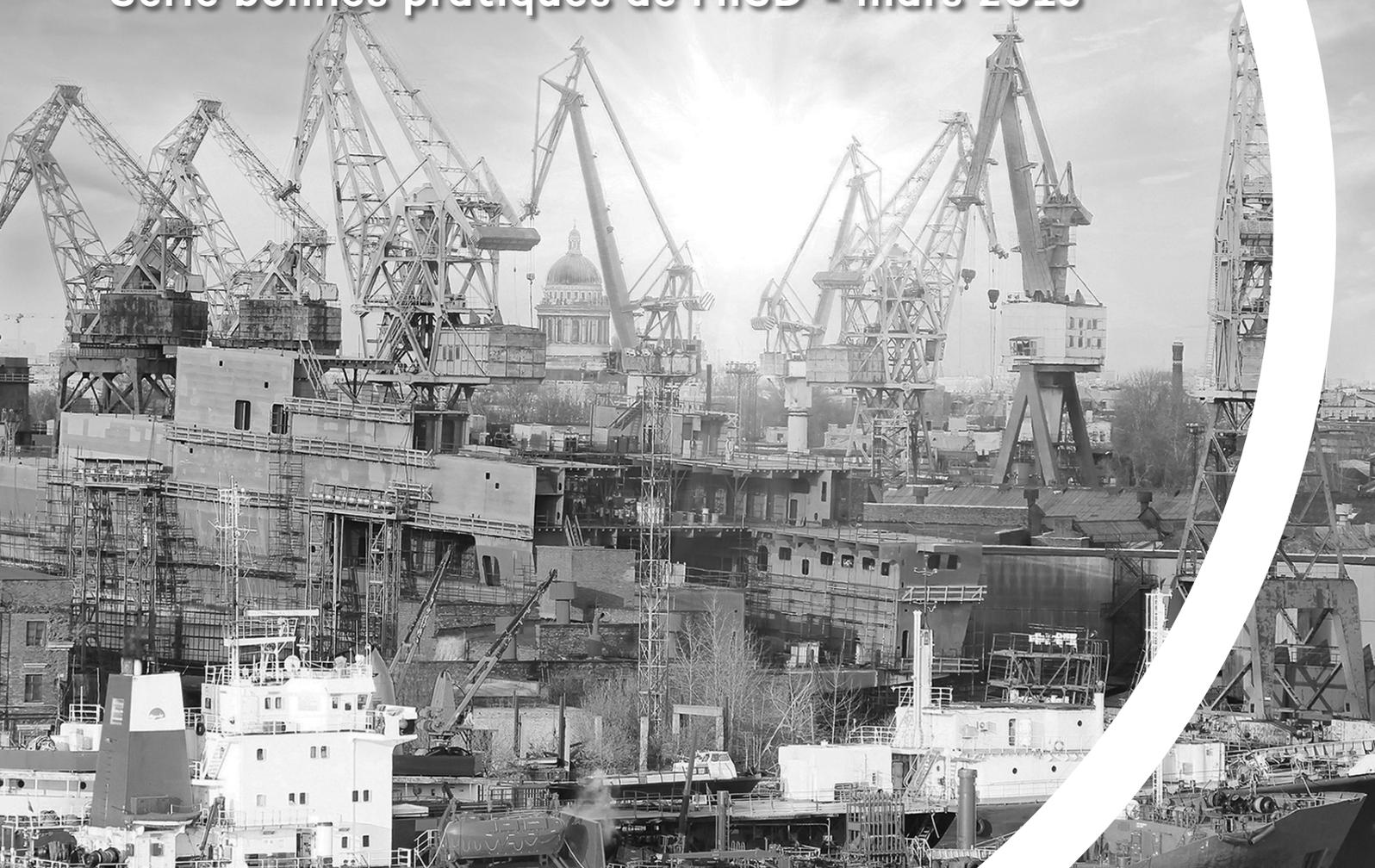


# Indemnisation de l'Expropriation

Série bonnes pratiques de l'IISD - mars 2013





© 2013 The International Institute for Sustainable Development  
Publié par l'Institut international du développement durable (IISD)

## International Institute for Sustainable Development

L'Institut international du développement durable est une organisation indépendante à but non lucratif qui fournit des solutions pratiques au défi de l'intégration des priorités environnementales et sociales avec le développement économique. Nous rendons compte de négociations internationales, réalisons des recherches rigoureuses et amenons les citoyens, les entreprises et les décideurs à s'engager envers l'objectif commun de développement durable.

L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par le Centre de recherche pour le développement international (CRDI), et de la province du Manitoba. Des fonds de projets lui sont accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations, des entreprises privées et des particuliers.

### Winnipeg, Canada (siège)

111, avenue Lombard,  
Bureau 325  
Winnipeg (Manitoba)  
Canada R3B 0T4

**Tél:** +1 (204) 958-7700

**Web:** [www.iisd.org](http://www.iisd.org)

**Twitter:** @IISD\_news

## Indemnisation de l'Expropriation Série bonnes pratiques de l'IISD - mars 2013

Suzy H. Nikiéma



## Table of Contents

<b>1.0 Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>I. L'indemnisation de l'expropriation en droit international coutumier</b> .....	<b>2</b>
A. Rappel des règles générales de la responsabilité internationale des États .....	2
B. Distinction entre indemnisations pour expropriations licite et illicite en droit international coutumier.....	2
<b>II. Les clauses d'indemnisation de l'expropriation dans les TBI</b> .....	<b>4</b>
A. Les principes juridiques gouvernant l'indemnisation de l'expropriation .....	4
1. Un standard unique pour l'expropriation directe et indirecte .....	4
2. Un standard commun aux expropriations licite et illicite .....	5
3. L'obligation d'indemniser immédiatement .....	6
4. L'obligation de payer des intérêts .....	7
B. Les standards juridiques d'évaluation de l'indemnisation .....	9
1. L'étendue de l'indemnisation .....	9
2. La date de référence pour l'évaluation de la valeur de l'investissement .....	10
3. L'absence de méthode d'évaluation de la valeur de l'investissement.....	11
<b>III. L'évaluation de la valeur de l'investissement exproprié par les tribunaux</b> .....	<b>12</b>
A. La méthode de la valeur marchande .....	12
B. La méthode de la valeur nette comptable .....	13
C. La méthode de la pondération du flux de trésorerie .....	13
<b>IV. Conclusion et recommandations</b> .....	<b>15</b>



## 1.0 Introduction

La question de l'indemnisation des investisseurs étrangers lésés en cas d'expropriation par leur État d'accueil a toujours fait l'objet de profondes divergences en droit international des investissements. Ces divergences ont d'abord porté sur l'existence même d'une obligation internationale d'indemniser les investissements étrangers expropriés. Les grands pays exportateurs de capitaux défendaient généralement<sup>1</sup> l'existence d'une telle obligation, tandis que les pays nouvellement indépendants et les pays communistes contestaient ce droit absolu aux investisseurs étrangers par divers fondements juridiques, parmi lesquels, le traitement national<sup>2</sup>, le péché originel colonialiste<sup>3</sup> ou les bénéfices excessifs<sup>4</sup>. Les controverses ont ensuite concerné les standards d'évaluation du montant et les modalités de paiement de l'indemnisation.

Aujourd'hui, une partie de ces controverses est devenue sans enjeu. En effet, il est acquis en droit international coutumier et dans les traités de protection des investissements, que toute expropriation doit s'effectuer conformément à certaines règles. Ainsi, lorsqu'une mesure prise par un État est qualifiée d'expropriation directe ou indirecte (par le biais des critères de définition), cette dernière doit ensuite remplir au moins trois critères de licéité : (1) avoir été édictée dans l'intérêt public, (2) ne pas être discriminatoire et (3) être accompagnée d'une indemnisation pour les investisseurs lésés. En d'autres termes, l'octroi d'une indemnisation est l'une des conditions pour que toute expropriation soit considérée comme licite en droit international. Toutefois, reconnaître le droit à une indemnisation est une chose. Convenir du montant de l'indemnisation à payer en est une autre.

