

Bonnes pratiques
L'expropriation indirecte

Suzy H. Nikièma

mars 2012

© 2012 l'Institut international du développement durable
Publié par l'Institut international du développement durable

L'Institut international du développement durable

L'Institut international du développement durable (IISD) contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce et les investissements internationaux, la politique économique, les changements climatiques et l'énergie, la gestion du capital naturel et social ainsi que le rôle habilitant des technologies de l'information dans ces domaines. Nous rendons compte des négociations internationales et partageons le savoir que nous avons acquis lors de projets collaboratifs. Cela se traduit par une recherche plus rigoureuse, un développement des capacités dans les pays en développement, des réseaux de meilleure qualité entre le Nord et le Sud ainsi que de meilleures connexions mondiales entre les chercheurs, praticiens, citoyens et décideurs.

L'IISD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par l'Agence canadienne de développement international (ACDI), le Centre de recherche pour le développement international (CRDI), ainsi que du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projets lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

Siège de l'IISD

161 avenue Portage est, 6ème étage, Winnipeg, Manitoba, Canada R3B 0Y4
Tél: +1 (204) 958-7700 | Téléc: +1 (204) 958-7710 | Site web: www.iisd.org

Bonnes Pratiques

L'expropriation indirecte

Écrit par Suzy H. Nikièma

mars 2012

Table des matières

1.0 Introduction	1
2.0 L'expropriation indirecte et le maintien du pouvoir normatif effectif de l'État d'accueil de l'investissement	3
3.0 Les clauses d'expropriation indirecte dans les traités d'investissement	5
3.1 Les clauses classiques d'expropriation indirecte	5
3.1.1 L'absence de définition de l'expropriation indirecte dans les traités d'investissement	5
3.1.2 L'exclusion implicite des critères de licéité dans la définition d'une expropriation indirecte	7
3.2 La pratique dans les traités d'investissement récents	8
3.2.1 Réaffirmation du droit de règlementer de l'État d'accueil	8
3.2.2 Les exclusions	10
3.2.3 Les annexes explicatives à la clause d'expropriation	11
4.0 Les critères de qualification issus de la jurisprudence des tribunaux	13
4.1 L'effet préjudiciable de la mesure	13
4.1.1 Un critère exclusif	13
4.1.2 L'exigence d'un préjudice grave et irréversible	14
4.2 La proportionnalité de la mesure	15
4.3 Le but légitime de la mesure	17
4.4 L'appropriation par l'État	19
5.0 Recommandations et conclusions	21

1.0 Introduction

La notion d'expropriation, aussi loin que l'on puisse remonter dans sa genèse en droit international, a toujours été l'objet de controverses. En effet, elle constitue à la fois l'atteinte la plus grave à la propriété privée et la manifestation par excellence d'un acte de souveraineté d'un État. L'expropriation, en droit international des investissements, est définie comme l'acte par lequel un État retire la propriété d'un investissement à une personne privée étrangère pour se l'approprier ou le rétrocéder à une tierce personne désignée par lui¹. En réalité, cette définition correspond à celle de l'expropriation directe ou expropriation formelle, connue et règlementée de longue date dans les droits nationaux. Mais les traités internationaux d'investissement reconnaissent également que l'acte d'un État qui porte un préjudice grave à un investissement privé étranger doit être assimilé à une expropriation, même si l'investisseur reste formellement détenteur de son titre de propriété². Il s'agit de l'expropriation indirecte ou « mesure équivalente à une expropriation ».

Il existe donc deux sortes de mesures d'expropriation. L'expropriation directe d'une part, est formalisée dans un décret ou une loi d'expropriation. Elle est dirigée soit contre un investisseur, personne physique ou morale, soit contre plusieurs investissements d'un même secteur économique. Dans ce dernier cas, l'expropriation est également qualifiée de nationalisation.³ L'expropriation indirecte d'autre part, peut résulter de n'importe quelle mesure prise par un État dans le cadre de la réglementation des activités économiques se déroulant sur son territoire, même lorsque cette dernière ne vise pas directement un investissement. Elle n'entraîne pas le retrait du titre de propriété de l'investissement.

Le régime juridique applicable à toute expropriation, c'est-à-dire les conditions dans lesquelles un État peut exproprier licitement un investisseur privé étranger, est aujourd'hui acquis dans ses grandes lignes en droit international des investissements, après de nombreuses controverses dans le passé qu'il n'est pas possible de restituer ici. Désormais, il est établi dans les traités internationaux d'investissement que chaque État a le droit souverain d'exproprier les investissements privés étrangers situés sur son territoire, moyennant la réunion au minimum de trois conditions : un motif d'intérêt public poursuivi par la mesure d'expropriation, son caractère non discriminatoire et l'indemnisation de l'investisseur lésé.

Toutefois, alors que la définition de l'expropriation directe ne suscite pas de débats importants, la définition de l'expropriation indirecte reste problématique. La préoccupation fondamentale est de déterminer précisément les conditions dans lesquelles certaines mesures étatiques seront qualifiées d'expropriations indirectes et entraîneront une obligation d'indemniser l'investisseur lésé. En d'autres termes, qu'est-ce qui permet à une mesure étatique quelconque d'être équivalente à une expropriation ? En effet, plusieurs tribunaux arbitraux⁴ ont reconnu que les réglementations étatiques préjudiciables aux activités d'investissement ne sont pas toutes des expropriations indirectes et ne donnent pas droit à indemnisation.

¹ Pour des définitions de l'expropriation directe, v., au sein d'une abondante jurisprudence, les sentences arbitrales suivantes : *Sempra Energy International c. Argentine* (ARB/02/13) sentence du 28 septembre 2007, § 280 ; *Enron Corporation And Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, § 243. Disponible sur www.worldbank/icsid.org.

² Comme l'affirmait le tribunal dans l'affaire *Tippets c. Iran*, une expropriation indirecte : « peut survenir en droit international à travers l'interférence d'un État dans l'usage de [la] propriété ou dans la jouissance de ses bénéfices, même lorsque le titre de propriété n'est pas affecté ». *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc., c. Iran, Bank Oman, Bank Mellat, Bank Markazi*, sentence du 19 décembre 1983, Iran-US CTR, vol. 4, p. 225. Traduction de l'auteur.

³ De nombreuses études exhaustives ont été faites sur la nationalisation en droit international public. V. par exemple, S. FRIEDMAN, *L'expropriation en droit international public*, Université de Paris, Faculté de Droit, S.O.PRESS, Le Caire, 1950, p. 1. (Extrait de « l'Égypte contemporaine », Revue de la société FOUAD 1er d'Économie politique, de Statistique et de Législation, T. XLle pp. 203-433).

⁴ V. par exemple, *Tecmed c. Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, *ILM*, vol 43, 2004, p. 133 et s., § 119.

La définition de l'expropriation indirecte est sans conteste l'une des questions majeures actuelles du droit international des investissements. C'est avec certaines sentences arbitrales rendues sur le fondement de l'Accord de libre-échange nord-américain (ci-après Aléna) à la fin des années 1990, que l'on a véritablement pris la mesure des difficultés posées par la notion d'expropriation indirecte⁵. Désormais, l'important contentieux arbitral sur la matière témoigne de l'actualité du sujet. L'allégation d'expropriation est systématiquement invoquée par les investisseurs qui portent un litige d'investissement devant les tribunaux arbitraux sous l'égide du Centre International de Règlement des Différends relatif aux Investissements (Cirdi), pour ne citer que cette institution d'arbitrage.

La règle de l'expropriation indirecte a pour objectif d'offrir une protection effective aux investisseurs, allant au-delà des atteintes formelles et délibérées à leurs droits. Ainsi, les arbitres et les juges sont amenés « à regarder la substance au-delà de la forme » d'une mesure, comme le rappelait la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Sporrong & Lönnroth c. Suède*⁶. Un État peut en effet dissimuler son intention de porter atteinte à un investissement derrière une mesure à priori légitime et édictée dans une matière quelconque. Toutefois, en raison du régime juridique actuellement très protecteur qu'offre les traités internationaux d'investissement aux investisseurs privés étrangers, le contenu encore incertain de la notion d'expropriation indirecte suscite des inquiétudes quant au maintien du pouvoir normatif des États d'accueil d'investissements. On peut, à juste titre, se demander si un État ne renoncerait pas à prendre certaines mesures d'intérêt général toutes les fois où il pourra craindre que ces mesures soient qualifiées d'expropriations indirectes et entraînent le paiement de dommages-intérêts importants.

La présente étude se limitera à l'examen de la définition de l'expropriation indirecte en droit international des investissements, à travers quatre axes principaux. En premier lieu, la revue des traités d'investissements ne permet pas de dégager une définition explicite de la notion malgré quelques tentatives récentes de clarification (III). Face à cette lacune, il est revenu aux tribunaux arbitraux de dégager divers critères de qualification ayant chacun leurs atouts et leurs limites (IV). Il est donc nécessaire de continuer la réflexion pour une meilleure délimitation de la notion d'expropriation indirecte, respectueuse à la fois pour des droits de l'État d'accueil et de l'investisseur privé étranger (V). Auparavant, il convient d'analyser les risques d'une définition incertaine et/ou extensive de l'expropriation indirecte pour l'État d'accueil d'investissements (II).

⁵ On pense notamment aux affaires suivantes : *Ethyl Corporation c. États-Unis*, décision sur la compétence du 24 juin 1998. Disponible en ligne sur <http://italaw.com> ; *SD Myers Inc. c. Canada*, sentence du 13 novembre 2000 ; *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence du 26 juin 2000. Disponibles en ligne sur www.naftaclaims.com.

⁶ *Sporrong & Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, CEDH, série A, n° 52, § 63.

