

OCDE (2004), « L' "expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement », Éditions OCDE.
<http://dx.doi.org/10.1787/871821182042>



L' "expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement

OCDE

La version originale de ce document a été publiée comme suit :

OECD (2004), "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>



DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES

DOCUMENTS DE TRAVAIL SUR L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Numéro 2004/4

**L' « EXPROPRIATION INDIRECTE » ET LE « DROIT DE RÉGLEMENTER »
DANS LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT**

Septembre 2004

Le présent document, mis en diffusion générale sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE, a été élaboré pour contribuer aux travaux du Comité de l'investissement visant à favoriser une meilleure compréhension des notions d' « expropriation indirecte » et de « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement.

Il a été tenu compte, dans sa rédaction, des délibérations du Comité et des divers points de vue exprimés. Revêtant la forme d'une enquête factuelle, le document ne reflète pas nécessairement l'opinion de l'OCDE ou de ses gouvernements Membres. Il ne peut être interprété comme préjugant les négociations en cours ou à venir ou les différends portant sur des accords internationaux relatifs à l'investissement

Il a été élaboré par Catherine Yannaca-Small, analyste juridique, Division de l'investissement, Direction des affaires financières et des entreprises.

L' « EXPROPRIATION INDIRECTE » ET LE « DROIT DE RÉGLEMENTER » DANS LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Introduction

Il est bien établi en droit international que le bien des étrangers ne peut être saisi, même à des fins publiques, sans une indemnisation appropriée. Il y a une vingtaine d'années, les différends portés devant les tribunaux et les analyses menées dans les publications universitaires concernaient principalement le niveau d'indemnisation et l'évaluation des biens expropriés. Les divergences de vues¹ entre les pays développés et les pays en développement soulevaient des questions concernant la formation et l'évolution du droit coutumier. Aujourd'hui, l'attitude plus positive des pays à l'égard de l'investissement étranger, observée dans le monde entier, et la prolifération de traités bilatéraux et d'autres accords relatifs à l'investissement exigeant une indemnisation prompte, adéquate et effective de l'expropriation d'investissements étrangers, ont en grande partie ôté toute signification pratique à ce débat pour les investisseurs étrangers.

Les différends ne portent plus sur l'expropriation directe – principalement liée aux nationalisations qui ont marqué les années 1970 et 1980 – mais sur la réglementation de l'investissement étranger et l' « expropriation indirecte ». Sous l'effet principalement des premières affaires considérées dans le cadre de l'ALÉNA, on craint de plus en plus que des concepts comme celui de l'expropriation indirecte soient applicables à des mesures réglementaires visant à protéger l'environnement, la santé et d'autres aspects de l'intérêt public. La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure un gouvernement peut affecter la valeur d'un bien par une réglementation de nature générale ou les dispositions spécifiques prévues dans le contexte de réglementations générales, pour atteindre un objectif public légitime, sans effectuer une « prise de possession » de ce bien et devoir dédommager son propriétaire pour cette action. Un éminent observateur estime que la question de la définition de l'expropriation dans ce contexte pourrait devenir la question dominante en droit international de l'investissement.²

-
1. Plusieurs pays développés ont repris à leur compte la « formule de Hull », énoncée pour la première fois par le secrétaire d'État américain Cordell Hull à la suite de la nationalisation par le Mexique des compagnies pétrolières américaines en 1936. Hull a soutenu que le droit international exigeait une indemnisation « prompte, adéquate et effective » en cas d'expropriation d'investissements étrangers. Les pays en développement ont souscrit à la doctrine Calvo pendant les années 1960 et 1970 comme il ressort des principales résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies. En 1962, l'Assemblée générale a adopté sa résolution « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » qui a affirmé le droit de nationaliser des biens étrangers et n'a exigé qu'une « indemnisation adéquate ». Cette règle d'indemnisation a été considérée comme une tentative de rapprochement des positions des États développés et en développement. En 1974, l'Assemblée générale des Nations unies a résolument rejeté la formule de Hull au profit de la doctrine Calvo en adoptant la Charte des droits et devoirs économiques des États. Si l'article 2, point c) réaffirme la règle d'une « indemnisation adéquate », il stipule ensuite que « dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet État... ». Aujourd'hui, la formule de Hull et ses variantes sont souvent utilisées, acceptées et considérées comme faisant partie du droit international coutumier.
 2. Dolzer, « Indirect Expropriations: New Developments? ». Article du colloque sur l'expropriation en vertu de la réglementation, organisé par l'Université de New York du 25 au 27 avril 2002; *11 Environmental Law Journal* 64.

Malgré plusieurs décisions prises par des tribunaux internationaux, la ligne de démarcation entre le concept d'« expropriation indirecte » et les mesures réglementaires gouvernementales n'exigeant pas d'indemnisation n'a pas été clairement établie et elle varie selon les faits et les circonstances propres à chaque cas. S'il reste nécessaire de considérer chaque cas individuellement, un certain nombre de critères se dégagent toutefois de l'examen de certains accords internationaux et décisions arbitrales pour déterminer si il y a eu expropriation indirecte appelant une indemnisation.

La présente étude offre des éléments factuels d'information sur la jurisprudence, les pratiques des États et les travaux publiés dans ce domaine. Elle expose les problèmes en jeu et décrit les fondements de l'obligation d'indemniser l'expropriation indirecte (**première partie**), examine si et comment les instruments juridiques et autres textes énoncent la différence entre l'expropriation indirecte et le droit des gouvernements de réglementer sans indemniser (**deuxième partie**) et cherche à définir un certain nombre de critères qui se dégagent de la jurisprudence et de la façon dont les États déterminent si une expropriation indirecte a eu lieu (**troisième partie**).

I. Fondements de l'obligation d'indemniser les victimes d'une expropriation indirecte

Le droit international coutumier n'empêche pas les pays hôtes d'exproprier les investisseurs étrangers à condition que certaines conditions soient remplies. Ces conditions sont les suivantes: la prise de possession de l'investissement est effectuée à une fin publique, stipulée par la loi, d'une façon non discriminatoire et elle s'accompagne d'une indemnisation.

L'expropriation ou « privation de richesse »³ peut revêtir différentes formes: elle peut être *directe* lorsqu'un investissement est nationalisé ou qu'il fait l'objet d'une expropriation directe⁴ par le biais d'un transfert officiel du titre ou d'une saisie physique pure et simple. En dehors du mot « expropriation », les termes de « dépossession », « prise de possession », ou « privation » sont également utilisés.⁵ Le droit international stipule clairement que la saisie d'un titre légal de propriété constitue une expropriation indemnisable.

L'expropriation ou la privation de la propriété d'un bien⁶ peut aussi résulter de l'ingérence d'un État dans l'utilisation de ce bien ou des avantages que celui-ci procure sans qu'il soit même saisi ou

3. L'expression « privation de richesse » permet, d'après *Weston*, d'éviter la plupart, sinon la totalité, des principales ambiguïtés et imprécisions de la terminologie habituelle. Voir B. Weston « 'Constructive Takings' under International Law: A Modest Foray into the Problem of 'Creeping Expropriation' », *Virginia Journal of International Law*, 1975, volume 16, pages 103 à 175 et plus spécialement page 112.

4. En général, le terme d'« expropriation » s'applique à des mesures individuelles prises à une fin publique tandis que la nationalisation implique des confiscations à grande échelle effectuées sur la base d'un décret ou d'un acte législatif en vue de transférer des biens ou des intérêts dans le domaine public.

5. Dolzer et Stevens, « Bilateral Investment Treaties », *CIRDI 1985*, page 98.

6. Dans le contexte du droit international, le mot « bien » désigne à la fois un bien corporel et un bien incorporel. La définition de l'« investissement » donnée à l'article 1139 de l'ALENA inclut, entre autres, « les biens immobiliers ou autres biens *corporels* et *incorporels* [italiques ajoutés] acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales. » De même, la plupart des traités bilatéraux relatifs à l'investissement contiennent une définition relativement courante de l'investissement qui couvre aussi les formes incorporelles de propriété: « droits de propriété intellectuelle et droits contractuels ». Source: CNUCED « Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s » 1998. Voir aussi les accords de libre-échange conclus récemment entre les États-Unis et l'Australie, le Chili, l'Amérique centrale, le Maroc et Singapour: « Une mesure ou

que le titre légal de propriété soit affecté. Les mesures prises par l'État ont alors un effet analogue à celui d'une expropriation ou d'une nationalisation et l'on parle généralement dans ce cas d'expropriation « indirecte », « rampante »,⁷ ou « de fait » ou de mesures « équivalent » à une expropriation.

une série de mesures prise par une Partie ne constitue une expropriation que si elle porte atteinte à un droit sur un bien meuble ou immeuble ou à un droit de propriété sur investissement ». Le Tribunal du contentieux Iran-États-Unis a fait observer que « [les plaignants] s'appuient sur les précédents en droit international dans lesquels des mesures d'expropriation ou des prises de possession, portant principalement sur des biens physiques, ont été considérées comme impliquant aussi des droits de nature contractuelle étroitement liés aux biens physiques... » Il a systématiquement repoussé les tentatives faites par les défendeurs iraniens d'imposer une interprétation étroite du mot « bien » et confirmé que les droits des actionnaires et les droits contractuels pouvaient faire l'objet d'une expropriation *Starret Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, 4, Iran-Us Cl. Trib. Rep. 122, 156-57 (1983), *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, décision n° 310-56-3 (14 juillet 1987), 15 Iran-US C.T.R. 189-289. Aux termes du protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme, le concept de « propriété » est très largement défini en tenant compte de tous les intérêts protégés de l'individu. Il couvre en effet toute une série d'intérêts économiques: « les biens meubles ou immeubles, les intérêts corporels et incorporels, comme les actions, les brevets, une sentence arbitrale, le droit à une pension, le droit d'un propriétaire à un loyer, les intérêts économiques liés à l'exploitation d'une entreprise [et] le droit d'exercer une profession... ».