L'évaluation du montant de l'indemnisation est une question actuelle et majeure. Certes, chaque partie à un litige d'investissement tente d'abord, en fonction de ses intérêts, de convaincre le tribunal qu'une expropriation est survenue ou pas. Mais une fois que l'expropriation reconnue, c'est le mode d'évaluation de l'indemnisation qui fera toute la différence pour les montants octroyés. Or, en la matière, la détermination des règles applicables demeure souvent confuse et incomplète. Par ailleurs, l'expropriation est la seule clause dans les traités bilatéraux de protection des investissements (ci-après TBI) dont le mode de calcul de l'indemnisation est évoqué. De fait, elle sert souvent aux tribunaux comme référence pour le calcul de l'indemnisation en cas de violation d'autres obligations du TBI. Il est donc primordial que les États Parties aux TBI prennent le soin de bien rédiger la clause d'indemnisation en cas d'expropriation afin de mieux guider, voire encadrer, le calcul des montants que les caisses publiques devront déboursier en cas de condamnation par un tribunal arbitral.

Cet article n'a pas pour ambition d'examiner en détail les formules de calcul des montants qui relèvent de l'expertise comptable et économique. Il sera ici question, dans une perspective juridique, d'analyser les principes gouvernant l'indemnisation de l'expropriation, ainsi que les principales méthodes de calcul de son montant. Afin de rendre compte de la pratique conventionnelle et arbitrale en la matière, nous verrons d'abord la réponse du droit coutumier, avant d'examiner le contenu des TBI et l'interprétation des tribunaux. La dernière partie répertoriera les recommandations à l'intention des États.

<sup>1</sup> Il convient de noter que certains pays n'ont pas toujours défendu l'obligation d'indemniser en cas d'expropriation, notamment lorsqu'ils procédaient eux-mêmes à de grandes vagues de nationalisation sur leur territoire. La Grande-Bretagne a par exemple prétendu au début du 19<sup>e</sup> siècle que dans le cadre d'expropriation à grande échelle, les étrangers avaient droit au même traitement que les nationaux. V. le rapport d'A. CHAMBERLAIN à la ligue des Nations en 1927 sur les plaintes hongroises contre la Roumanie. Cité par SEIDLHOHENVELDERN, « Semantics of wealth deprivation and their legal significance », dans D. C. DICKE (éd.), *Foreign investment in the present and a new international economic order*, Fribourg, Univ. Press, 1987, p. 220.

<sup>2</sup> Cet argument a été défendu par l'URSS lors des grandes vagues de nationalisation au début du 20<sup>e</sup> siècle. L'État fédéral n'entendait pas octroyer une indemnisation aux investisseurs étrangers lésés alors que les nationaux n'y avaient pas droit. Le traitement national impose uniquement de ne pas traiter les étrangers de manière moins favorable que les nationaux.

<sup>3</sup> Cet argument a été défendu par les pays du sud au lendemain de leurs indépendances. Ces derniers ont procédé aux nationalisations des entreprises coloniales qui exploitaient leurs ressources naturelles, considérant ainsi qu'ils ne faisaient que récupérer ce qui leur avait été spolié.

<sup>4</sup> Cet argument a surtout été défendu par les pays d'Amérique latine, qui estimaient que les entreprises expropriées avaient fait des bénéfices excessifs pendant de longues années au détriment des nationaux et que verser une indemnisation serait donc inéquitable.



# I. L'indemnisation de l'expropriation en droit international coutumier

## A. Rappel des règles générales de la responsabilité internationale des États

En droit international coutumier, on distingue les règles primaires et les règles secondaires de la responsabilité des États pour les actes internationalement illicites. Les règles primaires sont celles dont la violation engage la responsabilité des États (obligations primaires) et les règles secondaires sont celles qui régissent la responsabilité des États pour la violation des règles primaires (obligations secondaires). En d'autres termes, la règle primaire définit « le contenu de l'obligation qu'elle impose » et la règle secondaire établit « si cette obligation a été violée et quelles doivent être les suites de cette violation »<sup>5</sup>.

Toutefois, le régime juridique de l'expropriation est particulier. En effet, en cas d'expropriation, l'obligation primaire ne réside pas dans l'acte d'exproprier, qui est un droit souverain reconnu aux États, mais dans les conditions exigées pour sa mise en œuvre licite qui sont des obligations. Par conséquent, un État n'engage pas sa responsabilité internationale en expropriant. Cela surviendra seulement lorsqu'il ne respecte pas les conditions de son exercice. Ce sera par exemple le cas si l'État expropriant a manqué à son obligation primaire d'indemniser. Par conséquent, « il y a [...] une obligation « primaire » de compenser et, en cas de manquement à cette obligation, une obligation « secondaire » de dédommager à titre de responsabilité »<sup>6</sup>. L'indemnisation, qui constitue une question centrale en cas d'expropriation, peut donc avoir deux fonctions distinctes.

## B. Distinction entre indemnisations pour expropriations licite et illicite en droit international coutumier

Selon que l'expropriation directe ou indirecte aura été effectuée dans le respect des conditions de licéité, elle sera licite ou illicite en droit international. Cela dit, au regard du double statut de l'indemnisation, une question centrale surgit. Puisque l'expropriation licite comme l'expropriation illicite donnent droit à une indemnisation, comment distinguer l'indemnisation à octroyer pour expropriation licite de celle pour expropriation illicite ?

La réponse du droit international coutumier à cette préoccupation a été élaborée dans l'affaire de *l'Usine de Chorzów*<sup>7</sup> qui est considérée comme la sentence de référence, malgré certaines controverses. Dans cette affaire, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) a affirmé qu'en cas d'acte illicite (expropriation illicite en l'espèce):

*« 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 »<sup>8</sup>.*

<sup>5</sup> Jusqu'à l'élection du Rapporteur spécial R. AGO, la distinction entre règles primaires et règles secondaires n'était pas clairement faite. Sur cette distinction, voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, vol. II, p. 327, par. 66 c.

<sup>6</sup> K. ZEMANEK, « La responsabilité des États pour fait internationalement illicite ainsi que pour faits internationalement licites », dans *Responsabilité internationale*, Cours et travaux de l'Institut des Hautes Études Internationales de Paris, Paris, Pedone, 1987-1988, p. 21.

<sup>7</sup> Affaire de l'Usine de Chorzów (Allemagne/Pologne), 13 septembre 1928, Série A, n° 17 (fond).

<sup>8</sup> Ibid., p. 47.



Pour l'acte licite (expropriation licite), l'indemnisation se limite « à la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la dépossession, plus les intérêts jusqu'au jour du paiement »<sup>9</sup>.

Pour une partie de la doctrine et des tribunaux<sup>10</sup>, cette sentence a mis en exergue le principe suivant. En cas d'expropriation licite (y compris lorsque le montant de l'indemnité octroyée est contesté), l'investisseur lésé a droit à une « compensation » comprenant uniquement le *damnum emergens* ou pertes subies à la date de l'expropriation. Ces pertes se limitent à la valeur statique des actifs de l'investissement. En cas d'expropriation illicite, l'investisseur lésé aura droit au-delà de la « compensation » à une « réparation ». L'indemnisation comprendra dans ce cas les pertes subies, mais également le *lucrum cessans* ou gains manqués/pertes de profits. Les pertes englobent alors le manque à gagner dû à l'expropriation, calculé en tenant compte des profits que l'investissement générerait. Le principe de la réparation est également prévu dans le projet de la Commission de droit international (CDI) sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, considérée comme une œuvre de codification de règles coutumières : « l'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi »<sup>11</sup>.

