

Le droit de l'expropriation directe et indirecte

Pierre-Marie Dupuy, Yannick Radi

La question de l'expropriation a accompagné le développement du droit international des investissements depuis ses origines¹. En ce sens, elle témoigne des évolutions propres aux politiques juridiques extérieures d'États² aux intérêts parfois contradictoires et en tout cas ambivalents. C'est dans les conditions de licéité de l'expropriation et plus précisément celle de l'indemnisation, que se sont cristallisés les désaccords entre États, et ce, jusqu'à l'atteinte d'un consensus scellé dans les accords internationaux relatifs aux investissements (ci-après AII).

Originellement, l'expropriation ne relevait pas d'un droit international des investissements, encore inexistant, mais du droit de la protection des biens des ressortissants étrangers³ ou plus précisément « occidentaux ». Au regard de la similarité de leurs systèmes juridiques, les États occidentaux, principaux exportateurs de capitaux, considéraient que l'octroi du traitement national était adéquat, tant du moins que ces investissements étaient réalisés entre eux. Ainsi par exemple, l'article 2(3) du Traité d'amitié et de commerce conclu en 1850 par la Suisse et les États-Unis disposait : « *[I]n case of [...] expropriation for purposes of public utility, the citizens of one of the two countries, residing or established in the other, shall be placed on an equal footing with the citizens of the country in which they reside in respect to indemnities for damages they may have sustained* »⁴.

C'est, en revanche, dans les pays exclus du « concert des Nations », organisé par la Conférence de Berlin de 1884-1885, que la protection des intérêts propres aux ressortissants des pays occidentaux devait s'avérer problématique. En effet, dans ces pays, l'application du traitement national n'était pas à même de leur conférer le standard de protection qu'ils connaissaient dans leurs États de nationalité. L'éminent juriste argentin, Carlos Calvo, se fit

¹ Pour une présentation exhaustive de l'histoire du droit international des investissements, v. la contribution au présent ouvrage de Ch. LEBEN : « Historique et introduction générale sur le droit international de l'investissement et le contentieux international dans ce domaine ».

² G. de LACHARRIERE, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, 236 p.

³ V. P. JUILLARD, « L'évolution du droit des investissements », *RCADI* 1994, t. 250, p. 76. Le droit qui s'est formé à la fin du XIXe siècle et durant la première moitié du XXe siècle n'avait à l'origine pas pour objet la protection des investissements, phénomène récent, mais celui de la protection des biens des ressortissants dans le cadre plus général de leur condition à l'étranger. V. aussi Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI* 2003, t. 302, p. 216.

⁴ Traité d'amitié, d'établissement réciproque, de commerce et d'extradition conclu entre la Suisse et les États-Unis, signé le 25 novembre 1850.

dès 1868 le « porte-voix » de ces pays. Suivant ses mots, « il est certain que les étrangers qui se fixent dans un pays ont au même titre que ses nationaux droit à la protection, mais ils ne peuvent prétendre à une protection plus étendue »⁵. Face à cette position, les pays occidentaux, se référant à un « standard de civilisation »⁶, militèrent pour l'instauration en droit international d'un standard minimum de traitement⁷ et de conditions de licéité de l'expropriation, notamment en termes d'indemnisation.

Ce militantisme s'appuyait du reste, en cas de nécessité, sur la pratique de la *gunboat diplomatie* qui culmina avec l'intervention militaire en 1902 de l'Allemagne, de l'Italie et de la Grande-Bretagne contre le Venezuela, aux fins du recouvrement de dettes contractuelles. Avec la cristallisation progressive de la prohibition du recours à la force consacrée par l'article 2, paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies, cette *gunboat diplomatie* céda la place à la négociation de *lump-sum agreements*⁸ ou plus généralement à l'exercice de la protection diplomatique⁹ et au recours à l'arbitrage contractuel, toujours préféré par les ressortissants étrangers aux juridictions nationales à l'impartialité contestée¹⁰. Le recours à ce mode de règlement des différends contribua manifestement¹¹ à la constitution d'un droit coutumier conforme aux volontés des pays occidentaux.

⁵ À cet égard, on peut par exemple noter que la Convention sur les droits et les devoirs des États, adoptée par la septième Conférence internationale américaine et signée à Montevideo le 26 décembre 1933, dispose en son article 9 : « La juridiction des États, dans les limites du territoire national, s'applique à tous les habitants. Nationaux et étrangers bénéficient d'une égale protection de la législation et des autorités nationales et les étrangers ne pourront prétendre à des droits différents ou plus étendus que les nationaux ».

⁶ Pour une analyse du « standard de civilisation », v. G.W. GONG, *The Standard of Civilization in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1984, 360 p.

⁷ Sur cette question, v. notamment la contribution au présent ouvrage d'Y. NOUVEL : « Traitement juste et équitable, protection et sécurité pleines et entières ».

⁸ Les *lump-sum agreements* sont des accords globaux relatifs à une pluralité d'expropriations, négociés et conclus par l'État expropriateur avec l'État de nationalité des ressortissants expropriés, à charge pour ce dernier de distribuer l'indemnisation à chacun de ses ressortissants. Sur cette pratique, v. notamment R.B. LILLICH, B.H. WESTON, *International Claims : Their Settlement by Lump-Sum Agreements*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975, 350 p.

⁹ V. notamment l'affaire du *Chemin de fer de la Baie de Delagoa* (États-Unis, Royaume-Uni c. Portugal), S du 29 mars 1900 ; affaire *des réclamations norvégiennes* (Norvège c. États-Unis d'Amérique), S du 13 octobre 1922. Il est notable de constater que les différends à l'égard desquels la protection diplomatique était exercée opposaient souvent des ressortissants d'États « occidentaux » à des États « occidentaux ».

¹⁰ V. notamment l'affaire *Lena Goldfields*, S du 2 septembre 1930 ; affaire *Petroleum Development Ltd. c. Cheikh d'Abu Dhabi*, S du 28 août 1951, *ILR*, 1956, pp. 154 et s. ; affaire *Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company*, S du 15 mars 1953 ; affaire *Ruler of Qatar c. International Marine Oil Company*, S de juin 1953, *ILR*, 1953, pp. 534 et s.

¹¹ Une expression radicale de cet « européocentrisme civilisationnel » est offerte par les conclusions de Lord Asquith of Bishopstone dans la sentence *Abu Dhabi*. Au-delà de la différence de traduction de la clause de droit par les parties, celle-ci disposait *mutatis mutandis* : « *The Ruler and the Company both declare that they intend to execute this Agreement in a spirit of good intentions and integrity, and to interpret it in a reasonable manner* ». Lord Asquith considéra qu'il serait « *fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments* ». S'il rejeta l'application directe d'un droit interne et appliqua des « *principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilized nations* », il n'en estima pas moins que certaines règles du droit anglais

Si le standard minimum de traitement est considéré comme ayant trouvé sa formulation la plus fidèle dans la sentence *Neer* rendue par la Commission des réclamations américano-mexicaine en 1926¹², c'est la « formule » du Secrétaire d'État américain Cordell Hull¹³ qui est généralement citée au titre de l'exigence de l'indemnisation « prompte, adéquate et effective » de l'expropriation¹⁴.

Entre la fin des années cinquante et celle des années soixante du siècle dernier, lors de la vague des indépendances acquises par les pays antérieurement placés sous domination coloniale, la légitimité de la revendication de leur souveraineté permanente sur les ressources naturelles fit l'objet d'une reconnaissance générale par l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁵. Cependant, majoritaires en nombre, ces pays, regroupés au sein du Groupe des 77, se fondèrent sur celle-ci pour renier le droit international de la protection des biens des ressortissants étrangers dans leurs pratiques nationales et le remettre fondamentalement en cause au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁶. Les nationalisations et expropriations confiscatoires ainsi opérées, au-delà de leur contrariété avec le droit coutumier,

étaient « *so firmly grounded in reason, as to form part of this broad body of jurisprudence – this “modern law of nature”* », affaire *Petroleum Development Ltd. c. Cheikh d'Abu Dhabi*, S du 28 août 1951, *ILR*, 1956, pp. 154 et s.

¹² Selon la Commission, le traitement réservé à un étranger, pour constituer une violation du droit international, devait relever de l'atteinte à la dignité, de la mauvaise foi, du défaut délibéré de se conformer à ses obligations ou de l'insuffisance de l'action gouvernementale, et ce, à un niveau tellement inférieur aux normes internationales que tout homme raisonnable et impartial reconnaîtrait immédiatement cette insuffisance, v. affaire *Neer c. Mexique*, Commission des réclamations américano-mexicaine, S du 15 octobre 1926.

¹³ « *The taking of property without compensation is not expropriation it is confiscation. It is no less confiscation because there may be an expressed intent to pay at some time in the future. If it were permissible for a government to take the private property of the citizens of other countries and pay for it as and when, in the judgement of that government, its economic circumstances and local legislation perhaps permit, the safeguards which the constitutions of most countries and established international law have sought to provide would be illusory. Governments would be free to take property far beyond their ability or willingness to pay, and the owners thereof would be without recourse. We cannot question the right of a foreign government to treat its own nationals in this fashion if it so desires. This is a matter of domestic concern. But we cannot admit that a foreign government may take the property of American nationals in disregard for the rule of compensation under the international law. Nor can we admit that any government unilaterally and through its domestic legislation can, as in this instant case, nullify this universally accepted principle of international law, based as it is on reason, equity and justice* », Lettre du Secrétaire d'État américain à l'ambassadeur mexicain aux États-Unis du 21 juillet 1938, cité par A.F. LOWENFELD, *International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 398.

¹⁴ Il convient cependant de préciser que la pratique juridictionnelle de l'époque exigeait non pas une indemnisation prompte, adéquate et effective, mais une indemnisation pleine, v. en ce sens O. SCHACHTER, « Compensation for Expropriation », *American Journal of International Law* 1984, p. 121.

¹⁵ La Résolution 1803 (XVII) déclare ainsi : « Le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'État intéressé. », Résolution 1803 (XVII) « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1962.

¹⁶ Un autre fondement réside dans la « théorie des bénéfices excessifs ». Promue par le Président chilien Salvador Allende, elle considérait le refus et la réduction de l'indemnisation comme une « contrepartie » des bénéfices excessifs jadis réalisés par les entreprises « occidentales ». Pour une étude de cette théorie, v. notamment Cl. IMPERIALI, « Les bénéfices excessifs, une pratique limitée et controversée », *Annuaire français de droit international* 1978, pp. 678-710.

contrevenaient au principe des « droits acquis » opposé par les pays « développés » sur la base de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale (ci-après CPJI)¹⁷. C'est en utilisant la tribune de l'Assemblée générale que les pays « en développement » contestèrent le droit coutumier. La Résolution 1803 (XVII), déclaratoire de ce droit notamment à l'égard des expropriations, déclarait que les expropriations devaient être opérées « conformément au droit international »¹⁸ ; par la suite, les pays en développement devaient contester ce même principe dans la Résolution 3281 (XXIX). Énonçant la « Charte des droits et des devoirs des États », cette grande déclaration était censée permettre la promotion d'un « Nouvel ordre économique international »¹⁹ ; cette résolution subordonnait l'expropriation non plus aux exigences du droit international, mais aux conditions unilatéralement définies par le droit national des nouveaux souverains²⁰.

La Résolution 3281 (XXIX) a indéniablement porté atteinte au droit classique de la protection des ressortissants à l'étranger, avec pour enjeu la question de son démembrement²¹. Toutefois, l'opposition dont elle fit l'objet de la part des États développés interdit que l'on puisse y voir la base d'un nouveau droit coutumier. Ainsi, l'arbitre unique en l'affaire *Texaco* devait-il noter : « [L]es conditions d'adoption de la Résolution 3281 (XXIX) proclamant la

¹⁷ Concernant les droits privés, la Cour permanente de Justice internationale (ci-après CPJI) avait indiqué en 1923, puis en 1926, que : « Des droits privés, acquis conformément au droit en vigueur, ne deviennent point caducs à la suite d'un changement de souveraineté [...] aucune disposition conventionnelle n'est nécessaire pour protéger les droits et pour maintenir les obligations de cette nature », affaire des *Intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* (Allemagne c. Pologne), arrêt du 25 mai 1926, Série A, n° 7, pp. 20-21. Le principe du respect des droits acquis a été étendu par ladite Cour aux concessions de nature mixte – publique pour l'autorité compétente et privée pour le concessionnaire – notamment dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, v. affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt du 26 mars 1925, Série A, n° 5, pp. 46-47. En revanche, les droits publics acquis avant le changement de souveraineté, tels que les droits sociaux, le droit des fonctionnaires aux pensions de retraite, ne sont pas opposables, v. P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 10e éd., Paris, Dalloz, pp. 76 et 778.

¹⁸ V. le troisième alinéa de la Résolution 1803 (XVII) : « La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'État qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international », Résolution 1803 (XVII) relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1962.

¹⁹ Résolution 3201 (S-VI) relative à l'établissement du Nouvel ordre économique international, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 1er mai 1974.

²⁰ Aux termes de l'article 2, alinéa 3 (c) de la Résolution 3281 (XXIX) : « Chaque État a le droit de nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes », Résolution 3281 (XXIX) relative à la Charte des droits et des devoirs économiques des États, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 12 décembre 1974.

²¹ En ce sens, les Professeurs Carreau et Juillard estiment : « La Charte des droits et des devoirs économiques des États a eu, indiscutablement un effet négatif sur la vitalité du droit antérieur. Car les conditions de son adoption, si elles ont quelque signification, démontrent la cristallisation des positions, et par là même, l'irréductibilité des unes aux autres. Comment dès lors soutenir que ces oppositions n'ont pas entraîné la dégradation voire la pure et simple destruction du droit antérieur ? », D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 501.

Charte des droits et des devoirs économiques des États indiquent [...] sans ambiguïté l'absence d'un consensus de la généralité des États sur [ses] dispositions les plus importantes [...] l'article 2 de cette Charte doit s'analyser comme une déclaration d'ordre politique plus que juridique, entrant dans la stratégie idéologique du développement, et, comme telle, soutenue par les seuls États non industrialisés »²².

Incertaines dans les tribunes onusiennes, les conditions internationales de licéité de l'expropriation apparaissaient, à la même période, beaucoup plus solides sur le terrain de la pratique. En effet, tant la pratique arbitrale²³ que les traités bilatéraux relatifs aux investissements (ci-après TBI) conclus par les États en développement mentionnaient – *mutatis mutandis* – une obligation d'indemnisation pleine ou adéquate, mais en tout cas toujours prompte et effective. Depuis lors, comme illustré par une pratique conventionnelle générale et la pratique des tribunaux arbitraux²⁴, l'indemnisation en tant que condition de licéité de l'expropriation constitue le pilier incontesté de la réglementation de l'expropriation par le droit international des investissements²⁵.

Ces pratiques ont apaisé cette question de l'indemnisation ; c'est cependant l'accroissement des cas d'expropriation indirecte, dans lesquels une mesure étatique a un effet (allégué) équivalant à une expropriation directe, qui a provoqué depuis lors de sérieuses controverses.

²² Affaire *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. (TOPCO) c. Gouvernement de la République arabe de Libye*, S du 29 janvier 1977, *ILM*, 1978, pp. 1 et s., §§ 85-86.

²³ V. notamment affaire *TOPCO, ibid.*, p. 30 ; affaire *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) c. Gouvernement de la République arabe libyenne*, S du 12 avril 1977, *ILR*, 1977, pp. 86-97 ; affaire *American Independent Oil Co. (AMINOIL) c. Gouvernement de l'État du Koweït*, S du 24 mars 1982, *ILM*, 1982, p. 601.

²⁴ Outre les tribunaux arbitraux opérant en matière d'investissement, on peut noter que le Tribunal irano-américain déclara : « [I]t is a general principle of public international law that even in a case of nationalization the former owner of the nationalized property is normally entitled to compensation for the value of the property taken », affaire *American International Group Inc. et autres c. République islamique d'Iran et autres*, S du 19 décembre 1983, 9 Iran-U.S. C.T.R. 184, pp. 14-15.

