

« L'expropriation indirecte, conséquence du fonctionnement normal de certains services publics, ne paraît pas soulever de grandes difficultés en droit international »¹.

Détachée de son contexte, cette remarque formulée en 1950 surprendrait plus d'un observateur contemporain du droit international de l'investissement. En effet, l'expropriation indirecte semble bien faire naître de nos jours « de grandes difficultés », comme en atteste le grand nombre d'études qui lui ont été récemment consacrées². Aujourd'hui encore, le droit international échoue à proposer une doctrine définitive en la matière³.

¹ FRIEDMAN (S.), *L'expropriation en droit international public*, thèse de la Faculté de droit de Paris, Le Caire, S.O.P. Press, 1950, 228 p., p. 1.

² V. notamment, sans aucune exhaustivité : DOLZER (R.), « Indirect expropriation: new developments ? », *N.Y.U. Environmental law journal*, vol. 11, 2002, p. 64 ; DOLZER (R.), « Indirect expropriation: conceptual realignments? », *International law forum* vol. 5 2003 (3), pp. 155-165 ; FORTIER (Y.), DRYMER (S.), « Indirect expropriation in the law of international investment I know it when I see it, or caveat investor », *ICSID Review – F.I.L.J.* vol. 19, 2004 p. 293 ; KUNOY (B.), « Developments in indirect expropriation case law in ICSID transnational arbitration », *The Journal of world investment and trade*, vol 6, 2005, pp. 467-491 ; LEBEN (C.), « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in LEBEN (C.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Anthémis, 2006, pp. 163-183 ; MANCIAUX (S.), « 'Les mesures d'effet équivalent à une expropriation' dans l'arbitrage relatif à l'investissement international », in HORCHANI (F.) (dir.) *Où va le droit de l'investissement ?*, Paris, Pedone, 2006, pp. 73-94 ; NEWCOMBE (A.), « The boundaries of regulatory expropriation in international law », *ICSID review – F.I.L.J.* vol. 20, 2005(1), pp. 1-57 ; NOUVEL (Y.), « Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *R.G.D.I.P.* 2002, p. 79-102 ; SEDDIGH (A.), « What level of host state interference amounts to a taking under contemporary international law », *Journal of world investment* vol. 2, 2002, p. 631 ; SOLOWAY (J.), « Environmental regulation as expropriation : the case of NAFTA's Chapter 11 », *Canadian Business Law Journal*, vol. 33, 2000(1), pp. 92-127 ; STERN (B.), « In search of the frontiers of indirect expropriation », in ROVINE (A.) (éd.), *Contemporary issues in international arbitration and mediation. The Fordham papers 2007*, Leiden, Nijhoff, 2008, pp. 29-51 ; WEINER (A.), « Indirect expropriation: the need for a taxonomy of 'legitimate' regulatory purposes », *International law forum* vol. 5, 2003(3), pp. 166-175 ; YANNACA-SMALL (C.), « L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement », document de travail de l'OCDE sur l'investissement international (Numéro 2004/4), septembre 2004, disponible sur le site de l'organisation à l'adresse <http://www.oecd.org/dataoecd/12/1/34335429.pdf>

³ V. pour une formulation de ce constat dans la jurisprudence contemporaine, *Saluka investments BV c. République tchèque*, Cour permanente d'arbitrage, 17 mars 2006, <http://www.italaw.com/>, § 263.

L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Ce changement entre l'observation formulée par Friedman en 1950 et la situation actuelle tient à une évolution fondamentale du contexte juridique des relations économiques internationales. À l'origine, les rapports entre un opérateur étranger et l'État sur le territoire duquel était menée l'activité économique étaient en effet établis dans des contrats pleinement intégrés à la sphère du droit interne de cet État⁴. Le droit international n'avait donc aucunement vocation à intervenir. La convention de Montevideo sur les droits et devoirs des États signée en 1933 semblait en prendre acte, en soumettant expressément les étrangers à la pleine juridiction de l'État sur le territoire duquel ils se trouvaient⁵. S'il existait bien quelques embryons de règles relatives à la protection des biens étrangers⁶, la mise en place d'un véritable ensemble normatif permettant une protection des investissements contre « l'expropriation indirecte » supposait une approche comparative, fondée sur la confrontation de différents droits nationaux⁷. La propriété des étrangers se trouvait donc pleinement soumise au droit interne de l'État territorial⁸. À défaut de normes internationales clairement établies⁹, les biens de l'investisseur étranger demeuraient donc soumis aux règles de l'État d'accueil relatives à l'expropriation indirecte, dans les pays où ces règles existaient¹⁰. Faute d'un engagement international spécifique, rien n'obligeait donc les États à verser aux opérateurs économiques étrangers une contrepartie financière en cas d'expropriation indirecte, si rien dans leur droit interne ne

