de réglementation prises par les autorités étatiques, dans leur gestion courante des affaires publiques, ayant porté atteinte à leur investissement. Il est ainsi crucial de déterminer quelle mesure peut équivaloir à une expropriation.

La notion de mesure d'effet équivalent à une expropriation dépasse largement le cadre des instruments bilatéraux de promotion et de protection des investissements. Elle se retrouve notamment dans les accords de libre échange dont certaines dispositions sont consacrées à la protection de l'investissement, le plus fameux d'entre eux étant l'ALENA dont le chapitre 11 est justement consacré à la protection des investissements³, dans des accords multilatéraux

be tantamount to expropriation or nationalization », le modèle de TBI indien de 2003 en son article 5 dispose « Investments of investors of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalization or expropriation » et le modèle de TBI colombien de 2007 prévoit en son article 6 « Investments of investors of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party will not be subject of nationalization, direct or indirect expropriation, or any measures having similar effects »

³ Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 1110 « Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement »

sectoriels tel que le traité de 1994 sur la Charte de l'énergie⁴ et même dans les codes d'investissement des Etats.

Avec l'apparition de cette clause protégeant l'investisseur contre les mesures ayant des effets équivalents à l'expropriation couplée à la possibilité offerte par les traités bilatéraux d'investissement à l'investisseur de saisir un tribunal arbitral même en l'absence de contrat avec l'Etat d'accueil, il y a eu à l'approche des années 2000 un développement très important du contentieux relatif à l'expropriation indirecte, notamment dans le cadre du chapitre 11 de l'ALENA. De manière quasi-systématique, l'investisseur invoquait son droit à une compensation après ce qu'il considérait être une expropriation à la suite de l'adoption par l'Etat d'accueil d'une mesure de réglementation générale qui portait atteinte à son droit de propriété. Autrefois, une telle mesure de réglementation générale pouvait être contestée par l'investisseur sur la base de la clause du traitement national ou de la clause de la nation la plus favorisée parce qu'elle était discriminatoire. A présent, elle peut aussi être attaquée sur le fondement de la clause d'expropriation. Les Etats ont pris conscience du fait que cette clause entraînait un risque de contentieux très important qui interférerait avec leur droit de réglementer en matière d'environnement, de fiscalité, de santé publique, de protection des travailleurs. Il y a eu en matière de réglementation environnementale un coup de tonnerre provoqué par la sentence *Metalclad*⁵ qui fut très critiquée.

Le problème est l'absence de définition des termes de « mesure ayant un effet équivalent » ou d' « expropriation indirecte » dans les instruments relatifs à l'investissement alors que le risque d'entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil est bien réel. Les arbitres saisis par les investisseurs étrangers ont dû dégager des critères pour déterminer quand une mesure gouvernementale de réglementation générale pouvait constituer une expropriation indirecte. Il apparaît clairement que la question centrale est celle de l'équilibre à trouver entre la protection de la propriété de l'investisseur étranger et la protection de la possibilité pour l'Etat d'intervenir pour réglementer les conditions de l'investissement dans l'intérêt général. Autrement dit, il faut déterminer dans quelle mesure le risque d'une réglementation générale qui viendrait indirectement impacter l'investissement doit être supporté par l'investisseur dont l'opération par définition contient une part de risque. En l'absence d'un système d'arbitrage unifié et de règle du précédent, la jurisprudence

⁴ Selon l'article 13 « Les investissements d'un investisseur d'une partie contractante réalisés dans la zone d'une autre partie contractante ne sont pas nationalisés, expropriés ou soumis à une ou plusieurs mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation »

⁵ Cf. CIRDI ARB(AF)/97/1, *Affaire Metalclad Corporation c. Mexique*, sentence du 30 août 2000, 40 ILM 36 (2001)

arbitrale en la matière est peu claire, casuistique, avec des tests qui varient en fonction des tribunaux arbitraux pour distinguer entre mesures de réglementation générale et expropriations indirectes donnant droit à indemnisation si une compensation n'a pas été versée de son propre chef par l'Etat. Comme les instruments protégeant l'investisseur d'une expropriation indirecte sont multiples, les juges ou arbitres qui ont eu à connaître de cette notion sont aussi multiples ce qui ne favorise pas l'uniformité (se sont prononcés la Cour permanente de justice internationale, la Cour international de justice, le tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis, les tribunaux arbitraux ad hoc et ceux constitués sous l'égide du CIRDI ou de la CNUDCI, les cours régionales de protection des droits de l'Homme). La question se pose de savoir si un même concept peut être interprété de la même manière en Droit international public, en Droit international économique et en Droit international des droits de l'Homme. Etant donné le sujet qui nous est donné, les développements se concentreront sur la jurisprudence internationale relative à l'investissement. Nous verrons cependant que les techniques de conciliation entre intérêt du propriétaire et intérêt de l'Etat dégagées par les juges nationaux ou les juges régionaux de protection des droits de l'Homme confrontés à des questions d'expropriation indirecte peuvent fournir des pistes de réflexion intéressantes.

Avant d'introduire la position développée par ce mémoire, une clarification du vocabulaire s'impose. La distinction doit être faite entre les termes « expropriation indirecte », « mesure d'effet équivalent », « expropriation de facto » et « expropriation rampante ». L'expropriation est dite *de facto* lorsqu'il y a dans les faits un transfert des attributs du droit de propriété à l'Etat d'accueil mais sans acte législatif ou administratif pour fonder ce transfert. Il n'y a pas de doute possible quant à l'intention de l'Etat de s'approprier l'investissement mais le fondement juridique intervient par la suite. Rien ne différencie alors l'expropriation *de facto* de l'expropriation directe si ce n'est le moment d'intervention de la base légale. L'expropriation indirecte met en jeu dès le départ un acte juridique. Quand bien même celui-ci ne respecterait pas le *due process of law*, il n'a pas pour objet d'exproprier mais seulement pour effet de porter atteinte au droit de propriété de l'investisseur d'où l'idée d'expropriation « indirecte ». La nature de la mesure ayant pour effet de porter atteinte au droit de l'investisseur sera parfois prise en compte et aboutira à ne pas la qualifier d'expropriation indirecte d'où la petite distinction qui peut être faite entre mesure ayant un effet équivalent et expropriation indirecte. Seule la mesure qualifiée d'expropriation indirecte donnera lieu à indemnisation. Concernant les termes « expropriation rampante », l'idée est qu'il n'y a pas encore expropriation indirecte mais que celle-ci ne serait tarder. L'effet sur le

droit de propriété n'atteint pas encore le niveau requis pour qu'il y ait expropriation mais des mesures ont déjà été prises en ce sens. Cela peut poser de nombreux problèmes quant à la question de savoir quand un recours peut être exercé par l'investisseur à l'encontre de l'Etat d'accueil (est-ce lorsque la mesure est adoptée ? est-ce lorsqu'elle est mise en œuvre ou encore est-ce qu'il faut attendre une accumulation de mesures ?). Les termes « expropriation indirecte » sont bien ceux qui nous intéressent ici puisqu'il s'agit de savoir quand un Etat sera contraint de respecter les conditions imposées par le droit international pour qu'une mesure constitutive d'une expropriation soit licite (existence d'un intérêt public, respect du *due process of law*, absence d'arbitraire, non discrimination et surtout compensation).

Il faut rappeler que les traités bilatéraux d'investissement ont considérablement élargi la notion d'investissement et du même coup le champ d'application de la clause d'expropriation incluant l'expropriation indirecte. La question se pose de la définition de l'investissement ou du droit de propriété de l'investisseur puisque c'est justement ce qui peut être exproprié indirectement et faire l'objet d'une protection au titre de la clause d'expropriation. Cette question très intéressante ne fait pas l'objet des débats les plus importants en doctrine et réclamerait à elle seule des développements trop importants pour pouvoir être inclus dans ce mémoire. Il faut se contenter de rappeler l'inclusion des droits contractuels et des droits portant sur des biens incorporels⁶. De même l'étude de l'ensemble des mesures⁷ qui peuvent constituer une expropriation indirecte, bien que non dépourvue d'intérêt, tournerait rapidement au catalogue et ferait perdre de vue la nécessité première qui est de déterminer quand une mesure est indirectement expropriatrice indépendamment de la forme spécifique

⁶ Cf. CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt sur le fond du 25 mai 1926, Série A n°7

Dans cette affaire la cour avait jugé que l'expropriation par le gouvernement polonais d'une usine contrôlée par des intérêts allemands avait entraîné l'expropriation des brevets, les deux étant inextricablement liés, alors même que le gouvernement polonais n'entendait pas les saisir aussi.

Il y a ainsi depuis longue date reconnaissance de la possibilité d'exproprier des biens incorporels.

Concernant les droits contractuels, il ne faut pas confondre violation de la clause parapluie et violation de la clause d'expropriation indirecte mais avec l'inclusion des droits contractuels dans la définition de l'investissement dans la plupart des traités bilatéraux d'investissement la question de la protection des droits contractuels par la clause d'expropriation ne pose plus de problème ainsi dans CIRDI ARB/97/3, *Affaire Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c République Argentine*, sentence du 20 août 2007, §7.5.4 le tribunal affirme « there can be no doubt that contractual rights are capable of being expropriated » (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/VivendiAwardEnglish.pdf>).

Par le passé, les débats portaient surtout sur les droits nés des concessions pétrolières en ce sens voir R. Higgins « The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law », *Recueil des cours de l'Académie La Haye*, 1982, vol. 176, pp. 347-354

⁷ Cf. G. Aldrich, « What Constitutes a Compensable Taking of Property? The decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », *American Journal of international law*, 1994, vol. 88, pp. 585-610 pour un panorama de l'ensemble des mesures dont le tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis a eu à connaître

qu'elle revêt. Il faut se contenter de rappeler les termes de la sentence *Pope & Talbot*⁸ selon lesquels la nationalisation, la confiscation, la prise de contrôle de l'investissement, la direction au jour le jour des opérations de l'investissement, la détention des employés, la supervision du travail des employés, l'interférence avec les activités des dirigeants ou des actionnaires, le prélèvement d'une partie des bénéfices autrement que par des mesures d'imposition, l'obstacle fait au versement des dividendes aux actionnaires, l'interférence dans la nomination des dirigeants et toute autre action retirant à l'investisseur le contrôle plein et la propriété de l'investissement sont des mesures susceptibles d'être expropriatrices. La mesure pour constituer une expropriation doit dans tous les cas être imputable à l'Etat or il ne faut pas oublier que les conduites de tous les agents et organes de l'Etat lui sont imputables en droit international. Il arrive que la mesure de réglementation mise en cause par l'investisseur n'ait pas été prise par les autorités gouvernementales centrales mais par des agences gouvernementales indépendantes de l'Etat selon son droit interne ou par des collectivités locales.

