

Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international

Céline Lévesque

Volume 33, Number 1, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027543ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027543ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lévesque, C. (2003). Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international. *Revue générale de droit*, 33(1), 39–92.
<https://doi.org/10.7202/1027543ar>

Article abstract

This article explores possible approaches to the distinction between indirect expropriation and regulation in international law. Contrary to what some authors have suggested, international law does provide solutions to this problem, although this requires a return to the fundamentals of law. This leads to a reconsideration of the concept of property, combined with other elements, as the key to differentiating between expropriation and regulation.

Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international

CÉLINE LÉVESQUE

Professeure à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Dans cet article, l'auteure propose des éléments de réponse à la question de savoir ce qui distingue l'expropriation indirecte de la réglementation en droit international. Selon elle, et contrairement à ce qu'affirment certains auteurs, il n'existe pas de vide juridique sur cette question. Toutefois, un retour aux sources du droit international est nécessaire afin d'identifier des éléments de réponse porteurs. La thèse principale de cet article est que la notion de propriété, combinée à d'autres éléments, est déterminante dans la recherche de la ligne de démarcation entre l'expropriation et la réglementation.

ABSTRACT

This article explores possible approaches to the distinction between indirect expropriation and regulation in international law. Contrary to what some authors have suggested, international law does provide solutions to this problem, although this requires a return to the fundamentals of law. This leads to a reconsideration of the concept of property, combined with other elements, as the key to differentiating between expropriation and regulation.

SOMMAIRE

| | |
|--|----|
| Introduction..... | 40 |
| I. Une distinction ancrée dans les sources du droit..... | 42 |
| A. Les sources formelles..... | 43 |
| 1. Les sources principales..... | 43 |
| 2. Les sources auxiliaires..... | 50 |
| B. Les sources matérielles..... | 57 |
| 1. Les dimensions éthiques..... | 57 |
| 2. Le contexte historique et social..... | 60 |
| II. Une distinction ancrée dans les principes fondamentaux du droit..... | 64 |
| A. Les éléments de réponse explicites..... | 64 |
| 1. La qualité et le degré de la privation..... | 66 |
| 2. Le pouvoir de police..... | 70 |
| B. Les éléments de réponse implicites..... | 74 |
| 1. La propriété : objet et attributs essentiels..... | 77 |
| 2. La propriété : fonction sociale..... | 84 |
| Conclusion..... | 90 |

INTRODUCTION

Si la réglementation est omniprésente dans nos sociétés, pour répondre notamment aux conditions changeantes de l'économie, pour s'adapter aux développements technologiques, et pour réagir aux découvertes médicales et scientifiques, il demeure que du point de vue de l'investisseur étranger, cette réglementation représente des risques. En effet, l'investisseur peut faire face par exemple à une dévaluation monétaire, à un nouveau règlement de zonage, à la hausse de normes de production, à la prohibition de production ou d'exportation d'un produit.

L'augmentation des flux d'investissement ainsi que le rôle accru de l'État régulateur font en sorte que la tension qui

existe entre le pouvoir étatique et la propriété privée est mise à l'épreuve. L'État, dans l'exercice de son pouvoir de réglementation, adopte couramment des mesures qui ont des effets privatifs de propriété. Dans certains cas, ces effets seront d'une ampleur telle qu'ils seront équivalents à ceux d'une expropriation. Or, en vertu du droit international, l'étranger visé par une mesure d'expropriation, directe ou indirecte, possède un droit à indemnisation (à défaut, l'expropriation est illégale). Par contre, la réglementation ne confère pas d'emblée un droit à l'indemnisation¹. Il est donc urgent de résoudre la question de la distinction entre les deux notions, celle de l'expropriation et celle de la réglementation.

