

La Protection du Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'Etat dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte. Investissement International et Protection de l'Environnement

Sabrina Robert

En octobre 1996, *Metalclad Corporation*, une entreprise américaine ayant investi dans un centre de traitement de déchets toxiques au Mexique, intentait une action contre ce dernier, devant un tribunal arbitral. L'investisseur prétendait que le refus des autorités municipales de lui accorder un permis d'exploitation au motif que l'activité présentait des risques écologiques d'une part et l'adoption d'un décret gouvernemental déclarant la zone concernée de zone écologique d'autre part, constituaient une mesure d'effet équivalant à l'expropriation contraire à l'article 1110 de l'Accord de Libre Echange Nord Américain (ALENA)¹. Dans une décision du 30 août 2000, le tribunal constata que l'investisseur avait effectivement été privé d'une part significative du bénéfice de son bien et que le Mexique devait lui verser une indemnisation².

Cette décision a été accueillie avec beaucoup de craintes dans les sphères écologiques. Certains y ont vu le prélude à une remise en cause systématique par les investisseurs des mesures de réglementations environnementales adoptées par l'Etat d'accueil³. De telles plaintes ponctuent en effet le contentieux de l'expropriation indirecte (plaintes à l'encontre de mesures adoptées pour la réglementation de certaines substances ou certains produits ou refus d'octroyer certains permis d'exploitation par exemple) et leur multiplication suffit à inquiéter les Etats⁴.

* Attachée Temporaire d'Enseignement et de Recherche à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Doctorante en droit international. Auteur de *L'Erika : Responsabilités pour un désastre écologique*, Paris, Pedone, 2003, 259 p. et « La lutte contre les pollutions en mer Baltique. (L'efficacité de la Convention d'Helsinki sur la protection de l'environnement marin dans la mer Baltique) », *ADM*, 2003, pp. 189-219.

¹ Cet article dispose que :

« 1. Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre *une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation* d'un tel investissement («expropriation»), sauf :

- a) pour une raison d'intérêt public;
- b) sur une base non discriminatoire;
- c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1) ; et
- d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6. Nos italiques.

² Affaire *Metalclad Corporation v. Etats-Unis du Mexique*, CIRDI, Affaire n° ARB(AF)/97/1, décision du 30 août 2000, § 107 et § 109.

³ Cf. L. GODSHALL, « In the cold shadow of *Metalclad* : The potential for change to NAFTA's Chapter eleven », *NYU Env. Law Journal*, 2003, pp. 264-316 ; A. PRUJINER, « L'expropriation, l'ALENA et l'affaire Metalclad », *International Law Forum de Droit International*, 2003-3, p. 214 et J. WAGNER, « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *Golden Gate University Law Review*, 1999, p. 518.

⁴ Certaines affaires montrent d'ailleurs que le mécanisme de règlement des différends dont disposent les investisseurs en vertu des accords internationaux sur l'investissement. Cf. A.

L'investisseur étranger est protégé non seulement des expropriations formelles mais aussi des actions ou comportements qui ne sont pas explicitement destinés à priver un personne de sa propriété mais qui en ont l'effet⁵. Ainsi, à travers un régime juridique extrêmement protecteur de l'investisseur étranger, le pouvoir de réglementation de l'Etat peine à trouver sa place. L'objectif environnemental poursuivi ne permet pas d'infléchir la règle de l'indemnisation dès lors que le patrimoine de l'investisseur étranger est atteint au-delà d'un certain seuil. Or, l'indemnisation peut être un obstacle prohibitif à l'initiative étatique, le « pouvoir de payer » devenant une condition d'exercice par l'Etat de son droit de réglementation.

Dans ce contexte, l'objectif de cette analyse vise à démêler l'ensemble des enjeux et perspectives qui caractérisent la complexité du contentieux de l'expropriation indirecte afin de jeter les bases d'une réflexion efficace sur les moyens d'assurer un équilibre durable entre les intérêts des investisseurs privés et la satisfaction des responsabilités environnementales de ces derniers. Or, si le problème essentiel est de savoir sur qui doit peser la charge du coût de la satisfaction de l'intérêt général⁶, les tribunaux arbitraux ne sont pas toujours enclins à accorder une importance significative à l'ensemble des critères qui devraient être pris en compte pour parvenir à une solution équilibrée (Première Partie). Toutefois, mal à l'aise devant des réglementations qui touchent à la protection de l'environnement, les tribunaux arbitraux n'y sont pas totalement insensibles. Mais nous n'en sommes encore qu'aux balbutiements de la rencontre entre la protection de l'environnement et la promotion de l'investissement privé étranger (Deuxième Partie).

1. La Réglementation Environnementale dans le Cadre du Régime de l'Investissement International : Une Atteinte Potentielle au Patrimoine de l'Investisseur Etranger

A. Le Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'Etat : Un Pouvoir d'Exception

Les accords sur l'investissement international, à l'intérieur desquels se règle le contentieux de l'expropriation indirecte, souffrent d'un isolement conceptuel (1) qui entraîne un déséquilibre entre les droits et obligations des Etats et ceux des investisseurs (2).

1. L'Isolement Conceptuel des Accords sur l'Investissement International

L'intervention de l'Etat est confinée à une place d'exception au sein d'instruments de déréglementation qui s'accommodent mal du caractère restrictif des réglementations environnementales. Très peu d'accords sur l'investissement international ne mentionnent l'objectif de développement durable. Quelques rares accords prévoient des exceptions générales, telles celles de l'article XX de l'Accord Général sur le Commerce de Marchandises de l'Organisation Mondiale du Commerce, visant expressément la protection de l'environnement. Les traités bilatéraux sur l'investissement (TBI) les plus récents conclus par le Canada

DEPALMA, « Quand les entreprises imposent leur loi aux Etats », *Courrier international* du 19 avril 2001.