2.0 *L'expropriation indirecte et le maintien du pouvoir normatif effectif de l'État d'accueil de l'investissement*

Les investisseurs privés étrangers qui s'installent dans un État bénéficiaire aujourd'hui d'un vaste réseau de traités d'investissement, qui leur garantissent des droits parmi lesquels celui d'être indemnisés en cas d'expropriation directe ou indirecte. Or, les États prennent de plus en plus de réglementations générales d'intérêt public qui portent préjudice aux intérêts économiques des investisseurs établis sur leur territoire, et peuvent ainsi engager leur responsabilité internationale. De ce fait, certains auteurs estiment que les traités d'investissement offrent le moyen aux investisseurs étrangers de défier la légitimité de mesures gouvernementales dans des domaines sensibles comme la protection de la santé publique, des droits de l'homme ou de l'environnement.

En outre, il faut préciser que chaque État demeure en principe libre d'exproprier. C'est un droit souverain internationalement reconnu. Les traités d'investissement n'interdisent donc pas aux États de prendre des mesures d'expropriation. Ils sont seulement tenus de ne pas agir de manière discriminatoire, de poursuivre un intérêt public et d'indemniser l'investisseur lésé en retour.

La réalité est cependant plus complexe, à trois niveaux principalement.

D'abord, les États d'accueil d'investissements, notamment les pays en développement qui ont des besoins accrus de capitaux étrangers, n'ont pas toujours les ressources financières pour indemniser les conséquences dommageables de leurs réglementations d'intérêt général. L'impossibilité pour un État de financer par ses ressources publiques les conséquences préjudiciables de ses projets de réglementations d'intérêt public, n'a-t-elle pas pour conséquence de lui interdire de modifier sa législation en cas de nécessité ? Surtout quand l'on sait que paradoxalement, plus un État se trouve à un faible niveau de développement économique ou traverse une grave crise financière, et plus le besoin d'une réglementation intensive, d'une succession d'ajustements et de réorientations des politiques économiques augmente. Le cas emblématique de l'Argentine qui fait face à plus d'une quarantaine de plaintes d'investisseurs devant le Cirdi, à la suite des mesures drastiques prises pour endiguer la crise économique et financière de 2001, illustre bien cette réalité.

Ensuite, une définition extensive de l'expropriation indirecte peut conduire à qualifier comme telle, toute mesure étatique qui porte préjudice à l'investisseur quelles que soient les raisons d'édiction de ladite mesure⁷. Pourtant, le droit international coutumier reconnaît à l'État d'accueil de l'investissement un pouvoir de réglementation non indemnisable en vue de la protection ou de la promotion de l'intérêt général, qu'il s'agisse de l'ordre public, de la santé publique, de la sécurité nationale, des droits humains, des bonnes mœurs, ou de la sauvegarde de l'environnement. Ainsi, un investisseur étranger peut voir son investissement anéanti par des mesures étatiques diverses qui ne le visent même pas directement parfois, mais dont la caractéristique commune est de n'avoir pas porté atteinte à son titre de propriété. Dans une telle situation, l'investisseur prétendra qu'il a été exproprié indirectement, tandis que l'État estimera qu'il n'a fait que réglementer dans l'intérêt général et qu'il n'a pas à assumer les dommages qui en découlent incidemment. Par conséquent, avec une conception large de l'expropriation indirecte, cette dernière pourrait recouvrir toutes les mesures édictées par les autorités locales qui se répercutent négativement sur un investissement privé étranger, sans égard à toute autre considération.

⁷ Exclusion faite cependant des mesures étatiques prises en réponse à des actes illicites de l'investisseur.

Enfin, certaines des mesures dommageables prises par les États résultent de la mise en œuvre de leurs obligations internationales. Les obligations à la charge des États s'étendent au regard de l'expansion et du renforcement de certaines branches du droit international, telles que la protection de la santé humaine, de l'environnement, ou des droits fondamentaux des travailleurs. De ce fait, classer une forêt, réglementer le transport transfrontalier de déchets dangereux, imposer des normes plus sévères en matière de recyclage des eaux polluées, ou renforcer les charges sociales des entreprises au bénéfice des travailleurs peut relever d'obligations internationales. Or, ces mesures peuvent compromettre l'existence ou la rentabilité d'un investissement privé étranger. Par conséquent, en vertu de ses traités d'investissement, un Etat peut être tenu d'indemniser un investisseur, pour avoir respecté ses obligations internationales en matière de droit de l'homme, du travail ou de l'environnement.

En somme, l'État d'accueil de l'investissement a besoin de maintenir un espace de réglementation non indemnisable pour la réalisation de l'intérêt général et le respect de ses engagements internationaux. Il est donc nécessaire de trouver des critères de qualification de l'expropriation indirecte qui permettent à l'État de réglementer sans avoir à indemniser systématiquement tout préjudice qui en résulterait pour les investissements. Cela ne signifie pas que l'État aura désormais un blanc-seing pour porter préjudice aux investissements sous couvert de la protection de l'intérêt public. Il convient plutôt de tendre vers un équilibre où l'intérêt public et l'intérêt privé seront pris en considération.

Toutefois, les clauses d'expropriation incluses dans les traités d'investissement n'apportent pas de réponses satisfaisantes aux nombreuses questions suscitées par la difficile définition de la notion d'expropriation indirecte.

3.0 Les clauses d'expropriation indirecte dans les traités d'investissement

La grande majorité des traités d'investissement fait mention de l'expropriation indirecte et prévoit une obligation d'indemnisation au même titre qu'une expropriation directe ou formelle. Par exemple, l'article 1110 de l'Accord de Libre-échange nord-américain (Aléna) du 17 décembre 1992 se lit comme suit :

« Aucune des Parties ne pourra, **directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier** un investissement (...), ni prendre **une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation** d'un tel investissement (...) sauf : a) pour une raison d'intérêt public ; b) sur une base non discriminatoire ; c) en conformité avec l'application régulière de la loi (...) ; et d) moyennant le versement d'une indemnité (...) ».

La majorité de ces traités ne fournit pas de définition à la notion d'expropriation indirecte, même si quelques traités récents insèrent désormais des clauses plus explicites.

3.1 Les clauses classiques d'expropriation indirecte

3.1.1 L'absence de définition de l'expropriation indirecte dans les traités d'investissement

Selon les sources officielles récentes de la CNUCED, « quelque » 2 701 traités d'investissement au moins existent aujourd'hui dans le monde⁸. Ces traités, dans leur ensemble, incluent une clause sur l'expropriation qui englobe la forme directe et indirecte. La revue de ces traités, qu'il s'agisse de traités bilatéraux d'investissement (ci-après TBI) ou d'accord de libre-échange (ci-après ALE) bilatéraux ou régionaux, permet de distinguer deux grandes catégories de clauses en fonction de la terminologie employée.

La première formule, la plus courante, distingue d'une part (1) l'expropriation (directe) ou nationalisation, et d'autre part (2) **l'expropriation indirecte ou les mesures équivalentes ou les mesures aux effets similaires/équivalents**. Les textes de cette catégorie utilisent l'une de ces trois dernières expressions pour désigner les expropriations non directes et non formelles, à l'exclusion des deux autres. Doivent être regroupées sous cette catégorie, des clauses utilisant les termes suivants :

- « expropriation, nationalisation et toute mesure ayant un effet équivalent à une expropriation ou nationalisation »⁹;
- « mesures qui privent l'investisseur directement ou indirectement de son investissement »¹⁰ ;
- « expropriation ou nationalisation ou des mesures similaires »¹¹ ;
- « expropriation, nationalisation ou mesure ayant un effet similaire »¹² ;
- « mesure privative ou toute autre mesure ayant un effet similaire »¹³ ;
- « mesure de dépossession incluant toute mesure ayant un effet similaire à une nationalisation »¹⁴ .

⁸ Source : CNUCED, IIA Monitor n°3 (2009), *Recent Developments in International Investment Agreements (2008-Juin 2009)*. Disponible sur www.unctad.org/iaa.

⁹ Exemples : TB Allemagne-Pologne, 1989, article 4.2 ; TBI Australie - Vietnam, 1991, article 7.1 ; TBI Guinée-Egypte, 1998, article 5.1 ; TBI Cameroun-Mali, 2001, article 6.1 ; TBI Israël-Estonie, 1994, article 5.1.

¹⁰ Exemples : TBI Mali-Pays-Bas, 2003, article 6 ; TBI Panama-Pays-Bas, 2000, article 6 ; TBI Chili-Egypte, 1999, article 6.1 ; TBI République Tchèque-Hongrie, 1992, article 4.1.

¹¹ Exemples : TBI Chine-Roumanie, 1994, article 4.

¹² Exemples : TBI Japon-Chine, 1988, article 5.4 ; TBI Norvège-Indonésie, 1991, article 6.1 ; TBI Bahreïn-Jordanie, 2000, article 5.1.

¹³ Exemple : TBI Belgique-Burundi, 1989, article 4.1.

¹⁴ Exemple : TBI Allemagne- Russie, 1989, article 4.1.

La seconde formule distingue littéralement trois formes d'expropriations : (1) l'expropriation directe ou nationalisation, (2) l'expropriation indirecte, et (3) les mesures équivalentes ou aux effets similaires/équivalents. Cette terminologie se rencontre généralement dans les traités signés par les pays d'Amérique du Nord et d'Amérique latine, ainsi que la Suisse. C'est en particulier la formule utilisée dans l'Aléna (article 1110 précité) et dans les récents ALE entre les pays d'Amérique du Nord et du sud comme l'US-CAFTA-DR. Relèvent de cette catégorie, les clauses utilisant les expressions suivantes :

- « adopter directement ou indirectement des mesures d'expropriation ou nationalisation, ou toute autre mesure équivalente ayant un effet similaire à une dépossession »¹⁵,
- « ne prendra, directement ou indirectement, des mesures d'expropriation, de nationalisation ou toute autre mesure ayant le même caractère ou le même effet »¹⁶.

