

الأمم SEMINAIRE SUR LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT
ET LE REGLEMENT DES DIFFERENDS INVESTISSEURS / PAYS D'ACCUEIL

Rabat 5-7 juin 2013

Protection des investissements
l'expropriation indirecte et le droit de réglementer

Par Ferhat Horchani

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis
horchani.ferhat@gmail.com

La présentation a été inspirée des travaux de la CNUCED en matière d'AI

Protection

- Contre quoi ?:
- Contre la destruction suite à des violences, guerres: *Sécurité physique*
- Contre la perte de la propriété ou de jouissance: *Sécurité juridique:*
 - 1- expropriation directe
 - 2- expropriation déguisée
 - 3- les mesures équivalentes

Sécurité physique

- Hypothèses de plus en plus fréquentes: destruction de l'Investissement suite à des actes de violences. Affaires AMT, APPL
- APPI: protection et sécurité constantes ou pleines et entières.
- Contenu: législation protectrice, une police protectrice, un pouvoir judiciaire protecteur
- Responsabilité de l'Etat: Obligation de moyen. Jurisprudence (ELSI, AMT c/zaïre)

Sécurité juridique

- Débat sur les nationalisations
- Le droit international consacre:
 - 1-Le droit de nationaliser
 - 2-Sous conditions: non-discrimination, intérêt public, indemnisation(prompte adéquate, effective:formue de Cordel HULL)

Sécurité juridique

- Problème des mesures équivalentes à l'expropriation: mesures indirectes,
- Distinguer avec les mesures déguisées ou larvées, en matière d'environnement par exemple (contentieux de l'ALENA)
- Absence d'actes illicites.

Introduction

Historique

- **Les révolutions russes et mexicaines :**
Première grande vague de nationalisations du XX^{ème} siècle ayant un impact sur l'évolution du droit international.
- **Période de décolonisation :**
nationalisations ayant pour objectifs de mettre fin au contrôle par les anciennes puissances coloniales sur l'économie des pays décolonisés.
- **Période contemporaine :**
Importance grandissante des expropriations indirectes.

Introduction

Questions générales

- L'expropriation de son bien est le risque le plus important encouru pour un investisseur étranger.
- L'investisseur étranger ainsi que ses biens sont soumis au contrôle législatif et administratif de l'Etat d'accueil.
- Les dispositions en matière d'expropriation contenues dans les All ont pour but de protéger les investisseurs étrangers et leurs biens en interdisant les expropriations illégales.

Introduction

Conflit d'intérêts

Les investisseurs étrangers recherchent :

- la protection la plus large et la plus fiable possible contre les expropriations.
- des garanties concernant une indemnisation haute, voir complète, et rapide des biens expropriés afin de minimiser leurs risques.

L'Etat d'accueil cherche à :

- conserver sa liberté de prendre des mesures dans l'intérêt de son développement économique, politique, social ou de la protection de l'environnement (mesures risquant d'affecter les biens étrangers).
- limiter les interférences extérieures pouvant affecter son pouvoir réglementaire.
- garder une certaine flexibilité sur la question de la détermination du montant des indemnisations.

Les catégories d'expropriation

- Les catégories d'expropriation :
 - Expropriation directe
 - Expropriation indirecte
- Que qualifie-t-on d'expropriation ?

Expropriations directes

Expropriation directe :

Mesure administrative d'un Etat d'accueil qui a pour effet de transférer la propriété et la possession d'un bien de l'investisseur étranger à l'Etat d'accueil. Par exemple :

- nationalisations, et,
- expropriations.



Expropriations directes (suite)

Nationalisations :

Mesure législative du fait de la puissance publique dans un but d'intérêt général visant un ensemble de biens entraînant la perte de propriété par l'investisseur étranger. 2 types :

- Nationalisation pure et simple dans tous les secteurs de l'économie (rare aujourd'hui).
But : permet à l'Etat de contrôler entièrement son économie.
- Nationalisation pure et simple d'un secteur d'activité particulier. But: restructurer un secteur d'activité.

Expropriations indirectes

Expropriation indirecte :

Mesure administrative entraînant la perte effective de la gestion, de l'utilisation ou du contrôle des actifs d'un investisseur étranger ou encore une diminution importante de la valeur de ceux-ci : par exemple :

- Expropriations rampantes, déguisée
- Expropriations réglementaires.

Expropriations indirectes (suite)

Expropriation rampante :

Atteinte progressive et cumulative à un ou plusieurs droits de propriété d'un investisseur étranger.

L'investisseur conserve le titre de propriété du bien, mais ses droits de jouissance sont restreints du fait de l'ingérence de l'Etat.

Exemples :

- Dessaisissement forcé des actions d'une société,
- Ingérence dans le droit de gestion,
- Nomination des dirigeants,
- Déni d'accès à la main-d'œuvre ou aux matières premières,
- Fiscalité excessive ou arbitraire.

