

## Entreprises et droits de l'homme à l'aune du multilatéralisme Demi-journée de Narbonne

# LA PROTECTION DES ATTENTES LEGITIMES DES INVESTISSEURS FACE AU DROIT DES ÉTATS A REGLEMENTER

Issiaka GUINDO

*Doctorant à l'École doctorale de droit de la Sorbonne*

Pour attirer les investissements internationaux, le profil de chaque Nation dépend de nombreux facteurs juridiques, on peut citer sans toutefois s'y limiter, la stabilité et la prévisibilité de la réglementation. En outre, par des Traités Bilatéraux d'investissement (TBI), les pays s'engagent à protéger les investisseurs et leurs investissements en respectant les standards internationaux minimums comme assurer un traitement national ainsi qu'un traitement de la nation la plus favorisée et s'interdire d'exproprier directement ou indirectement sans indemnisation, enfin garantir un traitement juste et équitable (TJE). Un Etat qui manquerait à ces obligations, se verra mettre en cause sa responsabilité internationale par les investisseurs en recourant généralement à l'arbitrage transnational<sup>1</sup>. En effet, s'agissant ce standard de TJE. Il est caractérisé l'absence d'une définition<sup>2</sup>. Mais, il est admis qu'il s'agit d'une norme de traitement à caractère absolu c'est-à-dire une norme qui définit le traitement qui doit être accordé selon des termes dont le sens exact reste à déterminer en fonction d'un contexte spécifique d'application<sup>3</sup>.

A cet égard, les tribunaux arbitraux en matière d'investissement ont réussi à identifier ses composantes dont certaines sont récentes, on peut citer l'interdiction du déni de justice, des mesures arbitraires et discriminatoires ; le principe de bonne foi<sup>4</sup>. Ce sont là les composantes anciennes du TJE, l'évolution de la jurisprudence sur ce standard a introduit de nouvelles composantes<sup>5</sup> qui sont, la transparence et la protection des attentes légitimes (« *legitimate expectations* »)<sup>6</sup>. En termes clairs, il est interdit aux États par le

---

<sup>1</sup> W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*. Thèse. Paris 2, 2003, pp. 45 et s.

<sup>2</sup> OCDE, Fair and equitable treatment standard in international investment law, document de travail sur l'investissement international, n°2004/3, p. 2 et s.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>4</sup> La mauvaise foi étant une violation de ce standard est citée par le célèbre arrêt *Neer* (L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, Vol. IV pp. 60-66, 15 October 1926.

<sup>5</sup> A. De Nanteuil, *Droit International de l'Investissement*, Pedone, Paris, 2017, p. 345.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 346.

droit international des investissements de se conduire d'une manière injuste et inéquitable. Un État qui manquerait à une des ces composantes, engage sa responsabilité pour violation du standard du TJE.

Ainsi, cette étude porte sur cette dernière composante à savoir la protection des attentes légitimes de l'investisseur<sup>7</sup>. Les États se sont vus généralement mettre en jeu leur responsabilité internationale pour avoir frustré les attentes légitimes des investisseurs<sup>8</sup> lorsqu'ils exercent leur droit à régler. Pour démontrer cet état de fait, il importe de mettre en exergue la notion des attentes légitimes en droit des investissements (I), afin de déterminer comment elle s'articule avec le droit des États à régler (II).

## I. LA NOTION DES ATTENTES LEGITIMES EN DROIT DES INVESTISSEMENTS

Selon le dictionnaire dirigé par Jean Salmon<sup>9</sup>, les attentes légitimes, dans le contexte des contrats économiques internationaux de longue durée, sont définies comme des avantages et bénéfices économiques qu'une partie, principalement l'investisseur, peut légitimement attendre de l'exécution du contrat. En droit des investissements, elle va au-delà du cadre contractuel, elle peut correspondre à ce à quoi l'investisseur serait en droit d'attendre de l'État concernant l'ensemble de son arsenal réglementaire et législatif. Si l'État frustre des telles attentes, il pourrait voir sa responsabilité engagée.

Cette notion des attentes légitimes trouve son origine dans une décision de la commission mixte (France/ Haïti) dans l'affaire *Louis Alboilard*<sup>10</sup> rendue le 26 Juillet 1905. En l'espèce, la commission acceptât l'idée d'engager la responsabilité de certains États en raison d'une méconnaissance des attentes légitimes d'un ressortissant étranger. Cette sentence exhibe en effet l'ancienneté de la notion en droit international. Toutefois, c'est par l'entremise des tribunaux arbitraux contemporains que la notion s'est grandement développée avec des décisions parfois contradictoires, d'où le besoin de son encadrement conventionnel (A) ressenti par les États. Et partant, un certain nombre de questions demeurent ouvertes quant aux faits générateurs des attentes légitimes des investisseurs (B).

### A. D'origine jurisprudentielle à l'encadrement conventionnel des attentes légitimes

Aucun Traité d'investissement ne comportait une disposition consistant à une obligation faite à l'État de protéger ou ne pas frustrer les attentes légitimes qu'il a pu générer au bénéfice de l'investisseur. Cette notion fut consacrée par la jurisprudence

---

<sup>7</sup> M. Potesta, « Legitimate expectations in investment treaty law : Understanding the roots and the limits of a controversial concept », *ICSID Review*, 2013, vol. 28, pp. 88-122.

<sup>8</sup> J. Cazala, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, 2009, p. 5 et s.

<sup>9</sup> J. Salmon, Dictionnaire de droit international public, *Bruylant*, 2001.