La notion d'expropriation indirecte implique de s'interroger sur la confrontation entre la protection du droit de propriété de l'investisseur des interférences étatiques et la protection du droit de réglementer de l'Etat d'accueil dans l'intérêt général. Cette tension entre deux types d'intérêts se traduit également par des tensions en doctrine et en jurisprudence avec des positions plus ou moins favorables à l'un ou à l'autre. D'un côté il y a l'intérêt privé de l'investisseur et de l'autre l'intérêt public poursuivi par l'Etat d'accueil mais il s'agit aussi de la confrontation entre deux intérêts publics. L'Etat d'accueil souverain veut conserver la possibilité de réglementer, sans avoir à indemniser les investisseurs étrangers dont les investissements pourraient être atteints par ses réglementations, mais il veut aussi attirer ces mêmes investisseurs étrangers. L'Etat est confronté à deux exercices conflictuels de sa souveraineté qui sont, d'une part, l'acceptation en faveur des investisseurs dans les traités bilatéraux d'investissement de l'obligation de compenser en cas d'expropriation indirecte, et, d'autre part, la possibilité de fixer et de modifier à tout moment les conditions économiques générales dans lesquelles se développe toute activité économique sur son territoire. Il est évident que la nature particulière de la mesure de réglementation générale qui pourrait être considérée comme expropriatrice et en conséquence donner lieu à indemnisation ne peut pas être ignorée. Alors que les mesures formelles d'expropriation n'avaient d'autre objet et d'autre effet que de transférer le droit de propriété de l'investisseur à l'Etat d'accueil, les

⁸ Cf. CNUDCI, *Affaire Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, sentence partielle du 26 juin 2000, *Hasting international and comparative Law Review*, 2000, n°3-4, p. 431 et s., § 100

mesures qui sont qualifiées d'expropriation indirecte ont un double effet. Nous nous attacherons, tout au long de ce mémoire, à démontrer que la spécificité de l'expropriation indirecte par rapport à l'expropriation directe, du fait de la nature des mesures en cause, a des implications tant dans la détermination de l'existence même d'une expropriation indirecte (I) que dans l'appréciation de sa licéité (II).

I – L'existence d'une expropriation indirecte

Les arbitres ont dégagé, au fil des sentences, des critères permettant d'identifier une mesure constituant une expropriation indirecte. L'enjeu pour l'investisseur est l'obtention d'une indemnisation en contrepartie de l'atteinte à son droit de propriété. Dans un premier temps les arbitres se sont concentrés uniquement sur l'effet de la mesure en cause (A). Cela aboutissait à respecter la lettre et l'esprit des traités bilatéraux d'investissement qui insistent tous sur les mesures ayant *un effet* équivalent à l'expropriation mais cela faisait perdre complètement de vue la spécificité de la mesure étatique. La mesure en cause a un objet autre que celui d'exproprier et poursuit souvent un intérêt général. Cet élément ne saurait être ignoré, ce qui a conduit dans un deuxième temps les arbitres à prendre en compte la nature de la mesure (B).

A – Le critère de l'effet unique: L'expropriation indirecte entraîne la même dépossession qu'une expropriation formelle

L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités⁹ invite à rechercher le sens ordinaire des termes « expropriation indirecte » et « mesure ayant un effet équivalent » que l'on trouve dans les instruments conventionnels relatifs à l'investissement. Il faut aussi prendre en compte l'objet et le but de ces instruments qui sont la promotion et la protection des investissements étrangers ce qui est souvent rappelé dans leur préambule et dans leur intitulé. Ainsi n'est-il pas logique d'interpréter le plus largement possible la clause d'expropriation indirecte en faveur d'une protection maximale de l'investissement ?¹⁰

⁹ Faite à Vienne le 23 mai 1969. Entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331, article 31 al 1^{er} « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

¹⁰ Cf. R. Dolzer, « Indirect Expropriations: New Developments? », *N.Y.U Environmental Law Review*, 2002, vol. 11, p. 73

L'expropriation indirecte recouvrirait « toute mesure adoptée par l'Etat d'accueil, quel que soit son motif, qui prive l'investisseur étranger de l'usage, des bénéfices ou du contrôle de ses avoirs au même titre que le ferait une mesure formelle d'expropriation »¹¹. C'est en cela que consiste la doctrine de l'effet unique qui se concentre uniquement sur l'effet de la mesure pour la qualifier ou non d'expropriation indirecte. Aucun autre critère n'entre en ligne de compte.

En quoi consiste donc l'effet sur l'investissement de la mesure d'expropriation indirecte qui doit être équivalent à l'effet d'une expropriation directe ? Il faut pour qu'il y ait expropriation qu'il y ait « dépossession » de l'investisseur comme s'il ne possédait plus son titre de propriété. La dépossession signifie une interférence avec l'investissement telle que l'investisseur est privé de ses attributs de propriété. L'expropriation directe dans un intérêt public réclame une compensation, ainsi, que l'expropriation indirecte en raison d'une mesure de réglementation prise dans l'intérêt public entraîne aussi une compensation ne devrait pas choquer. Dans les deux cas l'investisseur est privé de l'exercice de son droit de propriété mais là où il y a une différence c'est que la réglementation n'a pas pour objet d'exproprier et l'Etat ne veut pas s'approprier l'investissement. L'équivalence entre expropriation indirecte et expropriation directe s'établit uniquement du point de vue de l'effet de la mesure.

1 – La nécessité d'une atteinte substantielle, non éphémère à l'investissement

L'investisseur établit son capital sur le territoire de l'Etat d'accueil parce qu'il entend faire des profits. Ainsi l'investissement ne doit pas être privé de toute rentabilité sinon il devient inutile. Il faut aussi que l'investisseur conserve la maîtrise de son investissement. Il faut qu'il décide au jour le jour de la direction à donner à son investissement ce qui est le propre d'un propriétaire. La dépossession dépend donc d'une part du contrôle, de l'usage, de la jouissance de l'investissement et d'autre part de la capacité de l'investissement à générer des profits. Dans la sentence *Starett Housing Corp. c. Iran*¹² le tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis a affirmé :

« it is recognized by international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated »

¹¹ Cf. Y. Nouvel, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *International Law FORUM du droit international: the journal of the International Law Association*, 2003, vol. 5, p.198

¹² Cf. Sentence *Starret Housing Corp. c. Iran*, 1983, Iran-US CTR, vol. 4, p. 154

Il faut une atteinte à l'investissement telle qu'elle correspond à une dépossession de l'investisseur comme s'il n'avait plus son titre de propriété. Le degré d'atteinte détermine ainsi l'équivalence d'une mesure avec une expropriation directe. L'intensité de l'atteinte au droit de l'investisseur est liée à l'effet de la mesure gouvernementale. Les mesures gouvernementales qui peuvent entraîner une dépossession de l'investisseur sont très variées¹³. Le tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis a constamment, dans les affaires concernant des privations de la propriété à la suite de la révolution iranienne, appliqué la doctrine de l'effet unique. Il suffisait aux requérants de montrer qu'ils avaient subi une atteinte substantielle à leur droit de propriété pour obtenir une indemnisation¹⁴.

Dans le cadre de l'ALENA, la sentence *Metalclad*¹⁵ a été la première à condamner un Etat à une indemnisation pour une mesure ayant un effet équivalent à une expropriation. En l'espèce, une société américaine avait investi des capitaux au Mexique pour construire une usine de traitement des déchets. Les autorités fédérales mexicaines avaient donné leur accord à l'investisseur américain et même accordé les permis requis mais les autorités locales étaient fermement opposées au projet. Malgré l'adoption d'une entente, le gouverneur de l'Etat où l'usine était implantée créa une zone écologique de protection des cactus qui incluait le site d'implantation de l'usine. En conséquence de cette mesure, l'usine n'a jamais pu commencer à fonctionner. La sentence, rendue par un tribunal constitué dans le cadre du mécanisme additionnel du CIRDI, condamna le Mexique à indemniser l'investisseur américain à hauteur de près de 17 millions de dollars américains. Ce qui était avant tout reproché au Mexique était un manque de transparence au titre de l'article 1105 de l'ALENA relatif au traitement juste et équitable mais le tribunal a aussi retenu que le classement en zone protégée du site d'implantation de l'usine constituait une expropriation au titre de l'article 1110 de l'ALENA. Le tribunal se concentra uniquement sur l'effet de la mesure :

« expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the *effect* of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State »¹⁶ (italiques ajoutés)

¹³ Cf. *Sentence Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada* (2000), *op. cit.*

¹⁴ Cf. G. Aldrich, «What Constitutes a Compensable Taking of Property? The decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », *op.cit.*

¹⁵ Cf. *Affaire Metalclad Corporation c. Mexique* (2000), *op cit.*

¹⁶ *Ibid.*, §103

A la suite de cette sentence, la question s'est posée de la capacité des États à prendre des mesures efficaces de protection de l'environnement sans devoir verser des montants considérables à des investisseurs étrangers. L'hostilité des organisations non-gouvernementales de protection de l'environnement s'est manifestée. Ces organisations voient d'un mauvais œil que des investisseurs étrangers soient indemnisés pour expropriation alors que l'Etat intervient dans un intérêt public¹⁷. Les termes « *reasonably-to-be expected economic benefit* » utilisés par le tribunal ouvrent des perspectives importantes pour l'investisseur sur lesquelles nous reviendrons dans la partie (B).

Dans la sentence *Santa Elena*¹⁸, le tribunal a affirmé:

« There is ample authority for the proposition that a property has been expropriated when the *effect* of the measures taken by the state has been to deprive the owner of title, possession or access to the benefit and economic use of his property » (italiques ajoutés)

De même Selon les arbitres dans la sentence *Sempra*¹⁹ il faut une privation substantielle du droit de propriété. La qualification d'expropriation indirecte réclame plus qu'un simple impact négatif (« adverse effects ») de la mesure gouvernementale sur l'investissement. Il faut un investisseur qui n'est plus en contrôle de son investissement ou que la valeur de l'investissement ait été complètement annihilée.