⁴ V. par exemple la sentence du tribunal arbitral franco-chilien du 5 juillet 1901, in DESCAMPS, RENAULT, *Recueil international des traités du XX^e siècle*, 1901, Paris, A. Rousseau, p. 370.

⁵ Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des États signée le 26 décembre 1933 au cours de la septième conférence internationale des États américains, entrée en vigueur le 26 décembre 1934, texte reproduit dans *AJIL* vol. 28, 1934, supp. p. 75, art. 9. Cette convention, en vigueur à l'égard de 19 États américains, fait régulièrement l'objet d'une citation en raison de la définition de l'État en droit international qu'elle donne en son article 1^{er}.

⁶ V. spéc. ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par les étrangers », *R.G.D.I.P.* vol. 13, 1906, p. 5-29. Les règles existantes, au demeurant, portaient sur des institutions autres que l'expropriation indirecte au sens où nous l'entendons ici : expropriation, nationalisation, confiscation, etc. Sur l'expropriation, v. par exemple HERZ (J.), « Expropriation of foreign property », *AJIL* vol. 35, 1941, pp. 243-263. Au demeurant, au début des années 1970, la thèse inverse pouvait encore être soutenue au sujet des nationalisations. V. TOUSCOZ (J.), « La nationalisation des sociétés pétrolières françaises en Algérie et le droit international », *Revue belge de droit international* vol. 8, 1972, pp. 482-502, p. 497.

⁷ V. par exemple l'approche adoptée par FRIEDMANN (W.), PUGHS (R.) (éd.), *Legal aspects of foreign investment*, Boston, Little, Brown and Company, 1959, 812 pp.

⁸ C.P.J.I., *Affaire du chemin de fer de Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, arrêt du 28 février 1939, *Rec. Série A/B*, n°76, p. 18.

⁹ Sur le débat quant à l'existence même de règles internationales relatives à l'expropriation au lendemain de la seconde guerre mondiale, v. FRIEDMANN (W.), « Some impacts of social organization on international law », *AJIL* vol. 50, 1956, pp. 475-513, pp. 502 et s.

¹⁰ V. SCHOKKAERT (J.), HECKSCHER (Y.), *International investment protection*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 739 pp., p. 365, rappelant qu'encore aujourd'hui, la propriété reste par principe soumise à la juridiction de l'État sur le territoire duquel elle est située. Toutefois, l'« expropriation indirecte » telle qu'elle a pu exister, ou qu'elle existe encore dans certains droits internes, ne correspond pas à l'institution reconnue sous le même nom par le droit international. Pour le mécanisme en droit administratif français, v. GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, tome 2, Paris, L.G.D.J., 12^e éd., 2002, p. 352. Cette différence de sens explique aussi sans doute en partie la remarque de S. Friedman.

INTRODUCTION

le prévoyait¹¹. La remarque de S. Friedman se justifiait alors pleinement. Mais il en va autrement aujourd'hui.

Le droit de l'investissement s'est en effet développé dans une perspective unique : soustraire les investissements étrangers à la sphère juridique de l'État d'accueil¹². La signature de multiples traités de protection avait ouvertement pour objectif d'encadrer les pouvoirs détenus par l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger, en les soumettant à des normes internationales¹³. Le pouvoir d'expropriation, assurément, était le premier visé : Ph. Kahn observe à cet égard que « *la théorie juridique de l'investissement a d'abord été une théorie de l'expropriation* », et indique que les règles internationales ont été avant tout développées en vue de protéger les investisseurs étrangers contre ce risque¹⁴. La multiplication des clauses limitant le pouvoir d'expropriation des États est donc venue encadrer une compétence qu'ils pouvaient exercer librement jusque-là, en subordonnant notamment la licéité de toute mesure d'expropriation au versement d'une compensation financière¹⁵.