A priori, cette formule envisage deux formes distinctes d'expropriations non directes et formelles. L'expropriation indirecte serait alors différente de la mesure équivalente à une expropriation. Faut-il alors conclure alors que chacun de ces termes obéit à des critères de qualification distincts ? Dans l'affirmative, cela signifierait que chaque tribunal arbitral doit faire une vérification en trois temps. La mesure étatique est-elle une expropriation directe ? Sinon, est-elle alors une expropriation indirecte ? A défaut, correspond-elle enfin à une mesure équivalente à une expropriation ? En général, les tribunaux considèrent que les deux expressions recouvrent la même notion. Ainsi, dans l'affaire *Feldman c. Mexique*, le tribunal devant interpréter l'article 1110 de l'Aléna a conclu qu'il fallait considérer : « la portée des deux expressions comme fonctionnellement équivalente »¹⁷. La distinction opérée par cette seconde formule est donc artificielle.

Indépendamment de la formule utilisée dans les traités d'investissement, certaines clauses d'expropriation apportent quelques indications qui demeurent encore insuffisantes.

Ainsi, certains articles posent explicitement que c'est en raison de leurs effets ou leur caractère qu'une mesure étatique sera assimilée à une expropriation. C'est le cas des traités qui désignent les « mesures d'expropriation ou nationalisation, ou toute autre mesure équivalente ayant un effet similaire à une dépossession »¹⁸, ou toute « expropriation, nationalisation ou mesure ayant un effet similaire »¹⁹. C'est également l'exemple des traités qui emploient les termes de mesures « ayant le même caractère ou le même effet »²⁰, ou « ayant la même nature ou le même effet »²¹. Ces clauses sont plus explicites que celles mentionnant simplement les termes « expropriation indirecte » ou « mesure équivalente à une expropriation ». Il s'agit d'une indication claire à l'intention des tribunaux.

¹⁵ TBI Burkina Faso-Tchad, 2001, article 5.1 ; TBI France-Argentine, 1991, article 5.2 ; TBI Gabon-Liban, 2001, article 4 ; TBI Australie-Roumanie, 1993, article 5.1.

¹⁶ TBI Suisse - Mozambique, 2002, article 6.

¹⁷ § 100.

¹⁸ TBI Burkina Faso-Tchad, 2001, article 5.1.

¹⁹ TBI Norvège-Indonésie, 1991, article 6.1.

²⁰ V. Suisse- Russie, 1990, article 6.1 ; Suisse - Pérou, 1991, article 5.1 ; TBI République Centrafricaine - Egypte, 2000, article 4.1 ; TBI Cameroun-Chine, 1997, article. 5.1 ; TBI Suède - Argentine, 1991, article 4.1.

²¹ V. Suisse- Russie, 1990, article 6.1 ; Suisse - Pérou, 1991, article 5.1 ; TBI République Centrafricaine - Egypte, 2000, article 4.1 ; TBI Cameroun-Chine, 1997, article. 5.1 ; TBI Suède - Argentine, 1991, article 4.1.

Par ailleurs, quelques rares traités d'investissement intègrent dans leur libellé les mesures « restrictives » ou « privant totalement ou partiellement » l'investisseur de ses droits²². On remarque qu'il s'agit de traités signés pour la plupart avant 1990. De tels articles laissent penser qu'il peut y avoir expropriation indirecte lorsque le préjudice subi n'est pas très important.

Malgré ces indications, il reste que, comme l'a constaté un tribunal arbitral dans l'affaire *LG&E c. Argentine* : « généralement, les traités bilatéraux ne définissent pas ce qui constitue une expropriation. Ils font simplement une référence expresse aux "expropriations" et ajoutent l'expression "toute autre mesure qui a des effets équivalents" [...] et ne déterminent pas quelles mesures, actions ou conduites pourraient constituer des actes "équivalant à une expropriation" »²³.

3.1.2 L'exclusion implicite des critères de licéité dans la définition d'une expropriation indirecte

Si les clauses conventionnelles ne fixent pas les critères par lesquels une mesure étatique peut-être qualifiée d'expropriation indirecte, leur structure rédactionnelle impose implicitement les critères qui ne peuvent pas être pris en compte. En effet, les clauses des traités d'investissement prévoient que les Parties ne prendront pas de mesures d'expropriation indirecte, « que si », « sauf si », « sous la condition que », trois conditions de licéité au moins sont réunies : un intérêt public visé par la mesure, le caractère non discriminatoire de cette dernière, et le versement d'une indemnisation à l'investisseur lésé. Ces trois éléments indiquent si une expropriation est licite et pas si une expropriation a eu lieu. Cela signifie que les tribunaux arbitraux doivent rechercher d'abord l'existence d'une expropriation indirecte, et si la réponse est positive, vérifier ensuite qu'elle a été licitement édictée²⁴. Faire autrement serait, comme l'ont résumé les arbitres dans l'affaire *Fireman c. Mexique*, « mettre la charrue avant les bœufs (...) »²⁵.

Par conséquent, les critères de qualification de l'expropriation indirecte sont à rechercher en dehors des critères de licéité. Les deux catégories de critères ont été interprété comme ne pouvant pas être confondus. Par exemple, lorsqu'un tribunal doit examiner s'il y a eu expropriation indirecte, il « ne peut pas faire valoir que parce qu'il y a discrimination, il y a expropriation »²⁶, ou inversement. La même remarque est valable pour l'intérêt public poursuivi par la réglementation étatique. Cette distinction entre critères de qualification et critère de licéité alimente les controverses qui entourent la notion d'expropriation indirecte. Pour une partie de la doctrine, c'est justement en raison de l'intérêt public (critère de licéité) poursuivi par certaines réglementations publiques que ces dernières ne doivent pas être qualifiées d'expropriations indirectes.

Du fait que cette exclusion des critères de licéité dans l'étape préalable de la qualification de l'expropriation indirecte est liée à la rédaction des clauses conventionnelles, certains États ont opté pour la rédaction de nouvelles clauses dans leurs récents traités.

²² Le TBI Belgique-Burundi de 1989 prescrit par exemple à l'article 4.1 que « chaque partie contractante s'engage à ne prendre aucune mesure privative ou restrictive de propriété, ni aucune autre mesure ayant un effet similaire (...) ». Une disposition comparable existe dans le Protocole 3 du TBI Allemagne-Côte d'Ivoire de 1968 : « on entend par expropriation le retrait ou la limitation de tout droit de propriété ».

²³ § 185. V. également les sentences *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, § 113, et *R. S. Lauder c. République Tchèque*, sentence Cnudci du 3 septembre 2001, § 200. Disponibles en ligne sur <http://italaw.com> Traduction de l'auteur.

²⁴ V. par exemple, *Parkerings-Company AS c. Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007, § 442. Disponible en ligne sur <http://italaw.com>

²⁵ *Fireman's Fund Insurance Company c. États-Unis du Mexique* (ARB(AF)/02/1), sentence du 17 juillet 2006, § 174. Disponible en ligne sur <http://italaw.com> Traduction de l'auteur.

²⁶ *Fireman c. Mexique*, op. cit., § 205. Traduction de l'auteur.

3.2 La pratique dans les traités d'investissement récents

Les clauses se rapportant à la définition de l'expropriation indirecte dans les traités d'investissement récents sont de trois ordres. En premier lieu, certaines clauses réaffirment le droit de règlementer de l'État. En second lieu, quelques clauses excluent certains types de réglementations publiques, même dommageables aux investissements, de la qualification d'expropriation indirecte. En troisième lieu, des clauses sous forme d'annexes explicatives fournissent une liste de facteurs devant guider l'interprétation des tribunaux lorsqu'ils examinent une plainte d'expropriation indirecte.

3.2.1 Réaffirmation du droit de règlementer de l'État d'accueil

Contenu de la clause

De récentes clauses insérées actuellement dans certains traités d'investissement visent des préoccupations non marchandes et rappellent que l'État a le droit de règlementer pour protéger certains intérêts publics.

Ces clauses, dont certaines sont directement inspirées de l'article XX du GATT de 1994²⁷, énoncent en général qu'aucune disposition dans le traité concerné n'interdit à une Partie contractante de prendre des mesures aux fins de protection de certains intérêts publics tels que la protection de la santé publique, de l'environnement, de la sécurité nationale, la garantie et l'amélioration des droits sociaux des travailleurs, etc. Il s'agit d'une clause générale qui s'applique à l'ensemble des clauses du traité d'investissement. De ce fait, elle est a priori applicable à la clause d'expropriation, sauf indication contraire²⁸.

Une clause générale de ce type est apparue pour la première fois, dans les accords de libre-échange régionaux signés au début des années 1990²⁹. C'est le cas de l'article 1114.1, chapitre 11 de l'Aléna du 17 décembre 1992, intitulé « mesures environnementales » :

« Aucune disposition du présent chapitre ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme au présent chapitre, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement ».

²⁷ Par exemple l'article 10 (1) du modèle de traité canadien est rédigé comme suit : « À condition qu'elles ne soient pas appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre investissements ou investisseurs ou une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement internationaux, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher les Parties d'adopter ou d'exécuter des mesures nécessaires : a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux ; b) à l'exécution de lois et règlements compatibles avec les dispositions du présent accord ; c) à la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou non biologiques ». V. aussi, article 15 du TBI Japon-Corée du Nord (2002), article 22 (1) du COMESA CCAA (2007), et article 95 du TBI Japon-Suisse (2009).

²⁸ C'est le cas du traité de la Charte européenne de l'énergie qui contient une clause en faveur « de la protection de la vie ou de la santé des hommes, des animaux ou des plantes » (article 24.2). Mais le paragraphe 1 de l'article prend le soin d'exclure de son champ d'application, certains articles dont l'expropriation.

²⁹ Des clauses similaires se trouvent dans les traités régionaux comme le traité sur la Charte Européenne de l'Énergie du 17 décembre 1994 (articles 18 et 19), le Protocole sur l'Énergie de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) du 31 janvier 2003 (articles 19 et 24) ou l'Accord de libre-échange entre l'Amérique Centrale, la République dominicaine et les États-Unis d'Amérique (US-CAFTA-DR) du 5 août 2004 (articles 16.2.2. et 17.2.2).