²⁵ Au terme de ce rappel historique, il convient de noter que le Congrès des États-Unis prône aujourd'hui l'application du traitement national aux investisseurs étrangers, se faisant ainsi, dans un tout autre contexte certes, le « porte-voix » de la doctrine Calvo susmentionnée : « *Recognizing that United States law on the whole provides a high level of protection for investment, consistent with or greater than the level required by international law, the principal negotiating objectives of the United States regarding foreign investment are to reduce or eliminate artificial or trade-distorting barriers to foreign investment, while ensuring that foreign investors in the United States are not accorded greater substantive rights with respect to investment protections than United States investors in the United States, and to secure for investors important rights comparable to those that would be available under United States legal principles and practice, by [...] seeking to establish standards for expropriation and compensation for expropriation consistent with United States legal principles and practice* », U.S.C.A., § 3802 (b)(3)(D). Cet objectif explique notamment l'adjonction dans l'annexe B du modèle américain de traités bilatéraux relatifs aux investissements du « test » développé par la Cour suprême américaine pour évaluer l'occurrence d'une expropriation, voir *infra*.

À partir de ce rappel historique, et suivant en cela la pratique de bien des tribunaux arbitraux²⁶, on examinera successivement le champ des investissements protégés (I), les différentes formes que leur expropriation peut revêtir (II), et enfin, les conditions auxquelles ces expropriations peuvent demeurer licites (III)²⁷.

I.– LE CHAMP DES INVESTISSEMENTS ET LES ÉLÉMENTS DE PROPRIÉTÉ PROTÉGÉS

Au-delà de la détermination de l'existence et de l'étendue des droits de propriété définis en premier lieu par les droits nationaux, les accords internationaux relatifs aux investissements contiennent une définition très large²⁸ de l'investissement²⁹. Outre les biens tangibles, cette définition couvre les biens intangibles³⁰ et notamment les droits contractuels³¹ et quasi contractuels³².

²⁶ « *In assessing an expropriation claim, the practice of [...] tribunals has been to follow a three-step approach focusing (i) whether there is an investment capable of being expropriated, (ii) whether that investment has in fact been expropriated, and (iii) whether the conditions set in Article 111(a)-(d) have been satisfied* », affaire *Chemtura corporation (formerly Crampton corporation) c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S du 2 août 2010, § 242.

²⁷ Ce chapitre est dédié à l'étude du droit des investissements. Ainsi, si cette introduction historique portait sur le droit international général, le corps de ce chapitre analyse à titre principal les accords internationaux relatifs aux investissements et la pratique des tribunaux arbitraux d'investissement. Le droit international général ainsi que la pratique d'autres organes juridictionnels, notamment celle de la CPJI, du Tribunal irano-américain et de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) ne sont étudiés qu'au soutien des développements ici conduits.

²⁸ Il a pu être noté en doctrine que ces définitions vont au-delà du champ des éléments de propriété protégés par le droit coutumier, v. notamment Ch.F. DUGAN, D. WALLACE (Jr), N. RUBINS, B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 439.

²⁹ V. la contribution au présent ouvrage de J. MATRINGE : « Notion d'investissement. Conformité de l'investissement au droit de l'État ».

³⁰ Dans cette logique de dématérialisation, le Tribunal institué en l'affaire *Methanex* a estimé que « *the restrictive notion of property as a material "thing" is obsolete and has ceded its place to a contemporary conception which includes managerial control over components of a process that is wealth procuring* », affaire *Methanex c. États-Unis*, CNUDCI-ALENA, S du 3 août 2005, § 17. Dans cette perspective, le Tribunal constitué en l'affaire *Myers* a même affirmé qu'il « *accepts that, in legal theory, rights other than property rights may be "expropriated"* », affaire *S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S partielle du 13 novembre 2000, § 281. Dans l'affaire *Amoco*, le Tribunal irano-américain avait considéré que, au-delà des seuls droits contractuels, une expropriation « *may extend to any right which can be the object of the commercial transaction, i.e., freely sold and bought, and thus has a monetary value* », affaire *Amoco International Finance Corp. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 14 juillet 1987, 15 Iran-U.S. C.T.R. 189.

³¹ Il convient ici de noter que ces droits contractuels peuvent être cristallisés dans une sentence arbitrale. V. notamment en ce sens l'affaire *Saipem* dans laquelle les arbitres considérèrent que « *the allegedly expropriated property is Saipem's residual contractual rights under the investment as crystallised in the ICC Award* », affaire *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh*, ARB/05/7, SC du 21 mars 2007, § 127. Dans la sentence rendue au fond, le Tribunal précisa que la dépossession substantielle de la jouissance d'une sentence arbitrale n'équivalait pas à une expropriation. Il nota : « *If this were true, any setting aside of an award could then found a claim for expropriation, even if the setting aside was ordered by the competent state court upon legitimate*

La couverture des droits contractuels et quasi contractuels ainsi que leur protection contre les mesures expropriatrices est celle qui provoque le plus de difficultés. Il convient tout d'abord d'explicitier à son égard, à la lumière de la pratique juridictionnelle et arbitrale, le principe de la protection des droits contractuels à l'encontre des mesures expropriatrices (A). On précisera ensuite les modalités de cette protection et, plus précisément, les caractéristiques des mesures étatiques susceptibles d'exproprier un investisseur de ses droits contractuels (B).

A. Le principe de la protection des droits contractuels et quasi contractuels

Les tribunaux internationaux ont toujours été enclins à considérer les droits contractuels et quasi contractuels comme constituant un élément de propriété ou comme faisant partie de la définition de l'investissement³³, souvent en relation avec le concept de « droits acquis »³⁴.

Déjà, au début du XXe siècle, la CPJI, notamment³⁵, reconnaissait que des droits contractuels pouvaient être expropriés. Ainsi, par exemple, dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow*, la Cour, se demandant si « par la prise de possession [...] de l'usine de Chorzow, et

grounds », affaire *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh*, ARB/05/7, S du 30 juin 2009, § 133. V. aussi l'affaire *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ukraine*, ARB/08/16, S du 31 mars 2011, §§ 228-237.

³² En relation avec le rôle de la *lex situ* du contrat, il a été énoncé en doctrine que : « [W]here the investment in question is a contract governed by host state law and the contract is invalid or otherwise nullified based on host state law, in principle there can be no expropriation because there has been a judicial determination that there is no contract to expropriate. The investor will either have to show that the judicial determination of the contract rights amounted to a denial of justice or that the law in question cancelling or nullifying the contract was itself expropriatory », A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer, 2009, p. 352. Sur cette question, v. notamment l'affaire *Robert Azinian, Kenneth Davitian et Ellen Baca c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/97/2, S du 1er novembre 1999.

³³ V. R. HIGGINS, « The Taking of Property by the State, Recent Developments in International Law », *RCADI* 1982, t. 176, p. 271.

³⁴ Au-delà des seuls droits contractuels, recours était fait au concept de « droits acquis » en relation avec les biens intangibles. Dans l'affaire *Oscar Chinn*, bien que la CPJI ait refusé de considérer la possession d'une clientèle et la possibilité de réaliser des profits comme des droits acquis, elle admit cependant implicitement que des droits acquis pouvaient faire l'objet d'une expropriation. Aux termes de l'arrêt : « Aucune entreprise, surtout une entreprise de commerce ou de transports, dont le succès est lié au cours changeant des prix et des tarifs, ne peut échapper aux éventualités et aux risques qui sont le résultat des conditions économiques générales. Certaines industries peuvent faire de grands profits dans une époque de prospérité générale ou bien en profitant d'un traité de commerce ou d'une modification des droits de douane ; mais elles sont aussi exposées à se ruiner et à s'éteindre à cause d'une situation différente. Aucun droit acquis n'est violé dans des cas semblables », affaire *Oscar Chinn* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Belgique), arrêt du 12 décembre 1934, CPJI Série A/B, n° 63, p. 88.

³⁵ Outre la jurisprudence de la CPJI, les sentences de la Cour permanente d'arbitrage (ci-après CPA) et de la Commission mixte des réclamations américano-vénézuélienne sont également pertinentes. Cette dernière affirma notamment dans l'affaire *Rudloff* : « The taking away or destruction of rights acquired, transmitted, and defined by a contract is as much wrong, entitling the sufferer to redress, as the taking away or destruction of tangible property », affaire *Rudloff*, S de 1959, *RIAA*, 1959, p. 250. Concernant la CPA, il convient ici de mentionner l'affaire des *réclamations norvégiennes* dans laquelle il fut considéré « [q]ue quelques aient été leurs intentions, les États-Unis saisi[rent], à la fois de fait et de droit, les contrats en vertu desquels les bateaux en question étaient en train d'être ou allaient être construits », affaire *des réclamations norvégiennes* (Norvège c. États-Unis d'Amérique), S du 13 octobre 1922, *Recueil des sentences arbitrales*, 1922, vol. I, p. 325.

par l'exploitation de celle-ci en utilisant les expériences, brevets, licences, etc., de la Bayerische, la Pologne a[vait], d'une manière illicite, exproprié les droits contractuels de ladite société », considéra :

« [I] est clair que les droits de la Bayerische à l'exploitation, ainsi qu'à la rémunération stipulée par le contrat pour la direction de l'exploitation et pour l'utilisation de ses brevets, licences, expériences, etc., ont été directement lésés par la reprise de l'usine de Chorzow. [...] La Pologne aurait dû respecter les droits de la Bayerische résultant de ses contrats avec la Oberschlesische et la Treuhand ; et l'attitude de la Pologne à l'égard de la Bayerische a donc été, de même que son attitude envers la Oberschlesische, contraire aux articles 6 et suivants de la Convention de Genève »³⁶.

Dans ce contexte jurisprudentiel, il n'est pas surprenant que le Tribunal irano-américain ait fait explicitement référence à ces précédents³⁷. Il a lui-même réaffirmé que des droits contractuels, notamment, pouvaient faire l'objet d'une mesure expropriatrice. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Phillips*³⁸, il estimait :

« [E]xpropriation by or attributable to a State of the property of an alien gives rise under international law to liability for compensation, and it is so whether the expropriation is formal or de facto and whether the property is tangible, such as real estate or a factory, or intangible, such as [...] contractual rights »³⁹.

Les tribunaux arbitraux ont, par la suite, inscrit leur pratique dans la ligne de cette jurisprudence constante. Cette continuité est reconnue par le Tribunal arbitral constitué en l'affaire *SPP* qui estima : « *There is considerable authority for the proposition that contract*

³⁶ Affaire des *Intérêts allemands en Haute Silésie polonaise* (Allemagne c. Pologne), arrêt du 25 mai 1926, Série A, n° 7, p. 44.

³⁷ V. notamment l'affaire *Starrett Housing Corp. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 14 août 1987, 4 Iran-U.S. C.T.R. 122, § 108 ; affaire *Amoco International Finance Corp. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 14 juillet 1987, 15 Iran-U.S. C.T.R. 189, § 191.

³⁸ Affaire *Phillips Petroleum Co. Iran c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 29 juin 1989, 21 Iran-U.S. C.T.R. 7, § 76.

³⁹ De la même manière, dans l'affaire *LIAMCO*, l'arbitre unique estima : « *Concession rights, as those of the present dispute, may be included under the class of incorporeal property. This assertion is recognized by international precedents, as was hold for instance by the Permanent Court of Arbitration in its Award delivered on 13 October 1922 in the dispute between the United States of America and the Kingdom of Norway. This view is likewise in harmony with municipal law of most legal systems, and with the spirit of Islamic jurisprudence* », affaire *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) c. Gouvernement de la République arabe libyenne*, S du 12 avril 1977, *ILR*, 1977, p. 86-97 ; affaire *American Independent Oil Co. (AMINOIL) c. Gouvernement de l'État du Koweït*, S du 24 mars 1982, *ILM*, 1982, p. 1017.

rights are entitled to the protection of international law and that the taking of such rights involves an obligation to make compensation therefore »⁴⁰. Nombre de tribunaux⁴¹ ont ainsi conclu que des droits contractuels et des biens intangibles constituaient un investissement et qu'ils pouvaient faire l'objet de mesures expropriatrices. Cette logique est bien explicitée par la sentence *Siemens* :

*« The Contract falls under the definition of “investments” under the Treaty and Article 4(2) refers to expropriation or nationalization of investments. Therefore, the State parties recognized that an investment in terms of the Treaty may be expropriated. There is nothing unusual in this regard. There is a long judicial practice that recognizes that expropriation is not limited to tangible property »*⁴².

Si les droits contractuels peuvent ainsi, par principe, faire l'objet de mesures expropriatrices, reste que leur protection est soumise à conditions.

B. Les modalités de la protection des droits contractuels et quasi contractuels

Au-delà des critères de détermination de la réalisation d'une expropriation, indifférents à la nature de l'investissement concerné⁴³, il convient s'agissant des droits contractuels de préciser que toutes les violations étatiques d'un contrat auquel l'État est partie ne sont pas susceptibles d'engendrer l'expropriation⁴⁴. Tous les organes juridictionnels internationaux reconnaissent que les droits contractuels et quasi contractuels constituent un investissement pouvant faire l'objet d'une expropriation. Quoi qu'il en soit, tous ne considèrent pas que toutes les atteintes à ces droits correspondent à leur expropriation. Les tribunaux arbitraux

⁴⁰ Affaire *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République arabe d'Égypte*, ARB/84/3, S du 20 mai 1992, § 164. Dans le même sens, v. notamment l'affaire *Siemens c. Argentine*, ARB/02/8, S du 6 février 2007, § 269 ; affaire *AWG Group Ltd. c. République d'Argentine*, ARB/03/19, S du 30 juillet 2010, § 151.

⁴¹ V. notamment l'affaire *Biloune et Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre et Gouvernement du Ghana*, CNUDCI, S du 27 octobre 1989 ; affaire *Wena Hotels c. République arabe d'Égypte*, ARB/98/4, S du 8 décembre 2000, § 98 ; affaire *CME Czech Republic B V c. République tchèque*, CNUDCI, S partielle du 13 septembre 2001, § 591 ; affaire *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, S du 22 décembre 2003, § 60 ; affaire *Tokios Tokelès c. Ukraine*, ARB/02/18, SC du 29 avril 2004, §§ 92-93.

⁴² Affaire *Siemens c. Argentine*, ARB/02/8, S du 6 février 2007, § 267.

⁴³ V. *infra*.

⁴⁴ Autre est la situation dans laquelle l'État interfère dans une relation contractuelle entre un investisseur et une autre entité « ressortissante » de cet État, v. en ce sens l'affaire *AWG Group Ltd. c. République d'Argentine*, ARB/03/19, S du 30 juillet 2010, § 152.

distinguent les espèces dans lesquelles une mesure étatique constitue une violation d'un contrat et celles dans lesquelles elle consiste en une expropriation des droits contractuels⁴⁵.

Aux fins d'opérer cette distinction, les tribunaux internationaux ont examiné le titre en vertu duquel l'État adopte la mesure concernée. Lorsque l'État agit *jure imperii*, la mesure étatique peut opérer une expropriation des droits contractuels. En revanche, si celle-ci a été adoptée par un État agissant *jure gestionis*, la mesure étatique consiste en une simple violation contractuelle. Il s'agit là d'une jurisprudence constante.

Déjà, la Commission des réclamations américano-mexicaine, dans l'affaire *Jalapa Railroad*, considérait :

*« In the circumstances, the issue for determination is whether the breach of contract alleged to have resulted from the nullification of clause twelfth of the contract was an ordinary one involving no international responsibility or whether said breach was effected arbitrarily by means of a governmental power illegal under international law. [...] Here the Government of Veracruz stepped out of the role of contracting party and sought to escape vital obligations under its contract by exercising its superior governmental power. Such action under international law has been held to be a confiscatory breach of contract »*⁴⁶.

Utilisée par le Tribunal irano-américain⁴⁷, cette distinction l'est également par les tribunaux arbitraux en matière d'investissements. En effet, ils considèrent que seul un acte souverain de l'État⁴⁸, prenant, par exemple, la forme d'un décret ou d'une loi⁴⁹, peut

⁴⁵ Pour les questions de la « clause de respect des engagements » et de la distinction entre *treaty-claims* et *contract claims*, v. les contributions au présent ouvrage de – respectivement – É. TEYNIER et I. FADLALLAH.

⁴⁶ V. notamment l'affaire *Jalapa Railroad and Power Co.*, S du 1948, WHITEMAN, *Digest of International Law*, 1976, pp. 908-909.

⁴⁷ V. notamment l'affaire *Phillips Petroleum Co. Iran c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 29 juin 1989, 21 Iran-U.S. C.T.R. 7, § 75.