Expropriations indirectes (suite)

Expropriation réglementaire :

- Expropriations relevant des pouvoirs réglementaires de l'Etat d'accueil, et,
- Expropriations résultant de mesures de réglementation de l'Etat d'accueil en matière d'environnement, de santé, de morale publique, de culture ou d'économie.

Exemples de définitions de la notion d'expropriation

- Modèle d'accord de la Finlande (2001), Article 5(1).
- APPI Argentine-Suède (1991), Article 4.
- Principes directeurs de la Banque Mondiale (1992), Article IV(1).

Que qualifie-t-on d'expropriation ?

Méthodes possibles pour qualifier les expropriations indirectes :

- **Assimiler toute atteinte à un droit de propriété à une mesure de nationalisation ou d'expropriation.**

Exemples de formulation :

- « mesures équivalentes à une expropriation ou nationalisation »
- « dont l'effet est de déposséder » :
- ou « mesure ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation » :

Que qualifie-t-on d'expropriation ? (suite)

- **Théorie de l'objet** : « mesures équivalant à une expropriation » : tient compte non pas seulement de l'effet, mais aussi de l'objet de la mesure.
- **Théorie de l'effet** : tient compte seulement de l'effet; l'expropriation comprend donc la saisie délibérée des biens mais aussi les interférences avec le droit de propriété qui ont pour effet de priver son titulaire de ses biens.

Que qualifie-t-on d'expropriation ? (suite)

- **Utilisation d'une liste d'exemples** illustrant les expropriations indirectes :
 - [modèle d'APPI des Etats-Unis \(1982\), Article 3.](#)

Que qualifie-t-on d'expropriation ? (suite)

La nécessité de distinguer entre :

- ce qui constitue une expropriation donnant lieu à une indemnisation et
- ce qui constitue une expropriation réglementaire qui ne donne pas lieu à une indemnisation,

a été établie par la jurisprudence.

En fonction de la définition de l'expropriation contenue dans un accord, les activités réglementaires d'un Etat peuvent être soumises à un règlement ou à un arbitrage devant une cour ou un tribunal arbitral étranger.

➤ Proposition de la CNUCED

Conditions pour qu'une expropriation soit légale

Les AII reconnaissent que les Etats d'accueil peuvent légalement saisir la propriété d'un investisseur étranger, à la condition de respecter 4 critères :

- Raison d'intérêt public,
- Non-discrimination,
- Indemnisation,
- Garanties d'une procédure régulière.

Indemnisation

Controverse : les règles d'indemnisation.

Différents concepts en matière de règles d'indemnisation :

- « La formule de Hull » ou indemnisation juste et préalable.
- « L'indemnisation appropriée »

Règles d'indemnisation

La formule de Hull : l'indemnisation doit être :

- rapide , prompte
- adéquate, et,
- effective.

Méthodes d'évaluation

- Référence explicite à une méthode de calcul fondée sur la valeur comptable :
 - Valeur comptable nette (valeur résiduelle des actifs) ou,
 - Valeur comptable actualisée (valeur comptable après prise en compte de l'inflation).
 - [APPI Pays-Bas-Soudan \(1970\), Article XI.](#)
- Référence à la valeur fiscale.
- Référence au paiement d'une indemnisation égale à la valeur du marché.
 - [Modèle d'APPI de l'Allemagne \(1997\), Article 4\(2\)](#)
 - [Modèle d'APPI de la Finlande \(2001\), Article 5\(2\)](#)

Méthodes d'évaluation

- **La formule de Hull** implique une meilleure indemnisation (souvent préférée par les Etats exportateurs de capitaux : utilisée dans de nombreux APPI récents)
→ plus satisfaisant pour l'investisseur.
- **Indemnisation appropriée** implique la prise en compte d'autres éléments → plus grande flexibilité pour l'Etat d'accueil ; indemnisation finale plus faible.



Garanties d'une procédure régulière

- Incertitudes quant à l'interprétation de la formule « procédure régulière » en droit international.
- De nombreux APPI et accords régionaux mentionnent que l'indemnité due à un investisseur étranger doit être évaluée par un tribunal indépendant du pays d'accueil.