<sup>10</sup> Affaire Alboilard (France, Haïti), Recueil des sentences arbitrales, Vol XI pp. 71-82, 26 July 1905.

arbitrale pour déterminer si l'investisseur a été exproprié indirectement ou s'il a été traité d'une manière (in)juste et (in)équitable<sup>11</sup>. La décision rendue par le comité ad hoc dans l'affaire *CMS c. Argentine* produit une intéressante explication relative à la nature juridique des attentes légitimes, les membres du comité indiquent de manière claire que « bien que des attentes légitimes puissent naître en raison d'une pratique commerciale entre l'investisseur et l'État d'accueil, il ne s'agit pas, en tant que telles, d'obligations juridiques, bien qu'elles puissent être pertinentes pour l'application de la clause de traitement juste et équitable »<sup>12</sup>.

À la lumière de cette sentence, une précision s'impose, le tribunal a estimé que la notion ne constitue pas une protection autonome mais plutôt protection incluse dans le standard de Traitement juste et équitable. Nonobstant qu'il n'existe pas du principe de précédent en arbitrage transnational<sup>13</sup>, plusieurs tribunaux du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ont abondé dans ce sens, en considérant que le TJE implique le respect des attentes légitimes de l'investisseur. On peut citer trois sentences à ce sujet, la sentence dans l'affaire *Waste Management c. Mexique*<sup>14</sup>, *Total S.A c. Argentine*<sup>15</sup> et dans l'affaire *El Paso c. Argentine*<sup>16</sup>, où le tribunal s'inscrit dans la jurisprudence dominante, trouve que « les attentes légitimes des investisseurs ont généralement été considérées comme centrales dans la définition du traitement juste et équitable, quelle que soit sa portée. La tendance générale est de considérer que la pierre de touche du traitement juste et équitable se trouve dans les attentes légitimes »<sup>17</sup>. Il semble ressortir de ces sentences que les attentes légitimes ne viennent qu'encadrer les conditions d'application du standard du TJE, c'est en effet ce standard qui sera violé lorsque les attentes seront frustrées. Dans l'affaire *Enron*, l'Argentine a longuement défendue cette thèse, en affirmant que le traité d'investissement ne protège pas les attentes de l'investisseur mais des droits spécifiques<sup>18</sup>.

Par ailleurs, au sujet de l'expropriation indirecte, il s'agit de mesures étatiques ayant un effet équivalent à une expropriation directe. L'indétermination de cette norme réside dans les critères de cette équivalence<sup>19</sup>. C'est au regard de ces critères que les

---

<sup>11</sup> Voir R. Yannick, *standardisation et droit international : Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruylant, 2013, p. 329

<sup>12</sup> *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, decision of the ad hoc Committee, 2007, § 89.

<sup>13</sup> Voir J. Patrick, F. Latty et A. De Nanteuil, « Arbitrage d'investissement et droit international général », *Annuaire Français de Droit International*, 2017, p.15.

<sup>14</sup> *Waste Management, Inc c. United Mexican States*, CIRDI No ARB(AF)/00/3, Award (30 April 2004) para 115.

<sup>15</sup> *Total v. Argentina*, CIRDI, /ARB/04/1, décision sur la Responsabilité, 27 décembre 2010.

<sup>16</sup> *El Paso Energy International Company v. Argentina*, CIRDI, /ARB/03/15, sentence, 31 Octobre 2011, §§ 23-89.

<sup>17</sup> *Ibid.*, § 348. (Notre traduction)

<sup>18</sup> *Enron Corporation Ponderosa Assets, LP v. the Argentine Republic*, ICSID/ARB/01/3, sentence, 2007, § 239 ; *Sempra Energy International v. the Argentine Republic*, ICSID/ARB/02/16, award, 28<sup>th</sup> September 2007, § 277.

<sup>19</sup> Voir spécialement, A. De Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2014, pp. 34-345.

tribunaux arbitraux ont opéré une tentative d'équilibre entre la liberté normative de l'Etat pour l'intérêt général et la protection de l'investissement étranger.

Ainsi, on a trois approches arbitrales. La première approche, se concentre sur l'effet de la mesure (« *sole effect doctrine* ») privilégiant ainsi les intérêts de l'investisseur. La deuxième se base sur le but poursuivi par la mesure, favorisant par là même ceux de l'Etat<sup>20</sup>. Toutefois, sur ces deux approches, l'immense difficulté a résidé dans la distinction des mesures réglementaires (« *regulatory measures* ») ne requérant pas indemnisation, aux mesures confiscatoires requérant indemnisation soit sur l'effet de la mesure soit sur le but de la mesure.

Enfin, la troisième approche est celle médiane, qui prend en compte les intérêts des investisseurs et de l'Etat par le test de proportionnalité<sup>21</sup>. Au titre de ce test, les arbitres prennent ainsi en compte le but de la mesure, son effet et les attentes légitimes de l'investisseur. C'est cette approche qui connaît une consécration conventionnelle (voir *infra*). On peut citer deux tribunaux ayant analysé les attentes légitimes dans le cadre l'expropriation indirecte. Le tribunal dans l'affaire *Starett Housing Corp. c. Iran*, a examiné les attentes des investisseurs dans l'identification de l'expropriation indirecte. Suivi du tribunal dans l'affaire *Saar Papier c. Pologne*<sup>22</sup>. En l'espèce, l'investisseur allemand y alléguait que l'interdiction d'importation de papier décrétée par la Pologne avait entravé ses investissements et avait frustré ses attentes légitimes.

En somme, les attentes légitimes se sont forgées dans la pratique arbitrale, et par la suite elles sont codifiées dans les traités d'investissement exactement comme elles ont été dégagées par les Tribunaux. D'une part, en tant qu'une composante du standard du traitement juste et équitable<sup>23</sup> (a), d'une part, comme un moyen d'identification de l'expropriation indirecte (b).