⁴⁸ Dans ce contexte, toutes les directives étatiques ne constituent pas pour autant nécessairement des actes souverains. En ce sens, dans l'affaire *Bayindir*, le Tribunal considéra que même lorsque « *the breach stems from a governmental directive, it would not necessarily follow that the contractual breach is the result of a sovereign act, as a directive of the State may be given in the framework of the contract* », affaire *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, ARB/03/29, S du 27 août 2009, § 445. V. aussi notamment l'affaire *AWG Group Ltd. c. République d'Argentine*, ARB/03/19, S du 30 juillet 2010, § 153.

⁴⁹ V. notamment l'affaire *Compania de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal SA c. République d'Argentine*, ARB/97/3, S du 20 août 2007, § 7.5.4 ; affaire *Parkerings Compagniet AS. c. République de Lituanie*, ARB/05/8, S du 11 septembre 2007 § 443 ; affaire *Sempra Energy International c. République d'Argentine*, ARB/02/16, S du 28 septembre 2007, § 281.

constituer une mesure confiscatoire. Cette condition a par exemple été explicitée par le Tribunal dans l'affaire *Azurix* :

« [C]ontractual breaches by a State party or one of its instrumentalities would not normally constitute expropriation. Whether one or series of such breaches can be considered to be measures tantamount to expropriation will depend on whether the State or its instrumentality has breached the contract in the exercise of its sovereign authority, or as a party to a contract »⁵⁰.

En d'autres termes, comme il est déclaré dans l'affaire *Saipem*⁵¹, « *only acts of the government that cannot be performed by private parties can constitute an expropriation* »⁵².

Au-delà de cette condition « organique » liée au titre en vertu duquel l'État agit, condition valable au-delà des seuls droits contractuels et quasi contractuels, il convient à présent d'analyser les formes de l'expropriation et les critères qui permettent de les identifier.

II.– LES FORMES DE L'EXPROPRIATION

La très grande majorité des AII contient des dispositions relatives à l'expropriation analogues. Au-delà des conditions de licéité de l'expropriation⁵³, elles disposent ainsi *mutatis*

⁵⁰ Affaire *Azurix c. République d'Argentine*, ARB/01/12, S du 14 juillet 2006, § 315. Dans la sentence rendue en l'affaire *Waste Management*, le Tribunal affirma : « *It is not the function of Article 1110 to compensate for failed business ventures, absent arbitrary intervention by the State amounting to a virtual taking or sterilising of the enterprise. [...] The mere non-performance of a contractual obligation is not to be equated with a taking of property, nor (unless accompanied by other elements) is it tantamount to expropriation. Any private party can fail to perform its contracts, whereas nationalization and expropriation are inherently governmental acts. [...] The tribunal concludes that it is one thing to expropriate a right under a contract and another to fail to comply with the contract. Non compliance by a government with contractual obligations is not the same thing as, or equivalent or tantamount to, an expropriation* », affaire *Waste Management, Inc. c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/00/3, S du 30 avril 2004, §§ 160-174-175.

⁵¹ Affaire *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh*, ARB/05/7, SC du 21 mars 2007, § 131.

⁵² Ainsi par exemple, un État peut, comme toute partie privée, manquer de payer ses dettes contractuelles, sans que ce manquement, *per se*, ne constitue une expropriation de celles-ci. En ce sens, le Tribunal institué en l'affaire *SGS* considéra : « *[O]n the material presented by the Claimant no case of expropriation has been raised. Whatever debt the Philippines may owe to SGS still exists; whatever right to interest for late payment SGS had it still has. There has been no law or decree enacted by the Philippines attempting to expropriate or annul the debt, nor any action tantamount to an expropriation. The Tribunal is assured that the limitation period for proceedings to recover the debt before the Philippine courts under Article 12 has not expired. A mere refusal to pay a debt is not an expropriation of property, at least where remedies exist in respect of such a refusal. A fortiori a refusal to pay is not an expropriation where there is an unresolved dispute as to the amount payable* », affaire *SGS Société générale de surveillance SA c. République des Philippines*, ARB/02/6, SC du 29 janvier 2004. Dans le même sens, le Tribunal *Waste Management* estima que : « *[A]n enterprise is not expropriated just because its debts are not paid or other contractual obligations towards it are breached* », affaire *Waste Management, Inc. c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/00/3, S du 30 avril 2004, § 160.

mutandis : « *Investments of investors of either Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation [...]* »⁵⁴.

Si cette majorité apparaît ainsi « silencieuse », laconique, notamment à l'égard de la définition des mesures ayant un effet équivalant à une expropriation⁵⁵, certains TBI parmi les plus récents s'avèrent plus précis, en ce qu'ils fournissent des indications et des critères aux fins de l'interprétation et de l'application de cette disposition⁵⁶. Ainsi, par exemple, après avoir disposé que « *a Party shall not expropriate or nationalise an investment of an investor of the other Party* »⁵⁷, le modèle d'accord norvégien dispose en son article 6.2 : « *The preceding provision shall not, however, in any way impair the right of a Party to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties* »⁵⁸. Dans la

⁵³ Pour leur étude, v. *infra*.

⁵⁴ Article 5 « Expropriation », Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République d'Argentine relatif à la promotion et la protection des investissements, conclu le 11 décembre 1990. Au-delà des AII, l'expropriation indirecte est reconnue en droit international général, comme attesté par la pratique des organes juridictionnels internationaux. Ainsi, par ailleurs, dans l'affaire *Starrett*, le Tribunal irano-américain énonça : « *[I]t is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner* », affaire *Starrett Housing Corp. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 14 août 1987, 4 Iran-U.S. C.T.R. 122, p. 154. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme affirma : « *In the absence of formal expropriation, that is to say a transfer of ownership, the Court considers that it must look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of [...] it has to be ascertained whether that situation amounted to a de facto expropriation, as was argued by the applicants* », affaire *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, § 63.

⁵⁵ Il a été suggéré en doctrine que cette imprécision traduit la volonté des États d'incorporer dans les AII, le droit international coutumier de l'expropriation, v. notamment C. McLachlan, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 277. Les auteurs citent au soutien de cette suggestion le message accompagnant le TBI conclu entre les États-Unis et la Bolivie qui énonce : « *Article III incorporates into the Treaty customary international law standards for expropriation* », Traité conclu entre les États-Unis d'Amérique et la Bolivie concernant l'encouragement et la protection réciproque de l'investissement, conclu le 17 avril 1998.

⁵⁶ Certains AII précisent par ailleurs que certaines mesures sont exclues du champ de la disposition relative à l'expropriation. Ainsi, par exemple, le modèle de TBI canadien dispose en son article 15.5 : « *The provisions of this Article shall not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, or to the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation or creation is consistent with the WTO Agreement* », Modèle canadien de traité bilatéral de promotion et de protection des investissements, 2004.

⁵⁷ Le commentaire du modèle relatif à l'expropriation précise : « *According to customary public international law, expropriation does not only occur when the property right is taken by force (nationalization/expropriation), but also if major and long-term limitations are placed on the property right (indirect expropriation)* ».

⁵⁸ Modèle norvégien de traité bilatéral sur la promotion et la protection des investissements, 2007. Le commentaire précise notamment : « *The expropriation provision must provide effective and intentional investor protection, while safeguarding the regulatory freedom of the state. The aim of an expropriation provision is to protect established investments from open or camouflaged expropriation. The provision must at the same time safeguard the state's right to implement general regulations and administrative decisions without incurring liability to pay compensation. The challenge involves finding the correct point of intersection between*

même perspective, les modèles canadien⁵⁹ et américain⁶⁰ explicitent de manière similaire, en leur annexe, les éléments devant être pris en compte aux fins de la détermination casuistique de l'occurrence d'une expropriation indirecte⁶¹.

Traditionnellement et généralement privés de telles précisions, les tribunaux arbitraux sont conduits, individuellement et collectivement, à donner une substance normative aux dispositions relatives à l'expropriation. Dans ce contexte, c'est principalement l'expropriation indirecte qui, dans le contentieux contemporain de l'investissement, concentre l'attention des arbitres et de la doctrine⁶². Il en est ainsi tant parce que la détermination de la réalisation

regulation/intervention by the authorities that is deemed to be expropriation (and thus gives rise to claims for compensation) and the measures that fall outside this category ».

⁵⁹ « Expropriation : The Parties confirm their shared understanding that: a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure; b) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: i) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred; ii) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations; and iii) the character of the measure or series of measures; c) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation », annexe B.13(1) du Modèle canadien de traité bilatéral de promotion et de protection des investissements, 2004.

⁶⁰ Annexe B du Modèle américain de traité bilatéral concernant l'encouragement et la protection réciproque de l'investissement, 2004. Pour son analyse, v. *infra*. Il convient de noter que ces précisions figurent également dans les chapitres relatifs à l'investissement des accords bilatéraux de libre commerce conclus par les États-Unis, v. par exemple l'annexe 11-B de l'Accord de libre commerce entre les États-Unis et l'Australie, conclu le 18 mai 2004.

⁶¹ Cette pratique récente a pu être décrite en doctrine comme une « “legislative” response to the growing field of investment dispute settlement involving an interesting mix of aiming at correcting judicial and arbitral findings and at the same time codifying judicial and arbitral trends ». V. A. REINISCH, « Expropriation », in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, Ch. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 426.

⁶² V. notamment parmi une abondante littérature, G.C. CHRISTIE, « What Constitutes a Taking of Property under International Law? », *British Yearbook of International Law*, 1962, pp. 307-338 ; F. COSTAMAGNA, « Legitimate Regulation vs Regulatory Expropriation in Public Infrastructure Investments after Azurix : a Case Study », *Transnational Dispute Management*, 2007 ; R. DOLZER, « New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property », *American Journal of International Law*, 1981, pp. 553-589 ; F. FRANCONI, « Compensation for Nationalisation of Foreign Property: The Borderland between Law and Equity », *International and Comparative Law Quarterly*, 1975/2, pp. 255-283 ; R. GEIGER, « Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment », *New York University Environmental Law Journal*, 2002, pp. 94-109 ; T.W. MERILL, « Incomplete Compensation for Takings », *New York University Environmental Law Journal*, 2002-2003, pp. 110-135 ; H. MOUNTFIELD, « Regulatory Expropriations in Europe: the Approach of the European Court of Human Rights », *New York University Environmental Law Journal*, 2002, pp. 136-147 ; P.M. NORTON, « A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation », *American Journal of International Law*, 1991, pp. 474-505 ; Y. NOUVEL, « Les mesures équivalent à une expropriation indirecte dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *Revue générale de droit international public*, 2002, pp.79-101 ; OCDE, « L' “expropriation indirecte” et le “droit de réguler” dans le droit international de l'investissement », Document de travail sur l'investissement international, n° 2004/4, 24 p. ; F. ORREGO VICUNA, « Regulatory Authority and Legitimate Expectations Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society », *International*

d'une expropriation indirecte est la plus problématique⁶³, que parce que les situations d'expropriation directe sont minoritaires dans ledit contentieux. Aussi, si cette partie analyse l'expropriation directe (A), elle se concentre principalement sur l'étude de l'expropriation indirecte (B).

A. L'expropriation directe

Les situations d'expropriation directe, dans lesquelles le titre de propriété est transféré, ont historiquement constitué l'objet principal du contentieux opposant un État au ressortissant d'un autre État. Plus précisément, ce contentieux concernait des expropriations consistant principalement en des expropriations de biens d'un ressortissant donné ou bien en la nationalisation d'un secteur d'activité⁶⁴. Ce contentieux a ainsi accompagné le développement du droit international de la responsabilité et occupé les tribunaux arbitraux *ad hoc* jusqu'aux années soixante-dix ; ce type d'expropriation est, cependant, depuis lors devenu minoritaire⁶⁵. Il en est ainsi sans doute parce que, comme le notaient R. Dolzer et Ch. Schreuer⁶⁶ : « *States are [today] reluctant to jeopardize their investment climate by taking the drastic and conspicuous step of an open taking of foreign property. An official act that takes the title of*

Law FORUM du droit international, 2003/5, pp. 188-197 ; J. PAULSSON, « Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk? », *Transnational Dispute Management*, 2006, 12 p. ; M. PELLONPÄÄ, M. FITZMAURICE, « Taking of Property in the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1988, pp. 53-178 ; H. RUIZ FABRI, « The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for "Regulatory Expropriations" of the Property of Foreign Investors », *New York University Environmental Law Journal*, 2002-2003, pp. 148-173 ; J.L. SAX, « Takings and the Police Power », *Yale Law Journal*, 1964/1, pp. 36-76 ; Ch. SCHREUER, « The Concept of Expropriation under the ETC and Other Investment Protection Treaties », *Transnational Dispute Management*, 2005, 39 p. ; H. SEDIGH, « What Level Host State Interference Amounts to a Taking under Contemporary International Law ? », *Journal of World Investment*, 2001, pp. 631-684 ; Th. WAELDE, A. KOLO, « Environmental Regulation, Investment Protection and "Regulatory Taking" in International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, pp. 811-848.

⁶³ V. en ce sens la sentence rendue en l'affaire *AWG* dans laquelle le Tribunal considéra : « *While determining the existence of a direct expropriation is usually not difficult because of the usually obvious physical manifestations that come with depriving an investor of title and control, identifying an indirect expropriation is often a much more complicated matter which requires an inquiry into whether a regulatory measure has the effect of an expropriation on an investment or is a valid exercise of a State's regulatory power* », affaire *AWG Group Ltd. c République d'Argentine*, ARB/03/19, S du 30 juillet 2010, § 132. V. aussi notamment l'affaire *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/99/1, S du 16 décembre 2002, § 100.

⁶⁴ On peut également distinguer, à côté des expropriations individuelles et des nationalisations de secteurs d'activité, les réquisitions qui correspondent à des expropriations opérées en temps de guerre ou lors de situations d'urgence, v. A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, *op. cit.*, p. 324.

⁶⁵ Pour des affaires concernant des situations d'expropriation directe, v. notamment l'affaire *Sedelmayer c. Fédération de Russie*, SCC, S du 7 juillet 1998 ; affaire *Compania del Desarrollo de Santa Elena SA c. République du Costa Rica*, ARB/96/1, S du 17 février 2000.

⁶⁶ R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 92.

the foreign investor's property will attract negative publicity and is likely to do lasting damage to the state's reputation as a venue for foreign investments »⁶⁷.

Au-delà de ce constat factuel, l'expropriation directe ne soulève pas pour les arbitres de difficultés conceptuelles particulières. Ainsi, tous les tribunaux s'accordent pour considérer – *mutatis mutandis* – que le terme d'expropriation directe « *carries with it the connotation of a "taking" by a governmental-type authority of a person's property with a view to transferring ownership of that property to another person, usually the authority that exercised its de jure or de facto power to do the "taking"* »⁶⁸. Comme ici indiqué par le Tribunal institué en l'affaire *SD Myers*, il n'est pas nécessaire que l'État devienne le propriétaire du bien de l'investisseur pour qu'une expropriation directe soit constatée. Celle-ci l'est également si l'État transfère ce bien à une autre personne⁶⁹. Par ailleurs, il n'est pas non plus requis que le bien concerné ait de la valeur pour qu'il puisse être considéré comme exproprié⁷⁰.

Si l'expropriation directe ne soulève ainsi pas de difficultés conceptuelles, tel n'est pas le cas de l'expropriation indirecte.

B. L'expropriation indirecte

⁶⁷ On peut noter que les mesures actuellement édictées dans certains États d'Amérique latine, notamment au Venezuela, redonnent à l'expropriation directe une actualité certaine dans le contentieux de l'investissement, v. notamment l'affaire *Mobil c. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/07/27 ; affaire *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. c. République bolivarienne du Venezuela*, ARB/08/15.

⁶⁸ Affaire *S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S partielle du 13 novembre 2000, § 280.

⁶⁹ Dans ce sens, le Tribunal institué en l'affaire *Amco* affirma : « *[I]t is generally accepted in international law, that a case of expropriation exists not only when a state takes over private property but also when the expropriating state transfers ownership to another legal person or natural person. Expropriation in international law also exists merely by the state withdrawing the protection of its courts from the owner expropriated, and tacitly allowing a de facto possessor to remain in possession of the thing seized, as did the Roman praetor in allowing longi temporis praescriptio* », affaire *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie*, S du 21 novembre 1984, § 158, p. 1025.