Il convient de noter cependant qu'une controverse existe. Pour une partie de la doctrine, la décision de *l'Usine de Chorzow* doit être interprétée comme signifiant que l'investisseur étranger lésé a droit à l'indemnisation de la « valeur de l'investissement » en cas d'expropriation licite ; c'est-à-dire les pertes subies et gains manqués. La réparation en cas d'expropriation illicite comprendrait les pertes subies, les gains manqués, plus les dommages indirects<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Voir par exemple *Amoco International Finance Corp. c. Iran*, 15 Iran-États-Unis CTR (1987-II), pp. 189 et suivantes.

<sup>11</sup> Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, CDI, 2001, article 36.2.

<sup>12</sup> Voir par exemple l'opinion concurrente du juge Brower dans la sentence *Amoco International Finance Corp. c. Iran*, 15 Iran-États-Unis CTR (1987-II), spécialement pp. 300-301 : « (...) l'Usine de Chorzów présente un schéma simple: si une expropriation est licite, la partie dépossédée doit se voir accorder des dommages égaux à « la valeur de l'entreprise » qu'il a perdue, y compris tout bénéfice potentiel futur, à compter de la date de la dépossession ; dans le cas d'une expropriation illicite, cependant, soit la partie lésée doit se voir rétablir la jouissance effective de ses biens, ou, si cela s'avère impossible ou impraticable, il doit lui être accordée des dommages égaux au maximum (i) de la valeur de l'entreprise à la date du préjudice (encore une fois, y compris les pertes de profits), évaluée sur la base des informations disponibles à cette date, et (ii) de sa valeur (y compris également les pertes de profits), tel qu'illustré par ses performances probables après la date du préjudice et avant la date de la sentence, en fonction de l'expérience réelle post-expropriation, ainsi que (dans les deux alternatives) tout dommage indirect ». Traduction de l'auteure.



## II. Les clauses d'indemnisation de l'expropriation dans les TBI

Avant d'examiner la pratique des États dans leur TBI, il convient de rappeler l'existence d'une pratique qui fut celle des indemnisations forfaitaires (*lump-sum* agreements). Lors des grandes vagues de nationalisations dans les années 1950 à 1980, les États d'accueil d'investissements étrangers et les États d'origine des investisseurs ont conclu de nombreux accords d'indemnisation forfaitaire. Par ces accords, l'État d'origine recevait une somme globale de l'État expropriant, que le premier reversait à ses nationaux lésés au prorata des pertes subies par le biais d'une décision d'une cour spéciale ou une commission de réclamation interne. Cette pratique permettait de tenir compte des capacités financières des nouveaux pays indépendants qui entendaient exercer leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles par les nationalisations. La conclusion de ces accords était favorisée par le fait qu'à l'époque, les investisseurs avaient généralement pour seul recours la protection diplomatique de leur État d'origine. Désormais, avec l'accès direct à l'arbitrage contre l'État d'accueil mis en place par les TBI, les investisseurs peuvent réclamer directement à l'État d'accueil la totalité de l'indemnisation auquel ils estiment avoir droit.

### A. Les principes juridiques gouvernant l'indemnisation de l'expropriation

Plusieurs questions relatives aux principes gouvernant l'indemnisation de l'expropriation ne trouvent pas de réponses dans les TBI. Lorsque de telles réponses existent, elles sont alors sujettes à des interprétations divergentes dans la doctrine et devant les tribunaux.

#### 1. Un standard unique pour l'expropriation directe et indirecte

##### *Le constat*

Les clauses sur l'expropriation dans les TBI ne distinguent pas le mode d'évaluation de l'indemnisation selon qu'il s'agit d'une expropriation directe ou d'une expropriation indirecte. En effet, bien que les deux formes d'expropriation soient couvertes, les traités ne prennent pas en compte la spécificité et les enjeux inhérents à l'expropriation indirecte. La définition de l'expropriation directe pose moins de défi, car il s'agit d'une mesure étatique (loi ou règlement) qui retire expressément le titre de propriété d'un investissement au bénéfice de l'État ou d'un tiers désigné par l'État. L'expropriation indirecte est généralement définie comme une mesure étatique qui cause un préjudice grave à un investissement sans que le titre de propriété ait été atteint. Ainsi, l'investisseur est toujours détenteur de son titre de propriété, mais son investissement n'a plus de valeur économique ou n'existe plus dans les faits. Toutes les réglementations d'un État pourraient donc être qualifiées d'expropriations indirectes – dépendant de la définition donnée dans le TBI ou des critères utilisés par les tribunaux, qui sont divers et parfois contradictoires<sup>13</sup>.

##### *La problématique*

Le fait que les TBI ne prévoient pas de règle spécifique pour l'indemnisation de chaque type d'expropriation pose problème. Conformément à la plupart des TBI, il est difficile de savoir quels types de mesures étatiques peuvent être qualifiés d'expropriations indirectes. De ce fait, des réglementations publiques générales légitimes, telles que des lois sanitaires, environnementales qui ne visent pas l'investisseur, mais finissent par lui créer un préjudice économique pourraient être qualifiées d'expropriations indirectes par des tribunaux.

Dans ce cas, et en premier lieu, il peut sembler injuste que l'État doive octroyer une indemnisation maximale pour avoir cherché à protéger l'intérêt général ou à mettre en œuvre ses obligations internationales en matière de respect des droits humains, de la protection de la santé et de l'environnement. Prenons l'exemple de

<sup>13</sup> Voir pour plus de détails, NIKIEMA H. Suzy, *L'expropriation indirecte*, Série Bonnes Pratiques, Publications Institut International du Développement Durable, mars 2012 ([http://www.iisd.org/pdf/2012/best\\_practice\\_indirect\\_expropriation\\_fr.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation_fr.pdf)).



deux lois qui sont actuellement contestées par des investisseurs étrangers devant des tribunaux arbitraux. Dans le premier cas, il s'agit d'une loi uruguayenne sur l'étiquetage des paquets de cigarettes qui impose des avertissements sanitaires sur 80% de leur surface au détriment des logos publicitaires.<sup>14</sup> L'entreprise de tabac Phillip Morris a alors introduit une requête d'arbitrage devant le CIRDI en se plaignant entre autres d'une expropriation indirecte de son investissement. Dans le second cas, il s'agit d'une loi allemande amendée en 2011 pour accélérer la sortie du nucléaire énergétique par la fermeture programmée des centrales nucléaires dans le pays à la suite de la catastrophe nucléaire de Fukushima<sup>15</sup>. Il est très probable que l'entreprise Vattenfal ait invoqué une expropriation indirecte dans sa requête d'arbitrage. Dans l'hypothèse où un tribunal qualifierait ces lois d'expropriation indirecte, l'État d'accueil devrait-il indemniser au maximum le préjudice subi par un investisseur, malgré le fait que son investissement aurait continué de causer un préjudice grave à la santé publique ou pourrait entraîner une catastrophe en cas d'accident, si la loi n'était pas intervenue ? L'État d'accueil devra-t-il indemniser ici de manière identique à un autre État qui déciderait de nationaliser le capital d'une entreprise privée étrangère ?

En second lieu, il faut noter que dans une expropriation directe, l'État d'accueil retire un gain économique. Il y a en effet transfert d'un titre de propriété d'un patrimoine privé dans le patrimoine public ; et donc un enrichissement de l'État. Il est donc légitime que ce dernier paie pour ce qu'il a acquis. Or, dans une expropriation indirecte par le biais d'une réglementation générale, l'État ne retire généralement pas de profit économique de la mesure incriminée. Au contraire, comme dans les exemples mentionnés ci-dessous, il peut en résulter une perte de recettes fiscales en raison de la fermeture d'une entreprise ou de diminution de la consommation d'un produit. Une indemnisation maximale devient alors difficile à justifier.