#### a) Les attentes légitimes dans le TJE

Depuis une décennie, les Traités d'investissement connaissent des reformes substantielles d'ampleur, dont le standard du TJE est concerné. A cet égard, certains Etats ont opté pour une approche assez radicale en décidant d'exclure purement et simplement le standard du TJE parmi les dispositions de leurs nouveaux accords d'investissement. C'est le cas de l'accord signé entre le Brésil et le Maroc<sup>24</sup> en 2019, c'est aussi l'approche adoptée par le modèle de TBI de l'Union économique belgo-luxembourgeoise de 2019.

En outre, il existe une approche plus pédagogique où on prend soin de clarifier méticuleusement le contenu du TJE mais sans faire aucune mention aux attentes légitimes

---

<sup>20</sup> R. Yannick, *standardisation et droit international*, *op. cit.*, p. 333.

<sup>21</sup> Ce test est directement inspiré de la jurisprudence de la cour suprême américaine. *Pen central transportation Co v. New York city*, 1978.

<sup>22</sup> *Saar Papier Vertriebs GmbH v. Poland*, CNUDCI, final award, 1996, § 78.

<sup>23</sup> Certains tribunaux classent les attentes légitimes parmi les principes généraux du droit international, voir N. Monebhurrin, "Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela: Enshrining Legitimate Expectations as a General Principle of International Law?" *Journal of International Arbitration*, 2015, p. 6 et s.

<sup>24</sup> Accord de coopération et de facilitation en matière d'investissement entre le Royaume du Maroc et la République Fédérative du Brésil, signé en 2019.

des investisseurs, c'est le cas du modèle de TBI marocain adopté en 2019. Il y est dressé une liste exhaustive des obligations dont la violation constitue celle du TJE dans laquelle, les attentes légitimes n'y figurent pas, l'article<sup>25</sup> 6 énumère : le déni de justice dans une procédure pénale, civile ou administrative ; une violation fondamentale des procédures légales établies ; une discrimination pour motifs illicites, tels que le sexe, la race ou les croyances religieuses ; ou le traitement abusif des investisseurs. Le TBI signé entre le Maroc et le Nigeria en 2016, contient la même disposition prévue à l'article 7.

Il existe une autre approche qui est en adéquation avec les jurisprudences arbitrales précitées, qui incluent les attentes légitimes parmi les composantes du standard du TJE, à ce sujet, il convient de citer le tout dernier TBI signé par la France avec la Colombie, dont l'article 4 dispose que :

« Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer un traitement juste et équitable, conformément au droit international applicable, aux investisseurs de l'autre Partie contractante et à leurs investissements sur son territoire. Aux fins de clarification, l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable inclut entre autres : a) l'obligation de ne pas pratiquer de déni de justice dans le cadre de procédures civiles, pénales ou administratives conformément au principe de la régularité de la procédure ; b) l'obligation d'agir de manière transparente, non discriminatoire et non arbitraire envers les investisseurs de l'autre Partie contractante et leurs investissements. Ce traitement est conforme au principe de prévisibilité et à la prise en compte des attentes légitimes des investisseurs »<sup>26</sup>.

Aux termes de cet article, toute violation du TJE pourrait entraîner une frustration des attentes légitimes dont les conséquences juridiques seront tirées.

Enfin, une dernière approche à contrecourant de la précédente, figure dans le TBI récemment signé entre l'Australie et Uruguay, son article 4 au sujet du TJE dispose que « Il est entendu que le simple fait qu'une Partie prenne ou s'abstienne de prendre une mesure qui peut être incompatible avec les attentes d'un investisseur ne constitue pas une violation du présent article, même s'il en résulte une perte ou un dommage pour l'investissement »<sup>27</sup>. Cette disposition blanchit de manière sans équivoque les mesures réglementaires susceptibles frustrer les attentes légitimes des investisseurs. Autrement dit, une mesure étatique d'intérêt général affectant un investissement n'équivaut pas à une violation du TJE. Une telle approche se montre extrêmement protectrice de la liberté normative de l'Etat.

---

<sup>25</sup> Modèle BIT 2019, disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5895/download>

<sup>26</sup> Décret n° 2020-1282 du 22 octobre 2020 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Colombie sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Bogota le 10 juillet 2014.

<sup>27</sup> V. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5853/download>

## b) Les attentes légitimes dans les critères de détermination de l'expropriation indirecte

À noter que, l'expropriation indirecte en soi n'est pas un acte internationalement illicite si elle répond aux conditions<sup>28</sup> admises par le droit international, parmi lesquelles, l'obligation de compenser l'investisseur de ses pertes occasionnées par ses mesures à effet équivalent à une expropriation.<sup>29</sup> En cas de refus de la part de l'Etat que l'acte d'expropriation devient illicite et par conséquent l'indemnisation s'impose. Depuis trois décennies, l'expropriation indirecte se trouve au cœur du contentieux arbitral relatif le plus souvent, à une activité régulatrice des Etats ayant pour objet des objectifs de santé publique ou de protection de l'environnement. En cela, il existait des tentatives d'exclusion l'indemnisation au sujet de ce type des mesures régulatrices, c'est le cas du projet de convention de Harvard<sup>30</sup> de 1961 sur la Responsabilité internationale des Etats pour préjudices causés aux étrangers, qui reconnaît dans son article 10 paragraphe 5 l'existence d'une catégorie d'expropriation sans indemnisation. Sur le plan doctrinal, Brownlie<sup>31</sup> et Sornarajah<sup>32</sup> défendent l'idée selon laquelle certaines mesures que prennent les États comme la protection de l'environnement, peuvent affecter considérablement les intérêts étrangers sans équivaloir à une expropriation quoique affectant l'investissement privé, ainsi ne sont pas illégales et doivent être exclues du champ de l'expropriation indirecte.