¹¹ V. le constat dressé à la fin des années 1920 sur l'état du droit international sur cette question par FISCHER WILLIAMS (J.), « International law and the property of aliens », *BYBIL* vol. IX, 1928, pp. 1-30, p. 28.

¹² Pour une première tentative en ce sens, tout en admettant que le principe demeurait la soumission d'un contrat investisseur – État au droit interne de ce dernier, v. MANN (F.), « The law governing state contracts », *BYBIL* vol. XXI, 1944, pp. 11-33. La soustraction de la relation État investisseur au droit interne a même été critiquée en tant qu'elle pouvait aboutir à une meilleure protection des investisseurs étrangers par rapport aux opérateurs économiques nationaux. V., pour l'exemple du Chili, MONTT OYARZÚN (S.), « Aplicación de los Tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos, responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado », *Revista chilena de derecho*, vol. 32, 2005, pp. 19-78.

¹³ Cela ne signifie pas, toutefois, qu'en se « saisissant » du pouvoir d'expropriation de l'État, le droit international serait venu créer un régime international du droit de propriété. Celui-ci semble encore tout à fait hypothétique, en l'état actuel du droit. Certains auteurs ont pu, ainsi, se fonder sur l'absence de régime international de la propriété pour contester l'ancrage de la responsabilité de l'État pour violation des droits d'un investisseur dans le droit international. Car ce contentieux, ayant pour objet un droit privé relevant du droit interne de l'État d'accueil, se rattacherait en grande partie à ce droit, ou au droit international privé. V. DOUGLAS (Z.), « The hybrid foundation of investment treaty arbitration », *BYBIL* vol. 74, 2003, pp. 151-289. Cette position, au demeurant, est contestable. En particulier, en admettant que le régime général du droit de propriété de l'investisseur étranger demeure soumis au droit de l'État d'accueil – ce qui reste parfaitement admissible, dans une large mesure, bien que l'existence de règles internationales relatives à l'expropriation témoignent de l'émergence d'un tel régime, l'objet du contentieux n'est pas tant le droit de propriété lui-même que le pouvoir d'expropriation de l'État. Or, celui-ci est bien aujourd'hui – et ceci sans aucun doute – encadré par le droit international, comme la première partie de cette étude tente de le montrer. Sur l'ancrage du contentieux État / investisseur dans le droit international public, en réponse à la position de Z. Douglas, v. LEBEN (C.), « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *A.F.D.I.* 2004, pp. 683-714.

¹⁴ KAHN (Ph.), « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *J.D.I.* vol. 92, 1965, pp. 338-390, p. 338.

¹⁵ Même si nous verrons que cette exigence a pu avoir du mal à s'imposer en droit international général – et qu'il n'est toujours pas certain aujourd'hui qu'il y ait là une règle coutumière parfaitement établie – elle ne fait à l'inverse aucun doute dans le droit de l'investissement, tel qu'il repose sur les traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements. V. CNUCED, *International investment agreements : key issues*, vol. I, Genève, United Nation publications, 2004, p. 239 et s. Il est intéressant de relever néanmoins que celui qui est considéré comme le premier traité

Mais le droit international de l'investissement n'est pas seulement venu *encadrer* l'exercice de cette compétence, il a par ailleurs considérablement *élargi* la notion d'expropriation, en y joignant l'« expropriation indirecte »¹⁶. Ce qui signifie que la protection offerte aux investisseurs étrangers contre l'expropriation s'étend dorénavant à toute mesure, quelle qu'en soit la forme ou la nature, dont l'effet serait analogue à celui d'une expropriation¹⁷. La notion d'expropriation s'est alors trouvée considérablement étendue, sans que ses limites soient pour autant tracées : dès lors, c'est sur sa définition même qu'allait se déplacer le contentieux¹⁸. Le régime juridique de l'expropriation indirecte étant identique à celui de l'expropriation, la compensation financière est devenue une condition de licéité commune à ces deux types de mesures¹⁹. Toute mesure ayant un effet équivalent à l'expropriation devait donc désormais s'accompagner d'une compensation financière pour être licite en droit international. La recherche de critères permettant d'identifier une expropriation indirecte est dès lors devenue cruciale, pour déterminer les cas dans lesquels l'État se trouvait soumis à cette obligation de compensation.

bilatéral de protection des investissements, signé en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan, comportait une clause relative à l'expropriation, mais sans référence à l'expropriation indirecte ou aux mesures d'effet équivalent. V. MCLACHLAN (C.), SHORE (L.), WEINIGER (M.), *International investment arbitration, substantive principles*, Oxford University Press, 2007, p. 281-282.