En troisième lieu, on peut se demander si un État ne serait pas amené à renoncer à prendre certaines mesures d'intérêt général lorsque leurs implications pécuniaires en termes d'indemnisation risquent de ne pas être couvertes par les fonds publics. Lorsqu'un État décide de nationaliser licitement un investissement, c'est seulement après avoir effectué une pesée des intérêts en présence et prévu une ligne budgétaire pour cette opération. Comment en ira-t-il lorsque le préjudice causé à l'investisseur est par exemple fortuit ? Un État a-t-il la capacité et les moyens d'anticiper et d'assumer les coûts financiers éventuels d'une indemnisation maximale des investissements étrangers lésés pour la moindre de ses réglementations au niveau national ou local ? Cette interrogation a amené certains auteurs à craindre que les États ne développent un « *comportement extrêmement timoré lors de l'adoption de mesures visant à mettre en œuvre les droits humains* », les amenant « *à subordonner les choix collectifs visant l'intérêt général au respect des droits des investisseurs privés étrangers* »<sup>16</sup>, ou encore qu'ils « *se retien[nent] de réglementer comme ils le devraient, ou (...) modifie[nt] ou supprime[ent] des règlements le jour où planera la menace d'une demande de la part de l'investisseur* »<sup>17</sup>. En réalité, le problème se trouve déjà en amont, car il revient aux États de préciser dans leur TBI que certains types de réglementations sont immunisés contre la qualification d'expropriation indirecte. Autrement, une fois qualifiée comme telle, il est difficile de défendre la non-indemnisation pour les préjudices causés aux investissements protégés.

## 2. Un standard commun aux expropriations licite et illicite

### Le constat

Les clauses des TBI prévoient explicitement un standard d'indemnisation pour l'expropriation licite. Elles

<sup>14</sup> Voir *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, CIRDI, ARB/10/7. La requête d'arbitrage est disponible sur <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf>.

<sup>15</sup> Voir Bernasconi-Osterwalder, Nathalie, Background paper on Vattenfall v. Germany arbitration, IISD, 2009, [http://www.iisd.org/pdf/2009/background\\_vattenfall\\_vs\\_germany.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf).

<sup>16</sup> R. BACHAND, M. GALLIE, S. ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », AFDI, 2003, respectivement p. 592 et pp. 601-602.

<sup>17</sup> N. Bernasconi-Osterwalder et al., *Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development: Questions and answers*, International Institute for Sustainable Development, 2011, p. 23 ([http://www.iisd.org/pdf/2011/investment\\_treaties\\_why\\_they\\_matter\\_sd.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf))



ne disent pas clairement si le même standard est applicable en cas d'expropriation illicite. Cette absence de distinction peut être interprétée comme signifiant que les standards de l'indemnisation prévus dans le TBI sont identiques pour l'acte internationalement licite (expropriation licite) et l'acte internationalement illicite (expropriation illicite). Dans ce cas, les clauses des TBI induiraient littéralement une contradiction avec le droit international coutumier de la responsabilité des États. En effet, indépendamment des divergences sur le contenu de l'indemnisation pour expropriation licite et illicite, les règles coutumières différencient entre la réparation pour acte illicite et la compensation pour acte licite. Cependant, même si cette lacune des TBI était interprétée comme signifiant qu'il faut recourir au droit international coutumier pour l'indemnisation des expropriations illicites, le résultat serait le même. En effet, les standards d'indemnisation de l'expropriation licite prévus dans les TBI sont au moins aussi élevés que ceux du droit coutumier pour expropriation illicite.

En pratique, lorsqu'il s'agit d'une expropriation directe, allégation qui est de plus en plus rare dans le contentieux international des investissements, les tribunaux font aisément la distinction entre expropriation licite et illicite et calculent le montant de l'indemnisation en fonction de cette dichotomie. Mais en cas d'expropriations indirectes, la majorité des tribunaux ne s'embarassent plus à spécifier s'il s'agit d'une expropriation licite ou illicite, ni à calculer l'indemnisation en conséquence. Et même lorsqu'ils admettent que la distinction est pertinente, ils n'en tiennent plus compte au moment du calcul des indemnités. En substance, la différenciation de l'indemnisation est effectuée sur la base d'un autre paramètre qui est la nature rentable ou non rentable de l'investissement exproprié. En d'autres termes, et comme l'a constaté empiriquement un auteur, « *en matière d'indemnisation, le critère relatif à la rentabilité des avoirs expropriés s'est peu à peu substitué à celui de la licéité de l'expropriation. (...) Dans l'évaluation du quantum de l'indemnisation, l'avoir rentable a pris la place de l'expropriation illicite et l'avoir non rentable a pris la place de l'expropriation licite* »<sup>18</sup>.

### La problématique

En premier lieu, l'absence de distinction, voire de pondération de l'indemnisation en fonction du caractère licite ou illicite de l'expropriation, pose un problème d'ordre éthique. En effet, on ne peut pas concevoir que l'État qui exproprie conformément à ses obligations internationales doive verser une indemnisation équivalente à l'État qui aurait commis un acte illicite en expropriant, par exemple dans l'intérêt privé d'un membre du gouvernement, de manière discriminatoire et/ou sans indemnisation. Il convient de préciser qu'un tribunal arbitral devant lequel une plainte pour expropriation illicite a été portée peut requalifier la mesure étatique en expropriation licite lorsque la divergence entre les parties se limite au montant de l'indemnisation octroyée<sup>19</sup>. En second lieu, il faut noter que toute expropriation directe ou indirecte peut être illicite. Mais en pratique, l'expropriation indirecte a plus de chance d'être illicite, car l'État ne considère pas ou ne réalise pas que les prescriptions d'ordre général d'une loi ou d'un règlement puissent être considérées comme une expropriation indirecte d'un investissement étranger. Le paradoxe veut donc que s'agissant de l'expropriation indirecte, l'État d'accueil déclenche *accidentellement* l'exercice d'un droit qui lui est reconnu, mais avec des coûts financiers importants, du fait qu'il exproprie illicitement quand il estimait ne pas être en train d'exproprier. Cela dit, que le caractère illicite de l'expropriation indirecte résulte de la bonne foi ou de la mauvaise foi du gouvernement, la terminologie ambiguë des TBI permet d'exiger qu'il indemnise l'investisseur lésé sur la base de critères identiques à ceux de l'expropriation licite.

## 3. L'obligation d'indemniser immédiatement

### Le constat

La majorité des TBI n'indiquent pas la date précise d'exigibilité de l'indemnisation, mais exigent un paiement «

<sup>18</sup> Y. NOUVEL, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », dans *Forum du droit international/International Law Forum*, Vol.5, 2003, n° 3, p. 199.

<sup>19</sup> Cela signifie que l'État s'est engagé à indemniser l'investisseur étranger conformément à ses obligations internationales, mais que la somme proposée ou le délai de versement sont contestés. Dans ce cas, le tribunal se contentera de recalculer la somme due en fonction des standards prévus dans le TBI et à défaut, en droit coutumier.



sans délai »<sup>20</sup>, ou « sans retard injustifié »<sup>21</sup>. Quelques TBI prévoient explicitement par exemple que « les dispositions pour la fixation et le paiement de l'indemnité devront être prises d'une manière prompte au plus tard au moment de l'expropriation »<sup>22</sup>. Cela signifie que l'État d'accueil doit anticiper et évaluer le préjudice que sa mesure d'expropriation causera à l'investisseur étranger, et l'indemniser avant ou au moment d'adopter la mesure en question. Cette exigence est compréhensible, mais elle peut s'avérer irréaliste, voire absurde dans certaines situations.

### La problématique

En ce qui concerne l'expropriation directe, un État peut indemniser l'investisseur étranger lésé avant l'application de la loi de nationalisation ou le décret d'expropriation. Mais cette solution n'est pas toujours réalisable pour tous les pays, tels que les pays en développement dont les ressources financières sont limitées. Il peut alors s'avérer plus opportun pour l'État de pouvoir adopter un paiement échelonné en fonction de ses capacités financières. En ce qui concerne l'expropriation indirecte, l'obligation de payer avant ou au moment de l'expropriation peut s'avérer impossible. Si l'on prend le cas des mesures d'ordre général qui visent à protéger ou faire face à un péril sanitaire ou environnemental, la célérité requise pour remédier au problème ne peut permettre à l'État d'accueil de calculer, budgétiser et indemniser les potentielles personnes lésées, avant d'agir. Et même si cela était possible, encore faudrait-il que l'État ait conscience ou accepte le fait qu'il est en train d'exproprier indirectement un investissement étranger. À titre de rappel, la définition de l'expropriation indirecte est encore si largement controversée que nul ne peut prévoir avec certitude si ce type de mesure sera qualifié d'expropriation indirecte ou pas par un tribunal.