L'un des premiers exemples dans lesquels la violation d'un droit de propriété incorporelle a été considérée comme une expropriation, nous est fourni par l'affaire des *armateurs norvégiens*. Bien que les États-Unis aient soutenu qu'ils n'avaient réquisitionné que les navires et non pas les contrats correspondants, le Tribunal a estimé qu'il y avait eu prise de possession des droits de propriété liés à ceux qui avaient été officiellement saisis et qu'une indemnisation s'imposait. *Nor. v. U.S.*, 1 R.I.A.A. 307, 332 (Cour permanente d'arbitrage 1922). Dans l'affaire de 1926 concernant des intérêts allemands en haute Silésie, *l'affaire de l'usine de Chorzow*, la Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.) a estimé que la saisie par le gouvernement polonais de l'usine et de ses machines impliquait aussi une expropriation des brevets et des contrats étroitement liés de la société gestionnaire bien que le gouvernement polonais n'ait à aucun moment manifesté son intention de procéder à une telle expropriation. *Allemagne c. Pologne*, 1926 C.P.J.I. (série A) n° 7 (mai 1925).

Toutefois, certains droits de propriété ou intérêts immatériels peuvent ne pas eux-mêmes faire l'objet d'une expropriation mais être considérés comme des éléments ayant une valeur commerciale. Dans l'affaire *Oscar Chinn* de 1934, la C.P.J.I. n'a pas accepté l'argument selon lequel l'achalandage était un droit de propriété qui pouvait faire, en soi, l'objet d'une expropriation. Elle a estimé que l'octroi d'un monopole de fait ne constituait pas une violation du droit international en affirmant qu'elle « ne saurait apercevoir dans [la] situation primitive [du plaignant], qui comportait la possession d'une clientèle [...], un véritable droit acquis » et qu'« une conjoncture économique favorable ainsi que l'achalandage sont des éléments temporaires, susceptibles de modifications inévitables ». 1934 C.P.J.I. Série A/B, n° 63. Dans deux autres affaires plus récentes, les tribunaux de l'ALÉNA ont examiné des plaintes concernant l'accès aux marchés et des parts de marché et ils ont laissé entendre qu'il pouvait s'agir de droits de propriété aux fins de l'expropriation. Dans aucune de ces affaires, toutefois, le tribunal n'a estimé que l'accès aux marchés et les parts de marché pouvaient eux-mêmes faire l'objet d'une expropriation ni conclu qu'il y avait eu expropriation. Voir *Pope & Talbot, Inc. c. Canada*, décision provisoire (26 juin 2000), paragraphes 96 à 98 et *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, (13 novembre 2000) décision partielle, 232. *International Legal Materials* 408, par. 232. Voir aussi, par exemple, G. White « *Nationalisation of Foreign Property* » 49 (1961); *The Iran-United States Claims Tribunal: Its contribution to the Law of State Responsibility 196-97 n. 33* (Richard Lillich et Daniel Magraw, directeurs de publication, 1998).

7. Sur ce point, Dolzer fait observer que « l'expression 'expropriation rampante' suggère une stratégie délibérée de la part de l'État, ce qui peut impliquer un jugement moral négatif ». Voir Dolzer,

Toutefois, toutes les mesures nationales interférant avec la propriété ne constituent pas une expropriation, au regard du droit international. Comme *Brownlie* l'a formulé, « les mesures que prennent les États, à première vue, une prérogative légitime des gouvernements, peuvent affecter considérablement les intérêts étrangers sans équivaloir à une expropriation. C'est ainsi que les avoirs étrangers et leur utilisation peuvent faire l'objet d'impositions, de restrictions commerciales impliquant des licences et des quotas, ou de mesures de dévaluation. Bien que des faits particuliers puissent modifier la situation, en principe, ce type de mesures n'est pas illégal et ne constitue pas une expropriation ».⁸ De même, d'après *Sornarajah*⁹, des mesures non discriminatoires¹⁰ concernant la lutte contre les trusts, la protection des consommateurs, les valeurs mobilières, la protection de l'environnement et l'aménagement du territoire, constituent des privations de propriété non indemnisables du fait qu'elles sont jugées essentielles pour le bon fonctionnement de l'État.

Comme on l'a déjà dit, il n'existe pas de définition claire et généralement acceptée du concept d'expropriation indirecte et de ce qui le distingue d'une réglementation ne donnant pas lieu à indemnisation bien qu'il s'agisse d'une question très importante tant pour les investisseurs que pour les gouvernements. Comme l'ont écrit *Dolzer et Stevens*:

« Pour l'investisseur, la ligne de démarcation entre des mesures ne donnant pas lieu à indemnisation et des actions considérées comme des expropriations indirectes (exigeant une indemnisation) peut bien faire la différence entre le poids de l'exploitation (ou de l'abandon) d'une entreprise non rentable et le droit d'être indemnisé à cent pour cent (soit par l'État hôte, soit au titre d'une police d'assurance). Pour l'État hôte, la définition détermine l'étendue de son pouvoir d'adopter une législation réglementant les droits et les obligations des propriétaires dans les cas où une indemnisation peut être due. Il peut être objecté que l'État est empêché de prendre ce type de mesures lorsque celles-ci ne peuvent être couvertes par des ressources financières publiques ».¹¹

Comme *Higgins* l'a écrit dans son étude sur la prise de possession de biens par l'État, la question peut être encore affinée en se demandant qui doit supporter le coût économique de la satisfaction de

« Indirect Expropriation of Alien Property », *ICSID (CIRDI) Review, Foreign Investment Law Journal*, (1986) pages 41 à 59 et plus spécialement page 44.

8. Ian Brownlie, « Public International Law », *Oxford University Press*, 6ème édition, 2003, page 509.
9. M. Sornarajah, « The International Law on Foreign Investment » (1994) page 283, *Cambridge University Press*.
10. Il est bien établi dans le droit international coutumier qu'une indemnisation ne s'impose pas en cas de préjudice économique imputable à un règlement non discriminatoire légitime entrant dans les limites du pouvoir de police d'un État. Une mesure publique est discriminatoire si elle entraîne « un réel préjudice pour l'étranger et a été prise dans l'intention de lui nuire » afin de favoriser les entreprises nationales. Voir Dolzer et Stevens, *op. cit. n. 5*. Le document intitulé « Restatement of the Law Third, the Foreign Relations law of the United States » reconnaît la règle de la non-discrimination: « Un critère qui peut être utilisé pour déterminer si un règlement et un programme d'imposition visent à exproprier est le fait que ceux-ci s'appliquent ou non exclusivement aux entreprises étrangères », *American Law Institute, volume 1, 1987, section 712*. Le Tribunal du contentieux Iran-États-Unis a admis dans l'affaire *Amoco* que l'Iran devait une indemnisation pour les mesures d'expropriation prises et il a également reconnu la règle de l'absence de discrimination. Il a clairement indiqué dans sa décision que: « la discrimination est largement prohibée par le droit international coutumier dans le domaine de l'expropriation » même s'il n'a pas constaté l'existence d'une discrimination dans ce cas. *Amoco*, voir *op.cit.n.6*.
11. Dolzer et Stevens, *op. cit. n. 5*, page 99.

l'intérêt général qu'implique la mesure en question. Est-ce l'ensemble de la société, représentée par l'État, ou le propriétaire du bien touché?¹²

Nouvel a fait valoir que dans le cas de la nationalisation ou de l'expropriation directe, la dépossession qui se fait au détriment d'une personne privée coïncide avec l'appropriation au profit d'une personne publique; ce lien n'existe pas dans le cas des mesures équivalant à une expropriation. Dans ce dernier cas, la réduction de la valeur de la propriété privée ne s'accompagne pas nécessairement d'un accroissement de la richesse publique.¹³

II. Instruments juridiques et autres textes

La protection contre l'expropriation indirecte a été incluse dans divers types d'instruments internationaux. Littéralement tous les traités et projets de traité pertinents couvrent la question de l'expropriation indirecte ou des mesures équivalant à une expropriation. Toutefois, la plupart d'entre eux ne mentionnent pas du tout celle du traitement des mesures réglementaires ne donnant pas lieu à indemnisation, à l'exception de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après dénommée « Convention européenne des droits de l'homme »), de l'accord de libre-échange conclu récemment entre les États-Unis et le Chili et des nouveaux traités bilatéraux types des États-Unis et du Canada relatifs à l'investissement. Bien que le Projet de convention sur la protection des biens étrangers et le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement de l'OCDE ne fassent pas eux-mêmes mention des mesures réglementaires ne donnant pas lieu à indemnisation, ils ont été accompagnés de commentaires qui ont abordé la question. Celle-ci a également été abordée par le projet de Convention de Harvard sur la responsabilité internationale et la troisième Reformulation du droit régissant les relations extérieures des États-Unis qui, bien qu'il s'agisse de travaux d'universitaires et non de pratiques d'États, constituent d'influents éléments de doctrine.

A. *Textes juridiques qui couvrent l'expropriation indirecte sans aborder la question de la réglementation ne donnant pas lieu à indemnisation*

Les *traités bilatéraux relatifs à l'investissement* contiennent de brèves dispositions générales concernant l'expropriation indirecte qui sont axées sur l'effet de l'action gouvernementale et ne s'intéressent pas à la distinction entre les actions réglementaires qui doivent donner lieu à indemnisation et les autres. Par exemple, les traités conclus par la France parlent de « mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder directement ou indirectement ». Les traités du Royaume-Uni stipulent que l'expropriation inclut aussi les mesures « ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation ». D'autres traités, comme certains de ceux conclus par la Suède, font mention de « toute mesure directe ou indirecte » ou de « toute autre mesure présentant la même nature ou ayant le même effet contre les investissements ». L'ancien traité type des États-Unis mentionnait des « mesures équivalent à une expropriation ou à une nationalisation ». Plusieurs traités des États-Unis sont plus spécifiques à propos de ces mesures et indiquent: « toute autre mesure ou série de mesures, directe(s) ou indirecte(s), équivalant à une expropriation (y compris les prélèvements fiscaux, la vente obligatoire d'un investissement en totalité

12. R. Higgins, « The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law », *Recueil des Cours – Académie de droit international*, 1982, vol. 176 pages 276 et 277.