En conséquence, pour éviter ce que l'on appelé « payer pour régler »<sup>33</sup>, les Etats reprennent à leur compte le test de proportionnalité (voir *supra*). On en trouve la première trace dans le modèle de TBI des Etats-Unis de 2012. Celui-ci requiert la prise en compte de l'impact de la mesure, de son caractère et de la proportion dans laquelle elle interfère avec les « reasonable investment-backed expectations ». Dans la même veine, plus explicite est l'Accord économique et commercial global (CETA de son acronyme anglais)<sup>34</sup> qui aussi incorpore la protection des attentes légitimes dans les critères d'identification de l'expropriation indirecte qui dispose que:

« Pour déterminer si une mesure ou une série de mesures d'une Partie, dans une situation de fait spécifique, constitue une expropriation indirecte, il faut procéder à une enquête au cas par cas, fondée sur les faits, qui tient compte, entre autres, des facteurs suivants (a) l'impact économique de la mesure ou de la série de mesures, bien que le seul fait

---

<sup>28</sup> Il existe entre autres quatre conditions : l'expropriation est effectuée pour un motif d'intérêt public, dans le respect de la loi (due process of law), sans discrimination et elle s'accompagne d'une compensation.

<sup>29</sup> R. Dolzer, "Indirect expropriations: new developments", *NYU Envtl LJ*, 2002, p. 64.

<sup>30</sup> Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, cité dans OCDE, « *L'expropriation indirecte et le "droit de régler" dans le droit international de l'investissement* », Éditions OCDE, 2004, p 9.

<sup>31</sup> I. Brownlie, *Public International Law*, OUP, 6th edition, 2003, p. 409 et s.

<sup>32</sup> M. Sornarajah, *The international law on foreign investment*. CUP, second Edition, 2004, pp. 32-245.

<sup>33</sup> A. De Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p 25.

<sup>34</sup> Le CETA donne une définition de l'expropriation indirecte en ces termes, (notre traduction de la version en Anglais) « il y a expropriation indirecte si une mesure ou une série de mesures d'une Partie a un effet équivalent à l'expropriation directe, en ce qu'il prive substantiellement le investisseur des attributs fondamentaux de la propriété dans son investissement, y compris la droit d'utiliser, de jouir et de disposer de son investissement, sans transfert formel de propriété ou saisie pure et simple.

qu'une mesure ou une série de mesures d'une Partie ait un effet négatif sur la valeur économique d'un investissement n'établisse pas qu'une expropriation indirecte a eu lieu ; (b) la durée de la mesure ou de la série de mesures d'une Partie ; (c) la mesure dans laquelle la mesure ou la série de mesures interfère avec des attentes raisonnables fondées sur un investissement... ”.

Mais, il importe de noter que la pratique conventionnelle préfère utiliser le terme « attentes raisonnables » pour se démarquer des tribunaux arbitraux et aussi laisser paraître l'idée que les attentes doivent être raisonnables non pas légitimes qui peuvent prêter à diverses interprétations parfois instrumentalisées et simplistes. Cette approche conventionnelle est aujourd'hui très répandue, le TBI récemment signé en août 2020 entre le Maroc et le Japon<sup>35</sup> s'inscrit dans cette logique consistant à prendre en compte les attentes raisonnables des investisseurs dans l'identification de l'expropriation indirecte.

## B. Les faits générateurs des attentes légitimes

Il est bien clair que les attentes légitimes sont une forme de protection destinée à offrir une protection aux investisseurs étrangers. Il est entendu que cette protection est transversale entre le standard du TJE et de l'expropriation indirecte. Toutefois, d'autres zones d'ombres restent quant à l'objet (a) et au fondement des attentes légitimes (b).

### a) L'Objet des attentes légitimes

Dans la mesure où la protection des attentes légitimes n'a aucun fondement conventionnel. Les tribunaux ont réussi à faire ressortir des objets pouvant être utilisés pour déterminer ces attentes légitimes des investisseurs. Autrement dit, le contenu des attentes légitimes, car selon les tribunaux, toutes les attentes de l'investisseur ne pourront pas être protégées par le droit des investissements. Ainsi on distingue des attentes juridiques à celles économiques, les premières sont difficilement protégeables, les secondes sont exclues.

L'objet principal que génère les attentes juridiques légitimes est la stabilité et la prévisibilité de l'environnement juridique de l'investissement, autrement dit, sur quoi l'investisseur a fondé sa confiance dans une perspective d'en tirer des profits. Ainsi, tout comportement de l'Etat qui crée une instabilité ou insécurité juridique est susceptible de frustrer les attentes des investisseurs étrangers. Cependant, cela ne signifie pas que l'Etat serait *ipso jure* l'auteur d'un fait internationalement illicite ou que la législation de l'Etat hôte est réputée gelée au moment de la réalisation de l'investissement de l'investisseur étranger sauf stipulation contraire. Comme l'a indiqué le tribunal dans *l'Affaire Impregilo c. Argentine*<sup>36</sup>, les attentes légitimes des investisseurs ne peuvent être que l'Etat ne modifie jamais le cadre juridique.

---

<sup>35</sup> TBI Japon – Maroc, entré en vigueur le 23/04/2022, Article 9 et annexe unique.

<sup>36</sup> *Impregilo SpA v. Argentina*, CIRDI, ARB/07/17, sentence, 21 June 2011, § 292.