¹⁶ L'« élargissement » de la notion d'expropriation aux mesures d'effet équivalent opéré par les TBI semble être toutefois essentiellement terminologique. Sans que soit employé le terme d'expropriation indirecte, certaines situations traitées par le droit international dans la première moitié du XX^e siècle s'y apparentent en effet en tous points, comme nous le verrons dans la première partie de cette étude. L'on peut penser, en particulier – mais pas seulement – à l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en haute Silésie polonaise (usine de Chorzow)*, C.P.J.I., 25 mai 1926, *Série A* n°7. V. également les exemples mentionnés par CHRISTIE (G.), « What constitutes a taking of property under international law ? », *BYBIL* 1962, pp. 307-338. En ce sens, la véritable avancée du droit de l'investissement sur ce point aura sans doute été de formaliser l'extension du régime juridique international de l'expropriation aux mesures d'effet équivalent. Mais la situation de fait correspondant à l'expropriation indirecte était d'ores et déjà saisie par le droit. La remarque de Friedman ne peut alors s'expliquer que par un emploi du terme « expropriation indirecte » dans un sens différent de celui qui est ici retenu, comme nous le verrons *infra*.

¹⁷ Sur l'assimilation des notions « expropriation indirecte » et « mesure d'effet équivalent à l'expropriation », v. *infra*. Pour une disposition joignant l'expropriation et les mesures d'effet équivalent, v. par exemple le modèle français d'accord bilatéral, in CNUCED, *International investment agreements : a compendium*, vol. III, Genève, United Nations publications, 1996, p. 159, art. 5.2. Sur la terminologie, v. *infra*. Quelques rares traités ne mentionnent toutefois que l'expropriation. V. ainsi le traité signé le 29 juin 1962 entre l'Allemagne et le Cameroun, article 3(2). Mais il semble que cette caractéristique soit propre à des instruments anciens.

¹⁸ CNUCED, *International investment agreements 1995-2006 : trends in international rulemaking*, Genève, United Nations publications, 2007, pp. 44 et s.

¹⁹ Les termes « compensation » et « indemnisation » seront soigneusement distingués dans cette étude. Le premier désigne la somme due par l'État au propriétaire dépossédé dans le cas d'une expropriation licite : il s'agit donc d'une condition de licéité de l'expropriation. Le second en revanche désigne la somme due au propriétaire en cas d'expropriation illicite, telle qu'elle sera définie dans la première partie. Cette distinction n'est généralement pas reprise par la pratique ou la doctrine, v. en particulier SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*. V. toutefois COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 8^{ème} ed. 2008, p. 386. V. également SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique. Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 122.

INTRODUCTION

Nombreux sont, en effet, les investisseurs qui se sont appuyés sur la clause d'expropriation pour contester tout type de réglementation étatique, dès lors qu'une telle réglementation affectait d'une quelconque manière leurs droits subjectifs sans s'accompagner du versement d'une compensation financière : réglementation environnementale, modification d'une administration, défaut de renouvellement d'une licence d'exploitation, mesure de régulation économique, encadrement des droits détenus en vertu d'une concession de service public, etc²⁰. C'est donc la « liberté normative » de l'État, et ses prérogatives d'action dans le sens de l'intérêt général qui se sont trouvées menacées²¹. Car rien ne permet, *prima facie*, d'identifier ce qu'est une expropriation indirecte et donc de déterminer les cas dans lesquels une réglementation générale voit sa licéité internationale subordonnée au versement d'une compensation. Une interprétation extensive de la notion d'expropriation indirecte reviendrait en effet à admettre que toute mesure affectant les droits de l'investisseur engage la responsabilité internationale de l'État qui en est l'auteur si elle ne fait pas l'objet d'une compensation financière. Or, il est loisible de penser que les États doivent pouvoir conserver une marge de manœuvre leur permettant d'agir pour la protection de l'intérêt général de leur société, sans avoir à dédommager tous les particuliers dont les droits pourraient se trouver affectés²². L'affectation de certains droits individuels, dans une certaine mesure, peut être en effet nécessaire à la promotion de l'intérêt public à laquelle chaque individu est supposé participer²³. Cette marge de manœuvre serait considérablement amenuisée si les États étaient tenus d'assumer financièrement les conséquences de chacune de leurs réglementations d'ordre général, puisqu'ils seraient alors soumis à une obligation de « payer pour réglementer »²⁴. Il faut donc assurer, d'un côté, que les finances publiques de l'État d'accueil n'aient pas à supporter l'ensemble des pertes subies par des investisseurs étrangers du fait des réglementations générales ; mais également que la propriété de ces derniers soit