13. Yves Nouvel, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *Revue Générale du Droit international public*, 2002-1 pages 80 à 102, et plus spécialement page 89.

ou en partie, ou l'affaiblissement ou la destitution de ses dirigeants, le contrôle de la valeur économique... ».¹⁴

Il est affirmé dans la section IV, paragraphe 1) « Expropriation et modifications ou résiliations unilatérales de contrats » des *Directives de 1992 de la Banque mondiale* qu' « un État ne peut exproprier ou saisir en totalité ou en partie un investissement étranger privé sur son territoire, ou prendre des *mesures qui ont des effets analogues*, sauf s'il agit en respectant les procédures juridiques applicables, en poursuivant, en toute bonne foi, un objectif public, sans exercer de discrimination sur la base de la nationalité et en versant, en contrepartie, une indemnisation adéquate ».

Dans son article 13, le *Traité de 1994 sur la Charte de l'énergie* stipule que: « les investissements d'un investisseur d'une partie contractante réalisés dans la zone d'une autre partie contractante ne sont pas nationalisés, expropriés ou soumis à une ou plusieurs *mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation* » sauf lorsque cette expropriation respecte les règles du droit international coutumier dans ce domaine (intérêt public, procédure régulière, non-discrimination et indemnisation).

L'article 1110 de l'*ALÉNA* protège les investissements étrangers contre l'expropriation dans les termes suivants:

1. Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni *prendre une mesure équivalant* à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement, sauf:
 - (a) pour une raison d'intérêt public;
 - (b) sur une base non discriminatoire;
 - (c) en conformité avec l'application régulière de la loi et l'article 1105 (1)¹⁵; et
 - (d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec [les paragraphes qui suivent précisant l'évaluation des expropriations ainsi que la forme du versement et sa procédure].

B. Textes juridiques qui abordent la question de la réglementation ne donnant pas lieu à indemnisation

Les principes pertinents, dans le cadre de la *Convention européenne des droits de l'homme*, sont inclus dans l'article 1 du Protocole n°1 conclu en 1952 et entré en vigueur en 1954. Bien que cet article ne le dise pas expressément, il implique fortement que le devoir d'indemnisation ne s'applique pas aux réglementations normales:¹⁶

14. Voir Dolzer et Stevens, *op. cit.* n.5.

15. L'article 1105 (1) stipule que: « Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales ».

16. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la Convention a toujours suivi cette approche.

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. » [Italiques ajoutés].

En 1961, le projet de Convention de Harvard sur la responsabilité internationale des États pour les préjudices causés aux étrangers (*Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*), rédigée par *Sohn* et *Baxter*, a supposé qu'il y avait confiscation en cas « d'ingérence déraisonnable dans l'utilisation, la jouissance ou la disposition d'un bien telle qu'on peut en déduire que le propriétaire dudit bien ne sera pas en mesure d'utiliser celui-ci, d'en jouir ou d'en disposer dans un délai raisonnable après le début de cette ingérence ». Dans son article 10, paragraphe 5, ce projet de convention a reconnu l'existence d'une catégorie de prises de possession non indemnisables:

« Une prise de possession non indemnisée d'un bien étranger ou la privation de l'utilisation ou de la jouissance d'un bien appartenant à un étranger qui résulte de l'application de lois fiscales, d'une modification générale de la valeur d'une monnaie, d'une action des autorités compétentes de l'État pour le maintien de l'ordre, de la santé ou de la moralité publics, ou de l'exercice valide des droits de belligérance ou des droits liés à l'application normale de la législation de l'État, ne sera pas considérée comme illégale. »

L'article 3 du *Projet de convention de 1967 de l'OCDE¹⁷ sur la protection des biens étrangers¹⁸* affirme qu'« une Partie ne peut prendre de mesures de nature à priver, directement ou indirectement, de ses biens un ressortissant d'une autre Partie... » que si quatre conditions sont remplies conformément aux règles reconnues du droit international.¹⁹ Une note d'accompagnement sur la nature et la portée des obligations énonce le devoir d'indemniser d'une manière générale:

« L'article 3 reconnaît implicitement le droit souverain d'un État, dans le cadre du droit international, de se saisir de biens sis sur son territoire, même s'ils appartiennent à des étrangers, en vue d'atteindre ses objectifs politiques, sociaux ou économiques. Lui refuser ce droit serait tenter d'entraver les pouvoirs qui lui appartiennent, du fait même de son indépendance et de son autonomie, reconnues également par le droit international, de régir son existence politique et sociale. Ce droit, pour être compatible avec l'obligation qu'a l'État de respecter et de protéger les biens des étrangers ne peut être mis en œuvre que sous réserve des conditions fixées pour son exercice et, essentiellement, à la condition de verser à l'étranger une indemnité en cas de saisie de ses biens. »

17. Le Code de la libération des mouvements de capitaux de l'OCDE, par le biais de ses dispositions sur la libre disposition des comptes bloqués et autres avoirs détenus par des non-résidents, inclut une composante empêchant les mesures de confiscation, en dehors des règles de libération proprement dites du Code. Ce dernier passe toutefois sous silence la question du « droit de réglementer » dans le contexte de la présente note.

18. Projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers, 12 octobre 1967, page 17.

19. Les mesures en question doivent être prises: (i) pour cause d'utilité publique, (ii) par une procédure légale; (iii) ne pas être discriminatoires; et iv) être assorties du paiement d'une indemnité juste et effective.

Toutefois, les notes suivantes indiquent clairement que le concept de « saisie » n'est pas destiné à s'appliquer à des mesures réglementaires normales et licites en dehors d'une confiscation directe des droits de propriété mais plutôt à l'utilisation abusive d'une réglementation, au demeurant licite, pour priver un propriétaire de la substance de ses droits:

4(a) « ...Toutefois, en utilisant la formule 'priver...directement ou indirectement ...' dans le texte de l'article, on se réfère à toutes les mesures prises en vue de priver injustement le ressortissant en cause de droits et entraînant effectivement la perte (par exemple, le ressortissant se voit interdire de vendre ses biens, ou contraint de le faire à un prix inférieur au prix réel du marché) ». (*Les mots soulignés le sont dans le texte original*).

4(b) « ...C'est ainsi qu'en particulier, l'article 3 a pour objet de couvrir la 'nationalisation dissimulée', pratiquée depuis quelques années par certains États. On entend ainsi que des mesures, au demeurant licites, sont appliquées de façon telle:

qu'elles aboutissent en définitive à priver l'étranger de la jouissance ou de la propriété de son bien sans qu'un acte spécifique puisse être identifié comme une véritable privation. On peut citer, à titre d'exemples, le cas d'une fiscalité excessive ou arbitraire, l'interdiction de distribuer les dividendes et l'obligation conjointe de consentir des prêts, la désignation autoritaire d'administrateurs, l'interdiction de licencier le personnel, le refus d'autoriser l'accès à des matières premières ou d'octroyer les licences d'importation ou d'exportation nécessaires. »

Le commentaire émis sur la reformulation du droit régissant les relations extérieures des États-Unis (*Restatement of Foreign Relations Law of the United States*) de l'American Law Institute,²⁰ était destiné à aider notamment à déterminer comment établir une distinction entre une expropriation indirecte et une réglementation gouvernementale valide:

« Un État est responsable de l'expropriation d'un bien lorsqu'il soumet un bien étranger à une imposition, une réglementation ou une autre action qui est confiscatoire, ou qui empêche, gêne sans raison valable ou retarde indûment la jouissance effective d'un bien appartenant à un étranger ou son déménagement du territoire de l'État ... *Un État n'est pas responsable de la perte de propriété ou de tout autre préjudice économique résultant d'une imposition générale légitime, d'une réglementation, d'une confiscation sanctionnant un délit ou de tout type d'action communément accepté comme entrant dans le cadre du pouvoir de police des États, à condition qu'il ne soit pas de nature discriminatoire...* ». [Italiques ajoutés].

Le *texte de négociation de l'AMI* était presque identique aux dispositions de l'ALÉNA. Il était toutefois indiqué dans le commentaire concernant l'AMI qu'en étendant la protection à des « mesures d'effet équivalent » à une expropriation, le texte était destiné à couvrir l'« expropriation rampante ». Les négociateurs de l'AMI ont abordé la question de la distinction entre l'expropriation indirecte et les réglementations générales dans le rapport du Président au Groupe de négociation (rapport du Président)²¹ qui a été présenté à un stade ultérieur des négociations. Dans son annexe 3, article 3 (Droit

20. « Restatement of the Law Third, the Foreign Relations law of the United States », *American Law Institute, volume 1, 1987, section 712, commentaire g.*

21. L'Accord multilatéral sur l'investissement (rapport du Président au Groupe de négociation) DAF/MAI(98)17, 4 mai 1998, consultable sur le site: <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9817f.pdf>.

de réglementer) et une note interprétative de l'article 5 (Expropriation et indemnisation),²² il est affirmé:

Article 3 « Droit de réglementer »

« [a] Une partie contractante peut adopter, maintenir ou appliquer toute mesure qu'elle juge nécessaire pour que l'activité de l'investissement soit entreprise d'une manière sensible aux préoccupations en matière de santé, de sécurité ou d'environnement, à condition que ces mesures soient conformes au présent accord ».