⁵ Décision Affaire *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Mexique*, CIRDI, Affaire n° ARB(AF)02/2, sentence du 29 mai 2003, § 114.

⁶ R. HIGGINS, « The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law », *RCADI*, 1982, Vol. 176, pp. 276-277.

comportent une telle exception⁷ mais d'autres accords, comme l'ALENA et le Traité sur la Charte de l'Energie (TCE)⁸, l'excluent expressément du champ des dispositions relatives à l'investissement international. Enfin, si ces accords rappellent parfois le droit de l'Etat de réglementer les activités sur son territoire afin qu'elles soient menées de manière conforme à la protection de l'environnement, cette prérogative est le plus souvent soumise à la satisfaction prioritaire des obligations de libéralisation⁹. La promotion et la protection de l'investissement sont les seuls objectifs de ces instruments¹⁰. De nombreuses organisations non gouvernementales travaillent aujourd'hui à la refonte de ces accords afin de ménager un équilibre plus rationnel entre les buts recherchés et les moyens utilisés. Cependant, ces travaux n'influencent encore que très peu les contours du droit de l'investissement international qui gravite autour de l'exaltation des droits des investisseurs.

2. Un Déséquilibre Inhérent entre les Droits des Investisseurs et les Droits des Etats

Le droit de l'Etat de réglementer est indiscutable. Pourtant, le problème intervient justement parce que les investisseurs étrangers disposent du droit de « discuter » cette prérogative, peu considérée dans les accords sur l'investissement. L'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) prévoit que le droit que toute personne a au respect de sa propriété « ne port[e] pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ». Une formulation aussi explicite du droit de l'Etat ne se retrouve que très rarement dans les accords destinés à régir les investissements étrangers. Cette question a notamment été l'une des pierres d'achoppement du projet d'Accord multilatéral sur l'investissement, élaboré dans le cadre de l'OCDE et largement inspiré de l'ALENA. Malgré une déclaration du Conseil des ministres le 28 avril 1998 qui se voulait rassurante sur le fait que l'accord n'empêcherait pas l'« exercice normal des pouvoirs de réglementation des gouvernements »¹¹, la société civile s'est profondément inquiétée des répercussions que pourrait avoir cet accord.

En réalité, une place est faite au pouvoir de réglementation de l'Etat¹², sans que celui-ci n'ait à supporter toutes les pertes subies par les investisseurs étrangers¹³. La Cour Permanente de Justice Internationale a énoncé ce principe dès 1934 dans l'affaire *Oscar Chinn* :

⁷ Cf. les accords conclus par le Canada avec Barbade, Venezuela, Panama et l'Ile de la Trinité.

⁸ Cf. l'Article 2101 de l'ALENA et l'article 24 du TCE.

⁹ Cf. par exemple l'article 1114 de l'ALENA.

¹⁰ O. GARCÍA-BOLÍVAR, « The Teleology of International Investment Law. The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements », *Journal of World Investment & Trade*, 2005, p. 754.

¹¹ Déclaration adoptée le 28 avril 1998, Doc. C/MIN(98)16/FINAL.

¹² C'est l'expression *police powers* qui est utilisée en anglais. Cependant elle couvre des prérogatives étatiques plus larges que celles qui entrent dans les pouvoirs de police telles qu'on les désigne en langue française.

¹³ Traditionnellement la doctrine et la jurisprudence internationale se réfèrent à quelques instruments en particulier pour énoncer ce principe: Article 10 § 5 du Projet de Convention de Harvard sur la responsabilité internationale des Etats pour les préjudices causés aux étrangers (1961) ; Article 3 du Projet de Convention de 1967 de l'OCDE sur la protection des biens des étrangers ; Section 712 de la Troisième reformulation du droit régissant les relations extérieures des Etats-Unis de 1987.

« Aucune entreprise [...] 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 ainsi exposées à se ruiner et à s'éteindre à cause d'une situation différente. Aucun droit acquis n'est violé dans des cas semblables par l'Etat »¹⁴.

Les tribunaux arbitraux ont ensuite fait leur ce principe. Le tribunal dans l'affaire *Feldman c. Mexique* a affirmé que « governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this »¹⁵. Cependant, dans l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*, le tribunal a rappelé que « [r]egulations can indeed be exercised in a way that would constitute creeping expropriation » et a précisé qu'une « blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protections against expropriation »¹⁶. Il n'existe donc aucune présomption en faveur de l'exercice par l'Etat de son pouvoir de réglementation¹⁷ dont le principe ne joue qu'à titre d'exception.

B. Le Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'Etat : Un Risque Souverain à Résorber

En fait, comme l'expression l'indique, les « mesures d'effet équivalant à l'expropriation » amènent les arbitres à s'intéresser quasi-uniquement à l'incidence de la mesure sur l'activité de l'investisseur. Le but environnemental n'a que très peu d'importance dans cet examen et les initiatives gouvernementales écologiques sont considérées, au même titre que les mesures fiscales ou économiques, comme un risque réglementaire indemnifiable.

1. L'Indemnisation des Mesures de Réglementation Environnementale ayant un Effet Privatif sur l'Investissement de l'Etranger

a) La protection quasi-absolue des droits de l'investisseur étranger

Avant d'analyser le critère de l'effet de la mesure comme critère fondamental de la transposition du régime de l'expropriation, il convient de s'intéresser aux éléments de l'investissement véritablement protégés. La propriété de l'investisseur est principalement constituée de son

¹⁴ Affaire *Oscar Chinn*, CPJI Recueil 1934, Ser. A/B, n° 63.