La question se pose de savoir combien de temps l'interférence avec le droit de propriété doit perdurer pour constituer une expropriation indirecte. Lorsque l'un des attributs de la propriété est atteint mais seulement temporairement est-ce que le degré d'atteinte est suffisant pour constituer une mesure ayant un effet équivalent à une expropriation ? L'expropriation formelle entraîne un retrait perpétuel du droit de propriété. Est-ce qu'il faut pour qu'une mesure ait un effet équivalent à une expropriation qu'elle entraîne une dépossession sans aucun espoir d'une reprise en main par l'investisseur de son investissement ? Dans la sentence *Tippetts*²⁰, le tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis a affirmé qu'une compensation était due pour expropriation lorsque l'investisseur était privé des droits fondamentaux de propriété et que cette privation n'était pas « simplement éphémère ». George Aldrich, qui siégeait au sein du tribunal, reconnaît que la question de la durée de l'interférence est importante mais il affirme aussi que le tribunal n'a jamais eu de problème

¹⁷ Cf. A. Prujiner, « L'expropriation, l'ALENA, et l'affaire Metalclad », *International Law FORUM du droit international: the journal of the International Law Association*, 2003, vol. 5, pp. 205-214 pour une analyse complète de l'impact de la sentence Metalclad

¹⁸ Cf. CIRDI ARB/96/1, *Affaire Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica*, sentence du 17 février 2000, 39 ILM 1317 (2000), §77

¹⁹ Cf. CIRDI ARB/02/16, *Affaire Sempra Energy International c. République d'Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, §284-285 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/SempraAward.pdf>)

²⁰ Cf. *Sentence Tippetts c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 1984, Iran-US CTR, vol.6, p. 225

pour considérer que la nomination « temporaire » par le gouvernement iranien de dirigeants au sein de sociétés américaines constituait des expropriations dans la mesure où, dans les faits, ces nominations ne seraient probablement pas temporaires ne serait-ce que parce que plusieurs années s'étaient écoulées avant que les affaires ne vinrent devant le tribunal²¹. Il reconnaît que le terme « éphémère » peut être ambigu. Ce qui est certain c'est que la condition que la privation ne soit pas simplement éphémère réclame une certaine durée de l'atteinte pour qu'il y ait un effet équivalent à une expropriation mais cela ne signifie pas que la privation des droits de l'investisseur doit être définitive. La question de la durée de l'atteinte rejoint bien sur celle du degré de l'atteinte. Il paraît évident qu'une atteinte prolongée est une atteinte d'autant plus substantielle à l'investissement. Dans la sentence *S.D. Myers*²², un investisseur américain spécialisé dans le traitement des PCB, des substances hautement toxiques, voulait pénétrer le marché canadien. Il avait obtenu, aux Etats Unis, la levée de l'interdiction de l'importation des PCB du Canada vers les Etats-Unis. Les autorités canadiennes, qui n'avaient pas été consultées par les autorités américaines, ont interdit temporairement l'exportation des PCB empêchant ainsi l'investisseur d'exporter depuis le Canada vers son usine californienne de traitement. Selon le tribunal:

« An expropriation usually amounts to a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights although it may be that, in some contexts and circumstances, it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation, even if it were partial or temporary.

In this case the closure of the border was temporary (...) [The claimant] testified that this delay had the effect of eliminating SDMI's competitive advantage (...) it does not support the proposition on the facts of this case that the measure should be characterized as an expropriation »²³

Ainsi une mesure même temporaire qui empêcherait l'investisseur d'exercer son droit de propriété peut constituer une expropriation indirecte. Cependant, la simple perte d'un avantage compétitif, du fait d'une interdiction d'exporter temporaire, ne constitue pas une atteinte suffisante pour qu'il y ait expropriation indirecte. De nouveau les critères de la durée et du degré de l'atteinte se recourent. Est-ce que la perte d'un simple avantage compétitif qui durerait dans le temps pourrait constituer une atteinte substantielle entraînant dépossession ? Le but de l'investisseur est de faire des profits or ces profits peuvent nécessiter de bénéficier

²¹ Cf. G. Aldrich, «What Constitutes a Compensable Taking of Property? The decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », *op.cit.*, p. 192-193

²² Cf. CNUDCI, *S.D.Myers c Canada*, 1^e sentence partielle du 13 novembre 2000, 40 *ILM* 1408

²³ *Ibid.*, §184-185

d'avantages sur ses concurrents. Cependant, si par ailleurs l'investisseur garde le contrôle, l'usage de son investissement et que l'investissement n'a pas perdu toute valeur, il pourrait avoir du mal à démontrer une atteinte substantielle à son droit entraînant une dépossession équivalant à une expropriation.

2 – La non prise en compte de l'intention de l'Etat d'accueil, du maintien formel du droit de propriété de l'investisseur et de l'appropriation par l'Etat d'accueil de l'investissement

a – L'intention de l'Etat d'accueil

Dans la sentence *Biloune*²⁴, le tribunal souligna que les motivations derrière la conduite litigieuse du gouvernement ghanéen n'étaient pas claires mais qu'établir ces motivations n'était pas nécessaire pour que le tribunal arrive à une conclusion. Dans la sentence *Phillips*²⁵, le tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis souligna de même qu'il n'avait pas besoin de déterminer l'intention du gouvernement iranien et que l'obligation pour le gouvernement d'indemniser en cas d'expropriation d'une propriété étrangère ne dépendait pas de la preuve que l'expropriation était intentionnelle. L'intention derrière la mesure semble donc indifférente à la qualification indirectement expropriatrice ou non d'une mesure. Cela offre une protection importante à l'investisseur. Il serait en effet trop facile que l'Etat puisse s'exonérer de toute responsabilité en prétendant simplement qu'il n'avait pas l'intention d'exproprier. D'autant que rapporter une intention n'est pas toujours évident.

Est-ce qu'il faut vraiment mettre de côté le but et l'objet de la mesure étatique ? Est-ce qu'il ne faudrait pas un équilibre entre l'effet de la mesure et l'intention de l'Etat derrière cette mesure ? Est-ce que, peu importe les motivations de l'Etat d'accueil, par exemple la protection de l'environnement ou de la santé publique, à partir d'un certain degré d'atteinte à l'investissement il y aura forcément expropriation indirecte ? Selon la doctrine de l'effet unique, c'est aux autorités étatiques de « payer » le prix de leur politique quand bien même il s'agit de protéger l'environnement ou la santé publique. Ainsi, peu importe qu'une mesure poursuive un intérêt général, dès lors qu'elle cause indirectement une atteinte substantielle à un investissement, il y a obligation de compenser parce qu'il y a expropriation indirecte. Selon la sentence *Tippetts*:

²⁴ Cf. *Affaire Biloune c. Ghana Investments Centre*, sentence du tribunal ad hoc du 27 octobre 1989, 95 I.L.R. 183, § 209

²⁵ Cf. *Sentence Phillips Petroleum Co. Iran c. République Islamique d'Iran*, 1990, Iran-US CTR, vol. 21, p. 285

« The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact. »²⁶

Bien sûr, il n'est pas fait interdiction à l'Etat d'accueil d'adopter une mesure de réglementation générale poursuivant un intérêt public légitime mais il doit savoir qu'il ne pourra échapper à son obligation de compenser les éventuelles dépossessions qui en résulteront pour les investisseurs étrangers. Le coût que peut représenter une mesure de réglementation générale ne doit pas être supporté par l'investisseur étranger mais par l'Etat. La question se pose nécessairement de la légitimité d'une telle protection de la propriété privée face à des mesures étatiques qui poursuivent un intérêt général et qui n'ont pas pour but d'exproprier. D'autant que la sentence *Tippetts* affirme que l'intention est moins importante que l'effet de la mesure mais pas que l'intention est complètement hors de propos.

Dans la sentence *Phelps Dodge*²⁷, le gouvernement iranien invoquait des objectifs économiques et sociaux pour justifier la mesure litigieuse. Aux yeux du tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis, ces objectifs, quand bien même il les comprenait, ne constituaient pas une défense valable. Le gouvernement iranien devait indemniser l'investisseur qui avait été exproprié indirectement.

b – Le maintien formel du droit de propriété de l'investisseur

Selon le tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis dans la sentence *Tippetts*²⁸ : « A deprivation or taking of property may occur (...) even where legal title to the property is not affected ».

Ainsi dès lors qu'une mesure prive l'investisseur de manière substantielle de son investissement il s'agit d'une expropriation donnant lieu à compensation même si le titre de propriété reste intact et que l'investisseur est toujours physiquement en possession de son bien. Le critère économique prévaut sur le critère juridique. L'idée est toujours que ce qui compte c'est que l'effet de dépossession de la mesure soit le même que celui d'une expropriation directe. Pour ce qui est de l'effet de l'expropriation directe qui consiste à retirer son titre juridique de propriétaire à l'investisseur celui-ci est sans pertinence pour qu'il y ait expropriation indirecte.

²⁶ Cf. *Sentence Tippetts c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran* (1984), *op. cit.*

²⁷ Cf. *Sentence Phelps Dodge Corp. c. République Islamique d'Iran*, 1986, Iran-US CTR, vol. 10, p. 121

²⁸ Cf. *Sentence Tippetts c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran* (1984), *op. cit.*

c – L'appropriation par l'Etat d'accueil de l'investissement

Dans la sentence *Tippetts*²⁹, le tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis avait souligné que le terme « *deprivation* » était préférable au terme « *taking* » bien que les deux termes soient largement synonymes parce que le terme « *taking* » pouvait être entendu comme impliquant que les autorités iraniennes avaient acquis quelque chose de valeur ce qui n'était pas requis. Selon le professeur Nouvel, « l'appauvrissement du patrimoine privé ne s'accompagne pas nécessairement d'un enrichissement du patrimoine public ... c'est donc sous le seul rapport de la dépossession que la mesure doit être équivalente à une expropriation »³⁰. A noter l'utilisation du terme « pas nécessairement » ce qui implique qu'il peut effectivement y avoir appropriation par l'Etat d'accueil du patrimoine de l'investisseur mais que cela n'est pas requis pour qu'il y ait expropriation indirecte. Peu importe que l'Etat acquiert l'investissement consécutivement à la dépossession de l'investisseur du moment qu'il y a dépossession de l'investisseur il y aura expropriation. Pour le professeur, exiger qu'une acquisition fasse suite à la dépossession reviendrait à exiger que la mesure soit identique à une expropriation directe or équivalence ne vaut pas dire identité. Dans le cadre de l'ALENA, un tribunal arbitral a affirmé dans la sentence *Metalclad* :

« expropriation under NAFTA includes (...) covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if *not necessarily to the obvious benefit of the host State* »³¹ (italiques ajoutés)

Bien que cette position semble être largement partagée, la sentence *Lauder*³² en 2001 a affirmé que la mesure en cause n'était pas une mesure d'effet équivalent à une expropriation parce qu'elle ne bénéficiait pas à la République-Tchèque. La sentence *Tecmed*³³ en 2003 a réaffirmé le point de vue classique :

« the term [expropriation] also covers a number of situations defined as *de facto* expropriation, where such actions or laws transfer assets to third parties different from the expropriating State or where such laws or actions deprive persons of their ownership over

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Cf. Y. Nouvel, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *Revue générale de droit international public*, 2002, p. 89

³¹ Cf. *Affaire Metalclad Corporation c. Mexique* (2000), *op cit.*, §103

³² Cf. CNUDCI, *Affaire Lauder c. République Tchèque*, sentence du 3 septembre 2001 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>)

³³ Cf. CIRDI, ARB(AF)/00/2, *Affaire Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, 43 ILM 133, §113

such assets, *without allocating such assets to third parties or to the Government*» (italiques ajoutés)

A noter que dans cette sentence sur laquelle nous reviendrons le tribunal utilisait les termes « expropriation *de facto* » pour viser les mesures ayant un effet équivalent à une expropriation sans être des expropriations au sens formel du terme.