Selon certains auteurs, le droit international ne fournit pas de réponse à cette question. D'autres auteurs, ainsi que certains tribunaux, établissent la distinction en se fondant sur des sources dont l'autorité est discutable du point de vue du droit international. Afin de jeter la lumière sur ces questions, la première partie de cet article est consacrée à l'étude des sources pertinentes du droit international. La deuxième partie identifiera certains éléments de réponse à la question qui nous occupe. Dans un premier temps, nous examinerons deux éléments de réponse qu'on pourrait qualifier d'explicites : la nature et le degré de la privation, et le pouvoir de police. Ensuite, nous étudierons un élément de réponse implicite, c'est-à-dire la notion de propriété. Bien que cette notion ne soit pas absente des débats, elle demeure négligée, apparemment tenue pour acquise.

Avant de procéder à notre analyse, une remarque préliminaire s'impose. Nous traiterons surtout ici de l'expropriation indirecte. De nos jours, plusieurs traités, surtout régionaux et bilatéraux, couvrent l'expropriation directe, indirecte et les mesures dont les effets sont équivalents à l'expropriation. Souvent, la nationalisation est assimilée à

1. On notera que le terme réglementation est utilisé dans son sens large, et non pas dans le sens limité de l'adoption de règlements. Ainsi, pour nos fins, les dispositions d'une loi, d'un règlement, d'un décret, d'une directive gouvernementale, ou même les décisions d'agences administratives, pourraient toutes avoir des effets qui équivalent à l'expropriation.

l'expropriation dans ces traités². Pour nos fins, l'expression « expropriation indirecte » sera utilisée pour désigner toutes les mesures dont les effets sont équivalents à l'expropriation, y compris l'expropriation de fait et les mesures d'expropriation dites rampantes (« creeping expropriation ») ou larvées³. Ces mesures, justement à cause de leur caractère indirect, pourront être particulièrement difficiles à distinguer de la réglementation.

I. UNE DISTINCTION ANCRÉE DANS LES SOURCES DU DROIT

Le retour aux sources proposé comporte deux dimensions. Tout d'abord, une étude axée sur les sources formelles sera entreprise. Elle permettra le rappel des procédés de formation du droit international ainsi que l'évaluation de l'utilité et de la pertinence des différentes sources pour répondre à la question qui nous occupe. Nous estimons que cet exercice n'est pas inutile, car bien comprises, elles peuvent nous offrir des éléments de réponse. Ensuite, les sources matérielles seront examinées, en procédant à un examen des fondements éthiques de l'expropriation et du contexte historique et social de l'évolution du rôle de l'État en relation avec la propriété privée.

2. Sur cette assimilation dans les traités bilatéraux, voir J.-P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Paris, P.U.F., 1985, pp. 162-164. Pour un exemple de traité régional opérant cette assimilation, voir *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, (1993) 32 *I.L.M.* 605 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [ci-après ALÉNA], Art. 1110.

Sur la controverse de la distinction en droit international entre l'expropriation et la nationalisation, voir J.-P. LAVIEC, *id.*, pp. 160-164. Voir aussi G. FOUILLOUX, *La nationalisation et le droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1962. En tout état de cause, dans le cadre de cet article, nous nous intéresserons moins à la « nationalisation » qu'à l'« expropriation ». Le terme nationalisation sera utilisé pour référer aux mesures « de réformes de structure économique de grande envergure » (J.-P. LAVIEC, *id.*, p. 160), qui de nos jours se font rares. Les mesures d'expropriation pour cause d'utilité publique, en revanche, renferment un plus grand potentiel de confusion avec des mesures de réglementation.

3. Ce terme a aussi été retenu par Dolzer dans son article sur le sujet : R. DOLZER, « Indirect Expropriation of Alien Property », (1986) 1 *ICSID Rev. — Foreign Investment Law Journal* 41. Sur le vocabulaire, voir R. DOLZER, *id.*, p. 44 et J.-P. LAVIEC, *id.*, p. 165. Voir aussi *infra*, note 22.

A. LES SOURCES FORMELLES

Aux fins de l'analyse, il sera fait référence aux sources contenues à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice* (CIJ)⁴. On considère en effet généralement que cet article énonce les sources du droit international. La division qui y est faite entre les sources primaires et auxiliaires de détermination des règles de droit sera également opérée⁵.