¹⁵ *Marvin Feldman c. Etats-Unis du Mexique*, CIRDI, Affaire n° ARB(AF)/99/1, décision du 12 décembre 2002, § 103, reproduite. Cf. aussi *Robert Azinian and Others v. Etats-Unis du Mexique*, CIRDI, Affaire n° ARB(AF)/97/2, Décision du 1er novembre 1999, § 83 ; *Tecmed*, § 119.

¹⁶ Décision *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada* du 26 juin 2000, tribunal constitué en vertu du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, § 99.

¹⁷ G. CHRISTIE, « What constitutes a taking of property under international law? », *BYIL* (1962), p. 338.

investissement¹⁸ et des droits et intérêts qui découlent de son exploitation. Si en droit international la protection de ce droit de propriété n'est pas absolue, les garanties accordées par les accords sur l'investissement vont plus loin. Dans l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*, le Tribunal a considéré que l'accès de l'investisseur au marché américain était un « property interest » protégé par l'article 1110 de l'ALENA¹⁹. Dans l'affaire *S.D. Myers*, le tribunal a reconnu qu'en théorie, des droits autres que des droits de propriété pouvaient être expropriés²⁰. Ainsi les investisseurs étrangers peuvent être mieux protégés à l'étranger que dans leur propre Etat²¹.

Mais plus encore, l'opérateur étranger est protégé contre le « risque souverain » ou « risque législatif » illustré en particulier par l'évolution rapide mais néanmoins nécessaire des normes de protection de l'environnement²². Les attentes légitimes sont un élément de la propriété protégée que retiennent les tribunaux au moins autant que les attributs classiques de ce droit²³. Par conséquent, en plus de l'impact proprement dit de la mesure sur la propriété, encore faut-il s'intéresser à la prévisibilité de cet impact sur les perspectives de développement et de profit envisagées par l'investisseur²⁴.

b) L'atteinte à l'investissement comme facteur déterminant l'indemnisation

Concernant maintenant le critère retenu par la jurisprudence arbitrale pour identifier les mesures équivalentes à l'expropriation, il ressort de la pratique des tribunaux que ces derniers se focalisent sur l'effet de la mesure. Dans l'affaire *Metalclad*, le Tribunal a élaboré une définition extrêmement large de la définition, entièrement fondée sur l'effet de la mesure :

« ..., l'expropriation au regard de l'ALENA comprend non seulement l'appropriation ouverte, délibérée et reconnue de biens telle que la saisie ou un transfert formel ou obligatoire de propriété en faveur de l'Etat d'accueil, mais également toute entrave indirecte ou incidente de l'usage de biens qui a pour effet

¹⁸ Qui reçoit une définition particulièrement large.

¹⁹ Décision *Pope & Talbot*, § 96.

²⁰ Décision *S.D. Myers c. Canada*, tribunal constitué en vertu des règles de la CNUDCI, décision le 13 novembre 2000, § 28.

²¹ Aujourd'hui les Etats-Unis s'inquiètent d'ailleurs de voir le patrimoine des investisseurs étrangers sur leur territoire mieux protégé que celui de leur nationaux (alors même que l'amendement n° 5 de la Constitution américaine est considéré comme l'un des instruments les plus protecteurs de la propriété privée)²¹ et demandent désormais aux négociateurs des accords économiques de veiller à « 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 ». Trade Act adopté en 2002, section 2102 (b) (3).

²² TH. WÄLDE, « International Disciplines on National Environmental Regulation: With Particular Focus on Multilateral Investment Treaties », in Bureau International de la Cour Permanente d'Arbitrage, *International Investment and Protection of the Environment. The Role of Dispute Resolution Mechanisms*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, p. 50.

²³ Décision *Tecmed*, §§ 141 et 149.

²⁴ Cf. A. NEWCOMBE, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *ICSID Rev. – FILJ*, 2005, p. 7. TH. WÄLDE et A. KOLO, « Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law », *ICLQ*, 2001, p. 824.

de priver le propriétaire, pour tout ou pour une partie importante, de l'usage de son bien ou du bénéfice économique qu'il pouvait raisonnablement espérer en retirer, même si cette intervention n'est pas nécessairement faite au profit immédiat de l'Etat d'accueil »²⁵.

Le tribunal a en outre estimé qu'il « n'avait besoin ni de se prononcer ni de se pencher sur les raisons pour lesquelles, ou l'intention dans laquelle, le décret écologique a été pris ». Dans l'affaire *Tecmed* le tribunal a rappelé le « principe » selon lequel l'intention du Gouvernement est moins importante que l'impact réel de la mesure²⁶. Ce que les tribunaux recherchent alors, c'est l'interférence suffisamment restrictive²⁷, la privation des droits de propriété même partielle ou temporaire²⁸, la neutralisation irréversible²⁹ ou encore la répudiation effective et sans recours des droits³⁰. En un mot l'atteinte excessive qui ne justifie plus qu'un seul ou quelques opérateurs seulement supporte[nt] le coût de la satisfaction de l'intérêt général.

Cette doctrine du « seul effet »³¹ compromet le pouvoir de réglementation environnementale de l'Etat. L'intérêt des investisseurs privés devient un facteur fondamental pour l'Etat lorsqu'il entreprend certaines réformes³². Or il est parfois difficile pour un Etat de mesurer par avance l'impact de ses réglementations sur l'ensemble des activités sises sur son territoire. A supposer qu'un tel calcul soit possible, il peut avoir pour effet de dissuader l'action de l'Etat du fait des coûts prohibitifs des indemnisations³³. En outre, c'est bien à un véritable renversement du principe pollueur-payeur que l'on assiste puisque la charge de la nouvelle réglementation environnementale revient à l'Etat ; l'investisseur « pollueur » est quant à lui indemnisé³⁴. L'évincement de l'objet de la mesure revient à nier purement et simplement les particularismes de la réglementation environnementale.