Quant aux attentes économiques, le retour sur investissement attendu par les investisseurs, qui est d'ailleurs, l'objet premier de tout investissement. Il convient de se demander si ces attentes peuvent être protégées, surtout, si l'on tient compte de la définition de l'investissement, le risque économique en fait partie. C'est dans ce sens que la sentence rendue dans l'affaire *Maffezini c. le Royaume d'Espagne* répond à la négative, en affirmant que « les traités bilatéraux d'investissement ne sont pas des polices d'assurance contre les mauvais jugements commerciaux »<sup>37</sup>. Ce qui tend à supposer que le droit des investissements n'est pas une assurance police pour les risques commerciaux des investisseurs. En conséquence, les tribunaux s'accordent à exclure toute idée de la protection des attentes économiques.

### b) Les fondements des attentes légitimes

La jurisprudence est peu explicite pour déterminer si l'investisseur est titulaire des attentes légitimes, ainsi, on distingue trois approches dans la pratique arbitrale. La première est de fonder les attentes légitimes sur la conduite ou les représentations des Etats vis-à-vis des investisseurs. Cette position a été soutenue par Thomas Wälde dans son opinion individuelle<sup>38</sup> jointe à la sentence *Thunderbird*, qu'un « comportement, des assurances informelles, orales ou générales peuvent faire naître ou soutenir l'existence d'une attente légitime ». Avant de réfuter une telle assertion, le tribunal dans l'affaire *Continental casualty Company c. Argentine*<sup>39</sup> opère à une distinction de trois types de comportement d'Etats, le premier est celui des déclarations politiques générales qui ne créent pas d'attente légitime. Le deuxième consiste en des déclarations législatives générales qui « engendrent des attentes réduites... »<sup>40</sup>, autrement dit, l'attente est donc légitime mais elle sera difficilement protégeable. Le dernier est celui des engagements contractuels, qui sont, selon ce tribunal, la base de toute attente légitime.

La deuxième approche est explicitée dans plusieurs sentences<sup>41</sup> notamment dans *Tecmed*<sup>42</sup>, qui considère que le cadre normatif dans son ensemble peut être à la base d'une attente légitime de l'investisseur. Une telle approche se montre extrêmement protectrice de l'investisseur au détriment de la liberté normative de l'Etat.

Une dernière approche jalonnée par la sentence *EDF c. Roumanie* dénonce la précédente, un extrait de la sentence est plus clair : « L'idée selon laquelle les attentes légitimes, et donc les FET, impliquent la stabilité du cadre juridique et économique, peut ne pas être correcte si elle est énoncée de manière trop large et sans réserve. Le TJE pourrait alors signifier le gel virtuel de la réglementation juridique des activités

---

<sup>37</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, CIRDI, ARB/97/7, 2000, § 64.

<sup>38</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, sentence, UNCITRAL, December 2005, separate opinion Thomas Wälde, § 32.

<sup>39</sup> *Continental Casualty Company c. Argentine Republic*, CIRDI, ARB/03/9, sentence, 5 septembre 2008, § 261

<sup>40</sup> *ibid.*, § 269.

<sup>41</sup> A ce sujet, *Bayindir v. Islamic Republic of Pakistan*, Décision sur la compétence, 2005, CIRDI n° ARB/03/29, § 240 ; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, 2006, CIRDI, §§ 301-302.

<sup>42</sup> *Tecmed v Environnemental Techniques c. Mexique*, sentence finale, 2003, CIRDI n°. ARB(DE)/00/2, § 154.

économiques, en contraste avec le pouvoir réglementaire normal de l'État et avec le caractère évolutif de la vie économique. Sauf si des promesses ou des représentations spécifiques sont faites par l'État à l'investisseur, ce dernier ne peut se prévaloir d'un traité bilatéral d'investissement comme d'une sorte de police d'assurance contre le risque d'une modification du cadre juridique et économique de l'État d'accueil. Une telle attente ne serait ni légitime ni raisonnable »<sup>43</sup>.

En somme, malgré quelques contradictions entre les différents tribunaux cités, il convient de relever que les attentes légitimes ne sont fondées que sur des engagements spécifiques des Etats envers l'investisseur. Autrement dit, il existe des attentes légitimes des investisseurs de la part des Etats que lorsque ceux-ci l'ont formulé spécifiquement. La sentence *CMS c. Argentine*<sup>44</sup> va dans le même sens. Pourtant, quand il y'a une violation d'un engagement spécifique, nul besoin d'évoquer la frustration des attentes légitimes. Au vu de cette pratique arbitrale, une conclusion peut être tirée, en ce sens que les engagements spécifiques de l'Etat constituent un fondement juridique sans conteste des attentes légitimes, qui sont généralement contractuels comme la clause de stabilisation.

## II. L'ARTICULATION ENTRE LA PROTECTION DES ATTENTES LEGITIMES ET LE DROIT DES ETATS A REGLEMENTER

La question de l'équilibre entre le droit à régler de l'État les activités économiques et la protection des attentes légitimes des investisseurs se pose chaque fois qu'un État décide de poursuivre un objectif d'intérêt public. L'Espagne fait face fréquemment à des contentieux portant sur l'énergie renouvelable. Dans ces affaires, les investisseurs arguent que les profondes modifications du cadre réglementaire espagnol relatif aux énergies renouvelables ont frustré leurs attentes légitimes.

Il est constatant que l'exercice du droit des États à régler peut quelques fois impacter négativement les propriétés privées et par là frustrer les attentes des investisseurs. A cet égard, pour admettre l'existence des ententes légitimes, les tribunaux ont opéré une prise en compte des circonstances (A) dans lesquelles la réglementation est intervenue. Sur ces considérations, les Etats codifient leur pouvoir normatif dans les accords d'investissements (B).

### A. La prise en compte des circonstances dans la détermination des attentes légitimes

Concernant la prise en compte des circonstances de l'espèce aux fins de la détermination des attentes légitimes, on observe que la pratique arbitrale opère de prime abord, en prenant en considération la situation de l'Etat au moment de la réglementation (a) pour finir à admettre une obligation de diligence de l'investisseur (b).