⁷⁰ C'est dans cette perspective que le Tribunal irano-américain exprima, dans la sentence rendue en l'affaire *Tippetts*, qu'il préférerait « *the term "deprivation" to the term "taking", although they are largely synonymous, because the latter may be understood to imply that the government has acquired something of value, which is not required* », affaire *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, le Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 29 juin 1984, 7 Iran-U.S. C.T.R. 8, p. 225.

Qu'elles se réfèrent à des « *measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation* »⁷¹, à des « *measure[s] tantamount to nationalization or expropriation* »⁷², à des « mesures dont l'effet serait de déposséder [...] indirectement, les nationaux et sociétés [...] des investissements leur appartenant »⁷³, ou à des « mesures équivalentes ayant un effet similaire de dépossession »⁷⁴, les dispositions des TBI relatives à l'expropriation indirecte soulèvent des questions et des difficultés similaires. Parmi celles-ci, les critères de détermination de l'expropriation indirecte sont les plus complexes et requièrent à ce titre l'analyse la plus développée (3). Il convient également de procéder à une étude formelle des mesures étatiques ici pertinentes (1), ainsi qu'à celle des catégories d'expropriation indirecte (2).

1. *Les mesures étatiques pertinentes*

À l'exception notamment des accords nord-américains⁷⁵, il est notable que la grande majorité des traités internationaux relatifs aux investissements ne précisent pas l'acception du terme « mesure ». Dans ce contexte conventionnel et au-delà de la question de la finalité des mesures étatiques⁷⁶ qui relève de leur étude substantielle, il convient d'apporter des précisions sur les auteurs des mesures étatiques pertinentes (a), ainsi que sur la question de savoir si de telles mesures peuvent consister, outre en des actions, en des omissions (b)⁷⁷.

a) *Les auteurs des mesures étatiques*

⁷¹ Article VI « Expropriation » de l'Accord entre le Gouvernement d'Australie et le Gouvernement de la République d'Indonésie concernant la promotion et la protection des investissements, conclu le 17 novembre 1992.

⁷² Article 1110 « Expropriation and Compensation » de l'Accord de libre-échange nord-américain (ci-après ALENA), conclu le 17 décembre 1992.

⁷³ Article 6 de l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire du Bangladesh sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 10 septembre 1985.

⁷⁴ Article 5 de l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 3 juillet 1991.

⁷⁵ L'Accord de libre-échange nord-américain et les modèles canadien et américain de TBI définissent de manière analogue le terme mesure comme s'entendant de « toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique », Accord de libre-échange nord-américain, conclu le 17 décembre 1992.

⁷⁶ Voir *infra*.

⁷⁷ Relativement à la question du consentement, les tribunaux arbitraux considèrent généralement qu'une mesure à laquelle l'investisseur a consenti ne saurait être expropriatrice. V. notamment l'affaire affaire *Tradex Hellas S.A. c. République d'Albanie*, ARB/94/2, S du 29 avril 1999, § 177.

Le projet d'articles de la Commission du droit international (ci-après CDI) sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dispose en son article 4 relatif au comportement des organes de l'État :

« 1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État. 2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État »⁷⁸.

Si la substance de cet article codifie le droit coutumier de la responsabilité sur cette question et correspond à la pratique de la très grande majorité des tribunaux arbitraux, il n'en reste pas moins que le contentieux de l'expropriation est le témoin de l'application parfois controversée de cette règle d'attribution⁷⁹. Ainsi, par exemple⁸⁰, dans l'affaire *Eureko c. Pologne*⁸¹, la majorité du Tribunal et l'un des arbitres⁸² s'opposèrent sur la qualité d'organe étatique du Trésor polonais. Au cœur de cette controverse, résidait le fait que le Trésor n'avait pas le statut d'organe de l'État en droit polonais et que, dès lors, au regard de l'article 4.2 susmentionné, ces actes pouvaient être considérés comme inattribuables à l'État polonais⁸³. S'appuyant sur certains commentaires du Rapporteur spécial relatifs audit article 4 et – aussi –

⁷⁸ *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 12 décembre 2001 (rectifiée par le document A/56/49, vol. I/Corr.3)

⁷⁹ Pour une analyse des conditions d'engagement de la responsabilité en droit des investissements, v. la contribution au présent ouvrage de F. LATTY : « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État articles CDI et droit de l'investissement y compris circonstances excluant l'illicéité ».

⁸⁰ En relation avec les actes de personnes privées qui ont pu être considérés par des tribunaux arbitraux dans des situations d'expropriation directe, les arbitres se montrent généralement exigeants pour attribuer leurs actes à l'État, v. notamment l'affaire *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie*, S du 21 novembre 1984 ; affaire *Tradex Hellas S.A. c. République d'Albanie*, ARB/94/2, S du 29 avril 1999, § 165 : « *Subsidiarily, even if the villagers felt encouraged to such occupations by Decision 452 and the Berisha speech, that would not be a sufficient basis to attribute such occupations to the State of Albania, and no other evidence has been provided as a basis for such an attributability. [...] [I]n the Amco Asia Case [...] the Tribunal considered a much more direct and active involvement by the state in a private taking by army and police still not as sufficient for an attribution to the state* ».

⁸¹ Affaire *Eureko BV c. République de Pologne*, S partielle du 19 août 2005.

⁸² *Idem*, opinion dissidente, § 8.

⁸³ Le rapporteur spécial de la Commission du droit international note dans son commentaire : « La qualification d'un organe comme tel par le droit interne s'impose. Toutefois, il ne suffit pas de se référer au droit interne pour déterminer le statut d'un organe de l'État. Dans certains systèmes, le statut et les fonctions des diverses entités sont définis non seulement par la loi mais aussi par la pratique, et se reporter exclusivement au droit interne peut induire en erreur. De plus, la loi nationale peut être laconique, voire muette, quant aux entités qui ont le statut d'"organe" », J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État – Introduction et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, pp. 117-118.

à l'article 5⁸⁴, le Tribunal considéra que « *whatever may be the status of the State Treasury in Polish law, in the perspective of international law, which this Tribunal is bound to apply, the Republic of Poland is responsible for the actions of the State Treasury* »⁸⁵.

C'est vers un autre article du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite que la question de la nature des mesures étatiques dirige l'analyse.

b) *La nature des mesures étatiques*

Aux termes de l'article 2 dudit projet, les comportements attribuables à l'État et violant l'une de ses obligations internationales peuvent consister en une action ou en une omission⁸⁶.

Dans le contentieux de l'expropriation indirecte, la possibilité qu'une mesure ayant un effet équivalant à une expropriation consiste en une omission est parfois contestée. Ainsi, si pour la majorité des tribunaux, « *it makes no difference whether the deprivation was caused by actions or by inactions* »⁸⁷, il a cependant pu être considéré que :

« *For an expropriation to occur, there must be actions that can be considered reasonably appropriate for producing the effect of depriving the affected party of the property it owns, in such a way that whoever performs those actions will acquire, directly or indirectly, control, or at least the fruits of the expropriated property. Expropriation therefore requires a teleologically driven action for it to occur; omissions, however egregious they may be, are not sufficient for it to take place* »⁸⁸.

⁸⁴ « Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique : Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international », *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 12 décembre 2001 (rectifiée par le document A/56/49 (Vol. I/Corr.3)).

⁸⁵ Affaire *Eureko BV c. République de Pologne*, S partielle du 19 août 2005, §§ 125-134.

⁸⁶ « Élément du fait internationalement illicite : Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État », *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 12 décembre 2001 (rectifiée par le document A/56/49 (Vol. I/Corr.3)).

⁸⁷ Affaire *CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, UNCITRAL, S partielle du 13 septembre 2001, § 165. V. aussi notamment l'affaire *Amco Asia Corporation et autres c. République d'Indonésie*, S du 21 novembre 1984, § 158 ; affaire *International Technical Products Corporation, ITP Export Corporation c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 19 août 1985, 9 Iran-U.S. C.T.R. 10, p. 239 ; affaire *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre et Gouvernement du Ghana*, CNUDCI, S du 27 octobre 1989, pp. 207-210.

⁸⁸ Affaire *Eudoro Armando Olguín c. République du Paraguay*, ARB/98/5, S du 26 juillet 2001, § 84.

Une telle position trouve soutien dans une partie de la doctrine. À l'appui de la critique de la pratique majoritaire se concentrant sur l'effet de la mesure⁸⁹, elle salue l'approche « téléologique » du Tribunal institué en l'affaire *Olguin*⁹⁰. Que l'on s'accorde avec cette approche téléologique ou que l'on privilégie le seul effet de la mesure, l'approche finaliste semble tout aussi applicable aux omissions qu'aux actions⁹¹. En effet, une ou des omissions peuvent viser à exproprier indirectement un investisseur d'une manière analogue à une ou des actions. Dans cette perspective, quelle que soit l'approche retenue, il apparaît qu'une expropriation indirecte peut résulter tant d'une action que d'une omission⁹².

2. Les catégories d'expropriation indirecte

Comme déjà indiqué⁹³, les dispositions des accords internationaux relatifs aux investissements se réfèrent à l'expropriation indirecte en utilisant un vocable et des expressions variées. Dans ce contexte sémantique, il convient d'apporter deux séries de précisions : l'une concernant la catégorie spécifique des expropriations « rampantes » (*creeping expropriation*) (a) et l'autre la catégorie générique des mesures équivalant à une expropriation (b).

a) L'expropriation « rampante »

⁸⁹ Voir *infra*.

⁹⁰ « [F]or them [the tribunals which do not find a distinction between actions or inactions to be relevant] the key point in defining indirect expropriation is the effect of the measure on the investment. This lack of attention to State purpose is troubling, and the *Olguin* “teleologically driven” test is to be preferred: the *Olguin* test is more closely connected to the historical origins of expropriation claims; it recognizes the proposition that investment treaties do not give foreign investors a guarantee of investment success; and it further recognizes that for most tribunals an assessment of indirect expropriation in any of its forms has not somehow been disconnected from a requirement of State conduct of some sort », C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration*, *op. cit.*, pp. 291-292.

⁹¹ Dans cette perspective, discutant la position du Tribunal *Olguin*, les arbitres considèrent dans l'affaire *AWG* que : « A measure, which is not defined in any of the three BITs, is usually interpreted to mean an action taken to achieve a particular purpose. In this case, although Argentina refused to revise the tariff that action of refusal was not an omission but the result of a carefully considered decision formally communicated to AASA and that decision constitutes a measure within the meaning of all three treaties. The decision not to revise the tariff in response to AASA's requests was certainly teleologically driven », affaire *AWG Group Ltd. c République d'Argentine*, ARB/03/19, S du 30 juillet 2010, § 141.

⁹² Dans ce sens, v. notamment A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, *op. cit.*, p. 338.

⁹³ Voir *supra*.

Comme explicité par certains rares instruments⁹⁴, une expropriation indirecte peut résulter d'une série de mesures et non pas seulement d'une seule mesure. C'est cette série de mesures ayant un effet équivalant à une expropriation que désigne l'expression expropriation « rampante ». Si chacune des mesures de la série n'a pas *per se* un tel effet, c'est leur accumulation dans le temps qui le génère et qui érige la conduite étatique en un fait composite⁹⁵.

Ce fait composite est – *mutatis mutandis* – ainsi défini dans la pratique des tribunaux arbitraux d'investissement⁹⁶ :

*« By definition, creeping expropriation refers to a process, to steps that eventually have the effect of an expropriation. If the process stops before it reaches that point, then expropriation would not occur. This does not necessarily mean that no adverse effects would have occurred. Obviously, each step must have an adverse effect but by itself may not be significant or considered an illegal act. The last step in a creeping expropriation that tilts the balance is similar to the straw that breaks the camel's back. The preceding straws may not have had a perceptible effect but are part of the process that led to the break »*⁹⁷.

⁹⁴ V. notamment les modèles canadien et américain de TBI mentionnés *supra*.

⁹⁵ Article 15.1 (« Violation constituée par un fait composite ») du Projet de la CDI sur la responsabilité de l'État : « La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite. », *Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 12 décembre 2001 (rectifiée par le document A/56/49 (Vol. I/Corr.3)). Ce n'est bien souvent qu'*a posteriori* que l'expropriation « rampante » se révèle. Dans ce sens, W. Michael Reisman et Robert D. Sloane note : « *Only in retrospect will it become evident that those acts comprised part of an accretion of deleterious acts and omissions, which in the aggregate expropriated the foreign investor's property rights* », W.M. REISMAN et R.D. SLOANE, « Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation », *British Yearbook of International Law*, 2003, p. 115.

⁹⁶ Le Tribunal irano-américain a pour sa part ainsi décrit l'expropriation « rampante » : « *The conclusion that the Claimant was deprived of its property by conduct attributable to the Government of Iran [...] rest on a series of concrete actions rather than any particular formal decree, as the formal acts merely ratified and legitimised the existing state of affairs* », affaire *Phillips Petroleum Co. Iran c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 29 juin 1989, 21 Iran-U.S. C.T.R. 7, § 76.

⁹⁷ Affaire *Siemens c. République d'Argentine*, ARB/02/8, S du 6 février 2007, § 263. Le Tribunal institué en l'affaire *Generation Ukraine* a ainsi défini l'expropriation « rampante » : « *Creeping expropriation is a form of indirect expropriation with a distinctive temporal quality in the sense that it encapsulates the situation whereby a series of acts attributable to the State over a period of time culminate in the expropriatory taking of such property* », affaire *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, S du 16 septembre 2003, ARB/00/9, §§ 20.22. V. aussi notamment l'affaire *Compania del Desarrollo de Santa Elena SA c. République du Costa Rica*, ARB/96/1, S du 17 février 2000, § 76 ; affaire *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S intermédiaire du 26 juin 2000, § 83 ; affaire *S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S partielle du 13 novembre 2000, § 286 ; affaire *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/99/1 (ALENA), S du 16 décembre 2002, § 101. La CNUCED a quant à elle ainsi défini l'expropriation « rampante » : « *[T]he slow and incremental encroachment on one or more of the ownership rights of a foreign investor that diminishes the value of its investment. The legal title to the property are*

Ainsi caractérisée par une série de mesures, l'expropriation « rampante » se distingue conceptuellement des situations d'expropriation indirecte résultant d'une seule mesure étatique. Dans cette perspective, l'expropriation « rampante » constitue l'une des catégories spécifiques de l'expropriation indirecte, l'autre recouvrant les mesures (au singulier) équivalant à une expropriation.

Au-delà de ces formes, il convient à présent de préciser l'effet à l'aune duquel l'équivalence des mesures étatiques est évaluée.

b) *Les mesures équivalant à une expropriation*

Comme susmentionné, certains accords, dans le cadre de leur disposition relative à l'expropriation indirecte, mentionnent à la fois l'expropriation indirecte et l'expression *measure tantamount to expropriation* ou bien ne mentionnent que cette dernière. C'est dans ce contexte que s'est posée la question de savoir si les *measures tantamount to expropriation* constituaient un standard de protection différent de celui de l'expropriation indirecte, et ce, notamment à l'égard de l'article 1110 de l'Accord de libre-échange nord-américain. Plus précisément, il a pu être par exemple allégué par l'investisseur en l'affaire *Pope and Talbot* que : « [T]he phrase “measure tantamount to expropriation” appearing in Article 1110 comprehends a measure beyond an outright taking or creeping expropriation. [...] [T]he term includes “even non-discriminatory measures of general application which have the effect of substantially interfering with the investments of investors of NAFTA Parties” »⁹⁸.

Si une telle position a trouvé un soutien dans la pratique arbitrale⁹⁹, de nombreux tribunaux ont affirmé que *tantamount* était synonyme d'« équivalent » et que, par

diminished as a result of the interference by the State », CNUCED, *Taking of Property*, Series on issues in International Investment Agreements, New York, Genève, Nations Unies, 2000, p. 11.

⁹⁸ Affaire *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S intermédiaire du 26 juin 2000, § 84.