Quelques Traités Bilatéraux d'Investissements récents contiennent également une clause réaffirmant le droit de réglementer de l'État³⁰. C'est le cas de l'article 12 du Traité bilatéral d'investissement entre l'Ile Maurice et les Comores de 2001 :

« Aucune disposition du présent Accord ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie Contractante de prendre toute mesure nécessaire à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité, ou pour des motifs de santé publique ou de prévention des maladies affectant les animaux et les végétaux. »

De même, quelques modèles de traités d'investissement de pays européens et américains contiennent des clauses relatives à la protection de l'environnement, de la santé ou des droits des travailleurs. C'est le cas des modèles adoptés par les États-Unis (2004, article 12 et 13), le Canada (2004, article 11), la Belgique (2002, article 5 et 6), la Finlande (2004, article 14), l'Autriche (2008, article 4(5)).

Portée de la clause

Ces clauses sont d'une portée très limitée. Bien que la majorité soit intitulée « exceptions générales », elles ne contiennent qu'une reconnaissance du droit souverain de réglementer de l'État dans l'intérêt public. Ce droit est déjà reconnu en droit international coutumier. S'il est toujours positif de réaffirmer une règle coutumière dans un traité, encore faut-il qu'elle puisse avoir un impact sur d'autres clauses insérées dans le traité. En effet, ces clauses générales sont silencieuses quant à leur rapport avec la clause d'expropriation qui n'interdit pas de prendre une mesure d'expropriation indirecte (réglementation) mais exige une indemnisation en retour. Or, les clauses réaffirmant le droit de réglementer ne disent pas si l'État n'est plus tenu d'indemniser au cas où l'exercice de ce droit créerait un préjudice grave à l'investisseur au point de constituer une expropriation indirecte indemnisable.

Cela est renforcé par l'emploi de l'expression « *par ailleurs conforme au présent Accord* » dans certains textes comme l'Alena qui appelle une remarque importante. En effet, comme l'ont déjà dénoncé certains auteurs³¹, l'article 1114(1) a une formulation tautologique qui conduit à vider la disposition de son sens. En précisant que les Parties peuvent adopter une mesure nécessaire à la protection de l'environnement mais par ailleurs conforme au traité, cet article ne met en place aucune exception. La conformité au traité pourrait se traduire par une obligation d'indemnisation lorsque la réglementation correspond à une expropriation indirecte. Cette clause ne fait donc que rappeler ce qui est déjà sous-entendu dans la clause d'expropriation : le droit d'exproprier (*rien n'empêche de prendre une mesure*), mais à la condition d'indemniser l'investisseur lésé, de ne pas être discriminatoire et de poursuivre un intérêt public (*par ailleurs conforme à cet Accord*).

En définitive, la réaffirmation du droit de réglementer confère dans le meilleur des cas une plus grande légitimité à certaines mesures étatiques visant la protection des droits de l'Homme ou de l'environnement. Mais elle ne suffit pas à faire échec à la qualification d'une mesure d'expropriation indirecte.

³⁰ Tchad-Liban, 2005, article 8 ; Madagascar – Afrique du Sud, 2003, article 3 ; Suisse – Mexique, 1995, Protocol ad article 3 ; Egypte – Canada, 1996, article 17 ; île Maurice – Burundi, 2001, article 12 ; île Maurice – Cameroun, 2001, article 11, île Maurice – Guinée, 2001, article 12 ; île Maurice – Bénin, 2001, article 11.

³¹ Valérie DERMEDJAN, « Le droit de l'Alena et la protection de l'environnement », in S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'Outil économique en droit international et européen de l'environnement*, CERIC, 2002, p. 176. V. aussi A. LEMAIRE, « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'Alena », *Revue de l'arbitrage*, 2001, n°1, pp. 79-80 ; et T. WEILER, « A first look at the Interim Merits Award in SD Myers, Inc. v. Canada: It is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection? », *Hasting International & Comparative Law Review*, vol. 24, 2001, p. 182.

3.2.2 Les exclusions

Contenu de la clause

Les clauses créant directement et spécifiquement des exceptions à l'expropriation indirecte sont rares dans les traités d'investissement. Toutefois, quelques textes récemment conclus excluent explicitement certains types de réglementations étatiques de la définition de l'expropriation indirecte. Cela signifie que ces réglementations, quels que soient leurs effets dommageables sur l'investissement, ne pourront pas être qualifiées d'expropriations indirectes. Elles ne seront donc pas indemnisables.

Les premiers exemples de clauses d'exclusions sont apparus dans les modèles de traité des États-Unis (2004) et du Canada (2004). Ainsi, l'alinéa c de l'Annexe canadien se lit comme suit :

« Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure est si rigoureuse au regard de son objet qu'on ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement »³².

Un exemple d'exclusion plus récent se trouve à l'article 20(8) de l'Accord d'investissement pour l'espace communautaire du COMESA (Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (COMESA CCIA)) de 2007 :

« Conformément au droit des États de réglementer et les principes du droit international coutumier sur les pouvoirs de police, les mesures réglementaires prises de bonne foi par un État membre qui sont conçues et appliquées pour protéger ou améliorer les objectifs légitimes de bien-être public, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte en vertu du présent article ».

Il en est de même dans l'annexe 2, paragraphe 4 de l'Accord global d'investissement de l'ASEAN (Association of Southeast Asian Nations) de 2009 qui prévoit que :

« Les mesures non discriminatoires d'un État membre qui sont conçues et appliquées pour protéger des objectifs légitimes de bien-être public, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation du type visé à l'alinéa 2b) [expropriation indirecte] ».

Ces nouvelles dispositions énoncent donc que les mesures étatiques visant un objectif légitime, prises de bonne foi et sans discrimination ne peuvent constituer des expropriations indirectes. En d'autres termes, face à une réglementation visant un intérêt public légitime, l'arbitre ne devra pas conclure à une expropriation indirecte sauf si la mesure en question est discriminatoire et a été édictée ou appliquée de mauvaise foi. Les objectifs légitimes sont principalement la santé, la sécurité et l'environnement. L'article du COMESA CCIA renvoie explicitement au droit international coutumier sur les pouvoirs de police pour l'interprétation de cette clause.

³² Annexe B.13 (1) c du modèle canadien. L'Annexe B.4.c du modèle américain est rédigée en des termes similaires mais ne donne pas d'exemple. V. également l'article 5(4) du modèle de traité d'investissement autrichien.

Portée des exclusions

Ces clauses d'exclusions posent que c'est en raison de l'intérêt public qu'elles visent, et de leur caractère non discriminatoire que certaines mesures étatiques ne seront pas indemnifiables au titre de l'expropriation indirecte. Doit-on en conclure que les traités d'investissement comportant de telles dispositions ont remis en cause le principe de distinction entre les critères de licéité et les critères de qualification mentionnés plus haut ? En d'autres termes, les critères de licéité peuvent-ils intervenir dans le processus de qualification de l'expropriation indirecte ?

En ce qui concerne les clauses similaires aux modèles de traités canadiens et américains, il n'est pas possible de donner une réponse positive à cette question. En lisant attentivement ces articles, on constate que dans de « rares cas », les mesures exclues peuvent néanmoins être qualifiées d'expropriations. D'ailleurs un exemple de situation exceptionnelle est donné dans le modèle canadien, à savoir l'effet « *trop rigoureux* » de la mesure. Ces articles ne créent donc qu'une présomption simple en faveur des réglementations légitimes qui peut-être écartée par les règles de l'expropriation indirecte. Ce type de clause ne crée donc pas un véritable régime d'exception d'ordre public.

En ce qui concerne les exemples du texte du COMESA et ASEAN, l'exclusion semble plus efficace, même s'il faut attendre de voir l'usage qu'en fera un tribunal arbitral pour être fixé. En évitant l'emploi de l'expression « sauf en de rares cas », cette clause crée explicitement une barrière hermétique et définitive entre l'expropriation indirecte et certaines réglementations étatiques. En outre, les réglementations publiques non indemnifiables sont rattachées à une notion spécifique qui est celle de la mesure de police. La clause ne crée pas un rapport de « vases communicants » entre la mesure de police et l'expropriation indirecte. Autrement dit, une fois qualifiée de mesure de police, une réglementation étatique ne peut plus être qualifiée d'expropriation indirecte. Enfin, la référence au droit international coutumier (dans le texte du COMESA) fixe un cadre pour l'interprétation de la clause.

3.2.3 Les annexes explicatives à la clause d'expropriation

Contenu de la clause

L'insertion d'annexes explicatives à la clause d'expropriation indirecte dans certains traités d'investissement date des années 2000. Ces annexes indiquent des facteurs que doivent prendre en compte les arbitres chargés de décider si une expropriation indirecte est survenue ou non à la suite d'une mesure étatique.

Une liste est apparue pour la première fois dans les modèles de TBI américains et canadiens publiés en 2004. Ainsi l'annexe B.4.a du modèle américain et l'annexe B.13 (1) du modèle canadien sont quasiment identiques. Le modèle canadien se lit comme suit :

« Pour établir si une mesure ou [une série] de mesures d'une Partie constitue une expropriation indirecte, il faudra un examen au cas par cas et une enquête sur les faits où les facteurs suivants, entre autres, seront pris en considération :

(i) les effets économiques de la mesure ou de [la série] de mesures, encore que le fait que la mesure ou la [la série] de mesures de la Partie ait un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffise pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte ;

ii) la mesure dans laquelle la mesure ou [la série] de mesures porte atteinte aux anticipations définies et raisonnables fondées sur l'investissement ;

iii) le caractère de la mesure ou de [la série] de mesures ».

Trois facteurs doivent donc être utilisés cumulativement, mais ils ne sont pas exhaustifs, comme le prouve l'utilisation de la locution « entre autres » dans le texte. En premier lieu, l'investisseur doit avoir subi une atteinte dommageable à son investissement. Il s'agit de l'impact économique de la mesure. En second lieu, les anticipations raisonnables basées sur l'investissement constituent un élément d'appréciation de l'existence d'une expropriation indirecte. En troisième lieu enfin, le caractère de la mesure doit aussi être pris en compte.