1. Les sources principales

L'article 38 du statut prévoit l'application en priorité des conventions internationales, de la coutume et des principes généraux de droit.

Les conventions internationales

Les États, principaux sujets du droit international, expriment souvent leur volonté par le biais d'accords conclus entre eux. Si elles constituent en général une source privilégiée du droit international, les conventions sont à l'heure actuelle relativement peu utiles pour répondre à la question qui nous occupe et ce pour plusieurs raisons.

Premièrement, il n'existe aucun traité multilatéral à l'échelle globale couvrant l'expropriation⁶. Deuxièmement, les

4. *Statut de la Cour internationale de justice* [ci-après : CIJ], en ligne : <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocumentbase/cbasicstext/cbasicstatute.html>> (date d'accès : 11 juin 2002).

5. On pourra nous reprocher, du moins dans la structure de notre exposé, de ne pas tenir compte de l'évolution de la pensée juridique quant aux sources du droit international. Il est vrai que nous avons choisi de ne pas traiter séparément des résolutions des organisations internationales et du tout, par exemple, des obligations *erga omnes*. D'une part, ce choix reflète la potentialité des différentes sources pour aider à solutionner notre problème. D'autre part, nous avons voulu nous en tenir à la présentation « classique » des sources, sans entrer dans différents débats comme celui de savoir si les principes généraux sont véritablement une source première ou plutôt secondaire du droit international. Comme plusieurs auteurs, Dolzer réfère aux principes généraux comme une source secondaire du droit (voir R. DOLZER, *id.*, en particulier p. 59). Nous n'entrerons pas dans ces débats, car en définitive, ils ne contribuent pas à la solution de notre problème.

6. Dans le cadre de l'OMC, certains accords couvrent les investissements étrangers, mais aucun ne vise l'expropriation. Les deux accords principaux comportant des règles sur l'investissement sont l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* (Accord sur les MIC) et l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS). Voir ces accords reproduits dans GATT, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay — Textes juridiques*, Genève, Secrétariat du GATT, 1994.

traités régionaux ou sectoriels qui le font n'offrent généralement pas de définitions des termes utilisés, qu'il s'agisse de la nationalisation ou de l'expropriation directe, indirecte ou des mesures équivalentes⁷. Il en va de même pour la vaste majorité des traités bilatéraux sur l'investissement étranger⁸. Troisièmement, il est encore plus rare de trouver dans un traité une distinction entre l'expropriation et la réglementation. Le système européen de protection des droits de l'homme illustre une de ces rares tentatives. Deux projets de traités négociés sous l'égide de l'OCDE méritent également d'être soulignés.

La *Convention européenne des droits de l'homme*, signée en 1950, a été complétée par plusieurs protocoles, dont un protégeant le droit au respect des biens⁹. L'article 1 du Premier Protocole stipule que :

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.¹⁰

7. Voir ALÉNA, précité, note 2; *Traité sur la Charte de l'énergie*, 12 déc. 1994, publié en version anglaise dans (1995) 34 *I.L.M.* 381, voir aussi les extraits pertinents reproduits dans : UNCTAD, *International Investment Instruments : A Compendium*, Vol. 2, New York, United Nations, 1996 [ci-après : *Compendium*]. La version française du Traité est disponible en ligne à : <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/1998/1_069/1_06919980309fr00260090.pdf> (date d'accès : 6 août 2002).

8. Voir R. DOLZER et M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 98-102.

9. *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Rome, 4 nov. 1950, (1950) 213 *U.N.T.S.* 221 [ci-après : *Convention européenne des droits de l'homme*].