---

<sup>43</sup> *EDF (Service) Limited v. Romania*, 2009, CIRDI, n° ARB/05/13, §217.

<sup>44</sup> *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, 2005, CIRDI n° ARB/01/8, §277.

### a) La situation des États

Si les arbitres arrivent à constater l'existence d'une attente légitime, ils procèdent ainsi à un test de proportionnalité en scrutant les circonstances ayant motivé la mesure étatique. Dans ce cadre, s'il apparaît que la motivation est justifiée, la responsabilité de l'État est écartée.

Un tribunal constitué dans *l'affaire Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*<sup>45</sup> a par exemple pris en compte le niveau de développement du pays d'accueil, en d'autres termes l'investisseur ne peut pas attendre la même chose d'un Etat membre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) au même titre qu'un pays en développement. Pour ce tribunal, qu'il est pertinent de prendre en compte les évolutions de l'économie de l'État d'accueil pour déterminer les attentes légitimes de l'investisseur. C'est dans ce sens que l'Accord sur l'investissement pour le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA)<sup>46</sup> contient à l'article 14(3) un élément de flexibilité dans l'interprétation du TJE en fonction du niveau de développement du pays hôte.

Par ailleurs, on trouve une autre illustration plus parlante dans le cadre de *l'affaire Methanex*<sup>47</sup>, les arbitres ont estimé qu'un investisseur ne peut pas légitimement s'attendre à une stabilité de la législation environnementale dans un État comme la Californie dans lequel la conscience publique des enjeux de la protection de l'environnement et du développement durable est particulièrement élevée. En substance, il est manifeste de voir les attentes légitimes comme une technique permettant l'équilibre entre les droits des États à régler et les droits des investisseurs à la protection.

### b) L'obligation de diligence de l'investisseur

Julien Cazala a, dans une analyse, établit un lien entre l'obligation de diligence de l'investisseur et ses attentes légitimes<sup>48</sup>. Selon lui, « l'investisseur ne peut voir ses attentes être protégées que si celles-ci sont raisonnables et qu'il se montre diligent. La due diligence de l'investisseur est ainsi l'une des conditions à la reconnaissance de la légitimité de ses attentes ». Un tel raisonnement figure dans la sentence *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*<sup>49</sup> : « l'investisseur raisonnable doit anticiper le fait que les circonstances peuvent changer et structurer son investissement afin de s'adapter aux potentielles évolutions de l'environnement juridique ». Le tribunal indique très précisément qu'en décidant d'investir dans un pays en transition économique, l'entreprise étrangère avait pris un « *Business risk* » et aurait dû chercher à se prémunir des risques de changement de législation en négociant l'insertion d'une clause de

---

<sup>45</sup> *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID/ARB/00/9, Award, 2003, § 20.

<sup>46</sup> Accord d'investissement du COMESA, signé en 2007, art. 14(3), disponible sur <https://investmentpolicy.unctad.org/>

<sup>47</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 2005, § 7 et s.

<sup>48</sup> J. Cazala, « L'obligation de due diligence pesant sur l'investisseur », *Cahiers de l'arbitrage*, 2017, pp. 649-662.

<sup>49</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, CIRDI /ARB/05/8, sentence, 11 September 2007, § 333.

stabilisation dans l'accord qui le lie à l'État<sup>50</sup>. En termes exacts, il pèse sur l'investisseur une obligation de diligence de s'assurer de la légalité et de la pérennité de son investissement ou à défaut d'en assumer les conséquences.

À cet égard, il est possible de considérer que les investisseurs doivent s'adapter aux mesures de réglementation adoptées par les États dans le domaine environnemental, social et climatique. Par exemple, dans l'affaire *Philip Morris v. Uruguay*, le tribunal a estimé que la prise en conscience du danger des tabacs doit inciter l'investisseur à une diligence<sup>51</sup>. Tout au plus, dans l'affaire *MTD Equity c. Chili*, les arbitres ont retenu l'existence d'une telle diligence à la charge de l'investisseur, selon le tribunal, ce dernier est tenu de s'informer sur la réglementation environnementale<sup>52</sup>. Enfin, la notion de diligence est devenue l'une des considérations pertinentes pour évaluer les attentes légitimes. Cette interaction est de plus en plus évoquée dans les affaires arbitrales impliquant l'Espagne au sujet de ses réformes précitées<sup>53</sup>.

L'équilibre entre l'octroi d'une protection aux investisseurs tout en préservant la capacité des États d'accueil à réglementer dans l'intérêt public constitue l'un des défis majeurs du droit des investissements<sup>54</sup>. À la lumière de ces sentences susmentionnées, il apparaît que les attentes légitimes émergent dans la pratique arbitrale comme une technique permettant de réaliser cet équilibre entre les droits et obligations des États et des investisseurs<sup>55</sup>. Il convient maintenant d'explorer comment les États s'y prennent dans la pratique conventionnelle.

## B. Les attentes légitimes encadrées par le pouvoir normatif des États

Il a été mentionné précédemment que les mesures des États peuvent frustrer les attentes des investisseurs par l'entremise des réglementations environnementales et sociales. Les Pays autant développés qu'en développement se sont vus attirer devant les tribunaux arbitraux pour contester les réformes législatives. À ce sujet, Emmanuel Gaillard a constaté que nous assistons « à un contrôle de la légalité des agissements des États au regard du droit international »<sup>56</sup>. Cet état de fait tend à entraîner des écueils à la réglementation étatique dans divers domaines tels que la santé et l'environnement. Parmi

---

<sup>50</sup> J. Cazala, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international. *Revue internationale de droit économique*, 2009, pp. 5-32.