L'annexe 2 de l'Accord global sur l'Investissement de l'ASEAN de 2009 (ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ASEAN CIA)), établit également une liste de facteurs que les tribunaux doivent prendre en compte :

« (a) les effets économiques de l'action gouvernementale, encore que le fait que l'action ou la série d'actions d'un État Partie ait un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation ;

(b) si l'action gouvernementale porte atteinte aux engagements écrits contraignants préalables du gouvernement envers l'investisseur soit par contrat, licence ou tout autre document légal ; et

(c) le caractère de l'action gouvernementale, y compris son but et si l'action est disproportionnée par rapport au but d'intérêt public (...) »³³.

Cet article présente des différences avec les modèles canadien et américain qui, bien que minimes, lui confèrent une portée plus large que ces derniers.

Portée de la clause

L'élaboration de facteurs d'appréciation destinés aux arbitres est un élément positif pour une définition plus précise de l'expropriation indirecte.

Cependant, la prise en compte des anticipations définies et raisonnables de l'investisseur, désignées également par « attentes légitimes », peut conduire à étendre la protection de la clause d'expropriation aux simples intérêts économiques. En effet, les « attentes légitimes » sont une notion au contenu controversé qui peut englober les attentes résultant du cadre juridique en vigueur, des assurances formelles ou non données à l'investisseur au moment de la réalisation de son investissement, et sur lesquelles il s'est fondé pour décider d'investir dans le pays d'accueil. Or, seuls les droits juridiquement protégés peuvent être expropriés. L'Accord d'investissement de l'ASEAN, en préférant l'emploi des termes « engagements contraignants » évite donc que la frustration des « attentes légitimes » ne résultant pas d'obligations juridiques de l'Etat d'accueil soit prise en compte.

Par ailleurs, dans les modèles canadien et américain, le « caractère » de la mesure n'est pas défini. Il s'agit pourtant d'un facteur important et innovant dans l'examen de l'expropriation indirecte. Ici encore, l'Accord de l'ASEAN a l'avantage de préciser que le caractère de la mesure est relatif à son objectif et à sa proportionnalité avec l'intérêt public poursuivi.

En guise de conclusion sur les clauses d'expropriation indirecte, il convient de noter que l'insertion des dispositions sur le droit de règlementer, les exclusions ou les annexes explicatives est limitée à un nombre relativement restreint de traités d'investissement. La majorité des TBI, notamment ceux conclus avant 2000, ne contiennent pas de tels articles, laissant les arbitres entièrement libres de l'interprétation.

³³ Traduction de l'auteur.

4.0 Les critères de qualification issus de la jurisprudence des tribunaux

Trois principaux critères de qualification sont utilisés par les tribunaux arbitraux. Le critère de l'effet préjudiciable, le critère de la proportionnalité et le critère de l'intérêt public légitime. Le critère de l'appropriation sera également examiné, même s'il est un critère minoritaire dans la jurisprudence.

4.1 L'effet préjudiciable de la mesure

Le critère exclusif de l'effet préjudiciable sur l'investissement, parfois appelé la « *sole effect doctrine* » (doctrine du seul effet)³⁴ a été décrit comme faisant de l'effet dommageable de la mesure étatique sur l'investisseur « *un facteur majeur, ou même le seul facteur, pour déterminer si une expropriation est survenue ou non* »³⁵. Au regard de ce critère, les termes « mesure équivalente à une expropriation » ou « mesure ayant un effet similaire à une expropriation » signifient simplement « mesure ayant le même résultat dommageable qu'une expropriation sur l'investissement ».

4.1.1 Un critère exclusif

Le critère de l'effet préjudiciable a été appliqué dans de nombreuses sentences arbitrales. On a ainsi pu l'intituler comme la « *ligne Tippetts-Biloune-Metalclad* »³⁶, du nom de trois principales affaires souvent citées à l'appui de cette approche.

La sentence *Tippetts c. Iran* illustre bien la doctrine du seul effet. Les arbitres y ont en effet rejeté de manière explicite tous les autres critères envisageables avant de conclure à la seule pertinence du préjudice subi par l'investisseur : « *l'intention du gouvernement est moins importante que les effets de la mesure sur le propriétaire des avoirs [...] et la forme de la mesure privative est moins importante que ses effets réels* »³⁷. Quant au tribunal dans l'affaire *Biloune c. Ghana*, il a pris uniquement en compte le fait que la mesure avait eu « *pour effet de causer la cessation irréparable des travaux du projet* »³⁸, en raison de l'ordre d'arrêt et la démolition des travaux, de l'arrestation puis de l'expulsion de M Biloune hors du territoire national. Enfin, dans l'affaire *Metaclad c. Mexique*, le tribunal a défendu la doctrine du seul effet sans aucune ambiguïté en ces termes : « *le tribunal n'a pas besoin de trancher ou de considérer la motivation ou l'intention de l'adoption du décret écologique (...)* »³⁹. Il ajoutera qu'une expropriation indirecte peut survenir : « *même si ce n'est pas nécessairement au bénéfice évident de l'État d'accueil* »⁴⁰.

Le critère du seul effet est donc un critère exclusif qui écarte la prise en compte de tout autre paramètre dans le processus de qualification de l'expropriation indirecte, notamment l'intention des gouvernants de porter préjudice ou pas à l'investisseur, le but d'intérêt public poursuivi par la mesure et l'effet bénéfique ou non de l'anéantissement de l'investissement sur le patrimoine de l'État. Seul le préjudice subi par l'investisseur importe pour assimiler une mesure étatique à une expropriation.

³⁴ Cf. R. DOLZER, « Indirect expropriation, New Developments ? », *Environmental Law Journal*, vol.11, 2002, p. 65. Cette doctrine a aussi été qualifiée « d'orthodoxe » par A. NEWCOMBE, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », in Ph. KAHN, T. W. WÄLDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 392-449.

³⁵ R. DOLZER, « Indirect expropriation, New Developments? », p. 78. Traduction de l'auteur.

³⁶ Expression de R. DOLZER, F. BLOCH, « Indirect Expropriation : Conceptual Realignment? », *International law forum*, Vol. 5, n°3, 2003, p. 161.

³⁷ *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton (Tams) c. Tams-Affa consulting Engineers of Iran c. Iran, and others*, sentence du 29 juin 1984, Iran-US CTR, vol. 6, 1986, pp. 225-226. Traduction de l'auteur.

³⁸ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, sentence ad hoc du 27 octobre 1989, ILR, vol. 95, 1990, p. 209. Traduction de l'auteur.

³⁹ *Metalclad Corporation c. Mexique* (ARB (AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, § 111. Disponible en ligne sur <http://italaw.com> Traduction de l'auteur.

⁴⁰ § 103. Traduction de l'auteur.

4.1.2 L'exigence d'un préjudice grave et irréversible

Pour qualifier une mesure étatique quelconque d'expropriation indirecte, les tribunaux exigent concrètement que l'investissement ait subi un préjudice grave et irréversible du fait de ladite mesure.

En ce qui concerne la gravité du préjudice subi, il est exigé que l'investissement ait subi une atteinte dite « substantielle », « grave » ou « sévère ». Autrement dit, la détention des droits relatifs à l'investissement doit avoir perdu tout intérêt économique pour l'investisseur. Ainsi, le tribunal dans l'affaire *Starrett Housing* parlait-il de droits : « *rendus si inutiles qu'ils doivent être considérés comme ayant été expropriés* »⁴¹. De ce fait, les restrictions mineures, les simples désagréments administratifs et autres interférences de moindres importances ne peuvent constituer une expropriation indirecte. De même, une activité rendue seulement plus difficile, mais pas impossible ne sera pas considérée comme ayant subi une expropriation indirecte. Toutefois, certains tribunaux ont considéré qu'une simple interférence dans la jouissance des droits de l'investisseur peut constituer un préjudice grave⁴², ou admis en théorie qu'un préjudice partiel pouvait être suffisant⁴³.

Quant au caractère irréversible de la mesure dommageable, il implique que la situation de l'investisseur ait été compromise sur une longue durée. Les tribunaux ont ainsi eu à exiger une atteinte « *non éphémère* »⁴⁴, ou une « *privation [...] persistante* »⁴⁵. Pour le tribunal dans l'affaire *LG&E c. Argentine*, « *l'expropriation doit être permanente, c'est-à-dire, qu'elle ne peut avoir un caractère temporaire* »⁴⁶. Mais quelle doit être la durée d'une telle mesure ? Les tribunaux ne fixent pas de délai uniforme⁴⁷ et l'appréciation se fait au cas par cas. Comme l'a affirmé le tribunal dans l'affaire *RFCC c. Maroc*, « *une mesure temporaire doit [...] avoir des conséquences substantielles équivalentes à une perte définitive. La récupération du titre de propriété ou de l'accès à celui-ci ne replace pas le propriétaire dans sa situation initiale (...)* »⁴⁸. Par conséquent, ce n'est pas la durée de la mesure en soi qui importe, mais la durée de ses effets handicapants sur l'investissement, autrement dit son caractère irréversible.

Pour évaluer le degré de la gravité du préjudice subi par l'investisseur, les tribunaux ont généralement recours à certains facteurs. L'ensemble de ces facteurs de vérification peut-être désigné comme le test *Pope & Talbot*, du nom de la principale sentence qui l'a formalisé. Le tribunal arbitral dans cette affaire, pour évaluer à quel point l'investissement avait été compromis, a pris en compte plusieurs éléments en ces termes :

« *L'investisseur conserve le contrôle de l'investissement, il dirige les opérations de l'investissement au jour le jour, et aucun dirigeant ou employé de l'investissement n'a été arrêté en vertu du régime. Le Canada ne supervise pas le travail des dirigeants ou des employés de l'investissement, ne prend pas rien des bénéfices des ventes de l'entreprise (en dehors de la fiscalité), n'interfère pas avec la gestion ou les activités des actionnaires, ne fait pas obstacle à ce que l'entreprise verse des dividendes à ses actionnaires, n'interfère pas avec la nomination d'administrateurs ou de gestionnaires et ne prend pas d'autres actions évinçant l'investisseur de la pleine propriété et du contrôle de l'investissement* »⁴⁹.

