

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](mailto: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<sup>ème</sup> 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

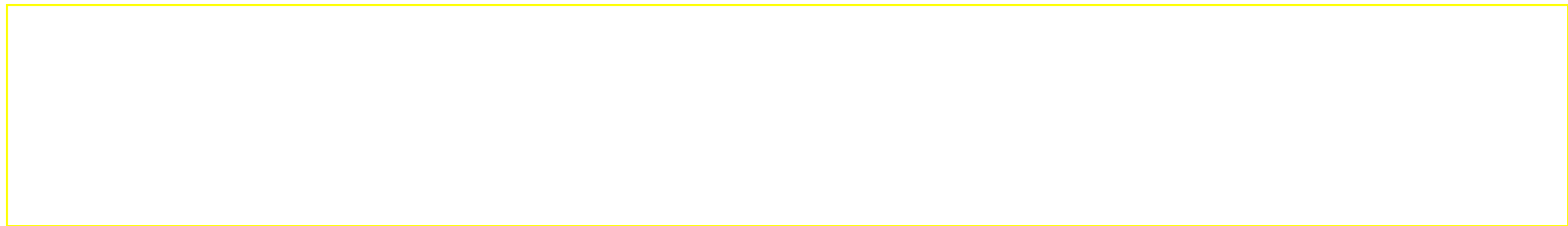
- Les catégories d'expropriation :
  - Expropriation directe
  - Expropriation indirecte
- Que qualifie-t-on d'expropriation ?

# 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.

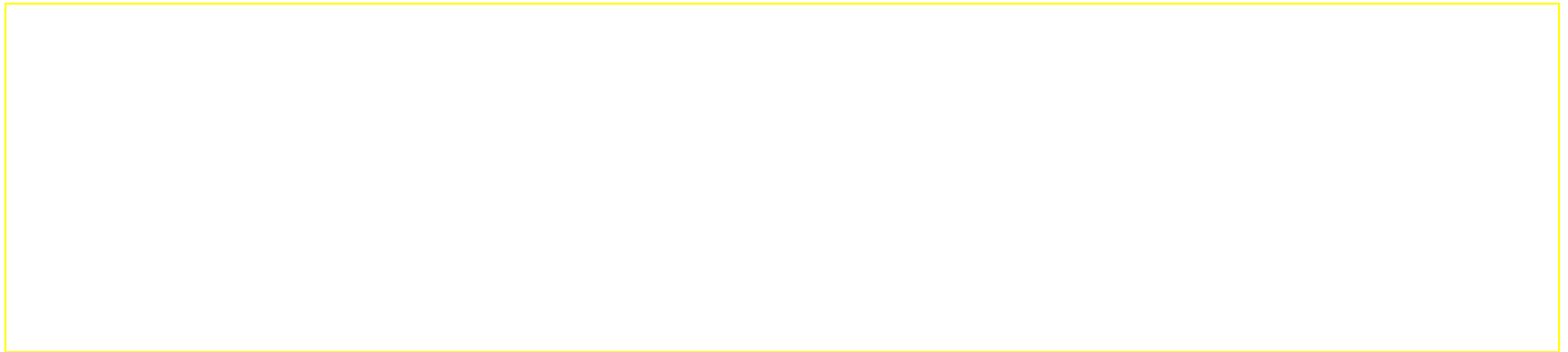
## Exemples:

- [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.