En réalité, une place subsidiaire est accordée à d'autres critères qui reposent en partie sur l'objectif de la mesure. L'inconsistance de la jurisprudence quant à ces critères rend cependant difficile l'identification des règles d'articulation entre l'effet et l'objet de la mesure.

²⁵ Décision *Metalclad*, § 103.

²⁶ Décision *Tecmed*, § 116.

²⁷ Décision *Pope & Talbot*, § 102.

²⁸ Décision *S.D. Myers*, § 283.

²⁹ Décision *Tecmed*, § 116.

³⁰ Affaire *Waste Management Inc. c. Etats-Unis du Mexique*, CIRDI, Affaire n° ARB(AF)/00/3, décision du 30 avril 2004, § 155.

³¹ Cf. l'expression utilisée par R. Dolzer, « sole effect doctrine » dans « Indirect Expropriations : New Developments? », *NUYEnv'tl LJ*, 2003, p. 79 et p. 90.

³² S. GANGULY, « The Investor-State Dispute Mechanism (ISDM) and a Sovereign's Power to Protect Public Health », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1999, pp. 119-120.

³³ Y. NOUVEL, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002, p. 96.

³⁴ Cf. sur ce point S. BAUGHEN., « Investor Rights and Environmental Obligations : Reconciling the irreconcilable ? », *Journal of Environmental Law*, 2001, p. 215; I. MADALENA, « Foreign direct investment and the protection of the environment : the border between national environmental regulation and expropriation », *European Environmental Law Review*, 2003, p. 82; H. MANN et K. VON MOLTKE, *Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11*, document de travail pour les ateliers trinationaux de l'IISD sur les politiques Mexico, 13 mars Ottawa 18 mars, Washington 11 avril 2002, IIDD, Winnipeg, p. 46.

2. Le Rôle Résiduel des Critères Reposant sur le But Environnemental

Dans l'affaire *Santa Elena* où il était question de l'adoption par le Costa Rica d'un décret d'expropriation destiné à préserver la faune et la flore d'un domaine privé, le tribunal a posé le principe suivant :

« Bien qu'une expropriation ou une mesure prise pour des raisons environnementales puisse être classée dans les mesures d'intérêt général, et qu'elle soit donc légitime, le fait que la Propriété ait été expropriée pour cette raison n'affecte ni la nature ni la mesure de l'indemnisation due pour cette expropriation. En d'autres termes, le but de protection de l'environnement pour lequel la Propriété a été expropriée n'affecte pas le caractère légal de l'expropriation pour lequel une compensation adéquate doit être payée »³⁵.

Soulignons qu'ici l'investisseur ne remettait nullement en cause la légitimité de l'expropriation directe. La divergence portait sur le montant de l'indemnisation, le Costa Rica estimant que l'objet de la mesure l'autorisait à verser une indemnisation diminuée³⁶. Mais le principe dégagé vaut tout autant pour les expropriations indirectes. Le but environnemental de la mesure ne peut donc exonérer l'Etat de son obligation d'indemnisation. Il peut néanmoins permettre d'apprécier la légitimité de la nouvelle charge imposée à l'investisseur : l'objectif poursuivi nécessite-t-il un tel sacrifice de la part de l'investisseur ?.

La doctrine relève souvent la nécessité de constater une atteinte *irraisonnable* à l'investissement pour ouvrir le droit à l'indemnisation. Le critère de l'effet de la mesure n'est alors plus suffisant mais il faut aussi s'intéresser à la nature et à la proportionnalité de la mesure par rapport au but poursuivi. Dans l'affaire *Tecmed*, le tribunal a recherché s'il existait une « relation raisonnable de proportionnalité » entre le refus de renouveler le permis d'exploitation de la décharge (les autorités mexicaines invoquant des considérations écologiques) et le but poursuivi par l'Etat³⁷. De même, dans l'affaire *Waste Management*, le tribunal s'est longuement intéressé au processus d'adoption de la mesure (adoption de réglementation visant à contrôler l'usage d'un certain additif à l'essence) pour rechercher si elle était réellement adaptée et justifiée par la situation³⁸. Dans une affaire plus ancienne, *International Bank of Washington*, le tribunal a constaté qu'un décret dominicain interdisant l'exportation de bois d'origine nationale dans le but de conserver les ressources forestières de l'Etat³⁹, n'était ni discriminatoire ni arbitraire mais au contraire fondé sur des critères et objectifs raisonnables⁴⁰ et ne constituait donc pas une expropriation⁴¹.

³⁵ Décision *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A.*, § 71. La traduction française est celle d'E. Gaillard, *JDI*, 2001, pp. 149-159.

³⁶ *Ibid.*, § 19.

³⁷ Décision *Tecmed*, § 338.

³⁸ Décision *Waste Management*, § 110.

³⁹ *International Bank of Washington-overseas private investment corporation*, Arbitration of dispute involving U.S. investment guaranty program, décision du 8 novembre 1972, XI, *ILM* (1972-6), p. 1218.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 1124.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 1225-1228.