Le problème de la doctrine de l'effet unique est que, même si elle permet de neutraliser les mesures arbitraires et discriminatoires de l'Etat d'accueil à l'égard de l'investisseur, elle ne permet pas de distinguer entre une mesure de réglementation générale qui n'est que la réalisation d'un risque politique que l'investisseur a assumé lorsqu'il a établi son capital sur le territoire de l'Etat d'accueil et une mesure qui ne respecte pas le standard minimum de traitement et dont les conséquences doivent effectivement être supportées par l'Etat d'accueil.

B – L'impossibilité d'ignorer la nature de la mesure en cause: La protection du pouvoir normatif de l'Etat doit être conciliée avec la protection du droit de propriété de l'investisseur

N'importe quelle réglementation adoptée par l'Etat d'accueil peut avoir un impact sur l'investissement. Les Etats qu'ils soient développés ou en développement interviennent tous pour réglementer les activités économiques et sociales sur leur territoire. Pour ne citer que quelques exemples les réglementations d'urbanisme, fiscales, sanitaires, sociales, environnementales peuvent toutes concerner l'investisseur étranger. Si l'Etat d'accueil fixe un salaire minimum ou des zones protégées où certaines activités économiques sont interdites cela constitue des interférences avec le droit de l'investisseur d'usage et de contrôle de son investissement. Ainsi, la doctrine de l'effet unique emporte un risque très important d'atteinte à la liberté normative des Etats. Au sein de l'OCDE, l'abandon du projet de l'Accord Multilatéral sur l'Investissement³⁴ est en partie lié aux débats quant à l'étendue de la protection à offrir aux investisseurs étrangers face au pouvoir souverain de réglementation de l'Etat. Selon le tribunal dans la sentence *S.D. Myers*³⁵:

³⁴ Le projet de texte consolidé en date du 24 avril 1998, DAF/MAI(98)7/REV1, est accessible en ligne à l'adresse <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1f.pdf>

le groupe de négociation a adressé la question de la distinction entre réglementation générale et expropriation indirecte dans le rapport du Président au Groupe de négociation en date du 4 mai 1998, DAF/MAI(98)17, accessible en ligne à l'adresse <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9817f.pdf>

³⁵ Cf. *Sentence S.D. Myers c Canada* (2000), *op. cit.*, §281-282 et 285

« The general body of precedent usually does not treat regulatory action as amounting to expropriation. Regulatory conduct by public authorities is unlikely to be the subject of legitimate complaint under Article 1110 of the NAFTA, although the Tribunal does not rule out that possibility.

Expropriations tend to involve the deprivation of ownership rights; regulations a lesser interference. The distinction between expropriation and regulation screens out most potential cases of complaints concerning economic intervention by a state and reduces the risk that governments will be subject to claims as they go about their business of managing public affairs.

(...) [The tribunal] must look at the real interests involved and the purpose and effect of the government measure. »

Ce qui est intéressant c'est que les arbitres semblent affirmer que la distinction entre réglementation générale et expropriation indirecte ne pose pas de problème et que les Etats ne devraient pas être inquiétés dans leur pouvoir de réglementation. Ils font référence à un ensemble de précédents mais ils n'en citent aucun. Ils restent prudents et ne rejettent pas la possibilité qu'une mesure de réglementation générale soit effectivement considérée comme équivalente à une expropriation et en conséquence donne lieu à indemnisation. Ils semblent dire que la distinction entre réglementation et expropriation indirecte est une question de degré de l'interférence mais dans le même temps affirme qu'il faut s'intéresser au but de la mesure et aux intérêts en jeu. L'idée est celle d'une conciliation des intérêts de l'investisseur et de l'Etat d'accueil. En l'absence de lignes directrices données par les textes³⁶, c'est aux arbitres de trouver le juste équilibre et de déterminer au cas par cas quelle réglementation peut donner lieu à compensation et quelle réglementation ne donnera pas lieu à compensation bien qu'elle affecte l'investissement.

1 – La doctrine des « *police powers* »

³⁶ Il faut cependant signaler que le projet de Convention de Harvard sur la responsabilité internationale des Etats pour les dommages causés aux étrangers des professeurs Sohn et Baxter (1961) et la 3^e reformulation du droit régissant les relations extérieures des Etats-Unis de l'American Law Institute (1987) mettaient déjà à part les réglementations générales

Pour ne citer que cette dernière « A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police powers of states, if it is non-discriminatory» §712 (g)

Les « *police powers* » de l'Etat sont la traduction de sa souveraineté. L'Etat se voit reconnaître par le droit international le pouvoir de réglementer les activités sur son territoire. Selon la doctrine des « *police powers* », des mesures générales de réglementation prises par les autorités étatiques de l'Etat d'accueil dans la gestion des affaires publiques ne seront pas des mesures ayant un effet équivalent à l'expropriation. A l'inverse de la doctrine de l'effet unique, la nature particulière de la mesure susceptible d'être attaquée par l'investisseur est prise en compte. L'idée n'est pas que le fait que l'Etat agisse dans le cadre de ses « *police powers* » empêche toute qualification d'expropriation indirecte peu importe l'effet de la mesure sur l'investisseur. Une telle position serait contraire au but des instruments relatifs à l'investissement qui poursuivent la promotion et la protection des investissements étrangers (l'un n'allant pas sans l'autre).

L'effet de la mesure n'est pas négligé mais il n'est plus le seul facteur pris en compte pour déterminer s'il y a eu expropriation indirecte ou non. Selon Newcombe³⁷, le but de la clause d'expropriation indirecte n'est pas d'accorder une protection extensive à l'investisseur mais uniquement de s'assurer qu'il est protégé contre des conduites arbitraires et contre l'appropriation par l'Etat de ses avoirs. Lorsque l'Etat intervient dans le cadre de ses « *police powers* », l'investisseur pourrait supporter des pertes économiques importantes sans pour autant que l'Etat n'engage sa responsabilité pour expropriation indirecte et lui doive compensation. La seule sentence où il a été fait référence à la doctrine des « *police powers* » par le tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis est la sentence *Sedco*³⁸ :

« [it is] an accepted principle of international law that a State is not liable for economic injury which is a consequence of *bona fide 'regulation' within the accepted police power of states* » (italiques ajoutés)

S'il y a effectivement prise en compte de la nature de la mesure, il ne suffit pas à l'Etat d'invoquer l'exercice de ses « *police powers* » pour que la mesure ne constitue pas une expropriation indirecte. Il faut que la mesure en question consiste en un exercice de bonne foi par l'Etat de ce qui est généralement accepté comme étant dans ses « *police powers* ». La question est dès lors de savoir ce qui rentre dans les « *police powers* » de l'Etat. Quels intérêts prééminents de l'Etat une mesure de réglementation générale peut-elle poursuivre pour

³⁷ Cf. A. Newcombe, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », in *Les aspects nouveaux du droit international de l'investissement*, Centre d'Etude et de recherche de l'Académie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff, 2007, p. 392

³⁸ Cf. *Sentence Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Co*, 28 octobre 1985, Iran-US CTR, vol.9, p.248, §275

échapper éventuellement à la qualification d'expropriation indirecte ? Il faut souligner qu'avec la doctrine des « police powers » l'arbitre aura une marge d'appréciation plus importante qu'avec la doctrine de l'effet unique. Il ne s'agit plus de se contenter de déterminer si l'investisseur a été privé substantiellement de son droit de propriété ce qui n'implique pas une grande subjectivité mais si l'Etat a de bonne foi exercé son pouvoir de réglementation générale.

2 – La délimitation des objectifs légitimes

La possibilité qu'a l'Etat de réglementer sans risque de contentieux dans l'intérêt général est limitée par l'Etat lui-même lorsqu'il conclut des instruments relatifs à l'investissement avec des clauses d'expropriation indirecte. Il serait donc logique que ce soit l'Etat lui-même qui définisse les intérêts prééminents en faveur desquels il peut agir sans être inquiété par des réclamations d'investisseurs étrangers pour expropriation indirecte. Ce sont donc dans les traités bilatéraux d'investissements ou dans les accords de libre-échange dans leurs dispositions relatives à l'expropriation indirecte qu'une telle exception à la protection de l'investisseur devrait se trouver. Pourtant même les nouveaux modèles³⁹ ayant accueilli la doctrine des « *police powers* » n'offrent que peu d'indication. Ils posent une présomption en faveur des mesures de réglementation prises pour la protection d'un objectif légitime de bien public en citant l'exemple de la protection de l'environnement, de la santé publique et de la sécurité mais ils insistent sur une analyse au cas par cas. Des objectifs tels que la protection de l'environnement ou de la santé publique qui sont reconnus par la grande majorité des pays qu'ils soient en développement ou développés ne poseront sans doute pas de problème. En effet, les Conventions sur la protection de l'environnement par exemple ont été très largement ratifiées. A l'inverse, des objectifs de redistribution des profits ou de collectivisation des moyens de production qui peuvent être parfaitement en accord avec la politique interne de l'Etat d'accueil peuvent poser problème parce qu'ils ne correspondent plus à la pratique

³⁹ L'annexe B.13(1) au modèle canadien de 2004 réclame une analyse casuistique avec la prise en compte, entre autres facteurs, de l'impact économique de la mesure, le degré d'interférence de la mesure avec les attentes raisonnables de l'investisseur et la nature de la mesure. Il est précisé qu'une mesure non discriminatoire adoptée et appliquée pour protéger des objectifs légitimes de bien public telle que la santé, la sécurité et l'environnement ne constitue pas une expropriation indirecte sauf lorsqu'elle est si sévère par rapport à son objectif qu'elle ne peut raisonnablement être considérée comme adoptée et appliquée de bonne foi.