Note interprétative de l'article 5 « Expropriation et indemnisation »

« Cet article est destiné à intégrer dans l'AMI des normes juridiques internationales existantes. La référence à l'expropriation ou à la nationalisation et aux 'mesures d'effet équivalent' traduit le fait que le droit international exige une indemnisation pour une mesure d'expropriation quel que soit l'intitulé de cette mesure, et ce même si le titre de propriété n'est pas confisqué. Elle n'institue pas une nouvelle prescription imposant aux parties de verser une indemnisation pour les pertes qu'un investisseur ou un investissement peut subir par suite d'une réglementation, d'un prélèvement obligatoire ou de toute autre activité normale d'intérêt général de la part d'un pays ».

Une déclaration adoptée par le Conseil des ministres de l'OCDE, le 28 avril 1998,²³ affirme que « l'AMI établira des règles mutuellement bénéfiques qui n'empêcheront pas l'exercice non discriminatoire normal des pouvoirs de réglementation des gouvernements et un tel exercice de ces pouvoirs ne pourra être assimilé à une expropriation ».²⁴

III. Critères déterminant si une expropriation indirecte a eu lieu

Comme on vient de le voir, peu de textes juridiques ont tenté de répondre directement à la question de savoir comment distinguer des réglementations légitimes ne donnant pas lieu à indemnisation, qui affectent la valeur économique d'investissements étrangers, d'une expropriation indirecte exigeant une indemnisation. Des théoriciens ont reconnu l'existence de cette distinction sans toutefois apporter beaucoup d'éclaircissements sur les critères permettant de l'opérer. Cela peut s'expliquer par une réticence à essayer de fixer des règles claires et simples dans un domaine qui est soumis à tant d'ensembles de circonstances variés et complexes et par une préférence pour la solution consistant à laisser résoudre le problème par des décisions arbitrales, prises au cas par cas²⁵. Les deux

22. *Id.* pages 14-16.

23. Voir le document C/MIN(98)16/FINAL de l' OCDE.

24. Pour une analyse des expropriations liées à la réglementation dans l'AMI, voir l'article de R. Geiger « Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment », *N.Y.U. Environmental Law Journal*, 2002, volume 11, numéro 1, pages 94 à 109 et plus spécialement page 104.

25. Christie a écrit en 1962: « il est évident que la question de savoir quel type d'atteinte autre qu'une expropriation pure et simple constitue une « prise de possession » au regard du droit international présente une situation dans laquelle la méthode d'élaboration du droit au cas par cas est de loin la meilleure et, en fait, probablement la seule ». G. Christie « What Constitutes a Taking of Property under International Law? » *British Yearbook of International Law*, 1962 pages 307 à 338. Sornarajah a fait observer que la difficulté réside « dans la formulation d'une théorie qui pourrait être utilisée pour prédire la conclusion sur le point de savoir si une prise de possession est indemnisable ou non. Bien que plusieurs tentatives aient été faites pour élaborer une théorie capable d'opérer cette

principales sources de décisions dans ce domaine ont été le Tribunal du contentieux Iran-États-Unis²⁶ et les décisions prises au titre de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme. Un autre corps de jurisprudence a été produit, ces dernières années, par les affaires concernant l'ALÉNA et des accords bilatéraux relatifs à l'investissement. On a en même temps assisté à l'arrivée d'une nouvelle génération d'accords portant sur l'investissement, y compris les chapitres des accords de libre-échange consacrés à l'investissement, qui énoncent les critères permettant d'établir la différence entre l'expropriation indirecte et la réglementation ne donnant pas lieu à indemnisation.

A. *Jurisprudence*

Bien que l'on observe des « incohérences »²⁷ dans la distinction opérée par certains tribunaux arbitraux entre des réglementations légitimes ne donnant pas lieu à indemnisation bien qu'affectant la valeur économique d'investissements étrangers et l'expropriation indirecte nécessitant une indemnisation, on s'aperçoit en poussant plus loin l'analyse que, dans l'ensemble, ils ont retenu des critères qui semblent très voisins de ceux qui ont été définis par les accords récents, à savoir: i) le degré d'atteinte au droit de propriété, ii) la nature des mesures gouvernementales, c'est-à-dire leur objet et leur contexte, et iii) l'atteinte portée par les mesures à des attentes raisonnables fondées sur l'investissement.

1) *Le degré d'atteinte au droit de propriété*

-- L'ampleur de l'impact économique

Une place importante est accordée à l'ampleur de l'impact économique d'une mesure gouvernementale dans la plupart des décisions internationales pour déterminer si elle atteint le niveau d'une expropriation nécessitant une indemnisation. Les tribunaux internationaux ont souvent refusé d'exiger une indemnisation lorsque la mesure gouvernementale n'avait essentiellement pas eu pour effet de faire perdre à un bien la totalité ou la plus grande partie de sa valeur économique. Il est généralement admis que l'atteinte doit être importante pour constituer une expropriation, c'est-à-dire priver l'investisseur étranger de ses droits de propriété fondamentaux ou gêner durablement l'investissement. Plusieurs tribunaux internationaux ont estimé qu'une réglementation pouvait constituer une expropriation lorsqu'elle réduisait notablement les droits économiques de l'investisseur, c'est-à-dire la propriété, la jouissance ou la gestion de l'activité économique, en les privant de sens. Une simple restriction du droit de propriété ne constitue pas une prise de possession. La Cour

distinction, aucune n'a abouti ». Voir la note 9 plus haut. Dolzer a reconnu, après une étude approfondie des précédents judiciaires et des pratiques des États, que l'on ne pouvait « qu'admettre à ce stade que le droit de l'expropriation indirecte ne peut être établi, pour l'instant, sur la base des sources primaires du droit international que de façon très schématique et approximative ». Voir *op. cit.* n.7.

26. Le Tribunal du contentieux Iran-États-Unis a été établi en 1981 pour se prononcer sur les plaintes formulées par des ressortissants des deux pays après la révolution iranienne. Il a été créé en vertu des déclarations d'Alger qui ont résolu la crise des otages entre l'Iran et les États-Unis.

27. Certains estiment que l'« incohérence » de la jurisprudence qui a été établie peut simplement tenir à la diversité des approches adoptées par les divers traités. Suivant ce point de vue, il n'est pas surprenant, par exemple, que la Cour européenne des droits de l'homme n'ait généralement pas eu la même conception de l'« expropriation indirecte » que les tribunaux de l'ALÉNA étant donné les différences observées dans la formulation, l'objectif général et l'histoire des textes auxquels ces instances doivent se référer (Convention européenne des droits de l'homme, d'une part, et ALÉNA, d'autre part).

européenne des droits de l'homme (CEDH)²⁸ a estimé qu'il y avait eu expropriation lorsque l'investisseur avait été manifestement et totalement privé de la propriété de son bien. Si l'investisseur n'a pas été dépouillé de ses droits de propriété, ceux-ci n'ayant été que fortement réduits, et si la situation n'est pas « irréversible », il n'y a pas « privation » au regard de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme.²⁹

La première affaire relevant du **Tribunal du contentieux Iran-États-Unis**^{30,31} a été l'affaire *Starrett Housing*,³² qui a porté sur la nomination de gérants iraniens pour un projet immobilier américain. Le Tribunal a conclu qu'il y avait eu expropriation:

« [I] est reconnu par le droit international que des mesures prises par un État peuvent porter atteinte aux droits de propriété au point de rendre ces droits si inutiles qu'ils doivent être considérés comme ayant fait l'objet d'une expropriation même si l'État ne revendique pas cette expropriation et si le titre légal du bien continue d'être détenu par le propriétaire d'origine. ».

Dans l'affaire *Sea-Land*³³, une des questions soulevées était celle de l'expropriation alléguée d'un compte bancaire. Le Tribunal n'a constaté aucune privation importante des droits du plaignant sur son compte ni aucune atteinte grave à ces droits et il a donc rejeté la plainte en notant que le « compte continu[ait] d'exister en rials et de rester à la disposition de Sea-Land ».

-
28. La Cour européenne des droits de l'homme est le tribunal établi par le Conseil de l'Europe dans le cadre de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales, pour statuer sur les questions qui lui sont soumises par des requérants individuels ou des États signataires et qui concernent des violations des droits de l'homme par des États signataires. Elle ne fait pas de distinction entre les propriétaires étrangers et nationaux mais les distinctions qu'elle opère, sur la base des droits de l'homme, entre les prises de possession devant et ne devant pas faire l'objet d'une indemnisation sont à prendre en considération.
 29. Voir les affaires: *Handyside c. Royaume-Uni*, 24 CEDH (série A) (1976); *Poiss c. Autriche*, 117 CEDH (série A) (1987); *Matos e Silva, Lda c. Portugal* Requête n°15777/89, 24 CEDH, rap.573, (1996). Pour une analyse, voir H. Ruiz Fabri, « The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for 'Regulatory Expropriations' of the Property of Foreign Investors », *N.Y.U. Environmental Law Journal*, volume 11, n° 1, 2002 pages 148 à 173.
 30. Sornarajah suggère que « bien que les décisions du Tribunal du contentieux Iran-États-Unis aient constitué une source récente féconde de jurisprudence pour la détermination des cas de prises de possession indirectes, elles ont porté sur des prises de possession effectuées dans le contexte d'un soulèvement révolutionnaire et les avis formulés par le tribunal risquent de ne pas être pertinents hors du contexte des événements qui ont marqué le soulèvement iranien consécutif au renversement du Shah d'Iran ». Voir *op. cit.* n. 9 page 282. Par exemple, ces actions et le contexte dans lequel elles sont intervenues sont, à maints égards, différents des types de réglementations relatives à l'environnement et à l'utilisation des terres qui ont été à l'origine des plaintes déposées dans le cadre de l'ALÉNA.
 31. Pour plus de détails sur ces affaires, voir Seddigh et G. H. Aldrich, « What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claim Tribunal » *The American Journal of International Law*, vol. 88 pages 585 à 609.
 32. *Starret Housing Corp. v. Iran*, 4 Iran-United States Cl.Trib.Rep. 122, 154 (1983).
 33. *Sea-Land Service Inc. v. Iran*, 6 Iran-United States Cl.Trib.Rep.149 (1984). Voir Seddigh et Aldrich, page 656, *op. cit.* 31.