⁹⁹ Dans l'affaire *Waste Management*, le Tribunal considéra : « It may be noted that Article 1110(1) distinguishes between direct or indirect expropriation on the one hand and measures tantamount to an expropriation on the other. An indirect expropriation is still a taking of property. By contrast where a measure tantamount to an expropriation is alleged, there may have been no actual transfer, taking or loss of property by any person or entity, but rather an effect on property which makes formal distinctions of ownership irrelevant. [...] Evidently the phrase “take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment” in Article 1110(1) was intended to add to the meaning of the prohibition, over and above the reference to indirect expropriation. Indeed there is some indication that it was intended to have a broad meaning, otherwise it is difficult to see why Article 1110(8) was necessary. As a matter of international law a “non-discriminatory measure of general application” in relation to a debt security or loan which imposed costs on the debtor causing

conséquent, la référence conventionnelle à l'expression *measure tantamount to expropriation* n'impliquait pas une protection différente de celle que procure la référence à l'expropriation indirecte. Ils ont ainsi souligné que le terme *tantamount* signifiait une relation d'équivalence. Dans ce sens, le Tribunal institué en l'affaire *Pope and Talbot* précisa :

« [It] does not believe that the phrase “measure tantamount to nationalization or expropriation” in Article 1110 broadens the ordinary concept of expropriation under international law to require compensation for measures affecting property interests without regard to the magnitude or severity of that effect. [...] “Tantamount” means nothing more than equivalent. Something that is equivalent to something else cannot logically encompass more »¹⁰⁰.

Comme indiqué par ledit Tribunal relativement à l'article 1110 de l'Accord de libre-échange nord-américain ou par d'autres tribunaux relativement à des TBI¹⁰¹, la référence aux *measures tantamount to expropriation* ou *measures equivalent to expropriation* n'accroît pas le champ de la protection des investisseurs par rapport au droit international coutumier de l'expropriation¹⁰².

*it to default would not be considered expropriatory or even potentially so. It is true that paragraph (8) is stated to be “for greater certainty”, but if it was necessary even for certainty’s sake to deal with such a case this suggests that the drafters entertained a broad view of what might be “tantamount to an expropriation” », affaire *Waste Management, Inc. c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/00/3, S du 30 avril 2004, §§ 143-144. Aux termes de l'Article 1110.8 de l'ALENA : « Il demeure entendu, aux fins du présent article, qu'une mesure non discriminatoire d'application générale ne sera pas considérée comme une mesure équivalant à l'expropriation d'un titre de créance ou d'un prêt couvert par le présent chapitre au seul motif que la mesure impose au débiteur des coûts qui le forcent à faire défaut au remboursement de la dette », Accord de libre-échange nord-américain, conclu le 17 décembre 1992.*

¹⁰⁰ Affaire *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S intermédiaire du 26 juin 2000, §§ 96 et 104. Dans le même sens, v. notamment l'affaire *S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S partielle du 13 novembre 2000, §§ 285-286 ; affaire *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI-ALENA, S du 8 juin 2009, § 355.

¹⁰¹ « Phrases such as “equivalent to expropriation” and “tantamount to expropriation” do not expand the concept of expropriation and are usually taken to indicate that the BIT covers indirect as well as direct expropriation [...] and the same is true of “measures having a similar effect” », affaire *Telenor Mobile Communications A.S. c. République de Hongrie*, ARB/04/15, S du 13 septembre 2006, § 63.

¹⁰² Un tel accroissement résulte des termes mêmes de l'accord international concerné. Ainsi, par exemple, le mandat du Tribunal irano-américain étend l'expropriation aux « *other measures affecting property right* ». Article II.1 de la Déclaration du Gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie concernant le règlement des différends par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran, 19 janvier 1981.

Reste qu'au-delà du laconisme de la grande majorité des AII, ce droit coutumier est lui-même « vague »¹⁰³ quant aux critères de l'expropriation indirecte. C'est dans ce contexte d'incertitude normative que les tribunaux arbitraux en matière d'investissements sont conduits à appliquer les dispositions conventionnelles relatives à l'expropriation indirecte et, par là même, à préciser les critères de l'expropriation indirecte.

3. Les critères de l'expropriation indirecte

Depuis trois décennies, l'expropriation indirecte se trouve au cœur du contentieux de l'expropriation. Ce contentieux de l'expropriation indirecte présente un intérêt d'autant plus grand qu'il concerne en pratique, le plus souvent, une activité normative étatique ayant pour objet des objectifs de santé publique ou de protection de l'environnement¹⁰⁴. C'est dans ce contexte que se pose notamment la question de la distinction entre les « mesures régulatrices » (*regulatory measures*) et les mesures expropriatrices (*expropriatory measures*).

Au-delà des rares accords indiquant des critères de détermination de l'occurrence d'une expropriation indirecte¹⁰⁵, c'est aux tribunaux arbitraux qu'il est revenu de préciser ces critères dans le contentieux de l'investissement. Dans ce processus, se sont pendant longtemps affrontées la doctrine du « seul effet » (*sole effect doctrine*) et celle du « pouvoir de police » (*police power doctrine*)¹⁰⁶. « Au nom » de la première, les tribunaux arbitraux affirment la pertinence du seul critère de l'effet de la mesure sur l'investissement ou tout du moins sa prépondérance¹⁰⁷. « Au nom » de la seconde, ils expriment leur attachement principal à la finalité poursuivie par la mesure, sans regard pour l'effet de la mesure sur l'investissement.

Le choix entre l'un ou l'autre de ces critères est loin d'être neutre. Il est évident que le premier est initialement conçu en fonction de la seule prise en compte de l'intérêt de l'investisseur, alors que le second se concentre sur celui de l'État hôte. Or, au cœur de la

¹⁰³ V. en ce sens A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, op. cit., p. 339 ; C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration*, op. cit., p. 276.

¹⁰⁴ V. la contribution au présent ouvrage d'Olivia DANIC : « Droits de l'homme, droit de l'environnement ».

¹⁰⁵ Voir *supra*.

¹⁰⁶ Au-delà du fait que la traduction littérale en français est trompeuse, il a été noté en doctrine que cette référence à la *police power*, au regard du contexte contemporain, est discutable, v. R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 109.

¹⁰⁷ Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Tecmed*, le Tribunal affirma : « *The government's intention is less important than the effects of the measures on the owner of the assets or on the benefits arising from such assets affected by the measures* », affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique*, ARB (AF)/00/2 (ALENA), S du 29 mai 2003, § 116. Dans le même sens, v. l'affaire *Tippettts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, le Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 29 juin 1984, 7 Iran-U.S. C.T.R. 8.

question de l'expropriation indirecte, se situe en bien des cas la difficile question de savoir comment prendre en considération et la nécessaire protection de l'investisseur et non seulement le droit, mais aussi, dans certaines situations, le devoir de l'État de prendre des mesures, législatives ou réglementaires, pour garantir l'intérêt général.

Quoi qu'il en soit, malgré l'expression parfois dogmatique de ces doctrines, leur application par la plupart des tribunaux comme le raisonnement de bien des arbitres révèlent que ceux-ci s'efforcent le plus souvent d'adopter une approche visant à concilier l'intérêt de l'État dans la protection de son intérêt général et celui de l'investisseur dans la protection de son investissement. Cette démarche apparaît dans la façon d'analyser le critère de l'effet (a) comme dans celle d'utiliser le critère de la finalité (b). C'est cependant dans le critère de la proportionnalité, pris en compte par un nombre croissant de tribunaux¹⁰⁸, qu'elle s'incarne principalement (c). Souvent en combinaison avec chacun de ces trois critères, celui des attentes légitimes de l'investisseur (d) œuvre également à la détermination de l'occurrence d'une expropriation indirecte¹⁰⁹.

a) *L'effet de la mesure étatique*

Avant d'analyser l'intensité de l'effet requis par les tribunaux arbitraux (iii), il convient au préalable d'étudier brièvement la pratique arbitrale concernant la durée de l'effet (i) et l'« assiette » de l'investissement en fonction de laquelle il est évalué (ii).

i) *La durée de l'effet*

¹⁰⁸ V. en ce sens, le constat du Tribunal institué en l'affaire *Total* : « *When foreign investors complain of State regulatory actions under a BIT, in order to decide whether the measures also amount to an indirect expropriation (a so-called regulatory taking) a tribunal must take into account their features and object so as to assess their proportionality and reasonableness in respect of the purpose which is legitimately pursued by the host State. These regulatory measures, when judged as legitimate, proportionate, reasonable and non-discriminatory, do not give rise to compensation in favour of foreign investors. The Tribunal shares the dominant approach followed by international tribunals, that is to take into account also the purpose and the causes of the measures taken by a State (together with their adverse effects on the foreign investment)* », affaire *Total S.A. c. République d'Argentine*, ARB/04/01, S du 27 décembre 2010, § 232. V. aussi Y. FORTIER, S.L. DRYMER, « Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it When I see It, or Caveat Investor », *ICSID Review* 2004, p. 293.

¹⁰⁹ Au regard de rares sentences, on peut aussi mentionner ici l'épuisement des voies de recours internes dont l'absence, bien qu'il ne constitue pas une condition *sine qua non*, a pu être considérée comme constituant une présomption de non-occurrence d'une expropriation indirecte. V. en ce sens notamment la sentence rendue en l'affaire *Generation Ukraine* où le Tribunal considéra : « *[A]n international tribunal may deem that the failure to seek redress from national authorities disqualifies the international claim, not because there is a requirement of exhaustion of local remedies but because the very reality of conduct tantamount to expropriation is doubtful in the absence of a reasonable – not necessarily exhaustive – effort by the investor to obtain correction* », affaire *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, ARB/00/9, S du 16 septembre 2003, § 20.30. V. Ch.F. DUGAN, D. WALLACE (Jr), N. RUBINS, B. SABAHI, *Investor-State Arbitration, op. cit.*, p. 469.

Généralement, les tribunaux considèrent que la mesure étatique doit avoir un effet permanent sur l'investissement aux fins que celui-ci puisse être considéré comme indirectement exproprié.

Ainsi, par exemple, dans l'affaire *LG&E*, le Tribunal déclara : « *[O]ne must consider the duration of the measure as it relates to the degree of interference with the investor's ownership rights. Generally, the expropriation must be permanent, that is to say, it cannot have a temporary nature* »¹¹⁰. Il considéra qu'il ne peut en être autrement « *unless the investment's successful development depends on the realization of certain activities at specific moments that may not endure variations* »¹¹¹.

Dans la même perspective, le Tribunal institué en l'affaire *Myers* affirma :

« *An expropriation usually amounts to a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights although it may be that, in some contexts and circumstances, it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation, even if it were partial or temporary* »¹¹².

Cette mention de l'expropriation partielle ou *partial deprivation* conduit à l'analyse de l'assiette de l'investissement au regard de laquelle l'effet de la mesure est évalué.

ii) *L'assiette de l'investissement*

Ici, se pose la question de savoir si l'investissement doit être affecté par la mesure dans sa totalité ou bien si seuls certains de ses éléments peuvent l'être, et ce, aux fins du constat de l'occurrence d'une expropriation indirecte.

¹¹⁰ Dans l'affaire *Mohammad Ammar Al-Bahloul*, le Tribunal estima à l'égard des droits contractuels que : « *In case of contractual rights, a temporary non-fulfilment of the State's contractual obligations is not sufficient to constitute an expropriation. The State must terminate the contract or at least definitively refuse to perform its obligation under it. A temporary deprivation will not suffice to constitute expropriation, even if it may give rise to a claim of damages for losses sustained during the period when the investor has been deprived of the use or enjoyment of his contract rights* », affaire *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. République du Tadjikistan*, SCC 064/2008, S partielle du 2 septembre 2009, § 281. V. aussi notamment l'affaire *S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S partielle du 13 novembre 2000, § 116.

¹¹¹ Affaire *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. République d'Argentine*, ARB/02/1, S du 3 octobre 2006, § 193.

¹¹² Affaire *S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S partielle du 13 novembre 2000, § 283. Des mesures temporaires ont ainsi été considérées comme expropriatrices dans l'affaire *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, ARB/00/6, S du 22 décembre 2003.

Les tribunaux arbitraux prennent généralement en compte l'investissement dans sa totalité. Ainsi, par exemple, le Tribunal institué dans l'affaire *Telenor* considéra-t-il : « *[I]n the present case at least, the investment must be viewed as a whole and the test the Tribunal has to apply is whether, viewed as a whole, the investment has suffered substantial erosion of value* »¹¹³. Ce n'est généralement que si l'investissement est « séparable » en différents éléments distincts que les tribunaux envisagent l'expropriation indirecte¹¹⁴ de l'un ou de plusieurs de ceux-ci¹¹⁵. Il en est notamment ainsi à l'égard de droits contractuels spécifiques¹¹⁶. Dans l'affaire *Waste Management*, les arbitres affirmèrent ainsi :

*« It is open to the Tribunal to find a breach of Article 1110 in a case where certain facts are relied on to show the wholesale expropriation of an enterprise but the facts establish the expropriation of certain assets only. Accordingly the Tribunal will consider first the standard set by Article 1110, in particular for conduct tantamount to an expropriation, then whether the enterprise as a whole was subjected to conduct in breach of Article 1110, and finally whether (even if there was no wholesale expropriation of the enterprise as such) the facts establish a partial expropriation »*¹¹⁷.

iii) *L'intensité de l'effet*

Les arbitres doivent toujours déterminer l'effet de la mesure sur l'investissement concerné, que l'expropriation indirecte alléguée soit partielle ou totale. Les tribunaux s'accordent généralement sur le fait qu'il n'est pas nécessaire de constater que l'État a eu l'intention d'exproprier l'investisseur¹¹⁸ et qu'il a bénéficié de l'investissement¹¹⁹. On peut

¹¹³ Affaire *Telenor Mobile Communications A.S. c. République de Hongrie*, ARB/04/15, S du 13 septembre 2006, § 67.

¹¹⁴ Si cette séparabilité est aussi pertinente relativement aux situations d'expropriation directe, celle-ci se révèle en pratique plus difficile à apprécier en relation avec les situations d'expropriation indirecte.

¹¹⁵ Sur cette question de l'expropriation partielle, v. notamment U. KRIEBAUM, « Partial Expropriation », *Journal of World Investment and Trade*, 2007, pp. 69-84.

¹¹⁶ Comme noté en doctrine, l'évaluation de la séparabilité des éléments de l'investissement requiert une analyse au cas par cas et porte notamment sur l'analyse du droit applicable aux fins de déterminer si le droit ou l'intérêt concerné peut être considéré comme un droit de propriété distinct, v. notamment A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, op. cit., pp. 348-349.

¹¹⁷ Affaire *Waste Management, Inc. c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/00/3 (ALENA), S du 30 avril 2004, § 141. V. aussi notamment l'affaire *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Égypte*, ARB/99/6, S du 12 avril 2002 ; affaire *Eureko B.V. c. République de Pologne*, S partielle du 19 août 2005, § 241 ; affaire *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC c. République de Moldavie*, SCC, S du 22 septembre 2005, § 4.2.5 ; affaire *Merril & Ring Forestry L.P. c. Gouvernement du Canada*, UNCITRAL (Administration CIRDI)-ALENA, S du 21 mars 2010, § 144.

¹¹⁸ Dans l'affaire *Vivendi II* par exemple, le Tribunal considéra : « *There is extensive authority for the proposition that the state's intent, or its subjective motives are at most a secondary consideration. While intent*

cependant noter des nuances dans la pratique arbitrale ; elles se rapportent en particulier au degré et aux modalités des effets requis par les arbitres¹²⁰.

La pratique la plus favorable à l'investisseur considère qu'une mesure équivaut à une expropriation indirecte si elle cause une baisse significative de la valeur de l'investissement. Ainsi, le Tribunal constitué dans l'affaire *Metalclad*¹²¹ estimait :

*« Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State »*¹²².

will weigh in favour of showing a measure to be expropriatory, it is not a requirement, because the effect of the measure on the investor, not the state's intent, is the critical factor », affaire *Compania de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal SA c. République d'Argentine*, ARB/97/3, S du 20 août 2007, § 7.5.20. V. aussi notamment l'affaire *Siemens c. République d'Argentine*, ARB/02/8, S du 6 février 2007, § 270. Dans le même sens, le Tribunal irano-américain a pu affirmer dans l'affaire *Phillips* notamment que : « [A] government's liability to compensate for expropriation of alien property does not depend on proof that the expropriation was intentional », affaire *Phillips Petroleum Co. Iran c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 29 juin 1989, 21 Iran-U.S. C.T.R. 7, p. 115. Comme mentionné par le Tribunal *Vivendi II*, l'intention d'exproprier joue un rôle certain dans la détermination de l'occurrence d'une expropriation. Au-delà, elle peut être pertinente en relation avec l'évaluation des dommages au titre des dommages moraux, v. affaire *Desert Line Projects LLC c. République du Yémen*, ARB/05/17, S du 6 février 2008, § 290.