⁴¹ *Starret Housing, op. cit.*, p. 154. Traduction de l'auteur.

⁴² *Metalclad c. Mexique, op. cit.*, § 111.

⁴³ *SD Myers c. Canada, op. cit.*, § 283.

⁴⁴ *Tippetts c. Iran, op. cit.*, p. 225.

⁴⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. C. Argentine (ARB/02/1)*, sentence du 3 octobre 2006, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 21, pp. 203 et s., § 190. Traduction de l'auteur.

⁴⁶ § 193. Traduction de l'auteur.

⁴⁷ Seulement quatre mois d'interdiction d'importation à la suite d'une révocation de licence furent jugés suffisants pour qualifier une mesure d'expropriation dans *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République Arabe d'Egypte (ARB/99/6)*, sentence du 12 avril 2002, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 18, 200, pp. 602 et s. Au contraire, huit mois d'une interdiction d'exporter ne furent pas jugés suffisants pour conclure à une expropriation indirecte dans l'affaire *SD Myers c. Canada, op. cit.* Le tribunal y a estimé en effet que la fermeture temporaire des frontières à l'importation d'un produit exploité par l'investisseur n'avait fait que « *différer une opportunité* » (§ 287). Traduction de l'auteur.

⁴⁸ *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc (ARB/00/6)*, sentence du 22 décembre 2003, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 20, 2005, pp. 391 et s., § 68.

⁴⁹ *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence du 26 juin 2000, § 100. Disponible en ligne sur <http://italaw.com> Traduction de l'auteur.

En substance, il faut donc retenir que l'investisseur, pour prétendre avoir subi une expropriation indirecte, doit avoir perdu le contrôle de son investissement et la jouissance de ses bénéfices. S'il a encore notamment le libre choix des stratégies économiques de l'entreprise, la gestion quotidienne des opérations, l'accès aux bénéfices générés, la liberté d'aller et venir pour lui et son personnel, sa requête sera alors rejetée. Ces facteurs d'évaluation de la gravité du préjudice sont utilisés par la majorité des tribunaux arbitraux.⁵⁰ On peut cependant se demander dans quelle mesure ces facteurs d'évaluation sont adaptés aux réglementations générales qui ne visent pas directement l'investisseur mais modifient simplement les conditions économiques générales dans lesquelles évoluait l'investissement.

Bien qu'il soit appliqué par la majorité des tribunaux, le critère de l'effet préjudiciable présente des limites importantes. D'une part, le niveau de gravité du préjudice requis demeure incertain. D'autre part, ce critère n'intègre aucune considération relative à l'intérêt public de l'État d'accueil. Seul le préjudice subi par l'investisseur est déterminant. L'application stricte de la doctrine du « seul effet » peut donc conduire à qualifier d'expropriation indirecte toute mesure étatique préjudiciable à l'investisseur sans égard aux justifications avancées pour l'édiction de la mesure. Un tel résultat peut avoir des conséquences sur le pouvoir normatif de l'État d'accueil, comme vu précédemment. Le critère du seul effet est critiqué depuis quelques années par des États, des spécialistes du droit des investissements et de la société civile comme étant insuffisant pour déterminer l'existence d'une expropriation indirecte lorsque des réglementations publiques « légitimes » sont en cause. Par conséquent, de nouvelles approches de la notion d'expropriation indirecte ont été proposées et certaines ont reçu un accueil favorable devant les tribunaux, même dans les cas où le langage utilisé dans les traités ne donne pas de définition précise.

4.2 La proportionnalité de la mesure

Le principe de proportionnalité se définit comme celui de l'équilibre entre deux intérêts contradictoires, en l'occurrence l'intérêt public et l'intérêt privé. C'est une règle qui veut assurer que la réalisation de l'intérêt général impose un sacrifice « proportionné » aux intérêts particuliers. S'il est relativement peu familier en droit international des investissements, focalisé sur la protection des investissements, le principe de proportionnalité a déjà fait l'objet de développements importants dans d'autres forums de règlements de différends⁵¹. La transposition de ce principe dans le contentieux de l'expropriation indirecte fut d'abord prônée par la doctrine, avant de trouver un écho favorable dans quelques affaires arbitrales récentes.

Dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, à propos du refus de renouvellement d'un permis d'exploitation pour une usine de traitement de déchets dangereux, le tribunal a considéré que le critère de la proportionnalité était un critère nécessaire à la qualification d'une expropriation indirecte : « *le Tribunal arbitral examinera, en vue de déterminer si elles doivent être caractérisées comme une expropriation, si ces actions ou mesures sont proportionnelles à l'intérêt public qu'elles sont présumées protéger et à la protection juridique accordée aux investissements* »⁵².

Le tribunal a alors pris en compte trois éléments pour évaluer la proportionnalité entre la mesure de réglementation visant un intérêt public et la charge que ladite mesure fait peser sur l'investisseur.

⁵⁰ Ce fut le cas, entre autres, des tribunaux dans l'affaire *CMS c. Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, § 263 ; *LG&E c. Argentine*, *op. cit.*, § 188 ; *Sempra c. Argentine* (ARB/02/16), sentence du 28 septembre 2007, § 284 ; *Enron c. Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, § 245 ; *Suez InterAqua c. Argentine* (ARB/03/17), sentence du 30 juillet 2010, § 129. Sentences disponibles en ligne sur <http://italaw.com>

⁵¹ Tel est le cas de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dont quelques décisions seront examinées ci-après.

⁵² *Tecmed c. Mexique*, *op. cit.*, § 122. Traduction de l'auteure.

En premier lieu, il faut un préjudice substantiel. Pour ce faire, les arbitres ont eu recours aux critères posés par la doctrine majoritaire du seul effet⁵³. De ce fait, tel qu'il fut appliqué dans la sentence *Tecmed c. Mexique*, le principe de proportionnalité ne vise pas à se substituer au critère de l'effet préjudiciable, mais à le contrebalancer avec l'intérêt public poursuivi par la mesure. Il s'agit donc d'un critère complémentaire. Cela signifie que dans la mesure où l'application du critère de l'effet préjudiciable n'est pas concluante, le test de proportionnalité devient superflu.

En second lieu, il faut vérifier l'existence *prima facie* d'un intérêt public. Ce second critère est laissé à l'appréciation souveraine de l'État, exception faite d'un détournement de pouvoir manifeste et grossier. Cependant, les arbitres ont estimé nécessaire de vérifier si l'intérêt public invoqué par l'État était bien celui qui fut à l'origine de la mesure. Non pas pour juger de l'opportunité de cette mesure, mais afin d'appliquer le test de proportionnalité au véritable intérêt public qui était visé.

En troisième lieu, au moins un tribunal dans l'affaire *Tecmed c. Mexique* a exigé que la réponse des autorités soit nécessaire pour réaliser l'intérêt public poursuivi. Cela signifie que la mesure étatique doit être la seule mesure disponible pour atteindre l'objectif, ou la moins dommageable lorsque plusieurs solutions efficaces existent⁵⁴. C'est à cette condition que le préjudice causé à l'investisseur sera proportionné. En l'espèce, le tribunal a conclu que la décision de ne pas renouveler le permis d'exploitation n'était pas nécessaire pour atteindre le but poursuivi, c'est-à-dire mettre fin aux protestations des riverains de l'usine contre les répercussions sanitaires et environnementales de l'exploitation. D'autres solutions moins dommageables étaient envisageables comme la relocalisation de l'usine de traitement dans un site plus adéquat. La mesure avait donc imposé à l'investisseur un fardeau excessif⁵⁵.

Depuis la sentence *Tecmed c. Mexique*, la pertinence du critère de la proportionnalité a été reconnue comme applicable au contentieux de l'expropriation dans d'autres affaires sur le fondement de traités internationaux d'investissement⁵⁶.

Ce critère, bien qu'il soit plus équilibré que celui de l'effet préjudiciable, présente une limite. Les arbitres, dans la sentence *Tecmed c. Mexique*, se sont référés explicitement à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après CEDH) concernant l'interprétation de l'article 1 du Protocole à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1952 (ci-après le Protocole 1). L'importation de ce principe de la jurisprudence d'un organe de règlement des différends issu d'un système juridique spécifique pose alors problème. En effet, l'Union européenne constitue la forme actuelle la plus avancée d'un processus d'intégration régional. Son corpus juridique n'est donc pas de ce fait facilement transposable au droit international des investissements, qui repose sur un réseau aussi dense que complexe de traités bilatéraux d'investissement et un système peu harmonisé de règlement des différends dans lequel les arbitres ne bénéficient pas de la même légitimité que le juge européen. Comme l'observait un auteur, la prise en compte d'éléments très subjectifs comme la proportionnalité peut être acceptée lorsqu'il s'agit « *d'institutions judiciaires internes ou de juridictions internationales telles que la Cour européenne des droits de l'Homme, mais [...] peuvent étonner lorsqu'il s'agit de tribunaux arbitraux composés de personnes privées et sans aucun mécanisme d'appel ou de cassation* »⁵⁷. En outre, le système des droits humains demande l'épuisement des voies de recours locaux. Finalement, les traités d'investissement eux-mêmes ne recherchent pas un équilibre entre les droits en présence. Au

⁵³ *Tecmed c. Mexique*, op. cit., § 116.

⁵⁴ Le test de « nécessité » est un élément controversé qui est à la source de grandes discussions dans le droit de l'OMC

⁵⁵ *Tecmed c. Mexique*, op. cit., § 151.