<sup>51</sup> *Philip Morris Brands v. Uruguay*, CIRDI /ARB/10/7, sentence, 2016, § 430.

<sup>52</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. v. the Republic of Chile*, sentence, 25 mai 2004, CIRDI, /ARB/01/7, § 167. Voir en ce sens, *Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, § 75.

<sup>53</sup> Voir Y. Levashova, "Fair and Equitable Treatment and Investor's Due Diligence Under International Investment Law." *Netherlands International Law Review*, 2020. pp. 233-255.

<sup>54</sup> Voir M-M. Mbengue, « Les obligations des investisseurs », in L. Dubin et al. (Dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2017. pp. 295-337.

<sup>55</sup> Comme évoqué précédemment, le droit des investissements consacre une protection aux investisseurs mais peu des obligations (l'une des rares obligations est l'obligation de respecter les lois locales de l'État hôte). Cependant, la protection offerte aux investisseurs n'est pas sans borne, cette limite est imposée par une obligation de diligence à la charge des investisseurs.

<sup>56</sup> Cité dans F. Horchani dans « Où va le droit de l'investissement ? désordre normatif et recherche d'équilibre, Pedone, 2006, p. 12.

les contentieux, on peut par exemple citer les affaires *Philip Morris c. Australie*<sup>57</sup> et *Philip Morris c. Uruguay*<sup>58</sup> ; l'affaire *Vattenfall c. Allemagne*<sup>59</sup> ; l'affaire *SD Myers c. Canada*<sup>60</sup>, la liste n'est pas exhaustive. En conséquence, il y a une nouvelle génération d'accords d'investissement qui prévoient deux types de clauses relatives au droit de l'État à réglementer, premièrement, une clause autonome portant le droit des États à réglementer (a) et d'autres clauses connexes, tendant à affirmer la liberté normative des États pour exclure toute éventuelle question des attentes légitimes des investisseurs (b).

#### a) La clause du droit des États à réglementer

Le droit à réglementer est étroitement lié à divers objectifs d'intérêt public tels que l'environnement, le travail, la santé publique, les droits de l'homme, le climat, etc. Les perspectives peuvent différer d'un État à l'autre en ce qui concerne les intérêts publics couverts par le droit à réglementer. En tout état de cause, pour sauvegarder ce droit, les États les prévoient expressément dans les accords d'investissements.

En prenant un peu de recul, on s'aperçoit que la clause portant le droit des États à réglementer n'est pas récente, le projet sur l'Accord multilatéral d'investissement évoquait en son Article 3 « Droit de réglementer »<sup>61</sup>. En 2022, selon les bases de données de la CNUCED<sup>62</sup>, sur 2583 accords d'investissement signés 133 comportent une clause affirmant le droit des États à réglementer<sup>63</sup>. L'article 10 intitulé *Right to regulate* du Traité bilatéral d'investissement<sup>64</sup> signé en l'Argentine et le Qatar dispose : « *None of the provisions of this Agreement shall affect the inherent right of the Contracting Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment, public morals, social and consumer protection* ».

L'article 20 du modèle de TBI de 2012 de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC)<sup>65</sup>, dispose « *In accordance with customary international law and other general principles of international law, the Host State has the right to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other legitimate social and economic policy objectives* ».

Au-delà de la simple affirmation du droit des États à réglementer comme le font les clauses cités ci-dessus, certaines consistent à dissiper toute éventuelle allégation de la

---

<sup>57</sup> *Philip Morris Asia Limited c. Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

<sup>58</sup> *Philip Morris v. Oriental Republic of Uruguay*, *op. cit.*, § 110.

<sup>59</sup> *Vattenfall AB et autres c. République fédérale d'Allemagne*, Affaire CIRDI ARB/12/12

<sup>60</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, 1998.

<sup>61</sup> OCDE, Projet de texte consolidé, l'accord multilatéral sur l'investissement, DAF/MAI (98)7/REV1, 24 avril 1998.

<sup>62</sup> Mapping of IIA Content, consultable sur <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>.

<sup>63</sup> Voir particulièrement, T. Catharine, *The right to regulate in international investment law*. Vol. 10. Bloomsbury Publishing, 2014, p. 26 et s.

<sup>64</sup> TBI Argentine – Qatar, article 10, signé en 2016.

<sup>65</sup> Voir le modèle SADC, disponible sur ce lien : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2875/download>

frustration des attentes légitimes, on en veut pour preuve à l'article 3 intitulé « *Investment and regulatory measure* » du TBI signé entre Hongrie et Cap Vert<sup>66</sup> qui dispose que « *The provisions of this Agreement shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity* ». Et ajoute au paragraphe suivant : « *The mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an [investor's expectations] of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Agreement* ».

On trouve cette même disposition *ipsis litteris* dans l'accord de protection des investissements signé en 2019 en l'Union Européenne (UE) et le Viêt Nam<sup>67</sup> et aussi dans l'accord CETA<sup>68</sup> précité. On assiste ainsi à une véritable consécration de la doctrine de *police powers*, selon laquelle « il est possible pour un État de porter atteinte à un investissement au nom de la satisfaction d'un intérêt public essentiel »<sup>69</sup>. Une telle assertion se trouve dans la sentence dans l'affaire *Chemtura Corporation c. Gouvernement du Canada*, le tribunal estime que « les mesures contestées par la Demanderesse constituaient un exercice valide des pouvoirs de police de la Défenderesse. Comme discuté en détail en relation avec l'article 1105 de l'ALENA, le PMRA a pris des mesures dans le cadre de son mandat, de manière non discriminatoire, motivées par la prise de conscience croissante des dangers présentés par le lindane pour la santé humaine et l'environnement. Une mesure adoptée dans de telles circonstances constitue un exercice valide des pouvoirs de police de l'État »<sup>70</sup>.