Bien que la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme soit peu sollicitée, elle est également d'un intérêt particulier⁴². La méthodologie adoptée permet de mettre en balance l'intérêt privé et l'intérêt général de sorte que le pouvoir de réglementation de l'Etat est mieux protégé. La Cour recherche si les individus qui s'estiment lésés « ont eu à supporter une charge spéciale et exorbitante qui [aurait] rompu le juste équilibre devant régner entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des biens »⁴³. Ainsi dans la décision *Tecmed* le tribunal, dans une certaine confusion, a tenté de s'inspirer et de la primauté de critère de l'effet de la mesure et du test de proportionnalité dégagé par la Cour de Strasbourg. Il a constaté dans un premier temps que le refus de renouvellement du permis d'exploitation avait eu pour effet l'anéantissement entier des droits de l'investisseur et que pour cette raison la mesure pouvait être considérée comme une expropriation⁴⁴. Le tribunal a ensuite poursuivi l'analyse en vérifiant la proportionnalité de la mesure par rapport à son but, à la privation des droits économiques et aux attentes légitimes de l'investisseur⁴⁵. Il a conclu que la mesure avait davantage été motivée par des considérations politiques que par les motifs environnementaux avancés par les autorités locales⁴⁶ et a confirmé sa première conclusion. Malgré la singularité du raisonnement tenu qui laisse beaucoup plus de place au droit de réglementation de l'Etat, cette décision n'est pas entièrement satisfaisante. On peut en effet se demander qu'elle aurait été la décision du tribunal s'il avait constaté que bien que privative de propriété, la mesure était parfaitement proportionnée au but poursuivi⁴⁷. Rien n'indique si les critères de l'effet et de l'objet de la mesure sont alternatifs, cumulatifs ou exclusifs.

Il découle de cette première partie de l'analyse que l'objectif environnemental de la mesure ne change rien aux garanties accordées à l'investisseur étranger. Les prémisses d'une évolution en faveur d'une approche plus favorable aux intérêts de la communauté existent cependant.

2. L'Acceptation Effective de la Réglementation Environnementale au Sein du Régime de l'Investissement International

Il est indispensable de décloisonner le régime de l'expropriation indirecte en empruntant au droit de la protection de l'environnement les principes qui permettront de qualifier une mesure restrictive et surtout de déterminer une répartition plus juste du coût qu'elle représente (A). Cependant, face aux contours imprécis des critères d'analyse, l'appréciation des arbitres restent

⁴² Cf. H. MOUNTFIELD, « Regulatory expropriation in Europe : the approach of the European Court of Human Rights », *NYULJ*, 2003, pp. 136-147; 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 », *NYULJ*, 2003, pp. 148-173 et B. STERN, « Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Droit et pratique du commerce international*, 1991, pp. 393-461.

⁴³ CEDH, *Affaire Matos Led et autres c. Portugal*, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, IV, § 38.

⁴⁴ Décision *Tecmed* § 117.

⁴⁵ Décision *Tecmed* § 122.

⁴⁶ Décision *Tecmed* § 127.

⁴⁷ Cf. sur cette décision l'analyse d'A. NEWCOMBE, « The Boundaries of Regulatory Expropriation ... », *op. cit.*, pp. 18-19.

déterminante. On est alors amené à s'interroger sur la légitimité de ces derniers quant à connaître de différends où la protection de l'environnement est en cause (B).

A. La Nécessité de Décloisonner la Résolution du Contentieux de l'Expropriation Indirecte en Cas de Réglementation Environnementale

1. La Clarification des Critères d'Analyse par une Réhabilitation du But Environnemental de la Mesure

L'examen des décisions arbitrales permet de se rendre compte que si dans le raisonnement tenu, les arbitres semblent plus favorables aux intérêts des investisseurs, en réalité peu de sentences concluent à l'existence d'une mesure d'expropriation indirecte⁴⁸. C'est donc la méthode suivie par les tribunaux et encouragée par la teneur des accords sur l'investissement international plus que les décisions elles-mêmes qu'il convient de clarifier afin d'éviter l'imprévisibilité du droit⁴⁹. Le maître mot de cette méthode est d'ailleurs l'analyse au cas par cas qui permet de prendre en considération l'ensemble des spécificités de l'espèce⁵⁰ mais qui nuit inévitablement à l'élaboration de règles cohérentes et stables⁵¹.

L'expropriation indirecte se distingue de l'expropriation directe en ce qu'elle ne procède pas à un transfert du titre légal de propriété. Mais il arrive que des tribunaux concluent à l'absence d'expropriation du fait que la mesure ne profitait pas à l'Etat⁵². D'ailleurs, on constate de manière générale que lorsqu'un tribunal conclut à l'existence d'une mesure d'effet équivalant à l'expropriation c'est le plus souvent parce que l'on peut observer un certain transfert des attributs de la propriété. Le critère classique de l'appropriation a donc sans doute encore un rôle important à jouer dans le contentieux de l'expropriation indirecte. L'appropriation par l'Etat, soit qu'il acquiert le contrôle de l'activité par la mise en œuvre d'une réglementation restrictive soit qu'il annule une autorisation qu'il avait antérieurement accordée, n'est pas totalement étrangère à l'expropriation indirecte⁵³. A côté de ces mesures, le contentieux de l'expropriation couvre également les mesures qui imposent une charge disproportionnée et injustifiée à l'investisseur étranger. Dans la première catégorie, celle des expropriations / appropriations, on trouve les mesures qui visent une propriété dont l'Etat entend consacrer le bénéfice au bien-être de la

⁴⁸ V. BEAUVAIS, « Regulatory Expropriations under NAFTA: Emerging Principles & Lingering Doubts », *NYULJ*, 2003, p. 279. Dans le même sens voir aussi B. APPELTON, « Regulatory Takings: The International Law Perspectives », *NYULJ*, 2003, p. 48 et l'article de G. SAMPLINER, au titre très évocateur, « Arbitration of Expropriation Cases under U.S. Investment Treaties : a Threat to Democracy or the Dog that didn't Bark ? », *ICSID Rev. – FILJ*, 2003, pp. 1-43.

