

DEUXIEME PARTIE

L'INAPPLICABILITE DU REGIME DE L'EXPROPRIATION INDIRECTE AUX ATTEINTES « NORMALES » PORTEES AUX DROITS DE L'INVESTISSEUR ETRANGER.

L'intérêt de l'analyse de l'expropriation indirecte ne tient pas uniquement à la recherche des fondements juridiques de l'engagement de la responsabilité de l'État pour dépossession. Il réside également dans l'examen de la question de la préservation de la liberté normative des États, qui peut sembler menacée par la multiplication des clauses garantissant à l'investisseur étranger une protection contre les mesures équivalant à l'expropriation, sans que cette notion puisse être précisément définie¹. Il est donc fondamental, après avoir clarifié les éléments juridiques sur lesquels repose la responsabilité de l'État pour expropriation indirecte, d'analyser ceux qui peuvent commander le rejet de cette responsabilité².

Plusieurs possibilités s'offrent à l'État défendeur désireux d'échapper à sa responsabilité pour expropriation indirecte. La première et la plus simple est d'apporter la preuve que l'investisseur n'a pas été victime d'une dépossession, donc que l'atteinte à la propriété est inexistante ou négligeable. Il est également

¹ Sornarajah observe ainsi qu'en condamnant le Mexique pour une mesure « environnementale », le tribunal en charge de l'affaire *Metalclad* « effectively impeded the duty of the State to act to the benefit of its people's health ». V. l'affidavit de SORNARAJAH (M.) dans l'affaire *United Parcel Services of America c. Canada*, en date du 15 juillet 2004, § 50, accessible à <http://www.canadians.org/trade/issues/NAFTA/UPS/affidavits.html>. Cette remarque pose la problématique générale de l'expropriation indirecte, même si nous avons vu dans la première partie que la condamnation du Mexique dans l'affaire *Metalclad* n'était pas réellement critiquable sur le plan juridique.

² 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. L'auteur indique que « [l]a nécessité d'une catégorie de mesures qui puissent porter atteinte à des droits de propriété privée sans pour autant donner ouverture à l'indemnisation du propriétaire est évidente. Exiger de l'État une compensation à chaque fois qu'une privation de droits existe aurait pour conséquence d'empêcher l'exercice effectif de la gouvernance étatique » (p. 70). L'objet des développements qui suivent est donc de tenter d'identifier les fondements juridiques de l'existence de cette catégorie.

DEUXIÈME PARTIE : L'INAPPLICABILITÉ DU RÉGIME À L'ATTEINTE « NORMALE »

possible, dans le même ordre d'idée, de tenter de justifier une atteinte modérée à la propriété par l'objectif recherché par la mesure contestée, sur le fondement d'un principe général de soumission de l'investisseur à l'intérêt général sur le territoire de l'État d'accueil. Un autre élément régulièrement mis en avant est l'exception des *police powers*, qui permet de « valider » certaines atteintes à la propriété qui, en d'autres circonstances, devraient être qualifiées de dépossession. L'on voit également apparaître dans les traités, depuis peu de temps, des clauses ayant pour objet d'exclure *a priori* certaines mesures (dans le champ de l'environnement, principalement) de la qualification d'expropriation indirecte. Enfin, peuvent être invoquées les circonstances excluant l'illicite tirées du droit de la responsabilité internationale de l'État. La disparité de ces lignes de défense nécessite qu'elles soient clarifiées.