Une partie des problèmes soulevés est désormais réglée dans quelques textes récents qui introduisent une flexibilité dans le délai de paiement de l'indemnité. Tel est le cas de l'article 6.4 du modèle de traité bilatéral d'investissement de la SADC : « les sentences qui constituent un fardeau significatif sur un État hôte peuvent être payées annuellement sur une période de trois ans ou toute autre période convenue par les parties à l'arbitrage, sous réserve de l'intérêt au taux fixé par accord entre les parties à l'arbitrage ou à défaut d'un tel accord, par un tribunal »<sup>23</sup>.

## 4. L'obligation de payer des intérêts

### Le constat

Les dispositions de plusieurs TBI indiquent clairement que l'indemnisation en cas d'expropriation « comprendra le paiement d'intérêt au taux commercial normal jusqu'à la date du paiement »<sup>24</sup>. La date d'exigibilité de l'indemnisation constitue également la date à laquelle les intérêts commencent à courir.

Le paiement des intérêts en cas d'expropriation sont reconnus par les tribunaux comme ayant une valeur coutumière en droit international<sup>25</sup>, même si certains droits nationaux interdisent les intérêts pour des raisons religieuses. Alors que le principe est acquis que les intérêts font partie intégrante de l'indemnisation, des controverses demeurent sur le mode de calcul de ces intérêts. En effet, les TBI ne donnent pas toujours d'indications utiles aux tribunaux, conduisant alors à des méthodes de calcul multiformes et imprévisibles. Au meilleur des cas, le TBI requiert l'application du « taux commercial normal » jusqu'à la date de paiement de l'indemnisation<sup>26</sup>. Il n'y a généralement pas de précision sur le type d'intérêt applicable (simple ou composé), le taux annuel de l'intérêt (taux fixe applicable aux dettes souveraines du pays d'accueil ou taux du marché), et s'il y a lieu, la période de référence pour le taux de conversion dans une monnaie étrangère.

<sup>20</sup> Voir par exemple l'article 1110.3 de l'ALENA.

<sup>21</sup> Voir par exemple l'article 4.2 du TBI Pays-Bas – Sénégal.

<sup>22</sup> Voir par exemple l'article 5.1 du TBI Royaume Uni – Swaziland.

<sup>23</sup> Traduction de l'auteur.

<sup>24</sup> Voir par exemple l'article 5.1 du TBI Royaume Uni – Swaziland, et l'article 6 du TBI Tanzanie – Pays-Bas.

<sup>25</sup> Voir par exemple l'article 38 du projet de la CDI sur la responsabilité internationale des États pour fait internationalement illicite.

<sup>26</sup> Voir par exemple l'article 7.1 du TBI Comores-Maurice.



En pratique, trois principales méthodes de calcul du taux d'intérêt sont appliquées par les tribunaux. Une méthode couramment utilisée par les tribunaux est celle du taux correspondant au coût de la perte d'opportunité de l'investisseur. Cette méthode reflète l'idée que l'expropriation sans prompt indemnisation a privé l'investisseur de la possibilité de réinvestir rentablement ses ressources. Le taux ici est alors calculé en fonction de ce qu'aurait rapporté un réinvestissement hypothétique de l'indemnité principale. Une autre méthode consiste à utiliser un taux au coût que l'investisseur aurait dû payer pour lever des fonds supplémentaires, généralement par un endettement afin de combler l'absence d'indemnisation par l'État. Enfin, une approche commune aux tribunaux est de fixer le taux d'intérêt en fonction d'un indice basé sur le marché, tel que le LIBOR. Plusieurs tribunaux ont considéré que le paiement d'intérêts composés constitue aujourd'hui le standard international applicable et est justifié pour octroyer une indemnisation intégrale du préjudice subi<sup>27</sup>.

### La problématique

L'obligation de payer des intérêts dès la date d'exigibilité de l'indemnisation et l'absence d'indication sur le type d'intérêt suscitent des problèmes à deux niveaux. D'une part, il peut s'écouler une longue période entre la date de l'expropriation ou celle de la contestation du paiement de l'indemnisation et la date de paiement effectif de l'indemnité due. Dans le cas où le paiement est effectué à la suite d'une procédure arbitrale, il peut même s'écouler plusieurs années avant que la sentence ne soit rendue ou que l'État soit en mesure d'exécuter la sentence. Cela est d'autant plus délicat lorsqu'il s'agit d'une expropriation indirecte d'une mesure d'ordre général que l'État d'accueil n'estimait pas de bonne foi constituer une expropriation indirecte. Dans ce cas particulier, la question pourrait se poser de savoir s'il est adéquat de fixer la date d'adoption de la mesure comme la date clé à partir de laquelle l'État devrait payer des intérêts ou si une autre date est mieux adaptée.

D'autre part, le choix du type d'intérêt, du taux applicable et des taux de conversion en monnaie étrangère est une question cruciale. Lorsque le retard s'étale sur plusieurs années et qu'il est appliqué un intérêt composé à un taux élevé, le montant des intérêts peut dépasser celui du principal<sup>28</sup>. Par exemple, pour une somme de 100 euros due en principal depuis quinze ans et assortie d'intérêts au taux de 6 %, le montant dû est de 190 euros en cas d'intérêts simples et de 239,65 euros en cas d'intérêts composés capitalisés annuellement<sup>29</sup>. Il faut noter que plusieurs pays ne précisent pas le type d'intérêt applicable dans leur TBI alors qu'ils interdisent ou encadrent strictement la capitalisation des intérêts dans leur législation interne<sup>30</sup>. Conformément à l'article 38.1 du projet de la CDI sur la responsabilité des États, les intérêts composés ne sont pas obligatoires, mais indiqués dans « *la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale* ». Mais faut-il nécessairement que les intérêts soient composés pour que l'indemnisation soit intégrale ? Et ce quelles que soient les circonstances de l'espèce ? Par ailleurs, pour une expropriation directe effectuée pour une valeur de 100 euros en 2008, mais devant être versé en dollars en 2010, le tribunal peut décider de calculer les intérêts sur les 100 euros avant de les convertir en dollars, ou de convertir directement les 100 euros en dollars avant de calculer le taux d'intérêt. Dans chaque cas, le résultat sera différent et fluctuera également en fonction du taux de convertibilité choisi entre la date de l'expropriation et celle de la sentence arbitrale. Du fait que les TBI sont généralement silencieux sur le type d'intérêt applicable, ils laissent la latitude à chaque tribunal arbitral de choisir la règle qui lui semble convenir. Pour remédier à cette incertitude,

<sup>27</sup> Voir l'affaire *Middle East Cement c. Égypte* (ARB/99/6), sentence du 12 avril 2002, § 174-175.

<sup>28</sup> Ce fut le cas par exemple dans l'affaire *Wena Hôtel c. Égypte* (ARB/98/4), sentence du 8 décembre 2000, où le montant des intérêts s'élevait à 11,43 millions USD, dépassant le montant en capital qui était de 8,06 millions USD. Également dans la sentence *Santa Elena c. Costa Rica*, rendue en 2000, l'investisseur s'est vu octroyer 4,15 millions USD au titre de l'indemnisation et 11,85 millions USD au titre des intérêts dus depuis la date de l'expropriation directe en 1978.

<sup>29</sup> Les intérêts simples sont calculés uniquement sur ce capital, tandis que les intérêts composés consistent à ajouter, à la fin de chaque période, les intérêts générés au capital pour produire de nouveaux intérêts. On dit alors que les intérêts sont capitalisés.