⁴⁹ R. DOLZER, « Indirect Expropriations : New Developments ? », *op. cit.*, p. 80. L'auteur estime que si les arbitres avaient procédé à une mise en balance des intérêts beaucoup plus rigoureuse, de nombreuses décisions ayant abouti à la constatation d'une dépossession indemnisable auraient pu être traitées différemment.

⁵⁰ Décision *Generation Ukraine c. Ukraine*, CIRDI, Affaire n° ARB/00/9, sentence du 16 septembre 2003, § 20.28.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Cf. les décisions *S.D. Myers*, § 280 et *Lauder c. République Tchèque* du 3 septembre 2001 (décision CNUDCI), § 203.

⁵³ Cf. en ce sens A. NEWCOMBE, « The Boundaries of Regulatory Expropriation ... », *op. cit.*, p. 13.

communauté. Dans la seconde catégorie on trouve les mesures qui ont pour effet de restreindre une activité néfaste à l'intérêt commun mais de manière beaucoup trop restrictive par rapport à ce qui est nécessaire (par exemple l'interdiction de commercialiser une certaine substance considérée comme nocive alors qu'il suffirait d'en réglementer plus rigoureusement les échanges sans les interdire totalement)⁵⁴.

En cas d'expropriation / appropriation, le critère de l'effet suffit dans la mesure où l'on transpose purement et simplement le régime de l'expropriation en droit international. A ce titre, la décision *Santa Elena* qui précise que le but environnemental de l'expropriation n'a aucune incidence sur l'obligation de verser une indemnisation ne nous semble pas contestable⁵⁵. A l'inverse, en cas de mesure restrictive qui ne bénéficie aucunement à l'Etat, il est nécessaire d'approfondir l'analyse en ne se plaçant plus uniquement dans la perspective du régime de l'expropriation mais également en puisant dans les caractéristiques de l'exercice par l'Etat de son pouvoir de réglementation, afin de mesurer le caractère raisonnable de la mesure.

Cette distinction, sans avoir la prétention de mettre à jour un critère d'analyse infaillible, permet d'articuler de manière cohérente et prévisible l'effet et l'objet de la mesure. Elle privilégie la mise en perspective des droits des investisseurs et les confronte à l'existence d'obligations de protection de l'environnement.

2. L'Emprunt Nécessaire aux Principes du Droit de l'Environnement

Une distinction qui serait uniquement fondée sur le type d'objectifs envisagés paraît difficile à mettre en œuvre⁵⁶. Il est en effet très difficile de « hiérarchiser » les objectifs poursuivis par les

⁵⁴ L'arbitre Schwartz qui a émis une opinion individuelle dans l'affaire *S.D. Myers* propose un critère de distinction similaire. Selon lui, « [e]xpropriations tend to deprive the owner and to enrich – by a corresponding amount – the public authority that the property, or the third party to whom the property is given [...]. By contrast, regulatory action tends to prevent an owner from using property in a way that unjustly enriches the owner », et de citer cet exemple: « [...] an unregulated manufacturing operation might make more money by not bothering to reduce the amount of pollution it sends into the wider community. The government that imposes the regulation does not necessarily profit from its intervention; indeed, it may be expensive to both enact and administer regulations ». Cf. Separate Opinion by Dr. Bryan Schwartz, concurring except with respect to performance requirement, in the partial award of the tribunal 12 november 2000, § 212.

⁵⁵ Voir en ce sens CH. BROWER et E. HELLBECK, « The Implication of National and International Environmental Obligation for Foreign Investment Protection Standards Including Valuation: A Report from the Front Lines », in *International Investments and Protection of the Environment: the Role of Dispute Resolution Mechanisms*, op. cit., p. 25. Pour un point de vue beaucoup plus critique de cette décision voyez M. SORNARAJAH, op. cit., pp. 385-386. En revanche, la décision est plus discutable en ce qu'elle affirme que cet objectif n'a aucune incidence sur l'étendue de l'indemnisation. Sur cette question voir Y. NOUVEL, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *International Law Forum du Droit international*, 2003, pp. 198-204 et I. SEIDL-HOHEWELDERN, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages internationaux », *AFDI*, 1987, p. 8.

⁵⁶ Cf. notamment la théorie de A. WEINER, « Indirect Expropriation : the Need for a Taxonomy of 'Legitimate' Regulatory Purposes », *International Law Forum du Droit International*, 2003, p. 167.

Etats de manière universelle et rien ne justifie que la protection de l'environnement soit une valeur plus importante que la protection de la santé ou de la diversité culturelle. En outre, la légitimité de la mesure ne pourrait être appréciée qu'au regard du droit interne et cela ne préjugerait en rien le fait de savoir si elle constitue une violation du droit international⁵⁷. L'objectif environnemental de la mesure ne peut donc en lui-même suffire à rejeter toute possibilité d'octroyer une indemnisation à l'investisseur. Néanmoins dans l'analyse de la prévisibilité de la mesure et de sa proportionnalité, cette considération est primordiale.