L'annexe B au modèle américain de 2004 contient une disposition très similaire et prévoit qu'à part circonstances exceptionnelles, une réglementation non discriminatoire adoptée et appliquée pour protéger des objectifs légitimes de bien public telle que la santé publique, la sécurité et l'environnement ne constitue pas une expropriation indirecte (ces deux modèles sont accessibles en ligne sur le site <http://ita.law.uvic.ca/>).

internationale majoritaire. Si l'Etat régleme en faveur de ce qu'il considère être un objectif légitime en quoi la légitimité de cet objectif pourrait-elle être remise en cause par un tribunal arbitral ? Tout dépend de la bonne foi de l'Etat. Il faut que la mesure ait un lien avec l'objectif légitime invoqué et il faut que cette mesure soit dans une certaine mesure au moins apte à remplir cet objectif. Trois types de réglementations qui pourraient justifier qu'il n'y ait pas expropriation indirecte malgré une atteinte à l'investissement seront étudiées brièvement à savoir les mesures de protection de l'environnement et de la santé publique, les mesures de protection de l'ordre public et de la moralité, et la fiscalité. Il n'y a pas bien sûr parmi ces objectifs la protection des capitaux nationaux, un tel objectif étant contraire aux instruments relatifs à l'investissement qui posent quasiment tous un principe de traitement national au stade de l'exploitation de l'investissement et surtout au principe coutumier de non discrimination.

Concernant les mesures de réglementation visant à protéger l'ordre public, certains biens ne peuvent pas faire l'objet d'un droit de propriété ou peuvent être saisis ou confisqués après une condamnation pénale. Il y a aussi dans la plupart des ordres internes la possibilité de réquisitionner certains biens pendant les périodes de guerre. De telles mesures, si elles ne sont pas arbitraires ou discriminatoires, ne pourront pas constituer des expropriations indirectes donnant droit à compensation. Concernant l'utilisation par l'Etat de ses pouvoirs de réglementation générale pour protéger la moralité publique, cela est plus problématique. Si, par exemple, un Etat décide de fermer tous les lieux publics de consommation de boissons alcoolisées et qu'un investisseur étranger avait bâti un véritable empire de brasseries sur son territoire. Comment un arbitre privé pourrait t'il déterminer ce qui est une utilisation légitime par l'Etat de ses « *police powers* » pour protéger la moralité publique ? Il devra sans doute prendre en compte la pratique internationale mais celle-ci ne sera que de peu d'aide dans un domaine où chaque Etat a sa propre vision. Pour l'investisseur, il y aurait peut être la possibilité de s'appuyer sur certains instruments de protection des droits de l'Homme.

Concernant les réglementations en faveur de la protection de l'environnement et de la santé publique, la difficulté est de déterminer quels types de risques et de quel degré une mesure doit-elle viser pour justifier qu'il n'y ait pas compensation en cas de dépossession de l'investisseur. Dans la sentence *Methanex*⁴⁰, le tribunal a pris en compte les preuves scientifiques démontrant le risque que représentait l'additif à l'essence MTBE qui avait été interdit par les autorités américaines. En l'espèce, il s'agissait d'un rapport soumis par les

⁴⁰ Cf. ALENA, *Sentence Methanex Corporation c. Etats-Unis*, sentence finale du 3 août 2005, §101-102 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/MethanexFinalAward.pdf>)

Etats-Unis qui selon le tribunal n'était pas scientifiquement incorrect. Le rapport reflétait une approche scientifique, objective et sérieuse. Il avait fait l'objet d'un débat ouvert et informé avec notamment des audiences publiques. De tous ces éléments, le tribunal a conclu que la mesure d'interdiction du MTBE dont se plaignait l'investisseur canadien était fondée sur des fondements scientifiques raisonnables (« reasonable scientific grounds »). Ainsi si l'investissement génère un risque pour l'environnement ou la santé publique qui est soutenu par des preuves scientifiques raisonnables obtenues par des méthodes objectives, transparentes et sérieuses (ce qui n'est pas sans rappeler l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires de l'OMC), l'Etat d'accueil pourra réglementer sans risque d'expropriation indirecte. Il faut bien sûr que l'Etat soit de bonne foi c'est-à-dire que la mesure adoptée ait un lien avec l'objectif poursuivi et qu'elle permette de réagir au risque sanitaire ou environnemental.

Concernant les mesures de taxation, les Etats souverains ont bien sûr le pouvoir de déterminer le taux des impôts et des taxes qui peuvent être très élevés. Pour qu'une mesure de taxation puisse constituer une expropriation indirecte donnant lieu à compensation, il faudrait des circonstances particulières. A titre d'exemple, dans l'affaire *Revere Copper*⁴¹, l'investisseur américain avait conclu un accord en 1967 avec le gouvernement jamaïcain qui fixait le montant des impôts dus pour une durée de 25 ans. Il était prévu qu'aucune autre taxe ou charge financière ne serait imposée à l'investisseur et que le gouvernement ne porterait pas atteinte aux droits de l'investisseur concernant le projet d'exploitation de mines de Bauxite. Cependant, un nouveau gouvernement a accédé au pouvoir en 1972 et a annoncé son intention d'augmenter de manière drastique les revenus perçus par l'Etat au titre de l'exploitation des mines de Bauxite. Une loi fut passée en ce sens en 1974. L'investisseur subit des pertes importantes du fait de cette augmentation des taxes dont il devait s'acquitter jusqu'en 1975 où il cessa toute activité. En l'espèce, il s'agissait seulement pour l'investisseur de faire jouer la garantie qu'il avait obtenue auprès d'une agence gouvernementale jamaïcaine.

Le problème est qu'une même mesure de réglementation peut poursuivre plusieurs objectifs. Si une mesure protectrice de l'environnement est aussi un moyen de soutenir les sociétés nationales est ce que cette discrimination entrainera une obligation de compenser les investisseurs étrangers ? Il faudra sans doute s'appuyer sur la nécessité et la proportionnalité de la mesure en cause quant à l'objectif invoqué de protection de l'environnement. Une

⁴¹ Cf. *Sentence Revere Copper and Brass, Inc. c. Overseas Private Investment Corporation*, 1980, 56 ILR 258

mesure trop sévère par rapport à l'objectif invoqué par l'Etat pourra être la preuve d'une mauvaise foi et d'une volonté de discriminer. Le problème est qu'une mesure légitime et appliquée de bonne foi peut dans les faits être discriminatoire. Dans la sentence *S.D. Myers*⁴², le tribunal était parvenu à la conclusion que la mesure d'interdiction générale des exportations de PCB, sous couvert de préoccupations environnementales, avait été adoptée avant tout pour protéger les entreprises canadiennes. Le tribunal a souligné que la préoccupation environnementale invoquée par le Canada pouvait être atteinte par des mesures moins restrictives qu'une interdiction générale d'exporter.

Selon Newcombe⁴³, il faut distinguer les cas où l'Etat acquière des bénéfices publics (un bien, un service) auquel cas il doit compensation pour cette acquisition et les cas où l'Etat agit pour protéger la population d'un danger lié à la propriété (un risque pour la santé, des nuisances, une pollution) et arbitre entre des intérêts conflictuels auquel cas aucune compensation ne sera due à l'investisseur. Le problème est que cette distinction n'est pas évidente à mettre en œuvre. Par exemple, lorsque l'Etat retire un permis d'exploitation qu'il avait préalablement accordé pour une durée indéfinie en se basant sur des réglementations environnementales, il agit pour protéger la population et l'environnement des risques liés à l'exploitation de l'investissement mais en même temps il peut récupérer l'usage et le contrôle du site sur lequel était implanté l'investissement.

Pour terminer sur les objectifs légitimes qu'une mesure de réglementation étatique peut poursuivre, il faut dire un mot des mesures qui mettent en œuvre les obligations internationales de l'Etat d'accueil. La sentence *Santa Elena*⁴⁴ a affirmé que le fait que l'obligation de protection de l'environnement, à laquelle le Costa Rica entendait se conformer avec la mesure litigieuse, soit d'origine internationale ne changeait rien. Néanmoins, le fait que la mesure litigieuse exécute une obligation internationale signifie que deux obligations internationales de l'Etat d'accueil peuvent se retrouver en conflit. D'une part, il y a l'obligation internationale qui conduit l'Etat à adopter une mesure qui peut porter atteinte à un investisseur étranger et d'autre part, il y a l'obligation internationale qui résulte de la clause d'expropriation indirecte. Laquelle de ces deux obligations internationales doit primer ? A

⁴² Cf. *Sentence S.D. Myers c Canada* (2000), *op. cit.*, le tribunal s'est notamment appuyé sur la Convention de Bâle, invoquée par la Canada à l'appui de son interdiction d'exporter, qui impose aux Etats parties lorsqu'ils entendent adopter des mesures protectrices de l'environnement, d'adopter celle qui est la plus compatible avec le libre échange lorsqu'ils ont à leur disposition toute une série de mesures.

⁴³ Cf. A. Newcombe, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *op. cit.*, pp. 433-435

⁴⁴ Cf. *Sentence Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa* (2000), *op.cit.*, §71

supposer bien sûr que l'Etat d'accueil et l'Etat de nationalité de l'investisseur soient tous les deux liés par ces deux obligations internationales, il n'y a plus qu'à espérer qu'il y ait une clause de primauté dans l'un des deux instruments en cause⁴⁵.