Dans l'affaire *Tippetts*³⁴, le Tribunal a constaté l'existence d'une expropriation indirecte du fait des actions d'un directeur nommé par le gouvernement plutôt que du fait de cette nomination en soi,³⁵ et il a assimilé cette privation des droits de propriété à une prise de possession du bien.³⁶ Il a déclaré:

« Bien que la prise de contrôle d'un bien par un gouvernement ne permette pas de conclure automatiquement et immédiatement que ce bien a été saisi par le gouvernement et qu'il doit donc faire l'objet d'une indemnisation en vertu du droit international, une telle conclusion est légitime chaque fois que les circonstances prouvent que le propriétaire a été privé de ses droits fondamentaux de propriété et qu'il apparaît que cette privation n'est pas simplement momentanée... ».

Dans le contexte de l'ALÉNA, le tribunal a statué, dans l'affaire *Pope & Talbot*,³⁷ que l'imposition de contingents d'exportation à cette société avait certes entraîné une réduction de ses bénéfices mais qu'elle ne l'avait pas empêchée totalement de vendre à l'étranger et que l'investisseur pouvait encore réaliser des bénéfices. Il a déclaré: « ...une simple atteinte ne constitue pas une expropriation; il faut qu'il y ait un degré élevé de privation des droits de propriété fondamentaux ».³⁸

Dans l'affaire *S.D. Myers*,³⁹ une société américaine, qui exploitait une installation de dépollution du PCB aux États-Unis, a prétendu que le Canada violait le chapitre 11 de l'ALÉNA en interdisant l'exportation de déchets de PCB vers les États-Unis. Le tribunal a également opéré une distinction entre la réglementation et l'expropriation essentiellement sur la base du degré d'atteinte aux droits de propriété: « les expropriations impliquent généralement la privation des droits de propriété; les réglementations [constituent] une moindre atteinte ».⁴⁰

Dans l'affaire *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) contre les États-Unis du Mexique*,⁴¹ CEMSA, une compagnie de commerce étrangère enregistrée, exportatrice de cigarettes mexicaines, a

34. *Tippetts v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 6 Cl.Trib. 219 (1984).

35. Alors que *Tippetts* a pu travailler avec le directeur iranien nommé pendant quelques mois et a rétabli ses droits de partenaire, son personnel a quitté l'Iran après la saisie de l'ambassade américaine et le nouveau directeur a rompu les communications avec *Tippetts* en refusant de répondre à ses lettres et télex.

36. Dans cette affaire, le Tribunal a déclaré qu'il préférerait « le terme de 'privation' à celui de 'prise de possession', bien qu'ils soient pratiquement synonymes parce que ce dernier peut être compris comme impliquant que le gouvernement a acquis quelque chose de valeur, qui n'est pas indispensable ».

37. *Pope & Talbot Inc. contre Canada*, voir *op. cit. n. 6*.

38. Le tribunal a estimé en outre que: « Les réglementations peuvent, de fait, être formulées d'une façon constituant une expropriation « rampante » ...En effet, un degré élevé d'expropriation « rampante » pourrait être atteint par le biais de la réglementation et l'octroi d'une dérogation générale aux mesures réglementaires ouvrirait une brèche béante dans la protection internationale contre l'expropriation », voir le paragraphe 99 de la décision.

39. *S.D. Myers Inc. contre le gouvernement du Canada*, voir *op. cit. n. 6*.

40. Le tribunal a ajouté: « la distinction entre l'expropriation et la réglementation élimine la plupart des cas potentiels de plaintes portant sur l'intervention économique d'un État et réduit le risque que des gouvernements fassent l'objet de plaintes dans l'exercice de leur rôle de gestionnaire des affaires publiques ».

41. Dans cette affaire, Marvin Feldman, citoyen des États-Unis, a présenté une plainte au nom de CEMSA. CIRDI, affaire n° ARB(AF)/99/1, décision du 16 décembre 2002, pages 39 à 67 et plus spécialement page 59.

prétendu avoir été privée des avantages de la législation autorisant certains remboursements d'impôts aux exportateurs et avoir été victime d'une expropriation aux termes de l'article 1110 de l'ALÉNA. Le Tribunal a statué qu'il n'y avait pas eu expropriation du fait que « l'action réglementaire n'avait pas privé le requérant du contrôle de sa société, gêné directement les opérations internes de la société ou évincé le requérant de sa place d'actionnaire majoritaire. Le requérant est libre de poursuivre d'autres lignes d'activité commerciale....Il a, certes, été effectivement empêché d'exporter des cigarettes....mais cela n'équivaut pas à une privation du contrôle de sa société ».

Dans l'affaire la plus souvent citée au titre de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme (voir plus haut), l'affaire *Sporrong et Lönnroth c. Suède*⁴² (1982), la **Cour européenne des droits de l'homme** n'a pas estimé qu'une expropriation indirecte avait eu lieu sous l'effet de réglementations relatives à l'utilisation des terres affectant la propriété du requérant parce que:

« ...bien qu'il ait perdu de sa substance, le droit en cause [jouissance paisible de la propriété] n'a pas disparu...La Cour note à ce sujet que les requérants ont pu continuer à user de leurs biens et que si les ventes d'immeubles touchés...ont été rendues plus malaisées [sous l'effet des réglementations], la possibilité de vendre a subsisté ».

Une approche différente a été adoptée par le tribunal arbitral dans l'affaire *CME (Pays-Bas) contre la République tchèque*.⁴³ CME, le requérant, avait acheté une coentreprise dans le secteur des médias en République tchèque et il a allégué, entre autres, que [le pays hôte] n'avait pas rempli son obligation de ne pas priver l'investisseur de son investissement⁴⁴ du fait des actions du Conseil national des médias. Citant notamment les affaires Tippets et Metalclad, le tribunal a statué qu'il y avait eu expropriation du fait que « les actions et omissions du Conseil des médias ...ont provoqué la disparition des activités de la [coentreprise], en faisant [de celle-ci] une société dotée d'actifs mais dénuée de toute activité commerciale ». ⁴⁵ Il a aussi déclaré que bien que « les mesures réglementaires soient fréquentes dans tous les types de systèmes juridiques et économiques pour éviter une utilisation des biens privés contraire à l'intérêt public dans le pays hôte », ⁴⁶ les mesures administratives prises par le pays hôte n'entraient pas dans cette catégorie. Il a donc conclu:

« L'expropriation de l'investissement [de la société] est constatée comme résultant des actions et inactions du [pays hôte] étant donné que rien ne permet de penser dans l'immédiat

42. Dans cette affaire, des permis d'exproprier de longue durée (23 et 8 ans) avaient été accordés par la ville de Stockholm pour les biens des requérants. Ces permis n'expropriaient pas en eux-mêmes les biens mais ils habilitaient les autorités locales à le faire si elles en décidaient ainsi à l'avenir. Sporrong et Lönnroth ont argué qu'il leur était impossible de vendre ces biens et que cela portait atteinte à leur droit de jouir paisiblement de leur propriété. Le gouvernement suédois, en revanche, a fait valoir l'intérêt public du système des permis et l'intention de la ville de Stockholm de procéder à des améliorations pour le bien général. Voir R. Higgins, *op. cit.* n. 12, pages 276 et 277.

43. *CME (Netherlands) v. Czech Republic* (décision partielle) (13 septembre, 2001), document consultable sur le site: www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp

44. Article 5 du traité bilatéral relatif à l'investissement, conclu en 1991 entre les Pays-Bas et la République tchèque.

45. Voir CME paragraphe 591, p. 166.

46. *Idem* paragraphe 603, p. 170.

que la [coentreprise] sera rétablie dans une position lui permettant de jouir d'une utilisation exclusive de sa licence⁴⁷ ... »

Une autre décision pertinente est l'affaire *Revere Copper*⁴⁸ (1980). Cette affaire a résulté d'un accord de concession, devant durer vingt-cinq ans, conclu par une filiale de la société Revere Copper avec le gouvernement de la Jamaïque. Ce dernier a augmenté les redevances, en dépit de la présence dans l'accord d'une clause de stabilisation garantissant que les taxes et autres charges financières ne seraient pas modifiées pendant toute la durée de la concession. La société a jugé difficile de poursuivre ses activités et elle y a mis fin en demandant à être indemnisée au titre de son contrat d'assurance. Tenant pour acquis que le contrat était régi par le droit international, le Tribunal arbitral⁴⁹ a statué qu'il y avait eu prise de possession par le gouvernement et il a observé:⁵⁰

« À notre avis, la répudiation par le gouvernement jamaïcain de ses engagements à long terme vis-à-vis de RJA (filiale de Revere Copper) a en substance le même effet sur la maîtrise effective de l'utilisation et de l'exploitation des biens que si ceux-ci avaient été concédés par un accord de concession qui aurait été répudié.... »

Bien que la compagnie d'assurances (OPIC) ait argué que RJA détenait toujours tous ses droits et biens et qu'elle pouvait donc continuer de fonctionner comme avant, le Tribunal a répondu: « tel est peut-être le cas mais... nous ne considérons plus comme effectif le contrôle exercé par RJA sur l'utilisation et l'exploitation de ses biens du fait que l'action gouvernementale a détruit ses droits contractuels ».