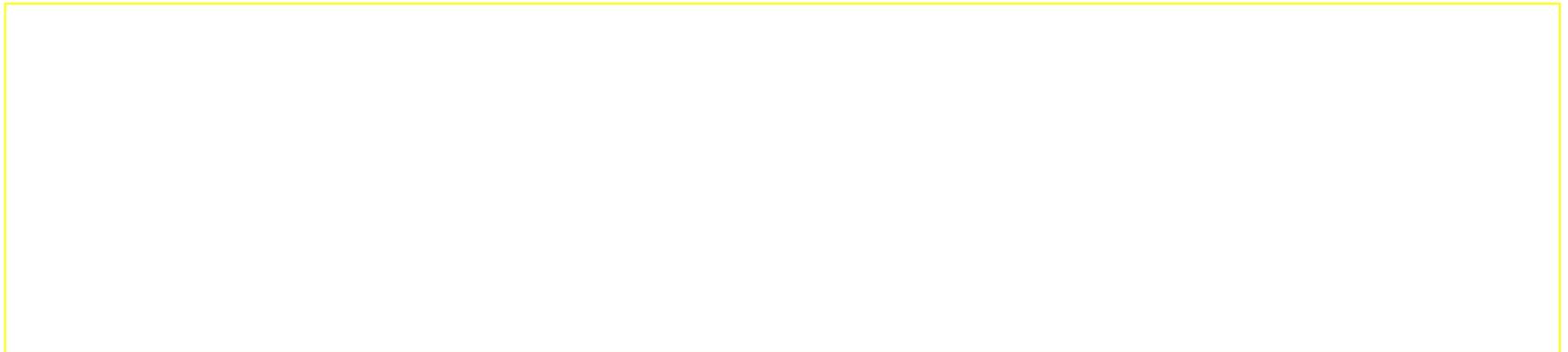
Exemples:

- [Modèle britannique d'APPI \(1991\), Article 5\(1\).](#)
- [Modèle chilien d'APPI \(1994\), Article 6\(3\).](#)

Implications et options de politique pour les négociateurs

Pour négocier et rédiger une clause relative à l'expropriation, il convient de :

- Définir ce qu'est une expropriation, et,
- Déterminer la norme d'indemnisation.



Option pour les négociateurs : définition de l'expropriation

1. Choisir une définition large de l'expropriation :

- Protection maximale aux investissements en cas d'expropriation.
- Expropriations directes et indirectes.
- Possibilité d'exclure certaines mesures réglementaires du champ d'application de l'accord.

2. Choisir une définition restreinte de l'expropriation :

- Uniquement les formes classiques d'expropriations directes.
- Protection limitée pour l'investisseur étranger.
- Pouvoir discrétionnaire maximal pour le pays d'accueil en matière de réglementation.

Option pour les négociateurs : règles d'indemnisation

1. Détermination de la valeur de l'indemnité

- Sélection d'une méthode d'évaluation : calcul de la valeur du bien en accord avec les principes généraux reconnus en la matière.
- Les méthodes d'évaluation sont en général basées sur la valeur marchande (incluant la valeur d'exploitation, la valeur des actifs).
- La méthode choisie doit aussi prendre en considération l'amortissement et les dommages subis par les biens.
- La clause d'expropriation peut inclure des principes équitables.

Option pour les négociateurs : règles d'indemnisation (suite)

2. Délai de versement de l'indemnité

- En principe, le paiement de l'indemnité doit être **rapide**.

Option pour les négociateurs : règles d'indemnisation (suite)

3. Monnaie dans laquelle est effectué le versement :

- Monnaie forte (\$) ou €) ou,
- Monnaie locale du pays d'accueil, ou,
- Garantie que l'indemnité sera versée en monnaie librement convertible, sans plus de précision.

4. Transférabilité de l'indemnité versée

- Obligation générale de libre transfert des paiements.
- Possibilité d'aménager des exceptions au libre transfert des paiement sous réserve de prévoir une protection adéquate des investisseurs.

Modèle prévoyant un haut niveau de protection des investissements

La clause d'expropriation contient :

- Les 4 conditions générales pour qu'une expropriation soit légale ;
- Définition large d'« expropriation » (incluant les expropriations directes et indirectes).
- Paiement prompt, adéquate et effectif de l'indemnité.
- Protection accrue si la définition initiale est très large et si les dispositions en matière de règlement des différends donnent à l'investisseur étranger la capacité de recourir à un tribunal arbitral en cas de litige.

Modèle laissant un important pouvoir discrétionnaire au pays d'accueil

La clause d'expropriation contient :

- Les 4 conditions générales pour qu'une expropriation soit légale ;
- Définition étroite des actifs protégés.
- Définition étroite des expropriations (uniquement les expropriations directes).
- Indemnisation « juste/appropriée et équitable » : le pays d'accueil détermine le montant et les modalités de paiement de l'indemnisation.
- Autres dispositions établissant une définition restreinte et des possibilités limitées de recours à l'arbitrage.

Conclusion

- La question des expropriations et des nationalisations de masse n'est plus très pertinente aujourd'hui.
- Les All ont pour but de protéger les investisseurs et les investissements étrangers de toute atteinte à leurs actifs et à leurs biens.
- Nécessité de trouver un compromis entre la sauvegarde des actifs appartenant à des investisseurs étrangers et le rôle qui incombe à l'Etat en matière de régulation de l'économie et de développement.