3 – La répartition des risques entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger

Lorsqu'une réglementation est adoptée et qu'elle porte atteinte de la même manière que s'il s'agissait d'une mesure formelle d'expropriation au droit de propriété de l'investisseur, est ce que le simple fait qu'elle ait été prise de bonne foi en faveur de la protection d'un intérêt légitime exonère l'Etat de toute responsabilité ? Pour chaque mesure de réglementation générale, il faut déterminer qui, de l'investisseur ou de l'Etat d'accueil, doit supporter le risque que constitue, pour la valeur d'un investissement étranger, l'adoption par l'Etat d'accueil de cette mesure. Il y a dans la doctrine des « *police powers* » une présomption en faveur de la non qualification en expropriation indirecte d'une mesure de réglementation générale prise de bonne foi par l'Etat dans un intérêt légitime. Cela signifie t'il que quel que soit l'impact de la mesure sur l'investissement, y compris sa destruction totale, il n'y aura pas de compensation ? Comment renverser cette présomption ?

a – La confrontation entre l'effet et la nature de la mesure dans la sentence Tecmed

Il y avait déjà dans la sentence *S.D. Myers*⁴⁶ la trace d'une telle confrontation. Le tribunal avait en effet souligné que l'objectif de protection environnementale que poursuivait la mesure litigieuse pouvait être atteint par une mesure moins restrictive qu'une interdiction générale d'exporter. Dans la sentence *Tecmed*⁴⁷, l'investisseur espagnol avait obtenu un permis des autorités mexicaines pour exploiter un site de traitement des déchets dangereux. Le permis fut initialement délivré pour une durée indéfinie mais, à la suite d'une réglementation des autorités environnementales mexicaines, il fut remplacé par un permis renouvelable tous les ans. La nouvelle réglementation devait permettre de contrôler plus facilement les sites qui ne respectaient pas les normes environnementales. En 1998, les autorités mexicaines refusèrent à l'investisseur le renouvellement de son permis. Ce refus fut avant tout motivé par une forte opposition locale, la dangerosité du site pour la santé ou

⁴⁵ Cf. Y. Nouvel, «Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux», *op. cit.*, pp. 97-101 sur la question des mesures prises en exécution d'une obligation internationale

⁴⁶ Cf. *Sentence S.D. Myers c Canada* (2000), *op. cit.*

⁴⁷ Cf. *Sentence Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique* (2003), *op. cit.*

l'environnement n'ayant pas été démontrée. Selon le tribunal, les activités économiques et commerciales de l'investisseur ont été entièrement et irrévocablement détruites par le refus de renouveler le permis. L'activité de traitement des déchets dangereux ne pouvait plus être poursuivie et l'investisseur ne pouvait pas se réorienter vers une autre activité le site étant contaminé. Le tribunal souligne également que le site avait perdu toute valeur sur le marché immobilier. Concernant la valeur de l'investissement, l'ensemble des activités économiques et commerciales y étant liées étant définitivement détruites, celle-ci a aussi été irrémédiablement détruite. Le tribunal conclut « as far as *the effects* of such Resolution are concerned, the decision can be treated as an expropriation »⁴⁸(italiques ajoutés). Néanmoins le tribunal ne s'arrête pas là et considère qu'il doit examiner si la mesure qui a motivé le refus de renouveler le permis, compte tenu de ses caractéristiques et pas seulement de ses effets, constitue une mesure expropriatrice⁴⁹. Le tribunal affirme que les mesures de réglementation ne sont pas *per se* exclues du champ de l'expropriation indirecte. En plus de l'impact financier négatif de ces mesures, il faut examiner pour déterminer si elles sont expropriatrices, si elles sont proportionnelles à l'intérêt public qu'elles entendent protéger. Pour cela, il faut déterminer si ces mesures sont raisonnables compte tenu de leur but et prendre en compte l'impact économique de ces mesures sur l'investissement et les attentes légitimes de l'investisseur. Il faut, selon le tribunal, une relation raisonnable de proportionnalité entre la charge imposée à l'investisseur et l'objectif poursuivi par la mesure⁵⁰. Cela ne veut pas dire qu'il faut que la mesure soit la moins attentatoire possible aux droits de l'investisseur mais simplement qu'il ne faut pas, compte tenu de l'objectif poursuivi par la mesure gouvernementale, que l'investisseur subissent à titre individuel un coût excessif et paie seul pour une mesure qui profite à l'ensemble de la population de l'Etat d'accueil. Ce contrôle de proportionnalité est directement inspiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme d'ailleurs citée par le tribunal. Il appelle à prendre en compte les attentes de légitimes de l'investisseur.

b – La prise en compte des attentes légitimes de l'investisseur

L'investisseur qui établit son capital sur le territoire de l'Etat d'accueil espère faire des profits. Il prend en compte les conditions économiques générales offertes par l'ordre juridique

⁴⁸ *Ibid.* § 117

⁴⁹ *Ibid.* § 118

⁵⁰ *Ibid.* § 122

de l'Etat d'accueil lorsqu'il décide d'investir. Il sait et il accepte (il peut même en jouer) que son investissement sera soumis aux conditions économiques générales de l'Etat d'accueil. Il ne peut pas s'attendre à ce que ces conditions soient immuables mais il peut raisonnablement s'attendre à une certaine stabilité et prévisibilité du cadre juridique sans laquelle le risque qu'il supporterait serait trop important et l'inciterait à ne pas investir dans cet Etat. Pourquoi prendre en compte les attentes légitimes des investisseurs étrangers ? Les investisseurs étrangers ne sont pas représentés dans les instances politiques de l'Etat d'accueil qui produisent les réglementations qui peuvent affecter leurs investissements. Les changements dans les conditions économiques générales s'imposent à eux sans qu'ils ne puissent rien faire si ce n'est retirer leur capital du territoire de l'Etat d'accueil ce qui n'est pas toujours possible et entraînera de toute façon des pertes importantes⁵¹. Le risque de changement des conditions économiques générales est d'autant plus important pour les «petits et moyens» investisseurs qui ont souvent des activités moins diversifiées, ne sont pas forcément assurés et ne peuvent pas forcément faire valoir un contrat conclu avec l'Etat d'accueil.

Le problème est de définir les attentes légitimes de l'investisseur. Est-ce qu'il faut s'appuyer sur l'historique politique de l'Etat d'accueil ou sur les Conventions internationales qu'il a pu conclure ? Lorsqu'un investisseur a une activité de traitement des déchets dangereux par exemple, est-ce qu'il peut avoir des attentes légitimes au maintien par l'Etat de l'autorisation d'exporter ces déchets ? Bien sûr tout investissement comporte un risque (c'est d'ailleurs une condition d'existence même d'un investissement) et seules seront prises en compte les attentes raisonnables ou légitimes de l'investisseur⁵². L'Etat n'a pas à compenser les risques commerciaux normaux que supporte l'investisseur et les prévisions trop optimistes qu'il a faites⁵³.

⁵¹ Cf. A. Newcombe, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *op. cit.*, pp. 437-441

⁵² Cf. *Affaire Metalclad Corporation c. Mexique* (2000), *op. cit.*, § 103 «thus, expropriation under NAFTA includes (...) covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or *reasonably-to-be-expected* economic benefit of property »

⁵³ Cf. CIRDI, mécanisme additionnel, ARB(AF)/00/3, *Affaire Waste Management Inc. v. Etats-Unis du Mexique*, sentence du 30 avril 2004, § 177 « In the Tribunal's view, it is not the function of the international law of expropriation as reflected in Article 1110 to eliminate *the normal commercial risks* of a foreign investor, or to place on Mexico the burden of compensating for the failure of a business plan which was, in the circumstances, founded on too narrow a client base and dependent for its success on unsustainable assumptions about customer uptake and contractual performance. A failing enterprise is not expropriated just because debts are not paid or other contractual obligations are not fulfilled. » (accessible en ligne à l'adresse http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf)

Il y a un recoupement possible avec le standard du traitement juste et équitable qui est le domaine de prédilection de la protection des attentes légitimes de l'investisseur. Une mesure qui est considérée comme expropriatrice compte tenu des attentes légitimes de l'investisseur peut aussi violer le standard du traitement juste et équitable⁵⁴.

Les attentes légitimes de l'investisseur peuvent s'appuyer sur les contrats qu'il a pu conclure avec l'Etat d'accueil ou sur les lois que celui-ci a pu adopter. Les clauses de stabilisation et les clauses d'actualisation du droit applicable auront la valeur de présomptions d'atteinte ou au contraire d'absence d'atteinte à l'investissement⁵⁵. Il ne faut cependant pas confondre les attentes légitimes de l'investisseur et les intérêts protégés juridiquement. Il n'y a pas une obligation en droit international général qui impose à l'Etat de respecter les contrats qu'il a conclu avec les investisseurs étrangers (et en matière conventionnelle l'interprétation des clauses parapluies fait débat). Il faut trouver un équilibre entre le respect par l'Etat de ses engagements internes pris envers des investisseurs étrangers et la possibilité qu'il a d'agir de bonne foi dans l'intérêt public et de modifier unilatéralement un contrat ou une loi en exerçant ses « *police powers* ».

De manière assez originale, la sentence *LG&E c. Argentine*⁵⁶ a affirmé :
 « in evaluating the degree of the measure's interference with the investor's right of ownership, one must analyze the measure's economic impact – its interference with the investor's reasonable expectations – and the measure's duration »

Il s'agirait ici de prendre en compte les attentes légitimes de l'investisseur au stade de la détermination de l'effet de la mesure et plus au stade de la confrontation entre effet et nature de la mesure. Cela conduit à introduire un élément subjectif dans l'appréciation de l'existence ou non d'une dépossession ce qui n'est pas forcément souhaitable mais ce qui montre que, si les arbitres ont tendance à placer le degré d'atteinte à l'investissement au centre de leurs préoccupations pour déterminer s'il y a expropriation indirecte ou non, ils trouvent difficile de ne prendre aucun autre critère en compte.

⁵⁴ Cf. *Affaire Metalclad Corporation c. Mexique* (2000), *op cit*, le tribunal a conclu à une violation à la fois de l'article 1105 et de l'article 1110 de l'ALENA

⁵⁵ Cf. Y. Nouvel, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *op. cit.*, p. 86

⁵⁶ Cf. CIRDI (ARB/02/1), *Affaire LG&E c. Argentine*, sentence du 3 octobre 2006, décision sur la responsabilité, 46 ILM 36, §190

II – La licéité d’une expropriation indirecte

Les conditions de licéité d’une expropriation sont les mêmes qu’elle soit directe ou indirecte. Ces conditions qui sont présentes dans l’ensemble des instruments relatifs à l’investissement sont l’absence de discrimination, l’existence d’un intérêt public, le respect du *due process of law* et la compensation de l’investisseur. En principe et en toute logique, il faut déjà que le tribunal soit arrivé à la conclusion qu’il y a expropriation pour que la licéité de la mesure en cause soit appréciée. Ce raisonnement qualification puis régime juridique n’est pourtant pas toujours évident à suivre en matière d’expropriation indirecte, les mêmes critères étant pris en compte aux deux stades du raisonnement (A). De plus, la nature particulière des mesures de réglementation générale qui peuvent constituer une expropriation indirecte va avoir un impact sur les conditions de licéité, le cas échéant, de l’expropriation indirecte et notamment sur le montant de la compensation due à l’investisseur (B).