-- La durée de la réglementation

Un autre critère utilisé pour déterminer si une réglementation a eu un effet suffisamment prononcé sur un bien pour constituer une prise de possession pourrait être celui de sa durée.^{51,52}

Le Tribunal du contentieux Iran-États-Unis a reconnu que c'était un aspect à considérer mais il n'a guère eu de mal à établir que la nomination de dirigeants « temporaires » pouvait constituer une prise de possession d'un bien lorsque la privation des droits de propriété qui en résultait n'était pas « simplement éphémère » (dans les affaires *Tippetts, Phelps Dodge et Saghi*).

Un exemple largement cité d'affaire dans laquelle le facteur temporel a joué un rôle important est l'affaire *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz* de 1979.⁵³ Les faits concernent une viticultrice allemande qui a dû demander un permis au Land pour planter de nouvelles vignes. Alors que sa demande était à l'étude, la Commission européenne a adopté un règlement interdisant la plantation de ce type de vigne

47. *Idem* paragraphe 607, p. 171.

48. *Revere Copper & Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, 56 *International Legal Materials* 258.

49. Le Tribunal a été établi dans le cadre de l'American Arbitration Association.

50. Pour une analyse, voir R. Higgins, pages 331 à 337, *op. cit. n. 12*, Sornarajah, page 301, *op. cit. n. 9* et R. Dolzer, pages 51 et 52, *op. cit. n. 7*.

51. *J.M. Wagner*, « *International Investment, Expropriation and Environmental Protection* », *Golden Gate University Law Review* (1999), vol.29, n° 3; pages 465 à 538.

52. G. Christie, dans son article de 1962, examine à partir de quel moment une « saisie temporaire » se mue en « expropriation », *op. cit. n. 25*.

53. Voir R. Higgins, *op. cit. n. 12*, Dolzer, *op. cit. n. 7*, Ruiz Fabri, *op. cit. n. 29*.

pendant trois ans. La plaignante a saisi la Cour de justice des Communautés européennes qui a conclu à l'absence de violation des droits de propriété en faisant valoir notamment que la décision de la CEE n'était applicable que pendant une période transitoire de trois ans.

Dans l'affaire *S.D. Myers c. Canada*,⁵⁴ le Tribunal de l'ALÉNA a reconnu que « dans certains contextes et dans certaines circonstances, il serait approprié de considérer qu'une privation de droits de propriété équivaut à une expropriation même si elle était partielle et temporaire ». Il a toutefois conclu que l'initiative du Canada « n'était applicable que pendant un certain temps ». Dans ces conditions, « une possibilité a été retardée » sans qu'il y ait eu expropriation indirecte.

-- L'impact économique comme seul critère

Personne ne doute sérieusement que l'ampleur de l'effet sur le statut juridique du propriétaire et l'effet pratique sur son aptitude à se servir et à jouir de son bien figurent parmi les principaux facteurs pris en compte pour déterminer si une mesure réglementaire constitue une expropriation indirecte. Ce qui est davantage sujet à controverse, « c'est la question de savoir si l'effet sera le seul et unique critère utilisé (doctrine du « seul effet ») ou si l'objet et le contexte de la mesure gouvernementale peuvent aussi entrer en ligne de compte dans l'analyse des prises de possession »⁵⁵. L'issue de la délibération sera de toute façon sans doute déterminée par la formulation précise de la clause du traité concerné. Il semble ressortir toutefois de la doctrine et de l'examen des affaires, qu'une approche équilibrée prévaut.

Quelques affaires ont mis l'accent sur l'effet sur le propriétaire en en faisant le principal facteur de distinction entre une réglementation et une prise de possession. Dans l'affaire *Tippetts*, le Tribunal du contentieux Iran-États-Unis a soutenu:

« l'intention du gouvernement est moins importante que les effets des mesures sur le propriétaire, et la forme des mesures de contrôle ou d'ingérence est moins importante que la réalité de leur impact ».

Dans l'affaire *Phelps Dodge*,⁵⁶ un transfert de gestion a été opéré en vertu d'une législation pré-révolutionnaire destinée à empêcher la fermeture d'usines, garantir le paiement des sommes dues aux travailleurs et protéger toute dette due au gouvernement qui, dans ce cas, incluait des prêts accordés par une banque qui avait été nationalisée en 1979. Citant l'affaire *Tippetts*, le Tribunal du contentieux Iran-États-Unis a déclaré:

« Le Tribunal comprend parfaitement pourquoi le défendeur s'est senti obligé de protéger ses intérêts en procédant à ce transfert de gestion de même qu'il comprend les préoccupations financières, économiques et sociales qui ont inspiré la législation en vertu de laquelle le défendeur a agi mais ces raisons et préoccupations ne peuvent exonérer celui-ci de l'obligation d'indemniser Phelps Dodge pour sa perte ».

Dans l'affaire *Metalclad*,⁵⁷ survenue dans le contexte de l'ALÉNA, Metalclad a allégué que la tentative de sa filiale COTERIN d'exploiter une décharge de déchets dangereux qu'elle avait

54. Voir *op. cit. n.6*.

55. Dolzer, voir *op. cit. n.2*, page 79.

56. Phelps Dodge, 10 Iran-United States Cl. Trib. Rep. page 130.

57. *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (décision du Tribunal du 30 août 2000).

construite dans la commune de Guadalcázar, avait été contrecarrée par des mesures imputables au Mexique. Metalclad a intenté une action en justice au titre de l'ALÉNA en arguant qu'un décret écologique promulgué après le dépôt de la plainte violait l'article 1110 exigeant une indemnisation en cas d'expropriation. Le Tribunal a constaté une violation de l'article 1110 de l'ALÉNA et il a déclaré que pour déterminer s'il y avait eu expropriation indirecte, il « n'avait besoin ni de se prononcer ni de se pencher sur les raisons pour lesquelles, ou l'intention dans laquelle, le décret écologique a été pris ». Il a déclaré:

« l'expropriation, aux termes de l'ALÉNA inclut non seulement des prises de possession de biens ouvertes, délibérées et reconnues, telles qu'une saisie pure et simple ou un transfert formel ou obligatoire d'un titre de propriété en faveur de l'État hôte, mais aussi une atteinte dissimulée ou fortuite à l'utilisation du bien qui a pour effet de priver le propriétaire, en totalité ou en grande partie, de l'exploitation de l'avantage économique qu'il est raisonnable d'attendre dudit bien, même si l'État hôte n'en retire pas nécessairement un avantage évident ».

Bien qu'elle ait concerné une expropriation directe et non une prise de possession indirecte, l'affaire *Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*⁵⁸ a particulièrement retenu l'attention du fait que le jury a expressément déclaré que l'objectif environnemental n'avait aucune incidence sur la question de l'indemnisation. Dans cette affaire, la société requérante (Compañía Santa Elena) avait été créée essentiellement dans le but d'acquérir Santa Elena – un terrain de 30 kilomètres au Costa Rica – et d'en faire un centre touristique. En 1978, le Costa Rica a pris un arrêté d'expropriation pour Santa Elena en vue d'en faire un site protégé. Vingt années de procédures juridiques entre les parties ont finalement abouti à une prise de décision par un jury du CIRDI. Alors que cette affaire portait sur une expropriation directe dans laquelle l'enjeu était la date de la prise de possession pour la détermination de l'indemnisation, le jury, citant l'affaire Tippet, a indiqué qu'une expropriation indemnifiable pouvait résulter de mesures gouvernementales privant le propriétaire de « l'accès aux avantages et à l'exploitation économique de son bien » ou « ayant rendu ces droits [de propriété] pratiquement inutiles ». Il a déclaré:

« Alors qu'une expropriation ou une prise de possession effectuée pour des raisons environnementales peut être assimilée à une prise de possession réalisée à des fins publiques et être donc considérée comme légitime, le fait que le bien a été saisi pour cette raison n'affecte ni la nature ni l'importance de l'indemnisation à verser. C'est-à-dire que l'objectif de protection de l'environnement pour lequel le bien a été saisi ne modifie pas le caractère juridique de la prise de possession pour laquelle une indemnisation adéquate doit être versée.⁵⁹ L'origine internationale de l'obligation de protéger l'environnement ne fait aucune différence ». Le jury a ajouté:

« Des mesures d'expropriation prises à des fins environnementales – aussi louables et bénéfiques pour l'ensemble de la société qu'elles soient – sont, à cet égard, analogues à n'importe quelle autre mesure d'expropriation qu'un État peut prendre pour mettre en œuvre ses politiques: lorsqu'un bien est exproprié, même pour des raisons d'ordre environnemental,

58. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, CIRDI Affaire n° ARB/96/1 (17 février 2000).

59. C'est pour cette raison que le Tribunal n'a pas analysé les pièces détaillées fournies sur ce que le Costa Rica considérait comme ses obligations internationales de préserver le site écologique exceptionnel de Santa Elena.

nationales ou internationales, l'obligation pour l'État de verser une indemnisation demeure ».