²⁰ V. DHOOGHE (J.), « The revenge of the Trail smelter : environmental regulation as expropriation pursuant to the North American free trade agreement », préc., pour une expression claire de cette problématique dans le domaine spécifique des mesures de protection de l'environnement.

²¹ L'expression « liberté normative » est empruntée à LEBEN (C.), « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Anthémis, 2006, p. 163-183.

²² Plusieurs dizaines d'universitaires (parmi eux, P. Muchlinski et M. Somarajah) se sont ainsi associés au *Public statement* publié par l'université canadienne de York le 31 août 2010, disponible à l'adresse http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/. Intitulé en français « déclaration publique sur le régime de l'investissement international », ce document entend attirer l'attention des acteurs de la discipline sur la nécessité de ne pas privilégier outre mesure la protection des investisseurs au détriment de celle de la liberté normative de l'État d'accueil.

²³ V. GAILLARD (E.), « Chonique des sentences arbitrales », *J.D.I.* vol. 134 n°1, p. 255, p. 310. V. également STERN (B.), « Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Droit et pratique du commerce international*, vol. 17, 1991, pp. 394-423, p. 403. V. encore HIGGINS (R.), « The taking of property by the State : recent developments in international law », *R.C.A.D.I.* vol. 176, p. 263, (p. 277). LEVESQUE (C.), « Les fondements juridiques de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *Revue générale de droit*, vol. 33, 2003, pp. 39-92, p. 70.

²⁴ WARREN (W.), « Paying to regulate: a guide to *Methanex v. United States* and NAFTA investor rights », *Environmental law Reporter*, vol. 31, 2001, p. 10986.

L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

suffisamment protégée pour qu'ils puissent mener à bien leurs activités²⁵. La problématique générale de l'expropriation indirecte n'est autre, au fond, que l'expression actuelle d'une question soulevée déjà par J.-J. Rousseau : « *comment pourvoir aux besoins publics sans altérer la propriété particulière de ceux qu'on force d'y contribuer ?* »²⁶.

La question se pose aujourd'hui avec une force renouvelée en raison de l'introduction, dans les traités de protection, de clauses d'exception destinées à soustraire certaines mesures de réglementation d'ordre général à la qualification d'expropriation indirecte²⁷. La jurisprudence semble emboîter le pas à ce mouvement, en rejetant certaines demandes en reconnaissance d'une expropriation indirecte au motif que les mesures étatiques attaquées par l'investisseur procèdent d'une utilisation « légitime » des pouvoirs de réglementation de l'État défendeur²⁸.

²⁵ Il ne faut point toutefois raisonner en termes trop manichéens, car si l'intérêt général se place assurément du côté de l'État, il arrive que certaines situations présentent des particularités sur cette question. On peut par exemple mentionner la notification de litige présentée par M. Peter Allard et l'entreprise Graeme Hall Nature Sanctuary contre le gouvernement de la Barbade, pour défaut d'exécution d'une loi relative à la protection de l'environnement. V. WHITSITT (E.), « Claimant seeks enforcement of environmental laws in notice of dispute alleging expropriation of Barbadian nature sanctuary », *Investment treaty news*, février 2010, <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2010/02/10/claimant-seeks-enforcement-of-environmental-laws-in-notice-of-dispute-alleging-expropriation-of-barbadian-nature-sanctuary.aspx>. Une copie de la demande est accessible à l'adresse <http://graemehall.com/legal/papers/BIT-Complaint.pdf>. En substance, l'entreprise possédait et gérait un important territoire dont elle avait fait une réserve naturelle, et au sein de laquelle elle organisait des activités d'« éco-tourisme » sur le territoire de la Barbade. A ses yeux, en n'assurant pas l'exécution effective de la loi de protection de l'environnement, le gouvernement aurait rendu possible la diffusion d'eaux usées, de pesticides et le développement du braconnage au sein de la zone protégée. Il se serait donc rendu coupable d'une méconnaissance du traitement juste et équitable et de l'obligation de pleine protection et sécurité. Une modification de la politique d'aménagement du territoire est également attaquée au nom de l'expropriation indirecte. Mais il est tout à fait intéressant de voir qu'en reprochant à l'État sa passivité dans l'exécution effective de la loi sur la protection de l'environnement, l'entreprise vient ici l'encourager à agir dans le sens de l'intérêt général. En d'autres termes, parce que l'entreprise elle-même développe une activité d'intérêt général – la protection de l'environnement (mais à des fins mercantiles) – l'État en respectant ses droits participe de la promotion de cet intérêt général, mais de façon désintéressée. Il peut donc arriver que la violation d'un TBI soit constituée, précisément, par un défaut d'action dans le sens de l'intérêt général. Cette hypothèse reste, au demeurant, tout à fait marginale.