#### b) Les diverses clauses affirmant la liberté normative

Les États ne se limitent pas à la seule clause expresse sur leur droit à réglementer, souvent en combinaison, ils l'incorporent dans leurs accords d'investissements par diverses approches, entre autres, affirmation du droit à réglementer dans le préambule d'un traité, des clauses d'exceptions et des clauses d'expropriation qui font expressément référence à ce droit.

Les Etats unis semblent être l'un des pays précurseurs à jalonner cette tendance avec la publication de son modèle de TBI<sup>71</sup> en 2004, l'article 4 de l'annexe B<sup>72</sup> dispose que : « Sauf en de rares circonstances, les mesures réglementaires, de caractère non discriminatoire, que prend l'une des Parties contractantes, et qui sont conçues et

---

<sup>66</sup> TBI Cap-Vert - Hongrie, art 3, signé en 2019.

<sup>67</sup> Accord d'investissement, l'UE et le Viêt Nam, chapitre 2, art 2, signé en 2019

<sup>68</sup> CETA, *op. cit.*, Investment and regulatory measures, art 8.9, signé en 2016.

<sup>69</sup> J. Cazala, « La consécration de la doctrine des police powers de l'état dans le contentieux investisseur-état relatif à la lutte antitabac, » *Paris Journal of International Arbitration*, n° 4, pp. 919-927, 2016.

<sup>70</sup> *Chemtura Corporation c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, sentence du 02/08/2010, §266.

<sup>71</sup> P. Juillard, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements ». *Annuaire français de droit international*, 2004, pp. 669-682.

<sup>72</sup> Les Etats-Unis ont signé plusieurs traités sur ce modèle : avec l'Australie, le Chili, l'Amérique centrale, le Maroc et Singapour.

appliquées pour protéger des objectifs légitimes d'intérêt public, tels que la santé ou la sécurité publiques, ou encore l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes ». Une telle disposition figure dans les accords d'investissement notamment dans le CETA à l'article 39.

Par ailleurs, de nombreux TBI, en particulier ces dernières années, utilisent le préambule pour tenter de préserver le droit de réglementer en faisant expressément référence au droit de réglementer en faisant expressément référence au droit de réglementer et/ou aux intérêts réglementaires. Cependant, le préambule ne crée pas de droits indépendants pour les États, mais il peut servir à décrire l'objet et le but du traité, il peut donc avoir un impact important sur l'interprétation du traité<sup>73</sup>.

En outre, la clause d'exception avait émergé dans les accords de l'Organisation Mondiale de Commerce (OMC)<sup>74</sup>, et maintenant, elle s'est bien affirmée dans les accords d'investissement. Cette clause prévoit qu'un accord d'investissement ne peut être interprété sous réserve des mesures discriminatoires comme empêchant des parties contractantes d'adopter ou appliquer des mesures relatives à l'intérêt public. A titre d'exemple, on cite l'accord signé entre l'Australie et l'Uruguay, son art 15 « *General and Security Exceptions* » dispose que « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées par une Partie d'une manière qui constituerait une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou entre les investisseurs, ou une restriction déguisée aux investissements internationaux, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée de manière à empêcher une Partie d'adopter ou d'appliquer des mesures : (a) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; b) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public ; c) nécessaires pour assurer le respect de lois ou de règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord. »<sup>75</sup>. Selon la base des données de la CNUCED<sup>76</sup> précitée, plus de 200 accords d'investissement comporte une telle disposition.

Enfin du compte, ces clauses rédigées de manière large prévoyant des exceptions dans les domaines politiques décrits ci-dessus, offrent à l'État une grande marge de manœuvre pour l'exercice de son pouvoir normatif.

C'est bien rare de lire une sentence arbitrale dans laquelle l'investisseur n'allègue pas une prétendue violation ou frustration de ses attentes légitimes. A la lumière de la jurisprudence arbitrale et la pratique conventionnelle, ce présent article a démontré que

---

<sup>73</sup> Voir le TBI entre le Japon et le Maroc (2020) ; TBI Hong Kong-Émirats arabes unis (2019) ; Accord de protection des investissements ("API") UE-Singapour (2018) ; ALE Australie-Pérou (2018).

<sup>74</sup> GATT de 1994, Art. XX et AGCS Art. XIV.

<sup>75</sup> TBI Australie - Uruguay, art 15, entré en vigueur le 23/01/2022.

<sup>76</sup> Le projet de cartographie des AII est une initiative collaborative entre la CNUCED et les universités du monde entier pour cartographier le contenu des AII. La base de données qui en résulte sert d'outil pour comprendre les tendances dans la rédaction d'AII, évaluer la prévalence de différentes approches politiques et identifier des exemples de traités. Disponible sur ce lien web : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>

la protection des attentes légitimes est transversale, analysée comme une composante du TJE mais n'y est pas cliniquement isolée. Elle croise également le champ de l'expropriation indirecte, en ce sens que la question de la protection des attentes légitimes se pose à chaque fois que les Etats tentent de modifier ou changer des législations pour atteindre des objectifs socio-économiques et environnementaux. Par ailleurs, pour opérer une balance entre la liberté normative de l'Etat dans l'intérêt général et la protection des investissements, les tribunaux arbitraux ont reconnu des obligations de diligence pesant sur les investisseurs et en même temps, les Etats incorporent des nouvelles clauses dans leurs traités d'investissements affirmant leur droit à réglementer pour réaliser les objectifs d'intérêt public quand bien même ses mesures frustrer les attentes légitimes des investisseurs.