2) *La nature des mesures gouvernementales, c'est-à-dire leur objet et leur contexte*

Un critère très important pour déterminer si une mesure gouvernementale constitue ou non une expropriation porte sur le point de savoir si celle-ci relève du droit d'un État à œuvrer, par le biais de la réglementation, en faveur d'un « objectif social »⁶⁰ ou de « l'intérêt général »⁶¹. « L'existence de considérations généralement reconnues de santé publique, sécurité, moralité ou protection sociale conduira normalement à conclure qu'il n'y a pas eu 'prise de possession' ». ⁶² « Des mesures non discriminatoires concernant la lutte contre les trusts, la protection des consommateurs, les valeurs mobilières, la protection de l'environnement et l'aménagement du territoire, représentent des prises de possession non indemnissables du fait qu'elles sont jugées essentielles pour le bon fonctionnement de l'État ». ⁶³

Dans le contexte de la jurisprudence de la **Cour européenne des droits de l'homme**, l'État peut affecter la liberté d'action des personnes physiques en imposant des restrictions qui peuvent revêtir la forme de contrôles des aménagements, de directives environnementales, de contrôles des loyers, de législations relatives aux importations et aux exportations, de la régulation économique des professions, [et] de la saisie de biens pour des procédures judiciaires ou des droits successoraux. ⁶⁴

Dans le contexte de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne a accordé aux États une très large marge d'appréciation en ce qui concerne l'adoption de mesures pour cause d'utilité publique et elle a reconnu qu'il échoit aux autorités nationales de se prononcer les premières⁶⁵ sur l'existence d'un problème d'intérêt public justifiant des mesures qui se traduisent par une « privation » de propriété. La Cour a estimé que la décision de l'État doit être acceptée sauf si elle est appliquée d'une façon manifestement déraisonnable.

La Cour a, en outre, adopté la même approche à l'égard des « privations » et des « réglementations » de l'usage de biens. Dans un cas comme dans l'autre, il doit exister une base juridique nationale raisonnable et prévisible pour la prise de possession en raison du principe directeur de la stabilité et de la transparence et de la primauté du droit.⁶⁶ En ce qui concerne aussi bien la privation que la réglementation de l'utilisation, les mesures adoptées doivent être proportionnées. La Cour examine si l'atteinte en question représente un juste équilibre entre les exigences liées à l'intérêt

60. *The Iran-United States Claims Tribunal: Its contribution to the Law of State Responsibility*, voir *op. cit. n. 6*, page 200.

61. Voir B.H. Weston, *op. cit. n. 3*, page 116.

62. Christie, *op. cit. n. 25*, page 338.

63. M. Sornarajah, *op. cit. n. 9*.

64. Voir *D.J. Harris et al.*, lorsqu'ils évoquent la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'ouvrage intitulé: « *Law of the European convention on Human Rights* », (1995) page 535.

65. La marge d'appréciation de l'État se justifie au nom de l'idée que les autorités nationales connaissent mieux leur société et ses besoins et sont donc « mieux placées qu'[un tribunal] international pour déterminer ce qui est 'd'utilité publique' ». Voir *James c. Royaume-Uni*, 98 Cour européenne des droits de l'homme (sér. A) 9, 32 (1986).

66. Voir *H. Mountfield*, « *Regulatory Expropriations in Europe: the Approach of the European Court of Human Rights* », *N.Y.U. Environmental Law Journal*, volume 11, n°1, 2002, pages 136 à 147.

général de la population et les intérêts privés des victimes supposées de la privation et si une charge inique a été imposée au plaignant. Pour procéder à cette évaluation, la Cour entreprend une analyse factuelle en soulignant que les facteurs précis à prendre en compte varient d'une affaire à l'autre. Dans l'affaire *James*,⁶⁷ par exemple, la Cour a déclaré:

« On peut parfaitement considérer comme 'in the public interest' une privation de propriété opérée au titre d'une politique de justice sociale. Spécialement, l'équité d'un système juridique régissant les droits contractuels et réels des particuliers concerne tout un chacun; partant, des mesures législatives qui tendent à l'assurer peuvent servir 'the public interest' même si elles impliquent un transfert obligatoire de propriété d'un individu à un autre. ».

Dans l'affaire *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, la Cour a précisé que l'article 1 contient « trois normes distinctes »:

« La première, d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième, elle reconnaît aux États le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin; elle ressort du deuxième alinéa. »

La Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'il n'y avait pas eu « expropriation » sur la base du premier critère mais qu'une indemnisation s'imposait sur la base du deuxième. Elle a jugé qu'au regard du critère du « juste équilibre », l'État n'avait pas tenu dûment compte, au fil des ans, des intérêts particuliers en jeu. L'État n'ayant ni raccourci l'effet temporel des règles établies ni versé d'indemnisation, la Cour a estimé qu'il avait fait peser « une charge spéciale et exorbitante » sur les plaignants et qu'il avait donc agi en violation de l'article 1.

Dans le contexte de l'ALÉNA, dans l'affaire *S.D. Myers*⁶⁸, le Tribunal a estimé que l'expression « tantamount to expropriation » dans le texte anglais de l'article 1110, paragraphe 1, de l'ALÉNA (« équivalant à l'expropriation », dans la version française) était comprise comme signifiant « equivalent to expropriation » et il a ajouté:

« Les deux termes obligent un tribunal à examiner le fond de la situation et pas seulement la forme. Un tribunal ne doit pas être empêché par des considérations techniques ou superficielles d'aboutir à la conclusion qu'une expropriation ou une conduite équivalant à une expropriation a eu lieu. Il doit considérer les intérêts réels en jeu ainsi que la raison d'être et l'effet de la mesure gouvernementale ».

Dans l'affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A, c. les États-Unis du Mexique*,⁶⁹ l'investisseur, Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A., a déposé une plainte auprès du CIRDI en faisant valoir qu'en ne renouvelant pas le permis d'exploitation de sa décharge de déchets dangereux,

67. Cette affaire concerne une réforme entreprise par le Royaume-Uni sur le droit des particuliers jouissant de baux emphytéotiques de longue durée d'acquérir la propriété des biens loués. Cette réforme, d'après *James*, le requérant, a « privé » les propriétaires de leur bien puisqu'ils ne pouvaient ni refuser de le vendre ni en fixer le prix. Voir *op. cit. n. 65*.

68. Voir *op. cit. n. 6*.

69. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A, v. The United Mexican States, ICSID (CIRDI) Award Case n° ARB (AF)/00/2*.

le gouvernement mexicain ne respectait pas les divers droits et mesures de protection énoncés dans le traité bilatéral relatif à l'investissement conclu entre l'Espagne et le Mexique et qu'il s'agissait d'un acte d'expropriation. Pour déterminer si les mesures prises par le Mexique devaient être considérées comme des mesures d'expropriation, le Tribunal, citant la jurisprudence de la CEDH, s'est demandé si ces actes ou mesures étaient proportionnels à l'intérêt public, ainsi vraisemblablement protégé, et à la protection accordée sur le plan juridique aux investissements, en tenant compte du fait que l'importance de l'impact joue un rôle déterminant dans l'établissement du rapport de proportionnalité.⁷⁰ Il a ajouté qu'il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre la servitude ou la charge imposée à l'investisseur étranger et le but visé par une mesure d'expropriation.⁷¹

-- Les « pouvoirs de police » de l'État

L'idée que l'exercice des « pouvoirs de police » de l'État ne donnera pas lieu à un droit d'indemnisation a été largement acceptée en droit international. La doctrine des « pouvoirs de police » est toutefois considérée par certains non comme un critère pris en compte avec d'autres facteurs mais comme un élément déterminant qui exempte automatiquement la mesure considérée de toute obligation d'indemnisation.

Un commentaire sur le droit en matière d'expropriation et les « pouvoirs de police » de l'État est celui émis sur la (troisième) reformulation du droit régissant les relations extérieures des États-Unis (*Restatement (Third) of Foreign Relations Law*) de l'*American Law Institute* des États-Unis,⁷² destiné à aider notamment à déterminer comment distinguer une expropriation indirecte d'une réglementation gouvernementale valide: « ...un État n'est pas responsable de la perte de propriété ou de tout autre préjudice économique résultant d'une imposition générale légitime, d'une réglementation, d'une confiscation sanctionnant un délit ou de tout type d'action communément accepté comme entrant dans le cadre du pouvoir de police des États, à condition qu'il ne soit pas de nature discriminatoire... ».

Dans le contexte du **Tribunal du contentieux Iran-États-Unis**, la seule décision dans laquelle une plainte relative à une prise de possession a été rejetée au motif que les réglementations avaient été adoptées au titre du pouvoir de police est celle de l'affaire *Too c. Greater Modesto Insurance Associates*,⁷³ dans laquelle le plaignant a demandé à être indemnisé pour la saisie de sa licence de débit de boissons par l'*Internal Revenue Service* des États-Unis. Le Tribunal a déclaré:

« ...Un État n'est pas responsable de la perte de propriété ou de tout autre préjudice économique résultant d'une imposition générale légitime ou de toute autre action communément acceptée comme entrant dans le cadre du pouvoir de police des États, à condition qu'elle ne soit pas discriminatoire et qu'elle ne soit pas conçue pour pousser l'étranger à abandonner son bien à l'État ou à le vendre à vil prix ... »

70. *Idem*, paragraphe 122.

71. *Idem*.

72. *Restatement of the Law Third*, section 712, commentaire g, *op.cit.* n. 20.

73. Décision du 29 décembre 1989, 23 Iran-United States Cl. Trib. Rep. Rep.378. Voir aussi Seddigh et G. H. Aldrich, *op. cit.* n. 31.

Dans l'affaire *Lauder*⁷⁴, le Tribunal a déclaré au sujet de l'atteinte aux droits de propriété que « ... les parties au traité [bilatéral] ne sont pas responsables du préjudice économique résultant d'une réglementation légitime prise dans le cadre des pouvoirs de police reconnus de l'État ».

Dans l'affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A, c. les États-Unis du Mexique*,⁷⁵ le Tribunal a déclaré, bien qu'il ait estimé qu'il y avait eu expropriation, que: « le principe selon lequel l'exercice par l'État de son pouvoir souverain dans le cadre de son pouvoir de police est susceptible de causer un préjudice économique à ceux qui sont soumis à ses pouvoirs administratifs sans qu'ils aient droit à la moindre indemnisation, est incontestable ».