²⁶ ROUSSEAU (J.J.), *Economie politique*, in *Œuvres Complètes*, III, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1969, p. 248. On peut considérer sans hésiter que l'investisseur étranger lui-même contribue aux besoins publics, non seulement parce qu'il reste assujéti aux pouvoirs fiscaux de l'État d'accueil mais encore parce que, pour une bonne partie de la doctrine et de la jurisprudence arbitrale, la contribution au développement économique de ce dernier est en principe une condition de l'existence même de l'investissement.

²⁷ L'exemple le plus célèbre figure à l'annexe B du modèle de traité bilatéral publié par les États-Unis en 2004, qui dispose que « *sauf en de rares circonstances, les mesures réglementaires, de caractère non discriminatoire, que prend l'une des Parties contractantes, et qui sont conçues et appliquées pour protéger les objectifs légitimes d'intérêt public, tels que la santé ou la sécurité publiques, ou encore l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes* » (trad. P. Juillard). V. sur cette disposition et ce mouvement d'ensemble JUILLARD (P.), « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2004) », *A.F.D.I.* 2004, pp. 669-682 spéc. pp. 675-676.

²⁸ Pour une première approche de ce mouvement, v. *infra*, § 3, B. Une grande part de la seconde partie de cette étude est consacrée à l'analyse juridique de cette évolution. Le terme de « pouvoir de réglementation » est entendu ici dans son sens le plus large, au sens anglais de *regulatory power*.

INTRODUCTION

Au demeurant, rien dans ces clauses – ni même dans la jurisprudence qui en fait application – ne permet de dégager un critère d'identification des mesures réglementaires « légitimes ». En outre, ces dispositions s'appuient sur des mécanismes juridiques différents, puisque certaines relèvent de l'exception pure et simple, d'autres du mécanisme de l'exclusion, d'autres encore des circonstances excluant l'illicite²⁹. Au point qu'il devient extrêmement complexe de dégager un corps de règles unifié et cohérent permettant une approche générale de l'expropriation indirecte. Cette difficulté tient essentiellement à une opposition difficilement surmontable en apparence, entre deux propositions parfaitement contradictoires : d'un côté, les traités et la jurisprudence sont de plus en plus nombreux à reconnaître que les mesures réglementaires générales et « légitimes » visant certains objectifs prééminents (protection de l'environnement, de la santé publique, etc.) échappent *en elles-mêmes* à la qualification d'expropriation indirecte³⁰. D'un autre côté, l'intérêt public constitue une condition de licéité de l'expropriation indirecte, condition qui n'est nullement en soi un motif permettant d'exclure l'exigence de compensation financière³¹ : une mesure de protection de l'environnement par exemple, toute « légitime » qu'elle soit, n'échappe pas par nature et *a priori* à la qualification d'expropriation indirecte et donc à l'obligation de compensation qui l'accompagne³². Admettre la solution inverse accroîtrait considérablement les risques d'abus par les États, qui pourraient chercher à maquiller toute mesure en action réglementaire « légitime », afin d'éviter la

²⁹ Sur la distinction entre exception, exclusion et circonstances excluant l'illicéité, v. *infra*, 2^{ème} partie, titre 2.

³⁰ Sur ce mouvement, v. YANNACA SMALL (C.), « Essential security interests in international investment law », in O.C.D.E., *International investment perspectives : freedom of investment in a changing world*, O.C.D.E. ed., 2007, pp. 93-134. V. surtout les exemples de dispositions mentionnées à l'annexe 5. A 2), pp. 112 et s.