⁵⁶ V. par exemple, *LG&E c. Argentine*, op. cit. ; et *Azurix Corp. c. République d'Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006. Disponible en ligne sur <http://italaw.com> Cependant, dans les deux affaires, les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de mettre en pratique leurs affirmations de principe. En effet, le critère préalable du préjudice substantiel n'était pas rempli.

⁵⁷ C. LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement: Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Artémis, 2006 p. 179.

contraire, leur déséquilibre « congénital » en faveur des droits des investisseurs a souvent été dénoncé. L'article 1 alinéa 2 du protocole 1 est donc plus sensible au pouvoir normatif de l'État que la clause type d'expropriation dans les traités d'investissement. L'état actuel du droit international des investissements, malgré les notables évolutions, se prête encore difficilement à une telle transposition.

4.3 Le but légitime de la mesure

En lieu et place du critère de l'effet préjudiciable de la mesure étatique sur l'investissement, certains tribunaux ont appliqué le critère du but légitime poursuivi par la mesure. Ce critère connaît des applications diverses mais elles ont en commun de poser comme principe que certaines mesures étatiques légitimes répondant à certaines caractéristiques ne peuvent pas être des expropriations indirectes, même lorsqu'elles causent un préjudice grave et irréversible à un investissement. Ces réglementations spécifiques sont communément désignées comme des « mesures de police » ou « réglementations publiques légitimes ». Elles ne sont pas indemnisables.

Il a également été avancé que même si ces types de mesures légitimes étaient qualifiés d'expropriations indirectes, elles ne peuvent pas donner droit à une indemnisation complète. Ainsi, l'investisseur ne peut pas avoir droit à une indemnisation complète de la valeur marchande de son bien, en raison de l'intérêt prééminent ayant rendu nécessaire la dévalorisation de son patrimoine. La justification principale avancée à cette pondération du montant de l'indemnisation est qu'elle permet de rendre la réglementation d'intérêt général financièrement soutenable pour l'État, tout en ne décourageant pas complètement l'initiative privée.

L'une des premières affaires qui a eu à distinguer la mesure de police non indemnisable de l'expropriation indirecte fut la sentence *E. Too c. États-Unis*. Le tribunal y affirma que : « un État n'est pas responsable de la perte de la propriété ou d'autres désavantages économiques résultant d'une fiscalité générale de bonne foi ou de toute autre action qui est communément admise comme relevant des pouvoirs de police des États, à condition qu'elle ne soit pas discriminatoire et ne vise pas à amener l'étranger à abandonner la propriété à l'État ou à le vendre à un prix de détresse (...) »⁵⁸.

La plus importante des sentences récentes à avoir appliqué la distinction est sans conteste celle qui fut rendue dans l'affaire *Methanex c. États-Unis* sur le fondement de l'Aléna. Le litige portait sur une mesure interdisant l'utilisation d'un additif à l'essence considéré comme cancérigène. Dans cette affaire, le tribunal a rejeté la qualification d'expropriation indirecte sur le motif qu'il s'agissait d'une réglementation générale visant un intérêt public, prise de bonne foi et sans discrimination : « en matière de droit international général, une réglementation non discriminatoire prise dans un but public, qui est adoptée conformément aux procédures légales et qui affecte, entre autres, un investisseur étranger ou un investissement n'est pas considérée comme une expropriation et indemnisable (...) »⁵⁹. Il a alors conclu que « du point de vue du droit international, l'interdiction de la Californie constituait une réglementation licite et non une expropriation »⁶⁰. De telles mesures ne peuvent donc pas être des expropriations indirectes, quels que soient leurs effets dommageables sur l'investissement.

Dans la sentence *Sulaka c. République Tchèque*, un tribunal arbitral a reconnu également qu'« il est maintenant établi en droit international que les États ne sont pas tenus de payer une indemnisation à un investisseur lorsque, dans l'exercice normal de leurs pouvoirs de police, ils adoptent de manière non discriminatoire des réglementations de bonne foi qui ont pour objectif le bien-être général »⁶¹. Dans la sentence *Suez InterAgua c. Argentine*, le tribunal a statué qu'en : « évaluant une plainte

⁵⁸ *Emmanuel Too c. Greater Modeto Insurance Associates et États-Unis d'Amérique*, sentence du 29 décembre 1989, *Iran-US CTR*, vol 23, 1989-II, p. 378. Traduction de l'auteur.

⁵⁹ *Methanex c. États-Unis d'Amérique*, sentence du 9 août 2005, Part IV, Chp. D, § 7. Disponible en ligne sur <http://italaw.com> Traduction de l'auteur.

⁶⁰ *Methanex c. États-Unis d'Amérique*, Partie IV, chp. D, § 15. Traduction de l'auteur.

⁶¹ *Saluka Investments BV c. République tchèque*, sentence du 17 mai 2006, § 255. Disponible sur <http://italaw.com> Traduction de l'auteur.

d'expropriation, il est important de reconnaître le droit légitime de l'État à réglementer et à exercer des pouvoirs de police dans l'intérêt du bien-être public et de ne pas confondre les mesures de cette nature avec l'expropriation »⁶².

On peut relever ici que les critères utilisés par les tribunaux pour déterminer la légitimité de la réglementation californienne sont très proches des conditions de licéité de l'expropriation indirecte : poursuite d'un intérêt public et non-discrimination (auxquelles s'ajoute l'application de bonne foi).

En fait, plusieurs sentences arbitrales ont reconnu l'existence d'un principe de distinction entre une expropriation indirecte et une mesure de police non indemnisable⁶³. Mais si l'affirmation de principe est aisée, l'application pose problème. En dehors des deux premières affaires précitées, rares sont les tribunaux qui écartent complètement le critère de l'effet préjudiciable sur l'investisseur au bénéfice de l'intérêt public légitime poursuivi par la mesure étatique. En d'autres termes, bien que certaines mesures soient reconnues comme étant des mesures de police légitimes, les tribunaux vérifient néanmoins qu'elles n'ont pas causé un préjudice grave à l'investissement avant de conclure ou non à une expropriation indirecte. Tel fut le cas de la sentence *Tecmed c. Mexique* dans laquelle le tribunal, après avoir affirmé que le principe de distinction est « indiscutable » (§ 119), a néanmoins affirmé que : « *les mesures et actions réglementaires ne seront pas initialement exclues de la définition des actes d'expropriation* »⁶⁴. Cela signifie que, pour ces tribunaux interprétant les clauses des TBI, les mesures de police sont des mesures étatiques comme les autres, pouvant de ce fait entraîner des expropriations indirectes lorsque leurs effets préjudiciables sont substantiels.

Certains tribunaux n'ont d'ailleurs pas hésité à rejeter l'existence d'une catégorie de mesures étatiques qui ne peuvent pas constituer des expropriations indirectes parce qu'elles visent un intérêt public légitime et ne sont pas discriminatoires. Ainsi, dans la sentence *Santa Elena c. Costa Rica*, un tribunal arbitral a statué que : « *les mesures d'expropriation environnementales, aussi louables et bénéfiques qu'ils soient pour la société dans son ensemble sont, à cet égard, semblables à toute autre mesure d'expropriation qu'un État peut prendre afin de mettre en œuvre ses politiques : lorsqu'un bien est exproprié, même à des fins environnementales, qu'elles soient nationales ou internationales, l'obligation de l'État de verser une indemnité demeure* »⁶⁵.

Le principe de distinction entre expropriation indirecte et mesure de police est mentionné dans certains textes non contraignants⁶⁶, et la majorité des tribunaux lui reconnaît une valeur coutumière internationale. Toutefois, cette distinction n'est pas prévue dans la majorité des traités d'investissement dont les clauses d'expropriation n'excluent pas les réglementations générales légitimes de leur champ d'application. Tel que susmentionné, les exclusions du type de l'annexe B. 13 (1) du modèle de traité d'investissement canadien ne suffisent pas à créer une véritable exception en faveur des réglementations d'intérêt public légitimes. Au contraire, l'exclusion posée par les clauses du type de l'article 20(8) du COMESA CCIA (article 20.8) confère plus de poids au principe de distinction, car elle crée une véritable exception. Mais en renvoyant au droit international coutumier, le texte du COMESA ne fait que reporter la difficulté de la définition précise de la notion de mesure de police.

⁶² *Suez InterAgua c. Argentine*, op. cit., § 128. Traduction de l'auteure

⁶³ V. par exemple, *CME (République Tchèque) B. V. c. République Tchèque*, sentence du 13 septembre 2001, § 603 ; *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, ICSID Rev.-FILJ, vol. 18, 2003, pp. 488 et s., § 103 ; *Azurix Corp. c. République d'Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, § 310. Sentences disponibles en ligne sur <http://italaw.com>

⁶⁴ *Tecmed c. Mexique*, op. cit., § 122. Traduction de l'auteure.

⁶⁵ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000, ICSID Rev.-FILJ, vol 15, 2000, pp. 169 et s., § 72. Traduction de l'auteure.

⁶⁶ V. par exemple, le commentaire g sous le §712 du *Restatement of the Law, (Third), The foreign Relations Law of the United State*, American Law Institute Publishers, St. Paul, Minesota, 1987, vol. 2; ou l'article 10.5 du projet de Harvard de 1961, reproduit dans L. B. SOHN et R. R. BAXTER, « Responsibility of State to injuries to Economics interests of Aliens », *AJIL*, 1961, vol. 55, n°3, pp. 545-584.