<sup>30</sup> C'est le cas du droit égyptien ou du droit suisse qui interdisent les intérêts composés. D'autres systèmes juridiques interdisent les intérêts composés sauf accord contraire expresse des parties au litige (Allemagne), ou encadrent strictement la capitalisation des intérêts (France). Quoi qu'il en soit, dans la mesure où, le droit international a primauté sur le droit interne et il appartient aux États de préciser leur choix directement dans le TBI.



les États pourraient utiliser un langage plus précis dans leurs traités et exiger par exemple l'usage d'intérêts simples. C'est le cas de l'article 6.3 du modèle de TBI de la SADC qui prévoit que « (...) le paiement doit inclure un intérêt simple [Taux LIBOR] [taux commercial en cours de l'État hôte], à partir de la date d'expropriation jusqu'à la date de paiement effectif. (...)».

## B. Les standards juridiques d'évaluation de l'indemnisation

L'évaluation de l'indemnisation par l'État d'accueil ou à défaut par un tribunal arbitral, doit se faire selon des règles spécifiques. Il s'agit de ce qui est dénommé ici les standards de l'indemnisation.

### 1. L'étendue de l'indemnisation

#### a. Les dispositions classiques dans les TBI

La première question qui se pose dans toute évaluation de l'indemnisation est celle de son étendue. L'investisseur lésé devra-t-il se voir indemniser pour toute l'étendue ou pour une partie du préjudice subi ? Il est primordial de répondre à cette question avant de déterminer la valeur totale ou partielle de l'investissement exproprié.

Un nombre important de TBI adopte le standard de l'indemnisation « prompte, adéquate et effective ». Il s'agit de la formule dite de Hull<sup>31</sup> qui fut revendiquée la première fois par les États-Unis en 1917. L'indemnisation « prompte, adéquate et effective » signifie que l'investisseur doit se voir octroyer, dès que l'investissement est réalisé (prompte), une somme correspondant à la valeur totale de son investissement exproprié (adéquate), dans une monnaie librement transférable et échangeable (effective). Pour certains, la formule de Hull renvoie à l'indemnisation complète, c'est-à-dire une indemnisation complète correspondant aux pertes subies et aux gains manqués. Typiquement, les TBI qui adoptent ce standard ne distinguent pas selon que l'expropriation est licite ou illicite.

Toutefois, cette formule est rarement insérée de manière autonome dans les TBI. En effet, un grand nombre de TBI énoncent comme standard, une indemnisation prompte, effective et adéquate correspondant à la juste valeur marchande de l'investissement. Ainsi dans le TBI États-Unis – Uruguay, l'article 6.1-2 se lit comme suit :

« 1. Aucune Partie ne peut exproprier ou nationaliser un investissement couvert (...), sauf (...) (c) contre le paiement d'une indemnisation prompte, adéquate et effective (...).

2. L'indemnisation visée au paragraphe 1(c) devra : (...) (b) être équivalente à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié (...). »

Une partie des TBI insèrent uniquement le standard de l'indemnisation « à la juste valeur marchande » de l'investissement. Ainsi, l'article 1110.2 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) prévoit que « l'indemnité devra équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié (...) ». En raison de l'assimilation fréquente entre la formule de Hull et la formule de la juste valeur marchande, la majorité des commentateurs estime que les deux formules sont équivalentes et que les termes « juste » et « adéquat » renvoient à l'indemnisation complète.

En général, les tribunaux arrivent à la conclusion qu'une indemnisation complète est toujours due en cas d'expropriation, malgré la diversité des termes utilisés dans les TBI. Pour ces derniers, faute d'indications contraires explicites, les termes « juste, prompte et adéquate », « à la juste valeur marchande », « appropriée », « juste », sont interchangeables et renvoient au même standard.

<sup>31</sup> D'après la célèbre formule du secrétaire d'État américain Cornell HULL, dans sa note du 21 juillet 1938 en réponse aux nationalisations mexicaines de 1917.



### b. Vers l'intégration d'autres facteurs ?

Il est possible d'envisager une indemnisation qui ne couvrirait pas la totalité de la valeur marchande de l'investissement, notamment en cas d'expropriation indirecte. En effet, l'évaluation de l'indemnisation pourrait prendre en compte d'autres facteurs, économiques et non économiques afin d'atteindre un résultat équilibré entre intérêts de l'investisseur et intérêts de l'État hôte. Dans certaines situations, une indemnisation égale à la juste valeur marchande de l'investissement peut s'avérer inappropriée ou injuste et une pondération devient nécessaire.

C'est ainsi que le modèle de TBI de la SADC introduit une innovation majeure qui est d'exiger une indemnisation « juste et adéquate ». Le modèle précise que cela revient à prendre en compte toutes les circonstances pertinentes lors du calcul de l'indemnisation. Cette règle oblige donc les arbitres à aller au-delà de la juste valeur marchande et des facteurs purement économiques en général.

Par exemple, l'une des options proposées à l'article 6.2<sup>32</sup> du modèle de TBI de la SADC se lit comme suit :

*« L'évaluation de l'indemnisation juste et adéquate doit être fondée sur un juste équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt des personnes lésées, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes et en tenant compte de l'utilisation actuelle et passée de la propriété, de l'histoire de son acquisition, de la juste valeur marchande de la propriété, du but de l'expropriation, de l'étendue des profits antérieurs réalisés par l'investisseur étranger grâce à l'investissement, et la durée de l'investissement »<sup>33</sup>.*

Dans cette option, la juste valeur marchande ne constitue qu'un facteur d'appréciation parmi d'autres. Ainsi, le tribunal pourra considérer par exemple le fait que l'investissement a généré des bénéfices extraordinaires dans le passé pour fixer une indemnisation « juste et adéquate » inférieure à la valeur marchande actuelle de la propriété. Le modèle SADC n'offre qu'une liste indicative et les tribunaux ont la latitude de considérer d'autres facteurs de pondération tels que la mauvaise conduite antérieure de l'investisseur, les coûts liés aux dommages causés à l'environnement (fonds nécessaires à la réhabilitation d'un site ou au nettoyage de déchets dangereux déversés sur le terrain), et la prise en compte de l'épuisement des ressources naturelles.

Mais il faudra attendre la signature de traités basés sur ce modèle et la pratique subséquente des tribunaux pour connaître les implications concrètes d'une telle clause sur le montant de l'indemnisation due en cas d'expropriation.

## 2. La date de référence pour l'évaluation de la valeur de l'investissement

### Le constat

Conformément à la date d'exigibilité de l'indemnisation prévue dans les TBI, la valeur de l'indemnisation doit être calculée dans la période précédant ou au plus tard à la date de l'expropriation. Ainsi, l'article 6.1 du TBI Canada-Liban précise que la valeur de l'investissement doit être fondée : « sur la juste valeur sur le marché de l'investissement ou des revenus expropriés immédiatement avant l'expropriation ou dès le moment où elle est devenue de notoriété publique, s'il est antérieur ». Par ailleurs, la majorité des TBI précise que le calcul de l'indemnité « ne tiendra compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue »<sup>34</sup>. La date de référence est primordiale pour deux raisons. D'une part, la valeur de l'investissement peut varier dans le temps, notamment lorsque le tribunal prend en compte la valeur marchande et les fluctuations du marché. D'autre part, le montant des intérêts peut varier substantiellement selon la date de référence choisie.

<sup>32</sup> Le modèle propose d'autres options aux États qui négocient des TBI. L'une d'entre elles consiste à poser une présomption en faveur de la juste valeur marchande comme mode d'évaluation, sous réserve que le tribunal estime qu'il est approprié dans le cas d'espèce de recourir à d'autres facteurs complémentaires.

<sup>33</sup> Traduction de l'auteur.

<sup>34</sup> Voir par exemple l'article 1110 (2) de l'ALENA.