¹¹⁹ Les tribunaux arbitraux considèrent ainsi *mutatis mutandis* : « *Although formally an expropriation means a forcible taking by the Government of tangible or intangible property owned by private persons by means of administrative or legislative action to that effect, the term also covers a number of situations defined as de facto expropriation, where such actions or laws transfer assets to third parties different from the expropriating State or where such laws or actions deprive persons of their ownership over such assets, without allocating such assets to third parties or to the Government* », affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique*, ARB (AF)/00/2 (ALENA), S du 29 mai 2003, § 113. De rares tribunaux estiment cependant que l'État doit bénéficier de l'expropriation, v. notamment l'affaire *Eudoro Armando Olguín c. République du Paraguay*, ARB/98/5, S du 26 juillet 2001, § 84 ; affaire *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, UNCITRAL, S du 3 septembre 2001, § 203.

¹²⁰ Ch.F. DUGAN, D. WALLACE (Jr), N. RUBINS, B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, op. cit., p. 455.

¹²¹ Dans ce sens, on peut noter que lors de la révision de la sentence (la question de l'expropriation n'étant pas sujette à révision) par la Cour suprême de Colombie britannique, celle-ci affirma : « *The Tribunal gave an extremely broad definition of expropriation for the purposes of Article 1110. In addition to the more conventional notion of expropriation involving a taking of property, the Tribunal held that expropriation under the NAFTA includes covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property* », Révision par la Cour suprême de Colombie britannique, 2 mai 2001.

¹²² Affaire *Metalclad Corporation c. Mexico*, ARB(AF)/97/1 (ALENA), S du 30 août 2000, § 103. V. aussi notamment l'affaire *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, ARB/07/16, S du 8 novembre 2010, § 408. Comme noté en doctrine, bien que ce standard existe au moins en tant que doctrine, les tribunaux se montrent réticents à l'utiliser, v. notamment Ch.F. DUGAN, D. WALLACE (Jr), N. RUBINS, B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, op. cit., p. 460.

La deuxième pratique arbitrale se concentre sur le contrôle de l'investissement. Il faut qu'il soit perdu pour que la mesure étatique soit considérée comme ayant un effet équivalant à une expropriation, et ce, indépendamment de la perte de valeur. Ainsi, dans la sentence *Feldman*, le Tribunal faisant application du principe développé dans l'affaire *Pope and Talbot*¹²³ considéra :

« [...] [H]ere, as in *Pope & Talbot*, the regulatory action (enforcement of longstanding provisions of Mexican law) has not deprived the Claimant of control of the investment, CEMSA, interfered directly in the internal operations of CEMSA or displaced the Claimant as the controlling shareholder. The Claimant is free to pursue other continuing lines of export trading, such as exporting alcoholic beverages, photographic supplies, or other products for which he can obtain from Mexico the invoices required under Article 4, although he is effectively precluded from exporting cigarettes. Thus, this Tribunal believes there has been no "taking" under this standard articulated in *Pope & Talbot*, in the present case »¹²⁴.

Enfin, la troisième pratique détermine l'existence d'une expropriation indirecte sur la base de la destruction de la valeur de l'investissement, indépendamment du degré de contrôle conservé sur l'investissement. Dans l'affaire *Tecmed*, le Tribunal arbitral affirma ainsi :

¹²³ Affaire *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S intermédiaire du 26 juin 2000.

¹²⁴ Affaire *Feldman c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/99/1 (ALENA), S du 16 décembre 2002, § 152. Dans le même sens, v. notamment l'affaire *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, ARB/01/8, S du 12 mai 2005, § 263 ; affaire *Azurix c. République d'Argentine*, ARB/01/12, S du 14 juillet 2006, § 322 ; affaire *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. République d'Argentine*, ARB/02/1, S du 3 octobre 2006, § 188 ; affaire *National Grid P.L.C. c. République d'Argentine*, CNUDCI, S du 3 novembre 2008, §. 154-15. Dans l'affaire *Enron*, le Tribunal considéra : « *The list of measures considered in the Pope & Talbot case as tantamount to expropriation, which the Respondent has invoked among other authorities, is in the Tribunal's view representative of the legal standard required to make a finding of indirect expropriation. Substantial deprivation results in that light from depriving the investor of the control of the investment, managing the day-to-day operations of the company, arrest and detention of company officials or employees, supervision of the work of officials, interfering in the administration, impeding the distribution of dividends, interfering in the appointment of officials and managers, or depriving the company of its property or control in total or in part* », affaire *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. c. République d'Argentine*, ARB/01/3, S du 22 mai 2007, § 245. Une telle attention portée au critère du contrôle a pu être critiquée en doctrine. Ainsi, par exemple, Rudolf. Dolzer et Christoph Schreuer estiment que : « *Control is obviously an important aspect the analysis of a taking. However, the continued exercise of control by the investor in itself is not necessarily the sole criterion. The issue becomes obvious when a host state substantially deprives the investor of the value of the investment leaving the investor with the control of an entity that does not amount to much more than the shell of the former investment* », R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 107.

« To establish whether the Resolution is a measure equivalent to an expropriation under the terms of section 5(1) of the Agreement, it must be first determined if the Claimant, due to the Resolution, was radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto –such as the income or benefits related to the Landfill or to its exploitation– had ceased to exist. In other words, if due to the actions of the Respondent, the assets involved have lost their value or economic use for their holder and the extent of the loss. This determination is important because it is one of the main elements to distinguish, from the point of view of an international tribunal, between a regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the state’s police power that entails a decrease in assets or rights, and a de facto expropriation that deprives those assets and rights of any real substance. Upon determining the degree to which the investor is deprived of its goods or rights, whether such deprivation should be compensated and whether it amounts or not to a de facto expropriation is also determined. Thus, the effects of the actions or behavior under analysis are not irrelevant to determine whether the action or behavior is an expropriation »¹²⁵.

Il a pu être affirmé que les nuances susmentionnées ne doivent pas être établies de façon dogmatique. L’évaluation doit être établie en fonction des données de chaque espère¹²⁶. Il apparaît cependant que, dans leur principe, les deuxième et troisième pratiques de l’utilisation du critère de l’effet ne sont pas plus protectrices de l’investisseur que l’application la plus nuancée et la plus courante qui est faite du critère de la finalité.

b) *La finalité de la mesure*

¹²⁵ Affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique*, ARB (AF)/00/2 (ALENA), S du 29 mai 2003, § 115. V. aussi notamment l’affaire *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d’Égypte*, ARB/99/6, S du 12 avril 2002, § 107 ; affaire *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d’Amérique*, CNUDCI-ALENA, S du 8 juin 2009, § 357 ; affaire *Cargill, Incorporated c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/05/2 (ALENA), S du 18 septembre 2009, § 360.

¹²⁶ Dans l’affaire *Chemtura*, relativement à la controverse ayant suivi le degré de dépossession requis par le Tribunal *Metalclad*, les arbitres déclarèrent : « *The Tribunal is [...] of the view that it does not need to settle that legal controversy to decide the case before it. The determination of whether there has been a “substantial” deprivation is a fact-sensitive exercise to be conducted in the light of the circumstances of each case. [...] One important feature of fact-sensitive assessments is that they cannot be conducted on the basis of rigid binary rules. It would make little sense to state a percentage or a threshold that would have to be met for a deprivation to be “substantial” as such modus operandi may not always be appropriate* », affaire *Chemtura corporation (formerly Crampton corporation) c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S du 2 août 2010, § 249. Dans ce sens, v. notamment Ch.F. DUGAN, D. WALLACE (Jr), N. RUBINS, B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, op. it., p. 450.

Le critère de la finalité est – il est vrai – érigé en dogme par certains tribunaux arbitraux. Ainsi, par exemple, le Tribunal arbitral institué en l'affaire *Methanex* déclarait-il :

« *As a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation* »¹²⁷.

La radicalité de cette approche¹²⁸ crée une faille dans la protection de l'investissement¹²⁹ ; elle apparaît de plus paradoxale au regard de la *ratio legis* de l'expropriation indirecte. En effet, suivant le Tribunal *Methanex*, les mesures régulatrices ne seraient pas indemnisables parce qu'elles poursuivent notamment une finalité d'intérêt public, alors que les AII¹³⁰ considèrent l'intérêt public comme l'une des conditions de licéité d'une expropriation indirecte, en sus notamment de l'indemnisation¹³¹. Le Tribunal institué en l'affaire *Azurix* nota ce paradoxe en ces termes :

¹²⁷ Affaire *Methanex c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI-ALENA, S du 3 août 2005, Part IV - Chapter D, § 7.

¹²⁸ Sur le principe, celle-ci est affirmée par nombre de tribunaux. Ainsi, par exemple, le Tribunal institué en l'affaire *Saluka* considéra : « *In the opinion of the Tribunal, the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed investor when it adopts general regulations that are "commonly accepted as within the police power of States" forms part of customary international law today. There is ample case law in support of this proposition. As the tribunal in Methanex Corp. v. USA said recently in its final award, [i]t is a principle of customary international law that, where economic injury results from a bona fide regulation within the police powers of a State, compensation is not required* », affaire *Saluka Investments BV (the Netherlands) c. République tchèque*, CNUDCI, S partielle du 17 mars 2006, § 262. V. aussi le Tribunal irano-américain qui évoqua en l'affaire *Setco* « *an accepted principle of international law that a state is not liable for economic injury which is the consequence of a bona fide regulation within the accepted police power of states* », affaire *Sedco Inc. c. National Iranian Oil Co. et autres*, S interlocutoire du 28 octobre 1985, 9 Iran-U.S. C.T.R. 248, p. 275.

¹²⁹ Dans ce sens, le Tribunal institué en l'affaire *Pope and Talbot* estima : « *Regulations can indeed be exercised in a way that would constitute creeping expropriation. [...] [M]uch creeping expropriation could be conducted by regulation, and a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protections against expropriation* », affaire *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI-ALENA, S intermédiaire du 26 juin 2000, § 100.

¹³⁰ On peut à cet égard noter que le modèle canadien et le modèle américain, tout en considérant que des mesures régulatrices non discriminatoires poursuivant une finalité publique ne peuvent constituer des expropriations indirectes, précisent cependant que tel pourrait être le cas en certaines rares circonstances, v. *supra*.

¹³¹ En ce sens, Rosalyn Higgins a pu s'interroger en ces termes : « *Is not the State in both cases (that is, either by a taking for a public purpose, or by regulating) purporting to act in the common good ? And in each case has the owner of the property not suffered loss ?* », R. HIGGINS, « *The Taking of Property by the State, Recent Developments in International Law* », *op. cit.*, p. 331. Dans la même perspective, v. R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, p. 110.

« According to it, the BIT would require that investments not be expropriated except for a public purpose and that there be compensation if such expropriation takes place and, at the same time, regulatory measures that may be tantamount to expropriation would not give rise to a claim for compensation if taken for a public purpose »¹³².

Sans doute consciente de ce paradoxe, ou tout du moins de l'incapacité de la *police power doctrine* à identifier la « ligne de distinction » entre les mesures régulatrices et les mesures expropriatrices¹³³, la position dominante des tribunaux se concentrant sur la finalité de la mesure considère qu'une mesure étatique d'intérêt général¹³⁴ et non discriminatoire¹³⁵, affectant un investissement, peut néanmoins équivaloir à une expropriation indirecte en certains cas extrêmes¹³⁶. Ainsi par exemple, dans l'affaire *EnCana*, le Tribunal arbitral considéra :

« In the absence of a specific commitment from the host State, the foreign investor has neither the right nor any legitimate expectation that the tax regime will not change, perhaps to its disadvantage, during the period of the investment. Of its nature all

¹³² Affaire *Azurix c. République d'Argentine*, ARB/01/12, S du 14 juillet 2006, § 311.

¹³³ Ainsi, dans la sentence *Saluka* susmentionnée, le Tribunal reconnut que : « *That being said, international law has yet to identify in a comprehensive and definitive fashion precisely what regulations are considered "permissible" and "commonly accepted" as falling within the police or regulatory power of States and, thus, non compensable. In other words, it has yet to draw a bright and easily distinguishable line between non-compensable regulations on the one hand and, on the other, measures that have the effect of depriving foreign investors of their investment and are thus unlawful and compensable in international law. It thus inevitably falls to the adjudicator to determine whether particular conduct by a state "crosses the line" that separates valid regulatory activity from expropriation. Faced with the question of when, how and at what point an otherwise valid regulation becomes, in fact and effect, an unlawful expropriation, international tribunals must consider the circumstances in which the question arises. The context within which an impugned measure is adopted and applied is critical to the determination of its validity* », affaire *Saluka Investments BV (the Netherlands) c. République tchèque*, CNUDCI, S partielle du 17 mars 2006, §§ 263-264.

¹³⁴ La transparence de la prise de décision de la mesure constitue une garantie que celle-ci poursuit un intérêt public et, au-delà, un critère parfois pris en compte par les tribunaux arbitraux pour évaluer l'occurrence d'une expropriation indirecte. V. notamment l'affaire *Metalclad Corporation c. Mexico*, ARB(AF)/97/1 (ALENA), S du 30 août 2000, § 103 ; affaire *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/99/1 (ALENA), S du 16 décembre 2002, § 112 ; affaire *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI-ALENA, S du 3 août 2005, Part IV - Chapter D, § 101.

¹³⁵ Le constat par le tribunal de la dimension discriminatoire de la mesure étatique contribue à sa qualification comme mesure équivalant à une expropriation. Ainsi, le Tribunal institué en l'affaire *Methanex* affirma : « *In the Tribunal's view, Methanex is correct that an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfils a key requirement for establishing expropriation* », affaire *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI-ALENA, S du 3 août 2005, Part IV - Chapter D, § 7. V. aussi notamment l'affaire *Eureko BV c. République de Pologne*, S partielle du 19 août 2005, § 242.

¹³⁶ Dans ce sens, « *[i]t is well established that the mere exercise by government of regulatory powers that create impediments to business or entail the payment of taxes or other levies does not of itself constitute expropriation* ». V. affaire *Telenor Mobile Communications A.S. c. République de Hongrie*, ARB/04/15, S du 13 septembre 2006, § 64. V. aussi notamment l'affaire *Starrett Housing Corp. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 14 août 1987, 4 Iran-U.S. C.T.R. 122, p. 156 ; affaire *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/99/1 (ALENA), S du 16 décembre 2002, § 112.

taxations reduce the economic benefits an enterprise would otherwise derive from the investment; it will only be in an extreme case that a tax which is general in its incidence could be judged as equivalent in its effect to an expropriation of the enterprise which is taxed »¹³⁷.

La solution apparaît ici analogue à celle formulée par les Tribunaux dans les affaires *Feldman*¹³⁸ et *Tecmed* par le spectre du critère de l'effet : une mesure étatique d'intérêt général n'équivaut à une expropriation indirecte que dans les cas extrêmes, pouvant notamment consister en une perte de contrôle ou en une destruction totale de la valeur de l'investissement¹³⁹.

Ce test opère, en considération des seuls faits de l'espèce, une balance entre les intérêts de l'État et ceux de l'investisseur¹⁴⁰. Pèse sur l'investisseur le poids de la satisfaction de l'intérêt général jusqu'au point où il remet en cause l'existence de son investissement, stade à partir duquel la société doit prendre à sa charge le poids de son intérêt général. Dans cette perspective, Rosalyn Higgins a énoncé à l'égard du droit international général :

« Under international law standards, a regulation that amounted (by virtue of its scope and effect) to a taking, would need to be “for a public purpose” (in the sense of in

¹³⁷ Affaire *EnCana Corporation c. République d'Équateur*, LCIA no. UN3481, S du 3 février 2006, § 169.

¹³⁸ Dans cette perspective, on peut noter que le Tribunal institué en l'affaire *Feldman* précisa : « [N]ot all government regulatory activity that makes it difficult or impossible for an investor to carry out a particular business, change in the law or change in the application of existing laws that makes it uneconomical to continue a particular business, is an expropriation under Article 1110. Governments, in their exercise of regulatory power, frequently change their laws and regulations in response to changing economic circumstances or changing political, economic or social considerations. Those changes may well make certain activities less profitable or even uneconomic to continue », affaire *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/99/1 (ALENA), S du 16 décembre 2002, § 112.

¹³⁹ L'*obiter* souvent cité du Tribunal institué en l'affaire *Santa Elena* apparaît ici parfaitement compatible avec cette approche : « *Expropriatory environmental measures –no matter how laudable and beneficial to society as a whole– are in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains* », affaire *Compania del Desarrollo de Santa Elena SA c. République du Costa Rica*, ARB/96/1, S du 17 février 2000, § 72.