3) *L'atteinte portée par la mesure à des attentes raisonnables fondées sur l'investissement*

Un autre critère retenu est celui de l'atteinte portée par la mesure gouvernementale aux attentes raisonnables de l'investisseur. Dans ce cas, l'investisseur doit prouver que son investissement reposait sur un état de choses qui n'incluait pas le dispositif réglementaire contesté. La plainte doit être objectivement raisonnable et non pas fondée exclusivement sur les attentes subjectives de l'investisseur.

Dans l'affaire *Oscar Chinn*⁷⁶ de 1934, la Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.) n'a pas accepté l'argument de la prise de possession indirecte⁷⁷ en faisant observer que, dans ces circonstances, l'octroi d'un monopole de fait ne constituait pas une violation du droit international et qu' « une conjoncture économique favorable ainsi que l'achalandage sont des éléments temporaires, susceptibles de modifications inévitables »:⁷⁸

« Aucune entreprise...ne peut échapper aux éventualités et aux risques qui sont le résultat des conditions économiques générales. Certaines industries peuvent faire de grands profits dans une période de prospérité générale ou bien en profitant d'un traité de commerce ou d'une modification des droits de douane; mais elles sont aussi exposées à se ruiner et à s'éteindre à cause d'une situation différente. Aucun droit acquis n'est violé dans des cas semblables par l'État ».

Dans l'affaire *Starett Housing Corp. c. Iran*⁷⁹, le Tribunal du contentieux Iran-États-Unis a tenu compte des attentes raisonnables de l'investisseur:

« Ceux qui investissent en Iran, comme ceux qui investissent dans n'importe quel autre pays, doivent supporter le risque de voir le pays touché par des grèves, des lock-out, des troubles, des changements de système économique et politique et même une révolution. Si l'un de ces

74. *Lauder (U.S.) v. Czech Republic* (décision finale) (3 septembre 2002), consultable sur le site www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp

75. Voir *op. cit.* n.69.

76. Voir *op. cit.* n. 6.

77. La C.P.J.I. a employé le critère de la « privation effective » pour déterminer si l'atteinte était suffisamment grave pour constituer une prise de possession indemnisable.

78. H. Seddigh, « What level of Host State Interference Amounts to a Taking under Contemporary International Law? » *Journal of World Investment*, 2001, vol. 2, n° 4, pages 631 à 684 et plus particulièrement page 646.

79. Voir *op. cit.* n. 32.

risques se concrétise, cela ne signifie pas nécessairement que les droits de propriété affectés par ce type d'évènement peuvent être considérés comme ayant été usurpés ».

Dans l'affaire *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) c. les États-Unis du Mexique*⁸⁰, le Tribunal de l'ALÉNA a indiqué:

« Dans l'exercice de leur pouvoir de réglementation, les gouvernements modifient fréquemment leurs lois et règlements pour répondre à l'évolution de la situation économique ou des considérations politiques, économiques ou sociales. Ces réorientations peuvent fort bien rendre certaines activités moins rentables ou même ôter toute justification économique à leur poursuite... ».

Dans l'affaire *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A, c. les États-Unis du Mexique*,⁸¹ le Tribunal a essayé de déterminer si les mesures prises par le gouvernement mexicain étaient « raisonnables par rapport à leurs objectifs, la privation de droits économiques et les attentes légitimes des victimes de cette privation ». « ...Même avant que le plaignant n'effectue son investissement, il était largement accepté que l'investisseur tablait sur un placement à long terme dans la décharge et qu'il en avait tenu compte pour estimer le temps et l'activité nécessaires pour rentrer dans ses fonds et obtenir le rendement attendu au moment où il a présenté sa soumission pour l'acquisition des actifs liés à la décharge. Pour évaluer si les actions imputables au défendeur, ainsi que la 'résolution'⁸², violent l'accord, ces attentes doivent être considérées comme légitimes et être évaluées à la lumière de l'accord et du droit international ». ⁸³ Sur la base de ces considérations et du fait que la 'résolution' n'était pas proportionnée aux 'infractions'⁸⁴ commises par Tecmed, le Tribunal a conclu que la 'résolution' et ses effets équivalaient à une expropriation.

80. Voir *op. cit.* n. 41.

81. Voir *op. cit.* n. 75.

82. La 'résolution' était la décision de ne pas renouveler la licence.

83. Décision Tecmed, para. 50.

84. « Toutes les infractions commises étaient passibles d'un dédommagement, avaient fait l'objet d'un dédommagement ou pouvaient faire l'objet de sanctions mineures ». Décision Tecmed, para 148.

B. Pratique des États

Devant la jurisprudence croissante dans ce domaine, les *accords de libre-échange* conclus récemment *entre les États-Unis et l'Australie*⁸⁵, *le Chili*⁸⁶, *l'Amérique centrale*⁸⁷, *le Maroc*⁸⁸ et *Singapour*⁸⁹ ainsi que le *nouvel accord bilatéral d'investissement type des États-Unis*⁹⁰ énoncent expressément les critères permettant d'établir ce qui constitue une expropriation indirecte. Dans les annexes sur l'expropriation, ils précisent que:

« La décision selon laquelle une mesure ou une série de mesures prise par une Partie, dans un cas de figure précis, constitue ou non une expropriation indirecte exige une étude des faits, au cas par cas, laquelle prendra en compte, entre autres, les éléments ci-après:

- (i) l'impact économique de la décision prise par les pouvoirs publics, même si le fait qu'une mesure ou une série de mesures prise par une Partie nuisant à la valeur économique d'un investissement n'établit pas, en soi, qu'il y a eu expropriation indirecte;
- (ii) l'ampleur dans laquelle la mesure prise par les pouvoirs publics nuit aux attentes distinctes et raisonnables afférentes à l'investissement considéré; et
- (iii) la nature de la mesure prise par les pouvoirs publics. »

Ils abordent en outre la question de l'expropriation indirecte et du droit de réglementer:

« Sauf circonstances rares, les mesures réglementaires de caractère non discriminatoire qu'une Partie conçoit et applique aux fins de servir des objectifs légitimes de défense du bien-être collectif, comme la santé, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte. »

La nouvelle version de l'APIE (Accord de promotion et de protection de l'investissement) type du Canada⁹¹ précise qu'elle:

« clarifie la notion d'expropriation indirecte en prévoyant qu'à moins de circonstances rares, les mesures réglementaires non discriminatoires élaborées et appliquées dans un but de

85 Accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie, signé le 1^{er} mars 2004, [annexe 11-B, article 4(b)].

86. L'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili a été signé le 6 juin 2003 (annexe 10-D).

87 Accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Amérique centrale, signé le 28 janvier 2004 (annexe 10-C). Les pays d'Amérique centrale sont: le Costa Rica, l'El Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua.

88 Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Maroc, signé le 15 juin 2004 (annexe 10-B).

89 Robert Zoellick, Représentant des États-Unis pour le commerce extérieur et George Yeo, ministre du Commerce et de l'Industrie de Singapour, le 6 mai 2003.

90 Pour le texte de l'accord bilatéral d'investissement type voir:
<http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>

91 Pour le texte de la nouvelle version de l'APIE type, voir:
http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/what_fipa-fr.asp

protection légitime du bien-être public concernant, par exemple, la santé, la sécurité et l'environnement ne seraient pas considérées comme menant à une expropriation indirecte et ne seraient donc soumises à aucune exigence de compensation. »

Résumé

- L'expropriation (directe et indirecte) doit faire l'objet d'une indemnisation en vertu de règles clairement énoncées du droit international coutumier. Toutefois, s'il est relativement simple de déterminer les cas d'expropriation directe, il a fallu, pour établir si une mesure constituait une expropriation indirecte, que des tribunaux procèdent à un examen ponctuel approfondi et à une analyse attentive de la formulation précise du traité concerné.
- La ligne de démarcation entre le concept d'expropriation indirecte et les mesures réglementaires gouvernementales ne donnant pas lieu à indemnisation n'a pas été établie de manière rigoureuse. Il ressort toutefois d'un examen attentif de la jurisprudence pertinente que les tribunaux ont utilisé, de manière générale, un certain nombre de critères pour distinguer ces concepts, à savoir: i) le degré d'atteinte au droit de propriété, ii) la nature des mesures gouvernementales, c'est-à-dire leur objet et leur contexte, et iii) l'atteinte portée par la mesure à des attentes raisonnables fondées sur l'investissement.
- Les tribunaux ne se sont pas polarisés exclusivement sur le « seul effet » sur le propriétaire et ils ont aussi tenu compte de l'objet et de la proportionnalité des mesures gouvernementales pour déterminer si une indemnisation était due. C'est ainsi que plusieurs affaires ont été tranchées sur la base de la reconnaissance du fait que les gouvernements ont le droit de protéger, à l'aide de mesures non discriminatoires, entre autres, l'environnement, la santé humaine et la sécurité, l'intégrité des marchés et leurs politiques sociales sans verser d'indemnisation pour la privation fortuite de propriété détenue par des étrangers.
- Jusqu'à présent, seuls quelques accords internationaux établissaient cette différence. Depuis peu, une nouvelle génération d'accords d'investissement, y compris les chapitres des accords de libre-échange consacrés à l'investissement, a introduit une terminologie spécifique et fixé des critères pour aider à déterminer les cas d'expropriation indirecte exigeant une indemnisation. Ces critères sont en harmonie avec ceux qui ressortent des décisions arbitrales.
- En même temps, la prudence impose de reconnaître que la liste de critères qui peut être établie aujourd'hui sur la base de la pratique des États et de la jurisprudence existante n'est pas nécessairement exhaustive et qu'elle risque d'évoluer. De fait, de nouveaux accords d'investissement sont en train d'être conclus à un rythme très soutenu et le nombre d'affaires soumises à arbitrage augmente rapidement. Les examens au cas par cas susceptibles d'apporter des éclaircissements continueront d'être jugés nécessaires.