A – La difficile distinction entre conditions d’existence et conditions de licéité de l’expropriation indirecte

Si la doctrine des « *police powers* » est appliquée, lorsque l’investisseur considère qu’une réglementation générale est une expropriation indirecte il doit démontrer que l’Etat a agit de mauvaise foi. L’investisseur doit démontrer que l’exercice par l’Etat de son pouvoir de réglementation générale dans l’intérêt public avait par exemple des visées protectionnistes. Il peut ainsi y avoir recoupement avec l’obligation de traitement national. En l’absence de mauvaise foi de l’Etat dans l’exercice de ses pouvoirs de réglementation générale, il y a seulement la réalisation d’un risque politique que l’investisseur a assumé et dont il doit, en conséquence, supporter seul le coût. La question est cependant de savoir ce que recouvrent les termes « bonne foi ». Est qu’il s’agit de vérifier que la mesure n’était pas discriminatoire et arbitraire ce qui est une condition de licéité et non en principe d’existence de l’expropriation indirecte ?

1 – L’inversion du raisonnement classique dans les sentences *Methanex* et *Saluka*

Dans deux sentences de 2005 et 2006, le tribunal arbitral qui avait été saisi a inversé le raisonnement habituel pour se concentrer d’abord sur les conditions de licéité de l’expropriation indirecte avant de voir s’il y avait effectivement expropriation indirecte. Ces

deux sentences ont donné lieu à de vifs débats en doctrine⁵⁷. Dans la sentence *Methanex*⁵⁸, la mesure en cause était l'interdiction par les autorités californiennes de certains additifs à l'essence. Selon le tribunal :

« In the Tribunal's view, Methanex is correct that an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfils a key requirement for establishing expropriation. But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.»⁵⁹

Ainsi une réglementation non discriminatoire, prise dans un intérêt public et respectant le *due process of law* ne serait pas une expropriation indirecte (le tribunal réserve l'hypothèse où il faudrait prendre en compte les attentes légitimes de l'investisseur). Le tribunal a en conséquence regardé s'il existait un intérêt public, s'il y avait ou non discrimination et si le *due process of law* avait été respecté. Comme le tribunal a conclu que l'interdiction californienne avait été prise dans un intérêt public, n'était pas discriminatoire et respectait les procédures régulières, il s'en suivait selon lui que la requête de l'investisseur au titre de l'article 1110 de l'ALENA ne pouvait être accueillie. L'interdiction était une mesure licite de réglementation et pas une expropriation indirecte⁶⁰. Il semblerait que cela implique que pour qu'il y ait expropriation indirecte il faut une mesure illicite, expropriation indirecte signifiant expropriation indirecte illicite lorsqu'une réglementation générale est visée.

Le tribunal dans la sentence *Saluka*⁶¹ en 2006 a repris le même raisonnement citant expressément le précédent *Methanex*. Au paragraphe 253 de la sentence le tribunal affirme que la question principale, si ce n'est la seule, est de déterminer si la mesure litigieuse est licite ou illicite. Le tribunal rappelle l'exception des « *police powers* » et rappelle que celle-ci n'est pas absolue. Au paragraphe 266, le tribunal affirme que si la mesure adoptée par la

⁵⁷ Cf. C.Knahr, « Indirect Expropriation in Recent Investment Arbitration », *Austrian review of international and European law*, 2007, vol. 12, pp. 85-102

⁵⁸ Cf. *Sentence Methanex Corporation c. Etats-Unis*(2005), *op.cit.*

⁵⁹ *Ibid.* §7

⁶⁰ *Ibid.* §15

⁶¹ Cf. CNUDCI, *Affaire Saluka Investments BV c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, §245-278 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf>)

République-Tchèque respecte les conditions posées par la clause d'expropriation du Traité bilatéral d'investissement applicable, il ne pourra pas s'agir d'une expropriation indirecte. Cette approche qui tend à assimiler conditions d'existence et conditions de licéité de l'expropriation indirecte est plus favorable à l'Etat qu'à l'investisseur. En effet, un Etat qui agit de manière non discriminatoire, en accord avec le *due process of law* et dans un intérêt public légitime ne sera jamais tenu de payer une compensation à l'investisseur même si la mesure de réglementation en cause entraîne une dépossession de l'investisseur.

2 – La pertinence de la distinction

Avec la volonté de s'éloigner de la doctrine de l'effet unique et de prendre en compte la nature de la mesure, il y a un risque fort de recoupement entre détermination et licéité d'une expropriation indirecte. Pour qualifier ou non une mesure d'expropriation indirecte, la doctrine des « *police powers* » invite à prendre en compte le fait qu'il s'agit d'une mesure de réglementation générale qui poursuit un intérêt public légitime. Ensuite, dans l'appréciation de la licéité, le cas échéant, de la mesure expropriatrice, il faut de nouveau vérifier que la mesure poursuit un intérêt public et qu'elle n'est pas discriminatoire. Il peut y avoir une expropriation directe motivée par un intérêt privé, distinct de celui de l'Etat, ce qui rend l'expropriation illicite. Par contre, si dans l'appréciation de l'existence d'une expropriation indirecte il y a prise en compte uniquement de la nature réglementaire de la mesure il ne pourra y avoir expropriation indirecte qu'en l'absence d'intérêt public légitime donc forcément qu'une expropriation indirecte illicite. Cela ne sera pas le cas s'il y a prise en compte de la nature de la mesure mais avec un contrôle de proportionnalité par rapport à l'effet de la mesure sur l'investissement comme dans la sentence *Tecmed*. Il pourrait alors y avoir une expropriation indirecte licite avec une mesure qui poursuit un intérêt public légitime mais qui serait considérée comme expropriatrice parce que son effet sur l'investissement est trop sévère. La question se pose néanmoins de l'intérêt de qualifier une mesure expropriatrice de licite ou d'illicite aujourd'hui que le montant de l'indemnisation ne dépend plus de la licéité de la mesure. Ce qui compte finalement c'est seulement de savoir s'il y a ou non une expropriation indirecte pour savoir si l'investisseur a ou non droit à une indemnisation.

Pour les mesures formelles d'expropriation que la mesure soit licite ou non cela ne change rien quant au principe de la compensation. En effet, l'Etat doit indemniser l'investisseur dans tous les cas parce qu'il y a transfert de la propriété à l'Etat or celui-ci ne peut pas s'enrichir indûment au détriment des particuliers. Dans le cas de l'expropriation

indirecte, l'Etat ne s'approprie pas forcément l'investissement. Est ce que, comme le défend Newcombe, il ne faudrait pas mettre l'accent sur l'appropriation ou non par l'Etat de l'investissement pour faire la différence entre expropriation indirecte et réglementation générale plutôt que sur les conditions de licéité de l'expropriation (intérêt public, discrimination, arbitraire et *due process of law*) qui ne doivent jouer que dans un second temps ?

Le raisonnement des sentences *Methanex* et *Saluka* n'a pas été suivi par les sentences subséquentes⁶². Les tribunaux continuent à prendre en compte de manière primordiale l'effet de la mesure et l'intensité de l'interférence avec l'investissement pour déterminer l'existence ou non d'une expropriation indirecte. Cependant, il faut noter une nette réticence à considérer que des mesures gouvernementales constituent des mesures expropriatrices. Ainsi en 2007 seulement deux sentences sont arrivées à la conclusion qu'il y avait eu expropriation indirecte⁶³. Cela montre probablement que sous couvert de se contenter de l'effet de la mesure sur l'investissement, il y a une prise en compte de la nature de la mesure par les arbitres pour déterminer l'existence ou non d'une expropriation indirecte. Cela a au moins l'avantage d'éviter l'assimilation entre existence et licéité de la mesure, licéité qui ne sera appréciée qu'en cas d'effet tel sur l'investissement que la mesure sera qualifiée d'expropriation indirecte.

B - L'influence de la nature de la mesure expropriatrice dans la détermination du montant de l'indemnisation

Pour terminer cette étude de l'impact de la nature particulière des mesures pouvant constituer une expropriation indirecte il faut s'intéresser à l'indemnisation. Il est admis en droit international général⁶⁴ qu'en cas d'expropriation directe ou indirecte il y a une obligation d'indemnisation pour l'Etat d'accueil, à défaut il y aura spoliation. Ce qui nous intéresse ici

⁶² Cf. par exemple la *Sentence Siemens AG c. République Argentine*, CIRDI (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007, §267-273 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf>) De manière très classique le tribunal commence par vérifier que le droit en question était expropriable, puis s'il y a eu expropriation et enfin si celle-ci était licite ou illicite.

⁶³ Ces deux sentences sont les sentences *Siemens* et *Vivendi*, op. cit., tandis que quatre autres tribunaux ont eux conclu à l'absence d'expropriation indirecte dans les sentences *Sempra*, op. cit., *Enron Corporation c. République Argentine* (CIRDI ARB/01/3), *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie* (CIRDI ARB/05/8) et *PSEG c. République de Turquie* (CIRDI ARB/02/5) (toutes sont accessibles en lignes sur le site <http://ita.law.uvic.ca>)

⁶⁴ Selon les arbitres dans la sentence *Shahin Shaine Ebrahimi* (1994), *Iran-US CTR*, vol. 20, p. 170 et s., § 94 « customary international law acknowledge[s] that a state's sovereign right to nationalize include[s] a general duty to compensate »

c'est de voir comment la nature de la mesure indirectement expropriatrice peut permettre de diminuer le montant dû par l'Etat au titre de l'indemnisation.

1 – L'évolution des critères pertinents dans la détermination du montant de l'indemnisation

Classiquement, le montant de l'indemnisation dépendait de la licéité ou de l'illicéité de l'expropriation. Une expropriation licite ne donnait lieu à indemnisation que sur la base du *damnum emergens* et une expropriation illicite donnait lieu à indemnisation sur la base à la fois du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*. L'incitation pour l'Etat d'accueil à respecter le droit international et notamment le traité bilatéral d'investissement conclu avec l'Etat de nationalité de l'investisseur était plus forte mais la réalité économique n'était absolument pas prise en compte. Aujourd'hui, lors du calcul du montant de l'indemnisation, les arbitres prennent en compte la rentabilité des avoirs expropriés. Bien sûr la rentabilité est appréciée sans tenir compte de la mesure expropriatrice au jour de l'expropriation. Lorsque l'avoir exproprié était rentable, les arbitres recherchent le gain manqué. Au contraire lorsque l'avoir exproprié n'avait pas prouvé sa rentabilité, l'indemnisation ne couvrira que la dépense en pure perte. Selon le professeur Nouvel⁶⁵, « dans l'évaluation du *quantum* de l'indemnisation, l'avoir rentable a pris la place de l'expropriation illicite et l'avoir non rentable a pris la place de l'expropriation licite ». Ce nouveau critère permet de mieux prendre en compte la réalité du dommage subi par l'investisseur qui est d'autant plus important que son investissement était rentable. Par contre, cela pose problème pour les investissements récemment établis qui n'ont pas encore fait la preuve de leur rentabilité. L'appréciation des dépenses en pure perte ne pose pas de problème mais il est par contre difficile de prévoir, pour un investissement qui avait prouvé sa rentabilité, quels auraient été, en l'absence de la mesure expropriatrice, les gains futurs réalisés par l'investisseur. Il faut s'appuyer sur les bénéfices passés puisque l'avoir a déjà prouvé sa rentabilité mais lorsque la mesure expropriatrice a pour objet de modifier les conditions économiques générales cela ne suffit plus.