Ainsi, alors que de nombreux commentateurs se sont inquiétés de l'émergence d'une sorte de « principe du pollueur-payé » dès lors que l'Etat indemnisait l'investisseur dont l'activité était affectée par une réglementation environnementale, le problème nous semble devoir être posé autrement. Le principe pollueur-payeur est destiné à orienter l'allocation, entre les pouvoirs publics et le secteur privé, des coûts afférents à la pollution intérieure ou aux mesures de protection de l'environnement national⁵⁸. Il nous semble qu'il peut être d'un très grand secours dans la détermination du destinataire du coût financier de la mesure environnementale.

Par ailleurs, dans l'appréciation de la proportionnalité de la mesure, il est nécessaire d'avoir une approche environnementale globale. Par définition, une mesure de protection de l'environnement ne peut être discriminatoire, la différence de traitement entre les étrangers et les nationaux ne pouvant nullement influencer sur l'efficacité de la norme⁵⁹. L'effet discriminant doit donc être considéré comme une présomption du caractère non raisonnable de la mesure. En outre, comme dans le cadre de la jurisprudence de l'OMC une mesure devrait être considérée comme proportionnée dès lors qu'elle ne pouvait être remplacée par une mesure moins restrictive de l'investissement. Concernant la proportionnalité des moyens de mise en œuvre de la mesure, il est difficile d'en affranchir l'examen de toute considération économique. Mais les tribunaux devraient s'attacher à analyser si les exigences procédurales de l'adoption d'une mesure environnementale ont été respectées comme la réalisation d'une étude scientifique des risques et moyens les plus appropriés, la consultation de la population concernée, la tenue d'un processus transparent d'adoption ou encore la mise en place d'un mécanisme de suivi adéquat⁶⁰.

Le domaine de la protection de l'environnement est un secteur particulièrement évolutif où les règles doivent s'adapter rapidement aux nouvelles situations ou découvertes scientifiques. Les attentes légitimes de l'investisseur qui développe une activité sensible d'un point de vue écologique ne peuvent être appréciées indépendamment de cet état de fait. Dans l'affaire *Methanex*, le Tribunal a insisté sur ce point. Il a estimé qu'aucune garantie particulière n'avait été donnée à l'investisseur. Au contraire, ce dernier avait accepté d'investir dans un contexte réglementaire marqué par les préoccupations écologiques⁶¹.

En définitive, l'investisseur étranger est un « pollueur » comme les autres qui doit être soumis aux réglementations environnementales même extrêmement restrictives dès lors qu'elles ne sont ni discriminatoires, ni disproportionnées ni imprévisibles. Solliciter les principes de protection de l'environnement dans cet examen n'est cependant pas chose facile. Cela laisse en

⁵⁷ Décision *Tecmed* § 120. Cf. aussi la décision *Marvin Feldman v. Mexique*, § 78.

⁵⁸ OCDE, *Principes et concepts environnementaux*, OCDE/GD(95)124, Paris, OCDE, 1995, p. 13.

⁵⁹ En revanche, on peut admettre un traitement différencié dès lors que les investisseurs ne se trouvent pas dans les mêmes conditions d'activité.

⁶⁰ Voir A. NEWCOMBE, *op. cit.*, p. 36.

⁶¹ Décision *Methanex*, § 9.

marge de l'analyse quelques zones d'ombre mais pose surtout la question de la capacité des tribunaux arbitraux à assurer un tel équilibre.

B. La légitimité des Tribunaux Arbitraux à Connaître des Différends Environnementaux

Le recours au mécanisme de règlement des différends mixte a souvent été stigmatisé. Au-delà du mécanisme, c'est la légitimité des arbitres qui est remise en cause⁶².

1. De la Nécessaire Démocratisation du Mécanisme Arbitral ...

La confidentialité de la procédure a cristallisé les premières critiques. Les appels à une démocratisation de la procédure ont été entendus par les arbitres eux-mêmes qui ont œuvré en ce sens et rejettent l'existence d'un principe de confidentialité souvent invoqué par les investisseurs parties au différend⁶³.

La question de l'intervention de tiers à l'instance s'est également posée⁶⁴. Dans l'affaire *Methanex* le tribunal constitué en vertu des règles de la CNUDCI a admis pour la première fois une demande d'*amicus curiae* formée par des associations privées de défense de l'environnement⁶⁵. La Commission du Libre Echange de l'ALENA a quant à elle adopté une note interprétative en octobre 2003 relative à la participation des tiers à l'instance et reconnaissant que « [n]o provision of the NAFTA limits a Tribunal's discretion to accept written submissions from a person or entity that is not a disputing party ». Après l'œuvre prétorienne d'un tribunal CIRDI qui est allé dans ce sens, le Secrétariat du Centre a amendé en avril 2006 le Règlement d'arbitrage pour admettre les communications écrites de parties non contestantes, même en dehors du consentement des parties au différend (la participation à l'instance étant toujours conditionnée au consentement des deux parties)⁶⁶.

Le concours des *amici curiae* dans la procédure arbitrale devrait permettre de rétablir le déficit environnemental inhérent aux accords sur l'investissement. Cependant, l'acceptation formelle des mémoires ne signifie pas nécessairement qu'une importance substantielle leur sera accordée. Rappelons que dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel et les groupes spéciaux, même après avoir accepté de tels mémoires, s'en tiennent très étroitement aux arguments avancés par les parties en présence⁶⁷ quand ils ne décident pas purement et simplement « de ne pas verser [les mémoires] au dossier de l'affaire »⁶⁸. En outre, la qualité des tiers intervenant à l'instance

⁶² Cf. notamment M. SORNARAJAH *op. cit.*, pp. 376-377 et S. GANGULY, *op. cit.*, p. 123.

⁶³ Affaire *Metalclad*, Decision on a request by the respondent for an order prohibiting the claimant from revealing information regarding ICSID Case ARB(AF)/97/1, décision du 27 octobre 1997; Affaire *Loewen c. Etats-Unis d'Amérique*, Décision du 26 juin 2003.