### La problématique

La détermination de cette date peut s'avérer délicate dans deux situations. La première est celle où la sentence arbitrale est intervenue plusieurs années après l'adoption de la mesure d'expropriation. Dans la même ligne, si la valeur de l'investissement a fluctué dans le temps, la date choisie comme celle de l'expropriation devient cruciale, car elle déterminera la valeur maximale ou minimale de l'investissement à indemniser. Ainsi récemment, un tribunal a considéré qu'il était approprié dans le cas d'expropriation illicite de choisir une date quelconque entre la date de l'expropriation formelle et la date de la sentence qui permette à l'investisseur d'obtenir une indemnisation correspondant à « l'utilisation optimale » de la propriété. Ainsi, dans la sentence *Marion et Reinhard Unglaube c. Costa Rica*, à propos d'une expropriation directe illicite d'une parcelle intervenue quelques années après le placement de cette parcelle en zone écologique protégée, le tribunal a considéré que la valeur marchande du terrain pouvait être évaluée à une date postérieure à la date de l'expropriation directe<sup>35</sup>. La deuxième situation est celle de l'investissement lésé par une accumulation de mesures étatiques dans le temps. Il s'agit de l'expropriation progressive, également appelée expropriation rampante pour mettre en lumière la mauvaise foi de l'État d'accueil<sup>36</sup>. L'expropriation indirecte progressive pose une question majeure qui est celle de la fixation du moment de l'expropriation. En effet, il faudra distinguer, parmi une série de mesures successives, celle qui a été décisive. En d'autres termes, « (...) la dernière étape d'une expropriation rampante qui fait pencher la balance est semblable à la goutte qui fait déborder le vase »<sup>37</sup>. L'identification de l'acte déterminant peut s'avérer délicate et les tribunaux analysent chaque situation au cas par cas.

## 3. L'absence de méthode d'évaluation de la valeur de l'investissement

### Le constat

La quasi-totalité des TBI ne donne pas d'indications sur les méthodes d'évaluation du préjudice.

### La problématique

Cette lacune est déplorable, car selon la méthode de calcul utilisée, les montants en jeu peuvent varier d'un extrême à un autre. Les États parties à un TBI laissent ainsi une marge de manœuvre discrétionnaire aux arbitres et surtout aux cabinets d'expertises comptables qui utilisent selon les cas des formules divergentes et imprévisibles.

<sup>35</sup> *Marion Unglaube et Reinhard Unglaube c. Costa Rica* (ARB/08/1 et ARB/09/20), sentence du 16 mai 2012, § 309 et 315-316.

<sup>36</sup> Une expropriation progressive « est une forme d'expropriation indirecte, avec une qualité distinctive temporelle dans le sens où elle englobe la situation dans laquelle une série d'actes imputables à l'État sur une période de temps aboutissent à l'expropriation de ces biens ». *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003, ILM, Vol. 44, 2005, pp. 404 et s., § 20.22. Traduction de l'auteure.

<sup>37</sup> *Siemens A.G. c. République d'Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007, § 263.



### III. L'évaluation de la valeur de l'investissement exproprié par les tribunaux

Si les principes guidant la détermination de l'étendue et de la date d'exigibilité de l'indemnisation en cas d'expropriation manquent généralement de clarté dans les TBI, les indications sur les méthodes concrètes de calcul de l'indemnisation sont quant à elles inexistantes. En effet, comment calcule-t-on une indemnisation intégrale ou la valeur marchande d'un investissement ? Il est revenu aux tribunaux de déterminer les méthodes de calcul applicables dans chaque cas d'espèce.

Bien que quelques méthodes de calcul puissent être isolées et analysées, il faut noter que la pratique courante des tribunaux est d'appliquer à des degrés divers une combinaison de méthodes. Dans plusieurs cas, les sentences ne démontrent pas pourquoi un mode de calcul a été préféré à un autre. Quoi qu'il en soit, le calcul des indemnités, et notamment des gains manqués, est généralement laissé à des cabinets d'expertise comptables. Or, à ce niveau, comme l'a noté un auteur avec ironie, les experts appointés par les parties « *tout en arrivant à des résultats forts disparates, assurent pourtant que les facteurs qu'ils emploient anticipent d'une façon exacte [les] événements futurs. Ces calculs contiennent tant d'éléments de conjecture qu'ils paraissent aux non-initiés à la science comptable guère moins spéculatifs et tout aussi obscurs que les prophéties de Nostradamus* »<sup>38</sup>.

Il existe trois catégories de méthode d'évaluation. La première regroupe les méthodes axées exclusivement sur le marché (valeur marchande). La seconde regroupe les méthodes reposant sur les actifs (valeur comptable ajustée, valeur nette comptable, valeur de liquidation) et la troisième rassemble les méthodes basées sur les revenus (flux de trésorerie ajustée, flux de trésorerie capitalisée, valeur actuelle ajustée). Trois méthodes parmi les plus usitées seront analysées ci-après.

#### A. La méthode de la valeur marchande

La méthode de la valeur marchande consiste littéralement à rechercher le prix de l'investissement au regard des lois du marché. Ainsi, comme l'a affirmé le tribunal dans la sentence *CMS c. Argentine*, c'est le prix « *auquel le bien pourrait changer de mains entre un acheteur hypothétique désireux et capable d'acheter et un hypothétique vendeur désireux et capable de vendre, agissant sans lien de dépendance dans un marché ouvert et libre, lorsqu'aucun des deux n'est dans l'obligation d'acheter ou de vendre et quand les deux ont une connaissance raisonnable des faits pertinents* »<sup>39</sup>. Cette méthode suppose d'abord qu'il existe un véritable marché où de telles transactions peuvent se faire. Ensuite, il faut une transaction de référence permettant de déterminer la somme que les acteurs du marché sont prêts à mettre pour acquérir un investissement opérant dans la même industrie et soumise aux mêmes variables économiques. Enfin, il faut pouvoir déterminer une date de référence, étant donné que les marchés sont par définition fluctuants, voire volatils dans le cas des marchés boursiers. Ainsi, le choix de la transaction de comparaison sur le marché et la période de comparaison est décisif. Cette méthode est très souvent adoptée par les tribunaux lorsque l'investissement a montré ses preuves de rentabilité.

Cette méthode présente des avantages qui le rendent a priori attrayant, mais qui ne compensent pas ses nombreux inconvénients. Concernant ses avantages, une partie de la doctrine et les tribunaux considèrent qu'elle est la seule méthode qui permette d'octroyer une indemnisation véritablement complète. Ils considèrent en effet qu'un investissement, notamment sous forme d'entreprise, n'est pas uniquement la somme des actifs possédés. Ce n'est pas un bien statique, mais une activité qui génère des revenus et ce potentiel fait partie intégrante de sa valeur. Ainsi, lorsque l'activité économique est compromise, l'investisseur ne perd pas seulement ce qu'il a investi jusqu'à la date de l'expropriation, mais aussi, et surtout les bénéfices qu'il ne percevra plus.

<sup>38</sup> Siedl-Hohenveldern, « L'Évaluation des dommages dans les Arbitrages Transnationaux », dans *Annuaire français de droit international*, vol. 32, 1987, p. 24.

<sup>39</sup> Voir *CMS Gas Transmission Company c. Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, para. 402. Traduction de l'auteur.



Toutefois, les inconvénients ne sont pas négligeables. Cette méthode induit d'abord un risque important de spéculation et de manipulation, puisqu'elle est basée principalement, sinon exclusivement, sur des bénéfices prospectifs. Ensuite, que faire lorsqu'il n'y a pas de « marché » concurrentiel national disponible, parce que l'investisseur jouissait par exemple d'une situation de monopole ; ou lorsqu'il n'y a pas de marché international similaire, en raison du fait que le contexte économique dans d'autres pays est très différent ? Dans ce cas, comment faire les ajustements nécessaires afin de tenir compte des paramètres économiques et sociopolitiques qui peuvent largement influencer la valeur marchande d'un investissement ? Enfin, comment faire des projections réalistes sur des marchés qui ne sont pas toujours rationnels ? En raison de toutes ces inconnues dans l'équation, la méthode de la valeur marchande implique un risque important d'une sur-indemnisation de l'investisseur.