2 – La modification des conditions économiques générales par la mesure expropriatrice

Les conditions économiques générales forment l'environnement dans lequel s'inscrit l'investissement étranger. Ces conditions économiques générales peuvent être modifiées par

⁶⁵ Cf. Y. Nouvel, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *op. cit.*, p. 199

une mesure de réglementation générale adoptée par l'Etat d'accueil. Cette mesure pourra alors avoir un double effet. D'une part, la mesure modifiera les règles applicables à l'investissement, d'autre part, la mesure pourra constituer une expropriation indirecte de l'investissement. Les nouvelles conditions économiques générales qui s'appliquent à l'investissement doivent être prises en compte dans l'appréciation de ce qu'aurait été la rentabilité future de cet investissement rentable exproprié.

L'investisseur lorsqu'il a établi son investissement sur le territoire de l'Etat d'accueil a accepté ces conditions économiques générales et il a accepté le risque que constitue un éventuel changement de ces conditions. Son investissement (sauf circonstances particulières telles qu'une clause de stabilisation) n'est pas imperméable à l'évolution de ces conditions. Lorsque la mesure expropriatrice modifie les conditions économiques générales sur lesquelles l'investissement exproprié s'appuyait et qu'elle supprime toutes les perspectives raisonnables de gains futurs seul le *damnum emergens* pourra être pris en compte dans l'indemnisation. Cela revient à prendre en compte la mesure expropriatrice au moment de la détermination du montant de l'indemnisation mais uniquement en ce qu'elle a modifié les conditions économiques générales et a, du même coup, annihilé tout espoir de rentabilité futur de l'investissement exproprié dans les nouvelles conditions économiques générales. Ce double effet de la mesure indirectement expropriatrice ne se retrouve pas dans les expropriations formelles qui ont pour origine un acte, peu importe sa valeur dans la hiérarchie des normes internes, dont le seul destinataire est l'investisseur exproprié et le seul effet est la dépossession de celui-ci. Il n'y a pas de modification de l'environnement dans lequel s'inscrivait l'investissement exproprié donc des profits futurs pourraient toujours être éventuellement envisagés.

La nature de la mesure indirectement expropriatrice est donc à nouveau à prendre en compte sur le terrain du montant de l'indemnisation due par l'Etat à l'investisseur. Son double effet (modification des conditions économique générales et expropriation indirecte de l'investisseur) peut conduire à n'indemniser que les dépenses en pure perte, même si l'investissement avait prouvé sa rentabilité, parce que des gains futurs, dans les nouvelles conditions économiques générales, ne pourraient plus être raisonnablement espérés.

Bibliographie

Monographies

— BROWNLIE (I.), *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 7^e éd., 2008, ix-784 p.

— CARREAU (D.) & JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 4^e éd., 2010, V-770 p.

— COMBACAU (J.) & SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 9^e éd., 2010, V-820 p.

— DIXON (M.) & McCORQUODALE (R.), *Cases & Materials on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 4^e éd., 2003, vii-628 p.

Articles

— ALDRICH (G.), « What Constitutes a Compensable Taking of Property? The decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », *American Journal of international law*, 1994, vol. 88, pp. 585-610

— DOLZER (R.) & BLOCH (F.), « Indirect Expropriation: Conceptual Realignment? », *International Law FORUM du droit international: the journal of the International Law Association*, 2003, vol. 5, pp. 155-165

— DOLZER (R.), « Indirect Expropriations: New Developments? », *N.Y.U Environmental Law Review*, 2002, vol. 11, pp. 64-93

— GIBSON (C.), « A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: the Case of Indirect Expropriation », *American University International Law Review*, 2010, vol. 25, pp. 358-422

- HEISKANEN (V.), « The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to the Development of the Doctrine of Indirect Expropriation », *International Law FORUM du droit international: the journal of the International Law Association*, 2003, vol. 5, pp. 176-187
- HIGGINS (R.), « The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law », *Recueil des cours de l'Académie La Haye*, 1982, vol. 176, pp. 259-392
- KNAHR (C.), « Indirect Expropriation in Recent Investment Arbitration », *Austrian review of international and European law*, 2007, vol. 12, pp. 85-102
- NEWCOMBE (A.), « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », in *Les aspects nouveaux du droit international de l'investissement*, Centre d'Etude et de recherche de l'Académie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 391-449
- NOUVEL (Y.), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *Revue générale de droit international public*, 2002, pp. 79-102
- NOUVEL (Y.), « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *International Law FORUM du droit international: the journal of the International Law Association*, 2003, vol. 5, pp. 198-204
- OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, « L' "expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement », Document de travail sur l'investissement, Numéro 2004/4, éditions OCDE, 2004
- PRUJINER (A.), « L'expropriation, l'ALENA, et l'affaire Metalclad », *International Law FORUM du droit international: the journal of the International Law Association*, 2003, vol. 5, pp. 205-214
- VICUÑA (F.), « Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society », *International Law FORUM du droit international: the journal of the International Law Association*, 2003, vol. 5, pp. 188-197

— von WALTER (A.), « The Investor's Expectations in International Investment Arbitration », in *International investment law in context*, A. Reinisch et C. Knahr, 2007, pp. 173-200

— WEINER (A.), « Indirect Expropriation: The Need for a Taxonomy of “Legitimate” Regulatory Purposes », *International Law FORUM du droit international: the journal of the International Law Association*, 2003, vol. 5, pp. 166-175

Jurisprudence

— CEDH, *Sporrong and Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, Série A n°52

— CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction (Belgique c. Espagne)*, exceptions préliminaires, arrêt du 1970, C.I.J Recueil 1970, p. 30

— CIRDI, ARB/97/3, *Affaire Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. République Argentine*, sentence du 20 août 2007 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/VivendiAwardEnglish.pdf>)

— CIRDI, ARB/96/1, *Affaire Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica*, sentence du 17 février 2000, *International Legal Materials*, vol. 39 (2000)

— CIRDI, ARB/01/3, *Affaire Enron Corporation c. République Argentine*, sentence du 22 mai 2007 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Award.pdf>)

— CIRDI, ARB/02/1, *Affaire LG&E c. Argentine*, sentence du 3 octobre 2006, décision sur la responsabilité, *International Legal Materials*, vol. 46

— CIRDI, mécanisme additionnel, ARB(AF)/97/1, *Metalclad Corporation c. Etats-Unis du Mexique*, sentence arbitrale du 30 août 2000, *International Legal Materials*, vol. 40

- CIRDI, ARB/05/8, *Affaire Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, sentence du 11 septembre 2007 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/Pakerings.pdf>.)
- CIRDI, ARB/02/05, *Affaire PSEG c. République de Turquie*, sentence du 19 janvier 2007 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/PSEGGlobal-Turkey-Award.pdf>)
- CIRDI, ARB/02/16, *Affaire Sempra Energy International c. République d'Argentine*, sentence du 28 septembre 2007 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/SempraAward.pdf>)
- CIRDI, ARB/02/8, *Sentence Siemens AG c. République Argentine*, sentence du 6 février 2007 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf>)
- CIRDI, mécanisme additionnel, ARB(AF)/00/2, *Affaire Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, *International Legal Materials*, vol. 43
- CIRDI, mécanisme additionnel, ARB(AF)/00/3, *Affaire Waste Management Inc. v. Etats-Unis du Mexique*, sentence du 30 avril 2004 (accessible en ligne à l'adresse http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf)
- CNUDCI, *Affaire Lauder c. République Tchèque*, sentence du 3 septembre 2001 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>)
- CNUDCI, *Affaire Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, sentence partielle du 26 juin 2000, *Hasting international and comparative Law Review*, 2000, n°3-4, p. 431 et s.
- CNUDCI, *Affaire Saluka Investments BV c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf>)

- CNUDCI, *S.D.Myers c Canada*, sentence partielle du 13 novembre 2000, *International Law Reports*, vol. 121

- CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt sur le fond du 25 mai 1926, Série A n°7

- CPJI, *Affaire Oscar Chinn*, arrêt sur le fond du 12 décembre 1934, Série A/B63

- Tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis, *Sentence Phillips Petroleum Co. Iran c. République Islamique d'Iran*, 1990, Iran-US CTR, vol. 21, p. 285

- Tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis, *Sentence Phelps Dodge Corp. c. République Islamique d'Iran*, 1986, Iran-US CTR, vol. 10, p. 121

- Tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis, *Sentence Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Co*, 28 octobre 1985, Iran-US CTR, vol.9, p.248

- Tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis, *Sentence Shahin Shaine Ebrahimi* (1994), *Iran-US CTR*, vol. 20, p. 170 et s.

- Tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis, *Sentence Starret Housing Corp. c. Iran*, 1983, Iran-US CTR, vol. 4, p. 154

- Tribunal du contentieux Iran-Etats-Unis, *Sentence Tippetts c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 1984, Iran-US CTR, vol.6, p. 225

- ALENA, *Sentence Methanex Corporation c. Etats-Unis*, sentence finale du 3 août 2005 (accessible en ligne à l'adresse <http://ita.law.uvic.ca/documents/MethanexFinalAward.pdf>)

- *Affaire Biloune c. Ghana Investments Centre*, sentence arbitrale du 27 octobre 1989, *International Law Reports*, vol. 95

— *Affaire David Goldenberg et fils c. Etat Allemand (Allemagne c. Roumanie)*, sentence arbitrale du 27 septembre 1928, Recueil des sentences arbitrales des Nations-Unies, vol. II, pp. 901-910

— *Affaire Revere Copper and Brass, Inc. c. Overseas Private Investment Corporation*, 1980, *International Law Reports*, vol. 56