³¹ Sur le principe de la compensation financière comme condition de licéité de l'expropriation indirecte en droit international de l'investissement – sans préjudice des difficultés liées au mode de calcul de cette compensation – v. par exemple NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and practice of investment treaties*, La Haye, Kluwer, 2009, pp. 377 et s. ; DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of international investment law*, Oxford University Press, 2008, 433 p., p. 91.

³² *Compania del desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*, sentence finale, 17 février 2000, *ICSID Reports* vol. 5, p. 172. Solution analogue retenue pour des mesures destinées à protéger le patrimoine historique et culturel égyptien dans la sentence *Southern Pacific Properties (SPP) c. Égypte*, 20 mai 1992, *I.L.M.* vol. 32, p. 933, § 159. C'est en ce sens que S. Robert-Cuendet conclut à l'absence de spécificité des mesures environnementales dans le droit de l'expropriation indirecte, qui restent donc soumises à une obligation de compensation, ce qui justifie à ses yeux un renversement de l'approche. V. ROBERT-CUENDET (S.), *Protection de l'environnement et investissement étranger. Les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale*, thèse université Paris I, multigr., 2008, 732 p., pp. 177 et s. L'objet de la présente étude, au demeurant, est en grande partie de démontrer que le régime de l'expropriation indirecte porte en lui-même une protection de ce type de mesures contre la qualification d'expropriation indirecte, même s'il est vrai que la jurisprudence récente lui donne raison sur l'absence de spécificité des mesures de protection de l'environnement, v. notamment *Marion Unglaube et Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, aff. n°ARB/08/1 et ARB/09/20, 16 mai 2012, <http://italaw.uic.ca>. La thèse de S. Robert-Cuendet a fait l'objet d'une publication sous le titre *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement. Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 545 p. Au demeurant, la version publiée ne s'est trouvée disponible que très tardivement dans l'élaboration de la présente étude, et a fait l'objet d'une importante réduction. Nous nous appuyons donc ici exclusivement sur la version initiale.

L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

qualification d'expropriation indirecte : c'est alors la protection des investisseurs contre l'expropriation qui serait fortement remise en cause³³. En ce sens, la multiplication des exceptions n'est pas nécessairement un facteur de clarification : elle aura davantage eu pour effet d'introduire de nouveaux paramètres dans l'analyse sans faire réellement progresser le débat. En un mot, elle aura été un facteur de complication somme toute quelque peu stérile.

L'hypothèse de base de notre analyse est donc celle d'une atteinte à l'investissement qui n'est pas accompagnée du versement d'une compensation financière. Le problème tient alors à *l'identification de critères permettant de déterminer si la licéité internationale de cette atteinte à la propriété est – ou non – tributaire du versement d'une compensation* : en d'autres termes, il s'agit de déterminer si la mesure peut être qualifiée, ou non, d'expropriation indirecte. De cette qualification dépendra l'existence d'une obligation de compensation à la charge de l'État. L'illustration la plus éclatante de la complexité de la question nous est donnée par l'affaire *Ethyl*, au sujet de laquelle de nombreux doutes planent encore³⁴. L'entreprise américaine Ethyl importait au Canada un additif à l'essence, le MMT, qui fit l'objet d'une interdiction par une loi canadienne, inspirée par des préoccupations écologiques (remplacement du MMT par l'éthanol, afin de rendre l'essence moins polluante). L'activité de l'entreprise américaine sur le territoire canadien se trouvait donc fortement compromise. Estimant qu'il s'agissait d'une mesure équivalente à une expropriation qui n'avait pas fait l'objet d'une compensation, l'entreprise déposa devant un tribunal arbitral une demande sur le fondement de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA). Le Canada, sans contester le coup dévastateur porté à l'investissement, refusait la qualification d'expropriation indirecte, jugeant qu'il s'agissait au contraire d'une mesure de réglementation générale. Le désaccord portait donc sur la qualification de la mesure incriminée : de cette qualification (expropriation indirecte ou non) dépendait la licéité ou non du défaut de compensation financière. Toute la question est alors de déterminer les circonstances dans lesquelles cette absence de compensation rend l'atteinte à la propriété illicite, et celles dans lesquelles elle peut être justifiée. Dans le cadre de l'affaire *Ethyl*, la question est toutefois demeurée en suspens puisque le tribunal n'a jamais rendu de décision sur le fond³⁵. Mais les débats passionnés provoqués par cette affaire, qui survenait au moment même où la négociation d'un projet d'accord multilatéral sur l'investissement soulevait de multiples contestations, mettent en lumière le caractère extrêmement délicat de la question de l'expropriation indirecte³⁶.