Nous avons tenté de montrer dans la première partie que l'obligation faite aux États de verser une indemnisation à l'investisseur victime d'une expropriation indirecte procédait d'une application des principes de la responsabilité internationale, eux-mêmes reposant sur le fait internationalement illicite. En d'autres termes, c'est bien parce que l'État a provoqué une dépossession sans compensation que sa responsabilité est engagée. Une dépossession, en effet, doit faire l'objet d'une compensation en droit international : si ce n'est pas le cas, elle est illicite et doit être indemnisée. Cela étant, et c'est un aspect de la question que nous avons un peu éludé jusqu'ici, il importe d'insister sur le fait que toute atteinte à la propriété de l'investisseur étranger ne constitue pas une dépossession susceptible d'engager la responsabilité de l'État qui l'a provoquée sur le fondement de l'expropriation indirecte. Il existe en effet une série d'hypothèses, réservées par le régime de l'expropriation indirecte en droit international, dans lesquelles une atteinte, même importante, au droit de propriété peut être regardée comme « normale » si elle a été prise dans des conditions et des proportions nécessaires à la satisfaction d'un intérêt supérieur de la collectivité. Cette qualification d'atteinte « normale », qui découle d'une analyse qualitative – et non pas uniquement quantitative – de l'atteinte à la propriété, empêche que la responsabilité de l'État soit engagée.

C'est en ce sens qu'il est possible de soumettre une approche de l'expropriation indirecte légèrement différente de celle qui a été proposée par S. Robert-Cuendet³. Selon cette dernière, en effet, le droit de l'investissement aurait connu ces dernières années une évolution fondamentale, au point qu'il serait possible d'inverser la présomption pesant sur les mesures de protection de l'environnement. En lieu et place d'une présomption de fait négative (toute mesure environnementale est potentiellement une expropriation indirecte, à l'État de prouver le contraire), il serait possible d'envisager une présomption de droit formulée en termes positifs. Une mesure environnementale devrait alors être présumée ne pas constituer une expropriation indirecte, sauf si (par exception, donc) elle est « déraisonnable », c'est-à-dire essentiellement

³ ROBERT-CUENDET (S.), Protection de l'environnement et investissement international. Les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale, thèse univ. Paris I, 2008, multigr., 732 p.

DEUXIÈME PARTIE

arbitraire ou abusive. L'intérêt réel de cette proposition ne doit pas être négligé. Mais, nous le verrons, elle n'épuise pas la question. Il semble possible, en effet, d'appréhender le problème de l'expropriation indirecte sans opérer ce renversement de présomption, tout en garantissant une réelle protection aux mesures de réglementation dans le sens de l'intérêt général. Il est ainsi proposé de demeurer dans une approche traditionnelle, et de maintenir une vision centrée sur l'atteinte à la propriété, élément central de l'expropriation qui ne peut être évincé. Mais il s'agit de qualifier l'atteinte à la propriété non pas simplement d'un point de vue quantitatif (à partir d'un certain seuil, une atteinte à la propriété deviendrait « suffisante » pour constituer une dépossession indemnizable), mais en terme de nature (certaines atteintes « normales » à la propriété ne commandent pas le versement d'une compensation pour être licites). Raisonner de la sorte n'implique nullement de négliger la question des prérogatives souveraines de l'État, puisque celles-ci justifient un certain nombre de limitations du droit de propriété. Il est donc indispensable de prendre en considération certains aspects de la mesure étatique pour qualifier juridiquement l'atteinte à la propriété. En d'autres termes, il semble possible de proposer une vision de l'expropriation indirecte qui, parce qu'elle est fondée sur la *nature* de l'atteinte à la propriété (et non pas sur la seule importance quantitative de cette atteinte), permet de préserver une certaine liberté normative de l'État. Certaines de ces atteintes sont normales et justifiées, d'autres non. Cette qualité se détermine par rapport à l'objectif de la réglementation, dont l'examen est donc un préalable indispensable à la qualification d'une atteinte à la propriété. L'existence et le fondement juridique de ces atteintes « normales » au droit de propriété devront donc être explicitées (Titre 1^{er}). Il est ainsi possible de montrer que le régime de l'expropriation indirecte porte en lui-même des éléments de protection des mesures d'intérêt général. Par conséquent, le recours à des exceptions bien plus délicates à manier ne semble pas s'imposer réellement (Titre 2).