¹⁴⁰ Dans cette perspective, le Tribunal institué en l'affaire *Generation Ukraine* nota : « *Predictability is one of the most important objectives of any legal system. It would be useful if it were absolutely clear in advance whether particular events fall within the definition of an “indirect” expropriation. It would enhance the sentiment of respect for legitimate expectations if it were perfectly obvious why, in the context of a particular decision, an arbitral tribunal found that a governmental action or inaction crossed the line that defines acts amounting to an indirect expropriation. But there is no checklist, no mechanical test to achieve that purpose. The decisive considerations vary from case to case, depending not only on the specific facts of a grievance but also on the way the evidence is presented, and the legal bases pleaded. The outcome is a judgment, i.e. the product of discernment, and not the printout of a computer programme* », affaire *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, ARB/00/9, S du 16 septembre 2003, § 20.29.

general, rather than for a private interest). And just compensation would be due. At the same time, interferences with property for economic and financial regulatory purposes are tolerated to a significant extent »¹⁴¹.

Comme il apparaît ici, une telle approche prend à la fois en compte le critère de l'effet et celui de la finalité de la mesure. Cette démarche, conjuguant plusieurs critères, se retrouve au cœur des pratiques arbitrales précitées ; elle est cependant affinée par le critère de la proportionnalité de la mesure.

c) *La proportionnalité*

Ce sont les arbitres dans l'affaire *Tecmed* qui ont sans doute le mieux explicité ce critère permettant la mise en évidence d'une expropriation indirecte :

« After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality. Although the analysis starts at the due deference owing to the State when defining the issues that affect its public policy or the interests of society as a whole, as well as the actions that will be implemented to protect such values, such situation does not prevent the Arbitral Tribunal [...] from examining the actions of the State [...] to determine whether such measures are with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of who suffered such deprivation. There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the action of the state and whether such

¹⁴¹ R. HIGGINS, « The Taking of Property by the State, Recent Developments in International Law », *op. cit.*, p. 331. Aussi, convient-il ici sans doute de s'interroger sur les *obiter* susmentionnés des tribunaux qui considèrent les mesures régulatrices de portée générale comme exclues de la réglementation internationale de l'expropriation indirecte.

deprivation was compensated or not [...] it should be also considered that the foreign investor has a reduced or nil participation in the taking of the decisions that affect it »¹⁴².

Au titre de ce critère de proportionnalité, les arbitres prennent ainsi en compte principalement la finalité de la mesure et son effet¹⁴³. Au-delà de sa généralisation dans la pratique arbitrale¹⁴⁴, l'utilisation de ce critère peut être rapprochée de celui fourni par le modèle américain de TBI¹⁴⁵. Celui-ci requiert en effet la prise en compte de l'impact de la mesure, de son caractère et de la proportion dans laquelle elle interfère avec les « *reasonable investment-backed expectations* »¹⁴⁶.

d) *Les attentes légitimes de l'investisseur*

¹⁴² Affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique*, ARB (AF)/00/2 (ALENA), S du 29 mai 2003, § 122. Ce faisant, le Tribunal se réfère explicitement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : « *Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim "in the public interest", but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised...[...]. The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear "an individual and excessive burden" [...] The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto* », affaire *James et autres*, jugement du 21 février 1986, pp. 19-20. V. aussi notamment l'affaire *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. République d'Argentine*, ARB/02/1, S du 3 octobre 2006, § 189.

¹⁴³ Les tribunaux reconnaissent une grande marge de discrétion aux États dans l'évaluation de la nécessité de la mesure étatique, en se référant généralement à un standard de raisonnable, comme mentionné dans l'extrait précité de la sentence *Tecmed*. Comme indiqué en doctrine, « *[t]his standard appears to lie somewhere between the requirement that there be a plausible basis for the measure and the requirement that the measure be the least restrictive necessary in order to meet the objectives of the government* ». V. A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, op. cit., p. 364.

¹⁴⁴ Voir *supra*.

¹⁴⁵ « *(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action* », Annex B (« Expropriation ») du Modèle américain de traité bilatéral de promotion et de protection des investissements, 2004.

¹⁴⁶ Ce test est directement inspiré de la jurisprudence de la Cour suprême américaine, notamment de la décision rendue en l'affaire *Penn Central* : « *[W]e have frequently observed that whether a particular restriction will be rendered invalid by the government's failure to pay for any losses proximately caused by it depends largely "upon the particular circumstances [in that] case". [...] In engaging in these essentially ad hoc, factual inquiries, the Court's decisions have identified several factors that have particular significance. The economic impact of the regulation on the claimant and, particularly, the extent to which the regulation has interfered with distinct investment-backed expectations are, of course, relevant considerations [...] So, too, is the character of the governmental action* », affaire *Penn Central Transportation Co. c. New York City*, 438 US 104 (SC1978).

Outre le rôle qu'elles jouent dans le contentieux du traitement juste et équitable¹⁴⁷, les attentes légitimes constituent un critère pris en compte par les tribunaux arbitraux aux fins de la détermination d'une expropriation indirecte¹⁴⁸.

Les tribunaux arbitraux sont généralement exigeants dans la reconnaissance de l'existence d'attentes légitimes ; ils considèrent que l'investisseur ne saurait avoir une attente légitime à la réalisation de profits¹⁴⁹, le risque constituant une composante intrinsèque de son activité. De plus, les arbitres estiment très généralement que les attentes de l'investisseur ne peuvent être fondées sur l'environnement normatif général qui existait au moment où il a réalisé son investissement. Ils considèrent en effet que l'État jouit d'une liberté normative¹⁵⁰ et que l'investisseur ne peut se plaindre de changements dans sa législation¹⁵¹, particulièrement pour ce qui concerne les secteurs sensibles¹⁵² ou dans les économies instables¹⁵³, surtout lorsque l'investisseur en tire avantage.

Aussi les tribunaux requièrent-ils l'existence d'un acte individuel. Comme précisé par le Tribunal institué en l'affaire *Azurix* : « *The expectations [...] are not necessarily based on a*

¹⁴⁷ Voir la contribution au présent ouvrage d'Y. NOUVEL : « Traitement juste et équitable, protection et sécurité pleines et entières ».

¹⁴⁸ Voir F. DUPUY, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat. Étude de droit international des investissements à la lumière du droit comparé*, Thèse Universités de Paris II/Humbolt Universität – Berlin, 2007, disponible à l'Atelier national de reproduction des thèses (ANRT).

¹⁴⁹ Voir *supra*.

¹⁵⁰ V. Ch. LEBEN, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international : nouveaux développements*, Ch. LEBEN (dir.), Paris, LGDJ, 2006, pp. 163-183. L'auteur note notamment que les Tribunaux sont ainsi plus enclins à voir dans les mesures étatiques une violation de la norme du traitement juste et équitable. Dans le même sens, v. aussi notamment v. R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁵¹ Comme affirmé par le Tribunal institué en l'affaire *Feldman* : « *[N]ot all government regulatory activity that makes it difficult or impossible for an investor to carry out a particular business, change in the law or change in the application of existing laws that makes it uneconomical to continue a particular business, is an expropriation under Article 1110. Governments, in their exercise of regulatory power, frequently change their laws and regulations in response to changing economic circumstances or changing political, economic or social considerations. Those changes may well make certain activities less profitable or even uneconomic to continue* », affaire *Marvin Feldman c. Mexique*, ARB(AF)99/1 (ALENA), S du 16 décembre 2002, § 112.V. aussi notamment l'affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique*, ARB (AF)/00/2 (ALENA), S du 29 mai 2003, § 113 ; affaire *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/97/2 (ALENA), S du 1 novembre 2009, § 83 ; affaire *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. République du Liban*, ARB/07/12, SC du 11 septembre 2011, § 185.

¹⁵² Ainsi, dans l'affaire *Grand River*, le Tribunal releva que : « *[T]rade in tobacco products has historically been the subject of close and extensive regulation by U.S. states, a circumstance that should have been known to the Claimant from his extensive past experience in the tobacco business. An investor entering an area traditionally subject to extensive regulation must do so with awareness of the regulatory situation* », affaire *Grand River Enterprises Six Nations c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI-ALENA, S du 12 Janvier 2011, § 144. V. aussi notamment l'affaire *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI-ALENA, S du 3 août 2005, Part IV - Chapter D, § 9.

¹⁵³ V. l'affaire *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, ARB/00/9, S du 16 septembre 2003, § 20.37.

contract but on assurances explicit or implicit, or on representations, made by the State which the investor took into account in making the investment »¹⁵⁴.

Ce n'est que si de tels actes existent que l'investisseur est considéré comme doté d'attentes légitimes dont la violation participe à l'évaluation de l'occurrence d'une expropriation indirecte. Cette seule violation – en particulier d'un contrat source des attentes légitimes – est généralement, en l'absence d'effet significatif sur l'investissement¹⁵⁵, considérée comme insuffisante pour constituer *per se* une expropriation indirecte¹⁵⁶. Par ailleurs, si de telles attentes légitimes n'ont pas été violées ou *a fortiori* si elles n'existent pas¹⁵⁷, les tribunaux se montrent réticents à reconnaître l'occurrence d'une expropriation indirecte.

Avant d'étudier les conditions de licéité de l'expropriation, il convient de faire mention d'une intéressante proposition doctrinale récemment avancée à la lumière des critères de l'expropriation indirecte ci-dessus analysés¹⁵⁸. En fonction de ces critères, mais surtout des modalités de son intervention, cette proposition consiste à distinguer deux catégories d'expropriations indirectes, respectivement qualifiées de « verticales » et « horizontales ». Selon l'auteur précité, « la mesure verticale d'expropriation indirecte peut être définie comme celle qui désigne nommément les investisseurs/investissements auxquels elle s'applique et

¹⁵⁴ Affaire *Azurix c. République d'Argentine*, ARB/01/12, S du 14 juillet 2006, § 318. V. aussi notamment l'affaire *Merril & Ring Forestry L.P. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI (Administration CIRDI)-ALENA, S du 21 mars 2010, § 150 ; affaire *Grand River Enterprises Six Nations c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI-ALENA, S du 12 Janvier 2011, § 140

¹⁵⁵ Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Azurix* susmentionnée, le Tribunal considéra qu'il n'y avait pas eu d'expropriation indirecte dans la mesure où l'investisseur contrôlait toujours son investissement, v. affaire *Azurix c. République d'Argentine*, ARB/01/12, S du 14 juillet 2006, § 322. V. aussi notamment l'affaire *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, ARB/01/8, S du 12 mai 2005, §§. 252-264.

¹⁵⁶ Dans cette perspective, le Tribunal institué en l'affaire *Sempra* nota : « *Legitimate expectation is also an issue which the parties have discussed, and is subject to protection under broadly conceived treaty standards and international law. This does not mean, however, that this right will operate to make the test for indirect expropriation less stringent* », affaire *Sempra Energy International c. République d'Argentine*, ARB/02/16, S du 28 septembre 2007, § 288. Si, dans les affaires *EnCana* et *Methanex* susmentionnées, les tribunaux ont affirmé que la violation seule d'engagements spécifiques pouvait constituer une expropriation indirecte, c'est parce que, partisans de la *police power doctrine*, ils ont dit n'accorder aucune importance à l'effet de la mesure sur l'investissement. V. *supra*.

¹⁵⁷ V. l'affaire *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI-ALENA, S du 3 août 2005, Part IV - Chapter D, §§ 7 et 9. Il convient sans doute de ne pas conférer trop d'importance aux attentes légitimes dans le contentieux de l'expropriation indirecte. En effet, comme affirmé par le Tribunal institué dans l'affaire *National Grid* : « *While this is a useful test and has been invoked by arbitral tribunals in cases such as Methanex, it may not be conclusive since there may be situations where, notwithstanding prior commitments, the regulatory effect may not be devastating enough to constitute an indirect expropriation. Conversely, the value of an investment may be lost through regulatory measures without any existence of prior commitments and, under the Treaty, such effect on the investment would give a right to compensation* », affaire *National Grid P.L.C. c. République d'Argentine*, CNUDCI, S du 3 novembre 2008, § 153.

¹⁵⁸ S.H. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, Presses Universitaires de France, 2012.

dont l'effet est de modifier la situation juridique de ses destinataires »¹⁵⁹. Par exemple, un investisseur étranger en position de concurrence sur le marché local avec un ou plusieurs investisseurs nationaux se voit retirer l'autorisation d'exploitation de l'usine qu'il avait établie dans le pays considéré¹⁶⁰. On constate au vu d'une telle illustration que cette mesure d'expropriation, directe parce qu'elle touche de façon spécifique un investisseur déterminé, est en réalité très proche d'une expropriation directe de type classique à laquelle manquerait simplement le caractère formel, manifesté sous la forme d'un instrument juridique adopté par l'État hôte et manifestant officiellement la volonté de ce dernier de priver l'investisseur de son investissement. Les exemples de ce type d'expropriation (à peine) indirecte abondent, notamment dans la jurisprudence CIRDI, comme l'attestent, parmi bien d'autres, des affaires telles que *Holidays Inn c. Maroc*¹⁶¹, *A.Genin c. Estonie*¹⁶², *A.Goetz c. Burundi*¹⁶³, ou, plus près de nous, *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Maroc*¹⁶⁴. La thèse de l'auteur précité est que cette catégorie, apparue chronologiquement avant la suivante, est celle en fonction de laquelle le droit des expropriations indirectes a été conçu, constat déjà antérieurement opéré par Muthucumaraswamy Sornarajah¹⁶⁵. Suzy Nikiéma oppose à ces expropriations indirectes, mais verticales, les « expropriations indirectes horizontales ». Ces dernières, à l'inverse des précédentes, ne visent pas nommément ou spécifiquement un ou plusieurs investisseurs étrangers. Elles sont édictées à l'égard de tous les opérateurs économiques sur le territoire national ou sont constituées par des décisions s'inscrivant dans le cadre de la politique économique générale de l'État considéré. Ce sont non plus des normes réalisées par des décisions à portée individuelle, mais des règles à portée générale. Les affaires nées de la dévaluation de la monnaie nationale en Argentine au tournant de l'année 2001-2002 en fournissent d'abondants témoignages. Dans ce type de situations, l'investisseur subit comme beaucoup d'autres les conséquences d'une mesure dont il n'est nullement destinataire en propre, le but initial de la mesure qui le frappe étant tout autre. On ne retrouve plus ici la parenté avec l'expropriation directe qui marquait encore l'expropriation indirecte dite

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 31.

¹⁶⁰ Voir par exemple les faits à l'origine de l'affaire *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre*, S *ad hoc* du 27 octobre 1989, *ILR*, 1990, vol. 95, pp. 183-232.

¹⁶¹ Affaire *Holidays Inn SA et autres c. Maroc*, ARB/72/1, S du 23 septembre 1974.

¹⁶² Affaire *Alex Genin et autres c. Estonie*, ARB/99/2, S du 25 juin 2001 (ayant rejeté toutes les prétentions de l'investisseur).

¹⁶³ Affaire *Antoine Goetz et autres c. Burundi*, ARB/95/3, S du 10 février 1999.

¹⁶⁴ Affaire *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. Maroc*, ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001.

¹⁶⁵ S.H. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, op. cit., p. 43 et M. SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investments*, 3rd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 367.

« verticale ». Ces expropriations indirectes « horizontales » devraient quant à elles amener à prendre d'autant plus en considération les finalités liées à la défense de l'intérêt général sans pour autant condamner la prise en compte des effets de ces mesures sur la situation propre à l'investisseur frappé ainsi de façon « collatérale ». La démarche de proportionnalité déjà évoquée peut alors être considérée comme d'autant plus importante que le pouvoir normatif de l'État ne saurait être mis en cause, sans pour autant que l'investisseur soit traité de façon inéquitable. Cette seconde catégorie d'expropriation indirecte pourrait également avoir un effet sur la détermination des conditions de licéité de l'expropriation.

III.– LES CONDITIONS DE LICÉITÉ DE L'EXPROPRIATION

Si une expropriation indirecte, et plus généralement une expropriation, a eu lieu, il convient que celle-ci remplisse des conditions aux fins d'être considérée comme licite par les pratiques conventionnelles et arbitrales. Les accords internationaux relatifs aux investissements énoncent – *mutatis mutandis* – quatre conditions de licéité de l'expropriation qu'il convient ici d'étudier¹⁶⁶. Aux termes de ceux-ci, l'expropriation doit viser une finalité d'intérêt public (A) ; elle doit être conforme au *due process* (B) ; elle ne doit pas être discriminatoire (C) ; enfin, elle doit faire l'objet d'une indemnisation (D).