³³ V. *Pope & Talbot, Inc. c. Canada*, sentence partielle, 26 juin 2000, *ICSID Reports* vol. 7, p. 69, § 99.

³⁴ *Ethyl corp. c. Canada*, sentence sur la compétence, 24 juin 1998, *ICSID Reports*, vol. 7, p. 12.

³⁵ Les parties sont en effet parvenues à signer un accord amiable, par lequel le Canada s'engageait à verser à l'entreprise une indemnisation pour les pertes subies. Les documents de l'affaire (mais pas l'accord de transaction) sont disponibles à l'adresse : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/ethyl.aspx?lang=en>

³⁶ V. sur cette question GEIGER (R.), « Regulatory expropriations in international law : lessons from the multilateral agreement on investment », *N.Y.U. environmental law journal* vol. 11, 2002, pp. 94-109.

INTRODUCTION

Avant de présenter la façon dont cette étude tente d'apporter une contribution au débat, plusieurs questions préliminaires doivent être abordées. D'abord, il est nécessaire de clarifier la terminologie, qui peut être assez fluctuante en la matière (§ 1). Il est impératif ensuite de déterminer très clairement le cadre de cette analyse, qui s'inscrit ouvertement dans le droit international public général, mais qui reste fondée plus spécifiquement sur des instruments propres au droit international de l'investissement (§ 2). Il est essentiel, par ailleurs, de passer rapidement en revue les différentes positions doctrinales sur la question de l'expropriation indirecte (§ 3), pour pouvoir situer la position retenue dans cette étude (§ 4).

§ 1. PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES

La notion générique d'expropriation indirecte recouvre un ensemble de situations, qui ne sont pas toujours désignées de la même façon. Il ne semble pas, au demeurant, que cette disparité terminologique soit de nature à emporter une divergence des régimes juridiques applicables. Avant de voir en quoi la distinction avec la nationalisation n'est pas nécessairement pertinente (B), il importe de justifier la raison qui peut pousser à privilégier l'expression générale d'« expropriation indirecte » (A).

A. Les différentes formes de l'expropriation indirecte

L'« expropriation indirecte » désigne un ensemble de situations, qui font généralement l'objet de plusieurs appellations. Il faut ainsi distinguer les mesures d'effet équivalent à l'expropriation (1) de l'expropriation *de facto* ou déguisée (2) ou encore l'expropriation liée à la réglementation (3) et l'expropriation rampante (4). L'ensemble de ces hypothèses sont couvertes par la notion générale d'expropriation indirecte (5).

1. Les mesures d'effet équivalent à l'expropriation

L'une des formulations les plus fréquemment rencontrées est celle de « mesure d'effet équivalent » à l'expropriation. C'est, par exemple, celle qui figure à l'article 13 du traité sur la Charte de l'énergie³⁷. D'autres textes mentionnent les mesures « équivalent » à l'expropriation, ce qui ne semble guère éloigné³⁸. D'autres formulations tournent autour de cette idée d'effet équivalent, sans nécessairement le mentionner expressément³⁹. On trouve également des références plus ou moins directes aux mesures d'effet équivalent dans les instruments en langues anglaise⁴⁰, espagnole⁴¹ ou italienne⁴², et apparaît parfois

³⁷ « 1. 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, dénommées ci-après "expropriation" [...] ».

³⁸ V. la version française de l'art. 1110 de l'ALENA.

³⁹ V. par exemple le TBI France / Argentine, art. 5. V. également le traité entre l'Union belge-luxembourgeoise et l'Albanie, art. 4.1 ; traité entre le Cameroun et la Mauritanie, art. 5.

⁴⁰ V. par exemple le traité signé entre l'Allemagne et le Qatar, art. 4(2). V. également le traité signé entre le Royaume Uni et la Chine, art. 5(1) ou le traité entre les États-Unis et l'Argentine, art. IV. 1.