⁶⁴ Voir B. STERN, « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, 2002, pp. 329-345.

⁶⁵ Décision du 15 janvier 2001.

⁶⁶ Article 37 § 2 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage tel qu'amendé le 10 avril 2006.

⁶⁷ M. PROST (M.), *D'abord les moyens, les besoins viendront après. Commerce et environnement dans la « jurisprudence » du GATT et de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 118.

⁶⁸ *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevette*, Rapport du groupe spécial 21.5 du 15 juin 2001, § 5.16.

peut soulever quelques interrogations⁶⁹. Le risque de collusion entre l'une des parties et le tiers est réel⁷⁰ et peut jeter le discrédit sur les efforts de démocratisation de la procédure arbitrale.

Finalement, soulignons que ces évolutions n'empêchent pas le phénomène qui est finalement le plus contesté dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirecte : celui du recours systématique et parfois abusif au mécanisme de règlement des différends mixte par les investisseurs.

2. ... à la Spécialisation Institutionnelle du Contentieux Environnemental ?

« Concilier l'existence d'un mécanisme efficace de règlement des différends transnationaux directement ouvert aux personnes privées avec la tendance de opérateurs privés d'en abuser est un nouveau défi »⁷¹.

Empêcher la prolifération des « frivolous claims » est d'ailleurs l'un des objectifs assignés aux négociateurs d'accords économiques par le *Trade Act* de 2002 des Etats-Unis⁷². De même, afin d'éviter que le mécanisme de règlement des différends ne soit utilisé comme une arme de dissuasion par les investisseurs⁷³, la doctrine s'interroge sur l'opportunité de soustraire purement et simplement les questions environnementales de la compétence des tribunaux arbitraux. Certains auteurs proposent ainsi des solutions radicales. Pour certains, il serait nécessaire d'exclure toutes les réglementations environnementales non discriminatoires du champ de l'expropriation indirecte et ce, quelque soit leur effet sur le patrimoine de l'investisseur⁷⁴. Dans une telle hypothèse, le tribunal n'aurait plus à connaître de ces mesures sauf pour ce qui concerne l'analyse de leur caractère général et non discriminatoire. D'autres auteurs préconisent de supprimer toute disposition relative à l'expropriation indirecte dans les accords internationaux sur l'investissement⁷⁵. Ces propositions ne sont pas réalisables ni réellement justifiées. Des propositions plus raisonnables visent à instituer un filtre étatique avant de permettre à l'investisseur de saisir un tribunal, comme ce qui existe déjà dans le cadre de l'ALENA, du TCE et de certains TBI conclus par le Canada, au sujet des mesures fiscales. En matière environnementale, un tel filtre qui permettrait aux deux Etats concernés de déterminer si le différend relève de l'expropriation⁷⁶ aurait l'avantage de désensibiliser le contentieux soumis à l'arbitrage.

⁶⁹ Voir B. STERN, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP* (2003), pp. 274 et ss.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 281.

⁷¹ W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatérale. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse Paris II, 2003, p. 199.

⁷² US Trade Act 2002, section 2102 (3) (g).

⁷³ S. GANGULY, *op. cit.*, p. 153.

⁷⁴ H. MANN et K. VON MOLTKE, *Nafta's Chapter 11 and the environment: Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*, International Institute for Sustainable Development, 1999, <<http://iisd1.isd.ca/pdf/nafta.pdf>>, 84 p.

⁷⁵ S. GANGULY, *op. cit.*, pp. 113-168 et J. GUDOFISKY, « Shedding light on article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) concerning expropriations: an environmental case study », *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2000-2001, pp. 243-315.

⁷⁶ L. GODSHALL, « In the cold shadow of *Metalclad* ... », *op. cit.*, p. 297.

Finalement, la question sous-jacente à ces propositions est celle de savoir s'il ne serait pas nécessaire de prévoir l'institution d'une juridiction spécifique compétente pour connaître des différends environnementaux. Cette hypothèse ne nous semble pas pertinente car s'il n'est pas judicieux d'« isoler cliniquement » les accords économiques, il ne l'est pas plus de « calfeutrer » les préoccupations écologiques très étroitement liées aux activités économiques. La multiplication des forums, déjà très nombreux, n'est pas, à notre sens, un gage de cohérence dans l'application du droit. C'est à travers les forums existant qu'il est nécessaire d'entreprendre les réformes nécessaires à une véritable prise en compte des objectifs environnementaux.

Les Etats-Unis montrent la voie de ce renforcement du rôle de médiateur que doivent jouer les tribunaux en prévoyant désormais dans les accords qu'ils concluent des critères destinés à guider les arbitres dans l'évaluation des mesures environnementales qu'ils seraient amenés à connaître⁷⁷. La Cour permanente d'arbitrage a quant à elle adopté en 2001 un Règlement facultatif pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement et un Règlement facultatif pour la conciliation des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement. C'est dire que les instances arbitrales elles-mêmes prennent conscience de la nécessité de régler d'une manière particulière ce genre de différend.

C'est donc avant tout aux Etats de tracer les lignes d'une meilleure prise en compte des intérêts environnementaux dans le cadre de ce contentieux. « Verdir » les accords internationaux sur l'investissement et dessiner plus clairement les points d'équilibre à assurer sont certainement les deux priorités auxquelles devraient s'attacher les Etats pour réhabiliter leur pouvoir de réglementation environnementale.

⁷⁷ L'annexe B du modèle de TBI américain adopté en 2004 prévoit que :

(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.