A. L'intérêt public

La question de l'intérêt public justifiant les mesures étatiques expropriatrices a rarement soulevé de difficultés dans la pratique des tribunaux arbitraux. Les arbitres laissent une marge de discrétion certaine aux États dans la définition et la détermination de l'intérêt public. Dans cette perspective, ils considèrent – *mutatis mutandis* – :

« En l'absence d'erreur de droit ou de fait, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir, il n'appartient pas au Tribunal de substituer son propre jugement à l'appréciation faite discrétionnairement par le Gouvernement du Burundi des “impératifs d'utilité publique... ou d'intérêt national” »¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Ces conditions ont également une dimension coutumière, v. R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁶⁷ Affaire *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, ARB/95/3, S du 10 février 1999, § 126.

Cette appréciation est respectueuse de l'appréciation étatique ; elle ne vide pas pour autant la condition d'intérêt public de toute substance et ne l'érige pas en condition subjective¹⁶⁸. Ainsi, certains tribunaux arbitraux n'ont-ils pas manqué d'affirmer que les États doivent apporter la preuve de l'existence d'un intérêt public animant la conduite de l'État. Ainsi par exemple, dans l'affaire *ADC*, les arbitres déclarèrent :

*« In the Tribunal's opinion, a treaty requirement for "public interest" requires some genuine interest of the public. If mere reference to "public interest" can magically put such interest into existence and therefore satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the Tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met »*¹⁶⁹.

Le Tribunal considéra ainsi que l'État n'avait pas démontré l'intérêt public de la mesure, pas plus qu'il n'avait respecté le *due process*¹⁷⁰.

B. *Le due process*

Au-delà du débat sur la nature du *due process* en tant qu'obligation de comportement ou obligation de résultat (dans l'acception de Roberto Ago)¹⁷¹, la *ratio legis* de cette condition de licéité de l'expropriation de même que des exemples de son contenu normatif ont été précisément indiqués par le Tribunal constitué en l'affaire *ADC*. Ainsi, aux termes de la sentence :

« The Tribunal agrees with the Claimants that "due process of law", in the expropriation context, demands an actual and substantive legal procedure for a foreign investor to raise its claims against the depriving actions already taken or about to be taken against it. Some basic legal mechanisms, such as reasonable advance notice, a fair hearing and an unbiased and impartial adjudicator to assess the actions in dispute, are expected to be

¹⁶⁸ A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, op. cit., p. 372.

¹⁶⁹ Affaire *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, ARB/03.16, S du 2 octobre 2006, § 432.

¹⁷⁰ *Ibidem*, §§ 433 et 434.

¹⁷¹ Dans la doctrine, il a pu être considéré : *« The better view is that due process is properly viewed as an obligation of conduct. Due process requires, first and foremost, compliance with local law. Breaches of local procedures are prima facie breaches of due process. Second, the international standard or due process may be breached by serious procedural irregularities, even if these are latter corrected »*, A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties*, op. cit., p. 376.

readily available and accessible to the investor to make such legal procedure meaningful. In general, the legal procedure must be of a nature to grant an affected investor a reasonable chance within a reasonable time to claim its legitimate rights and have its claims heard. If no legal procedure of such nature exists at all, the argument that “the actions are taken under due process of law” rings hollow »¹⁷².

C. La non-discrimination

La condition de non-discrimination, quelle que soit sa terminologie conventionnelle exacte, est très généralement mentionnée dans les accords internationaux relatifs aux investissements. Cette uniformité conventionnelle rejoint ici le droit international coutumier qui prohibe toute expropriation discriminatoire reposant notamment sur la nationalité ou des motifs ethniques.

La pratique des tribunaux internationaux, se prononçant ou non¹⁷³ sur la violation d'un accord relatif aux investissements, confirme l'importance de cette condition de licéité de l'expropriation. Ils apprécient le plus souvent le respect de cette condition au regard du traitement reçu par les autres investisseurs se trouvant dans une situation comparable¹⁷⁴.

D. L'indemnisation

L'indemnisation constitue la quatrième condition de licéité de l'expropriation. Au-delà de l'émergence de cette condition en droit international général¹⁷⁵, la grande majorité des accords internationaux relatifs aux investissements adoptent le standard de l'indemnisation à la valeur équitable du marché (*fair market value*), correspondant aux terminologies d'indemnisation « pleine » ou « adéquate »¹⁷⁶. Ils précisent par ailleurs, sous des vocables variés, qu'elle doit

¹⁷² Affaire *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, ARB/03.16, S du 2 octobre 2006, § 435.

¹⁷³ V. notamment l'affaire *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) c. Gouvernement de la République arabe libyenne*, S du 12 avril 1977, *ILR*, 1977, § 194.

¹⁷⁴ Dans ce sens, certains tribunaux ont considéré que la différence de traitement reçu par des catégories différentes d'investisseurs évoluant dans un même secteur économique ne permettait pas de conclure à la nature discriminatoire de l'expropriation, pour autant que celle-ci soit fondée sur des critères rationnels, v. l'affaire *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique*, ARB(AF)/99/1, S du 16 décembre 2002, § 55. Se démarquant de cette pratique, on peut noter que le Tribunal institué en l'affaire *ADC* a comparé le traitement reçu par l'investisseur unique exploitant l'aéroport de Budapest avec celui de tous les investisseurs, affaire *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, ARB/03.16, S du 2 octobre 2006, § 442.

¹⁷⁵ V. l'introduction de la présente contribution.

¹⁷⁶ V. R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 91.

être calculée à la date précédant immédiatement l'expropriation. Ils précisent de plus que le paiement de l'indemnisation doit être prompt. En revanche, la plupart des AII sont silencieux relativement à la méthode d'évaluation de la valeur de l'investissement¹⁷⁷.

L'une des questions principales que soulève cette condition de licéité consiste à savoir si les règles susmentionnées sont également applicables à l'indemnisation versée en cas d'expropriation illicite.

Le point de référence relativement à cette question réside encore et toujours dans la décision de la CPJI rendue en l'affaire de l'*Usine de Chorzow*¹⁷⁸. Après avoir constaté que « la réparation est, en l'espèce, la conséquence non pas de l'application des articles 6 à 22 de la Convention de Genève, mais d'actes qui sont contraires aux dispositions de ces articles », la Cour en déduisit que :

« [L]'indemnité due au Gouvernement allemand n'est pas nécessairement limitée à la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la dépossession, plus les intérêts jusqu'au jour du paiement. [...] Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international »¹⁷⁹.

La CPJI établissait ainsi le critère de licéité de l'indemnisation des expropriations. En cas d'expropriation licite, l'indemnisation s'effectue en fonction de la valeur du bien exproprié au jour de l'expropriation, tandis qu'en cas d'expropriation illicite, elle doit rétablir la situation

¹⁷⁷ Pour l'analyse de ces méthodes, v. la contribution au présent ouvrage de M. RAUX : « Conséquences de la responsabilité : la réparation du dommage ».

¹⁷⁸ Dans l'affaire *Amoco*, le Tribunal irano-américain considéra ainsi que « *this judgment is widely regarded as the most authoritative exposé of the principles applicable in this field and is still valid today* » V. l'affaire *Amoco International Finance Corp. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 14 juillet 1987, 15 Iran-U.S. C.T.R. 189.

¹⁷⁹ Affaire relative à l'*Usine de Chorzow* (Allemagne c. Pologne), 13 septembre 1928, demandes en indemnité, Série A, n° 17, pp. 46-47.

qui existait à ce jour. Comme explicité par le Tribunal irano-américain, cette distinction est « *relevant only to two possible issues: whether restitution of the property can be awarded and whether compensation can be awarded for increase of the value of the property between the date of the taking and the date of the judicial or arbitral decision awarding compensation* »¹⁸⁰.

Dans cette perspective, les tribunaux arbitraux considèrent généralement que les modalités d'indemnisation disposées dans les AII ne s'appliquent pas aux expropriations illicites, expropriations qui peuvent être indemnisées plus conséquemment en fonction des dommages consécutifs à l'expropriation. Ainsi, dans l'affaire *Vivendi II*, le Tribunal déclarait-il :

*« The Treaty thus mandates that compensation for lawful expropriation be based on the actual value of the investment, and that interest shall be paid from the date of dispossession. However, it does not purport to establish a lex specialis governing the standards of compensation for wrongful expropriations. As to the appropriate measure of compensation for the breaches other than expropriation, the Treaty is silent. [...] There can be no doubt about the vitality of this statement of the damages standard under customary international law, which has been affirmed and applied by numerous international tribunals as well as the PCIJ's successor, the International Court of Justice. It is also clear that such a standard permits, if the facts so require, a higher rate of recovery than that prescribed in Article 5(2) for lawful expropriations »*¹⁸¹.

CONCLUSION

Au-delà de ses spécificités techniques, le droit de l'expropriation directe et indirecte analysé dans ce chapitre est représentatif des principaux problèmes que rencontre aujourd'hui le droit international des investissements. Comme révélé en particulier par l'étude des critères

¹⁸⁰ Affaire *Phillips Petroleum Co. Iran c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et autres*, S du 29 juin 1989, 21 Iran-U.S. C.T.R. 7, § 122.

¹⁸¹ Affaire *Compania de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal SA c. République d'Argentine*, ARB/97/3, S du 20 août 2007, §§ 8.2.3 et 8.2.5. Dans le même sens, v. aussi notamment l'affaire *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, ARB/03.16, S du 2 octobre 2006, § 481 ; affaire *Bernardus Henricus Funnekotter and others c. République du Zimbabwe*, ARB/05/6, S du 22 April 2009, § 110.

de l'expropriation indirecte, la nécessité mais aussi la difficulté s'affirment de trouver un équilibre entre les attentes et intérêts légitimes de l'investisseur et les responsabilités d'États hôtes en charge du bien public. Étant donné le laconisme qui caractérise généralement les dispositions conventionnelles, la dualité de ces intérêts confère aux arbitres une responsabilité toute particulière. Obligés d'opérer au cas par cas, en considération de chaque espèce, une telle recherche non dépourvue de considérations d'équité, les tribunaux arbitraux sont amenés à appliquer le droit international de façon dynamique ; ils doivent apprendre à dépasser les options doctrinales, mais également les clivages idéologiques qui les rendraient *a priori* trop favorables soit aux thèses de l'investisseur soit à celles de l'État hôte. Le temps n'est plus où il fallait seulement veiller à compenser les faiblesses d'investisseurs privés confrontés à l'arbitraire d'une puissance publique tentée d'abuser de ses privilèges. Il n'est pas davantage, en particulier lorsqu'un État est dit « du Sud », de voir forcément en lui une victime plus ou moins consentante des stratégies opaques d'entreprises multinationales sans scrupules. Chacun de ces dangers peut, certes, toujours se présenter dans une affaire ou dans une autre ; mais la mondialisation redistribue constamment les cartes entre les uns et les autres. Dans chaque cas considéré, les conditions concrètes dans lesquelles un investissement s'est effectué, par référence non seulement aux règles et standards du droit international, mais aux prescriptions du droit interne de l'État d'accueil, doivent inciter les arbitres à un approfondissement constant de l'étude des dossiers comme de la connaissance des tendances de la jurisprudence, tout en sachant garder leur liberté d'appréciation des faits et d'analyse du droit. Ce faisant, ils participent au développement du droit international des investissements. Dans l'exercice de cette dimension normative de leur fonction quasi judiciaire, ils ont dès lors la responsabilité d'expliquer et de justifier leur sentence aux fins de légitimer des prises de position intéressant la « communauté des États et des investisseurs » et de contribuer, affaire après affaire, à l'élaboration d'un droit international des investissements plus cohérent, y compris en matière d'expropriation¹⁸².

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

CHRISTIE (G.C.), « What Constitutes a Taking of Property under International Law? », *British Yearbook of International Law*, 1962, pp. 307-338.

¹⁸² Affaire *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, ARB/08/5, décision sur la compétence du 2 juin 2010, § 100 ; Y. RADI, *La standardisation et le droit international – Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 318.

- COSTAMAGNA (F.), « Legitimate Regulation vs Regulatory Expropriation in Public Infrastructure Investments after Azurix: a Case Study », *Transnational Dispute Management* 2007.
- DOLZER (R.), « New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property », *American Journal of International Law* 1981, pp. 553-589.
- DUGAN (C.F.), WALLACE (Jr) (D.), RUBINS (N.), SABAHI (B.), *Investor-State Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 818 p.
- DOLZER (R.), SCHREUER (Ch.), *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 400 p.
- FORTIER (Y.), DRYMER (S.L.), « Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know it When I see It, or Caveat Investor », *ICSID Review* 2004, pp. 293-327.
- FRANCIONI (F.), « Compensation for Nationalisation of Foreign Property: The Borderland between Law and Equity », *International and Comparative Law Quarterly* 1975/2, pp. 255-283.
- GAZZINI (T.), « Drawing the Line between Non-compensable Regulatory Powers and Indirect Expropriation of Foreign Investment – An Economic Analysis of Law Perspective », *Manchester Journal of International Economic Law* 2007, pp. 36-51.
- GEIGER (R.), « Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment », *New York University Environmental Law Journal* 2002, pp. 94-109.
- HIGGINS (R.), « The Taking of Property by the State, Recent Developments in International Law », *RCADI* 1982, t. 176, pp. 259-391.
- KRIEBAUM (U.), « Partial Expropriation », *Journal of World Investment and Trade* 2007, pp. 69-84.
- McLACHLAN (C.), SHORE (S.), WEINIGER (M.), *International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 528 p.
- LEBEN (Ch.), « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in Ch. LEBEN (dir.) *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international : nouveaux développements*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 163-183.
- LOPEZ ESCARCENA (S.), *Indirect Expropriation in International Law*, Cheltenham Edward Elgar Publisher, 2014.
- MERILL (T.W.), « Incomplete Compensation for Takings », *New York University Environmental Law Journal* 2002-2003, pp. 110-135.
- Mountfield (H.), « Regulatory Expropriations in Europe: the Approach of the European Court of Human Rights », *New York University Environmental Law Journal* 2002, pp. 136-147.
- NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer, 2009, 644 p.
- NIKIEMA (S.H.), *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, Presses Universitaires de France, 2012.
- NORTON (P.M.), « A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation », *American Journal of International Law* 1991, pp. 474-505.
- NOUVEL (Y.), « Les mesures équivalant à une expropriation indirecte dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *Revue générale de droit international public* 2002, pp.79-101.
- OCDE, « L' "expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement », Document de travail sur l'investissement international, n° 2004/4, 24 p.
- ORREGO VICUNA (F.), « Regulatory Authority and Legitimate Expectations Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society », *International Law FORUM du droit international* 2003/5, pp. 188-197.

- PAULSSON (J.), « Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk? », *Transnational Dispute Management* 2006, 12 p.
- VARGIU (P.), « Environmental Expropriation in International Investment Law », in T. TREVES, F. SEATZU, S. TREVISANUT (dir.), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, Routledge, London, pp. 155-173.
- PELLONPÄÄ (M.), FITZMAURICE (M.), « Taking of Property in the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1988, pp. 53-178.
- REISMAN (W.M.), SLOANE (R.D.), « Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation », *British Yearbook of International Law*, 2003, pp. 115-150.
- REINISCH (A.), « Expropriation », in MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (Ch.) (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press.
- ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010.
- RUIZ FABRI (H.), « The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for “Regulatory Expropriations” of the Property of Foreign Investors », *New York University Environmental Law Journal* 2002-2003, pp. 148-173.
- SAX (J.L.), « Takings and the Police Power », *Yale Law Journal* 1964/1, pp. 36-76.
- SCHREUER (Ch.), « The Concept of Expropriation under the ETC and Other Investment Protection Treaties », *Transnational Dispute Management* 2005, 39 p.
- SEDIGH (H.), « What Level Host State Interference Amounts to a Taking under Contemporary International Law? », *Journal of World Investment* 2001, pp. 631-684.
- SORNARAJAH (M.), *The International Law of Foreign Investments*, 3rd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 494 p.
- WAEDELDE (T.), KOLO (A.), « Environmental Regulation, Investment Protection and “Regulatory Taking” in International Law », *International and Comparative Law Quarterly* 2001, pp. 811-848.