En effet, la difficile application du principe de distinction entre mesure de police et mesure d'expropriation indirecte tient surtout au fait que la mesure de police est difficile à identifier. La mesure de police est, en simplifiant, l'ensemble des mesures « essentielles au fonctionnement efficace de l'État »⁶⁷. Mais, il n'existe pas de définition précise de cette notion fonctionnelle en droit international coutumier. Comme le déplorait le tribunal dans la sentence *Saluka c. République tchèque*, bien qu'étant favorable à ce principe, « le droit international n'a pas encore identifié de façon globale et définitive précisément quelles réglementations sont considérées comme "admissibles" et "communément admises" comme relevant du pouvoir de police ou pouvoir réglementaire des États et sont, par conséquent, non indemnisables »⁶⁸. En effet, les mesures de police peuvent se confondre avec toutes les réglementations publiques légitimes édictées par un État, du fait que ces dernières visent toutes à priori un intérêt public plus ou moins essentiel. De ce fait, une liste précise et unanime des intérêts légitimes propre à la notion de mesure de police n'existe pas, même si un consensus se dégage autour de certaines valeurs. Il s'agit notamment de celles qui font l'objet d'une protection au niveau du droit international ou relèvent des fonctions régaliennes de l'État. C'est le cas des questions d'ordre public, d'ordre sanitaire, d'ordre fiscal, d'ordre monétaire, de protection de l'environnement et des droits sociaux des travailleurs. Par ailleurs, il n'est pas aisé de vérifier qu'une mesure étatique visant un intérêt public essentiel a été édictée et appliquée de bonne foi, sans discrimination et de manière raisonnable. Ces termes sont en effet des standards de comportement difficiles à manier pour les tribunaux. Quoi qu'il en soit, on considère que l'État, en édictant la mesure de police, doit agir avec la plus grande impartialité et objectivité pour atteindre l'intérêt public poursuivi. Les dommages aux investissements privés étrangers qui en résultent doivent être, en quelque sorte, inévitables pour réaliser l'intérêt général.

Au regard de la délimitation encore incertaine de la mesure de police non indemnisable, certains tribunaux considèrent qu'une : « exception générale pour les mesures de réglementation créerait une brèche béante dans la protection internationale contre l'expropriation »⁶⁹. Ils craignent donc que toute mesure d'intérêt public préjudiciable à l'investisseur puisse bénéficier de l'exception des mesures de police et ne pas être indemnisable. Pourtant, même s'il est d'un maniement difficile, la prise en compte de l'intérêt public de l'État dans la qualification d'une expropriation indirecte apparaît incontournable aujourd'hui, quelles que soient les modalités de cette prise en compte.

4.4 L'appropriation par l'État

Le critère de l'appropriation par l'État signifie qu'il ne peut y avoir d'expropriation indirecte lorsque l'État ne retire pas un bénéfice économique du préjudice causé à l'investisseur. En d'autres termes, il faut que le dommage subi par l'investissement ait entraîné un enrichissement de l'État. Il faut donc considérer les effets économiques de la mesure à la foi sur l'investisseur et sur l'État. L'appropriation ou le bénéfice économique retiré par l'État joue ici le rôle d'un critère supplémentaire au critère de l'effet préjudiciable.

Le critère de l'appropriation a été récemment défendu par quelques auteurs⁷⁰ et son application par les tribunaux reste marginale⁷¹. Ses défenseurs considèrent que dans une expropriation directe, il y a toujours une appropriation du bien par l'État, du fait du retrait du titre de propriété. Ce serait ce transfert de richesses d'un patrimoine à un autre

⁶⁷ D'après l'expression de M. SORNARAJAH, *The international Law of foreign Investment*, 3e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 374.

⁶⁸ *Saluka c. République tchèque*, op. cit., § 264. Traduction de l'auteur.

⁶⁹ *Pope & Talbot c. Canada*, op. cit., § 99. Traduction de l'auteur.

⁷⁰ A. NEWCOMBE, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », in Ph. KAHN, T. W. WÄLDE (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007 pp. 441-445.

⁷¹ Cf. *R. S. Lauder c. République tchèque*, Cnudci, sentence du 3 septembre 2001, § 203, disponible sur <http://italaw.com> ; *Eudoro A. Olguín c. République du Paraguay (ARB/98/5)*, sentence du 26 juillet 2001, ICSID Rev.-FILJ, vol. 18, 2003, pp. 143 et s., § 84.

qui justifierait l'obligation d'indemnisation. Elle devrait alors être exigée également dans une expropriation indirecte indemnisable. L'appropriation pourrait consister, par exemple, dans le fait que l'État met fin à un contrat de concession pour reprendre l'activité économique à son compte ou au profit d'un tiers.

Mais toutes les mesures d'intérêt public préjudiciables à l'investisseur n'entraînent pas un enrichissement de l'État. L'État peut ne pas tirer un avantage économique de la destruction d'un investissement lorsqu'il règlemente pour protéger la santé humaine ou l'environnement. Parfois même, il peut subir une perte du fait de ses nouvelles lois. L'interdiction d'importer une substance jugée dangereuse peut se traduire par une réduction des recettes fiscales à l'importation. Dans ces cas de figure, une indemnisation ne sera pas due.

Bien qu'il permette un rééquilibrage des intérêts économiques privés et publics en présence, le critère de l'appropriation est rejeté par la majorité des tribunaux et de la doctrine. Ce rejet est renforcé par les clauses des TBI qui ne font pas allusion à la prise en compte du bénéfice économique retiré par l'État lors d'une expropriation indirecte.

5.0 *Recommandations et conclusions*

La définition de l'expropriation indirecte demeure incertaine en droit international des investissements. Les approches sont diverses et les sentences arbitrales divergent. Il existe donc un problème de cohérence et de prévisibilité.

Pour y remédier, des solutions sont envisageables au niveau de la rédaction des clauses des traités d'investissement, comme au niveau de leur interprétation par les tribunaux arbitraux.

Au niveau des clauses conventionnelles, il est souhaitable que les États signataires des traités d'investissement fixent, par la voie conventionnelle, des limites plus précises à la définition de l'expropriation indirecte, notamment lorsque des réglementations générales légitimes sont en cause. C'est en effet parce que la définition de la mesure d'expropriation indirecte n'est pas clairement fixée que les interprétations divergentes sont possibles. Il n'est certes pas aisé de trouver une définition rigide à cette notion dont les hypothèses d'application sont illimitées. Mais, il est possible de rédiger des clauses précisant le rôle et la place du critère de l'effet préjudiciable ainsi que le rôle et la place d'autres critères complémentaires. Ils peuvent également envisager d'introduire le critère de l'appropriation par l'État aux côtés de celui de l'effet préjudiciable. Que les États optent pour l'élaboration de critères de qualification ou la création d'exceptions, les nouvelles dispositions devront être plus explicites et efficaces que celles insérées dans certains traités récents.

Par exemple, reconnaître simplement le droit souverain de réglementer de l'État ne peut suffire à faire échec à la qualification de l'expropriation indirecte. Cette dernière n'interdit pas de réglementer, mais exige une indemnisation en cas de dommages importants. De même, il ne suffit pas de créer une présomption favorable à certaines réglementations étatiques, mais il faut préciser que certaines mesures, telles que les mesures de police, ne sont pas des expropriations indirectes quel que soit leur impact préjudiciable sur les investissements. Si elle est bien définie, cette exclusion des mesures de police donnera plus de certitude aux États ainsi qu'aux investisseurs étrangers. À cet effet, il serait utile de définir plus clairement la notion de mesure de police en élaborant une clause sur ses critères de qualification. L'élaboration d'une liste de facteurs devant être pris en compte par les tribunaux pour qualifier une expropriation indirecte est positive, à condition d'éviter la référence très vague aux « attentes légitimes/raisonnables » de l'investisseur, et de définir ce que signifie le « caractère » de la mesure. Il serait également intéressant d'introduire une hiérarchie entre les critères qui peuvent être irréconciliables, notamment l'effet économique et le caractère de la mesure.

L'idéal serait que les traités d'investissement, dans leur ensemble, soient renégociés pour introduire ces nouvelles clarifications et exclusions. A cet effet, les exemples des traités d'investissements du COMESA (2007) et de l'ASEAN (2009) peuvent constituer une base moderne de discussion. La possibilité d'une interprétation mutuelle ou même unilatérale pourrait aussi servir pour clarifier les termes vagues utilisés pour désigner l'expropriation indirecte dans les traités déjà signés.

En attendant l'émergence éventuelle d'une nouvelle génération de clauses conventionnelles dans les traités d'investissement, il revient aux tribunaux arbitraux d'adapter leur jurisprudence aux enjeux actuels de la définition de l'expropriation indirecte. Les tribunaux pourraient par exemple distinguer les mesures qui visent directement l'investissement de celles qui ne visent pas l'investisseur et dont les effets négatifs sur ce dernier sont en quelque sorte collatéraux. Il est possible, au moins pour cette seconde catégorie de mesures d'ordre général, de sortir du cadre rigide du critère de l'effet préjudiciable pour intégrer des paramètres tenant compte des besoins de l'État en

matière de protection de l'intérêt public. Qu'il s'agisse du critère de la proportionnalité ou du critère de l'intérêt public légitime (ou exception des mesures de police), ces paramètres, une fois adaptés au contexte du droit international des investissements et appliqués avec rigueur, peuvent permettre de tendre vers un meilleur équilibre.

En définitive, la qualification d'une mesure étatique quelconque d'expropriation indirecte devrait être un processus prenant en compte aussi bien les droits privés des investisseurs étrangers que les droits souverains de l'État d'accueil. L'investisseur a certes un droit à la protection de ses biens, mais l'État doit garder la capacité effective de veiller à la protection de l'intérêt général dont il est garant sur son territoire. Une solution miracle et universelle n'existe probablement pas, mais il est possible de tendre vers un meilleur équilibre entre les intérêts en présence.

Le droit international des investissements a été interprété dans de nombreuses sentences en faveur des droits des investisseurs sans égard au respect du pouvoir normatif effectif de l'État d'accueil. Mais au regard des récents développements, il est désormais nécessaire que le droit international des investissements soit rééquilibré et perméable aux considérations d'intérêt public de l'État d'accueil de l'investissement aux côtés des intérêts économiques des investisseurs.

Publié par l'Institut international du développement durable.

l'Institut international du développement durable

Siège de l'IISD

161 avenue Portage est, 6ème étage, Winnipeg, Manitoba, Canada R3B 0Y4

Tél: +1 (204) 958-7700 | Téléc: +1 (204) 958-7710 | Site web: www.iisd.org