## B. La méthode de la valeur nette comptable

La valeur nette comptable d'un bien est définie comme sa valeur brute minorée du montant des amortissements et/ou des provisions. En pratique, la méthode de la valeur nette comptable consiste ici à évaluer la valeur statique, en principe minimale, de l'ensemble des actifs d'un investissement à une date donnée. Elle ne prend en compte que le passé et non les anticipations de bénéfice à venir.

Cette méthode est généralement adoptée par les tribunaux pour les investissements qui n'ont pas prouvé leur capacité de rentabilité dans le passé, soit parce que l'opération n'a jamais pu démarrer du fait des agissements de l'État d'accueil, soit parce qu'elle était déficitaire. En effet, les tribunaux sont réticents à indemniser les gains manqués dans ces cas<sup>40</sup>. En droit international coutumier, cette méthode ainsi que ses variantes, est utilisée par les tribunaux qui suivent l'interprétation selon laquelle en droit international coutumier, seul le *damnum emergens* (pertes subies) doit être indemnisé en cas d'expropriation licite.

Cette méthode a plusieurs avantages. Elle est plus objective, car elle est basée sur des bénéfices historiques. Comme corolaire, elle induit un risque amoindri de manipulation, car elle implique peu ou pas d'éléments prospectifs. Il est cependant reproché à cette méthode d'ignorer l'aspect dynamique de l'investissement, c'est-à-dire sa capacité à générer des profits. De ce fait, elle peut entraîner une indemnisation en deçà de la valeur globale de l'investissement sur le marché. Mais elle reste pertinente dans certains cas.

## C. La méthode de la pondération du flux de trésorerie

Il s'agit de la valeur nette actuelle par pondération du flux de trésorerie. Cette méthode consiste à estimer les flux de trésorerie futurs et à appliquer ensuite un « taux d'actualisation » qui reflète le coût du capital et des risques (par exemple un taux qui incorpore un risque ajusté en fonction de l'industrie, du rendement de l'entreprise, du pays) pour les flux de revenus futurs estimés pour identifier la valeur actuelle. Il s'agit donc d'une méthode particulièrement complexe qui tente d'anticiper les hausses et baisses probables de la valeur marchande d'un investissement sur une période future plus ou moins longue afin déterminer sa valeur « moyenne ». Cette méthode est largement utilisée par les tribunaux depuis plus de trois décennies pour les avoirs rentables, malgré de nombreuses critiques<sup>41</sup>.

Le succès de la méthode de la pondération du flux de trésorerie est dû aux avantages qu'on lui prête. Elle est censée être plus objective, réaliste et prudente que la méthode de la valeur marchande, parce qu'elle combine plusieurs facteurs et pondère le montant de l'indemnisation au regard des risques encourus dans le futur.

<sup>40</sup> Voir *PSEG Global Inc. c. La République de Turquie*, CIRDI, ARB/02/5, sentence du 19 janvier 2007, para. 310.

<sup>41</sup> C'est ainsi qu'un tribunal déclarait en 1987 que « l'une des règles les mieux établies en droit de la responsabilité internationale des États est qu'aucune réparation pour des dommages spéculatifs ou incertains ne peut être attribuée » ; *Amoco International Finance Corp. c. Iran*, sentence partielle du 14 juillet 1987, Iran-États-Unis. C.T.R. (1987), para. 238. Traduction de l'auteur.



Dans les faits, cependant, cette méthode n'est pas exempte de sérieux inconvénients. Le choix des paramètres pour l'actualisation de la valeur et le poids donné à un paramètre par rapport à un autre est décisif. Cette méthode peut facilement conduire à des résultats très différents selon les experts. Par exemple, il suffit de maintenir un taux de croissance initial élevé sur le futur pour multiplier la valeur actuelle de l'investissement. En revanche, en prenant en compte une baisse fréquente du taux de croissance dans le futur, ou une baisse possible et souvent probable des facteurs comme la concurrence de nouveaux investisseurs, la hausse des impôts, ou un changement de réglementation, ces facteurs peuvent faire déprécier cette valeur. Comme l'ont remarqué deux auteurs, « *il n'existe aucun moyen fiable de prédire de tels événements sur plusieurs années sur toute la ligne, vu que nous sommes incapables de prédire même le marché boursier de demain* »<sup>42</sup>. En définitive, bien que presque tous les tribunaux aient affirmé que les « éléments spéculatifs » sont pondérés avec cette méthode<sup>43</sup>, elle demeure une méthode par essence spéculative « *déguisée sous l'apparence d'une équation mathématique* »<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> T.W. Wälde, B. Sabahi, « Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law », *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, issue 6, novembre 2007, p. 20, ([www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1165](http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1165)).

<sup>43</sup> Voir par exemple; *Metalclad Corp. c. États-Unis du Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, para. 122 ; *Wena Hotels Limited c. République Arabe d'Égypte* (ARB/98/4), sentence du 8 décembre para. 123-124.

<sup>44</sup> T.W. Wälde, B. Sabahi, *op. cit.*, p. 19.



## IV. Conclusion et recommandations

Il faut noter qu'en matière d'expropriation, la plus importante recommandation à l'adresse des États signataires de TBI est de définir plus clairement ce qui peut être qualifié d'expropriation indirecte ou pas lorsque certains types de lois et règlements légitimes sont en cause. Après tout, quels que soient le standard et la méthode de calcul adoptés, une indemnisation sera toujours due en cas d'expropriation indirecte. Il est donc plus simple et plus efficace d'avoir les arguments dans le TBI pour contester l'existence d'une expropriation indirecte que de chercher à faire pondérer le montant de l'indemnisation due.

Dans le même temps, et en complément, il est fortement recommandé aux États de rédiger avec plus de précision les clauses relatives à l'indemnisation de l'expropriation afin de résoudre certains problèmes actuels. Il ne sera jamais possible de trouver une formule magique qu'il suffira d'appliquer à n'importe quelle situation pour obtenir la meilleure solution. Mais il est possible de mieux guider les tribunaux qui auront à évaluer l'indemnisation due en cas d'expropriation. Cette clarification des standards de calcul de l'indemnisation est particulièrement nécessaire en cas d'expropriation indirecte, car l'évaluation peut être très complexe.

Ainsi, les clauses d'indemnisation pourraient notamment, mais non exclusivement :

- préciser en les distinguant, le standard de l'évaluation de l'indemnisation en cas d'expropriation licite et illicite. Le recours au droit international coutumier peut être utile à cet égard, mais à condition de trancher dans le TBI les divergences qui y subsistent ;
- indiquer clairement la date à laquelle les intérêts commencent à courir, en fonction du type d'expropriation ; le taux d'intérêt applicable ou une référence précise ; la capitalisation ou non des intérêts, et le cas échéant, la fréquence de cette capitalisation ;
- introduire une flexibilité raisonnable et encadrée dans l'échelonnement du paiement des indemnités dans certaines circonstances ;
- requérir, quelle que soit la méthode d'évaluation adoptée dans le TBI, la prise en compte de tous les facteurs pertinents non purement financiers pouvant conduire à la pondération du montant de l'indemnisation. Une liste indicative de ces facteurs est également recommandée.

Sur ces deux derniers points, l'article 6 du récent modèle de traité bilatéral d'investissement élaboré par les pays membres de la SADC peut servir de texte de référence<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Voir respectivement les commentaires précédents aux paragraphes II.A.3 et II.B.1.b.

©2013 The International Institute for Sustainable Development  
Publié par l'Institut international du développement durable (IISD)

**Winnipeg, Canada (siège)**

111, avenue Lombard, Bureau 325  
Winnipeg (Manitoba)  
Canada R3B 0T4

**Tél:** +1 (204) 958-7700

**Fax:** +1 (204) 958-7710

**Web:** [www.iisd.org](http://www.iisd.org)

**Twitter:** @IISD\_news



**IISD.org**