10. Article 1, Premier Protocole additionnel du 20 mars 1952 à la Convention européenne des droits de l'homme, cité dans L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme : Commentaire article par article*, 2^e édition, Paris, Economica, 1999, p. 971; et dans J.L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme 2000 : commenté et annoté*, Paris, Litec, p. 311. Il est à noter que la Convention européenne a été influencée par la Déclaration universelle des Droits de l'Homme qui avait reconnu, en 1948, que « toute per-

La distinction établie par cet article n'est pas sans poser de difficultés et la Cour européenne des droits de l'homme a effectivement interprété cet article dans plusieurs décisions¹¹. Il va sans dire que dans l'optique des sources formelles, cet instrument juridique ne lie que ses Parties.

Un texte auquel on se réfère, dans les sentences arbitrales comme en doctrine, pour établir la distinction est le Projet de Convention de l'OCDE sur la protection de la propriété étrangère de 1967¹². Le commentaire sur l'article 3, couvrant l'expropriation, définit « creeping nationalisation » comme une mesure, par ailleurs légale, qui est appliquée :

in such a way as to deprive ultimately the alien of the enjoyment or value of his property, without any specific act being identifiable as outright deprivation. As instances, may be quoted excessive or arbitrary taxation; prohibition of dividend distribution coupled with compulsory loans; imposition of administrators; prohibition of dismissal of staff; refusal of access to raw materials or of essential export or import licenses.¹³

L'OCDE est revenue à la charge dans les années 1990 avec la négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), négociation qui a finalement été abandonnée en 1998. Cet effort comprenait, notamment, un article sur l'expropriation et des propositions de clarifications additionnelles¹⁴. On y avait proposé l'inclusion d'une note interprétative énonçant que l'article sur l'expropriation ne créait pas de nouvelles obligations d'indemnisation pour des pertes

sonne [...] a droit à la propriété » et que « nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété » (Art. 17). Cet instrument n'a toutefois pas de force obligatoire pour les États. Voir G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, pp. 60-63; R. HIGGINS, « The Taking of Property by the State », (1982) 176 *Rec. des Cours* 259, pp. 356-357.

11. Sur la Cour européenne des droits de l'homme [ci-après : CEDH], voir généralement L.-E. PETTITI et autres, *id.*, pp. 971-997; J.L. CHARRIER, *id.*, pp. 311-323; R. HIGGINS, *id.*, pp. 356-375. Voir *infra*, p. 53-54.

12. *Compendium*, précité, note 7, Vol. II, p. 113 et suiv.

13. Cité dans G. SACERDOTI, « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », (1997) 269 *Rec. des Cours* 251, p. 383; voir aussi G. SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, New York, Praeger, 1969, pp. 162-163.

14. La documentation officielle sur les négociations l'AMI est archivée sur le site de l'OCDE en ligne à : <<http://www.oecd.org/daf/investment/fdi/reports-fr.htm>> (date d'accès : 6 février 2001).

résultant « d'un règlement, d'un prélèvement obligatoire ou de toute autre activité normale d'intérêt général de la part d'un pays »¹⁵. Restait à savoir, évidemment, ce qui constituait une activité « normale » du gouvernement¹⁶.

Ni l'une ni l'autre de ces tentatives de l'OCDE n'ont eu de succès, du moins du point de vue conventionnel¹⁷. On peut toutefois se demander dans quelle mesure ces efforts contribuent à la formation du droit coutumier pertinent.

La coutume

L'article 38 b) du statut de la CIJ stipule l'application de la coutume « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». Il est admis que la coutume présente un élément matériel (la pratique des États) et un élément subjectif (*opinio juris*). Dès lors, les tribunaux internationaux sont constamment confrontés à la problématique de la preuve de l'existence de la coutume. Les éléments de preuve utilisés sont nombreux et variés, des courriers diplomatiques jusqu'aux traités, en passant par les déclarations de politique étrangère et décisions des tribunaux internationaux¹⁸.

De nos jours, personne ne nierait que la coutume internationale reconnaît le droit souverain des États à l'expropriation¹⁹. L'exercice de ce droit est cependant assujéti à certaines conditions de légalité ou de licéité, traditionnellement au nombre de trois. L'expropriation doit être faite dans

15. *Ibid.*, annexe, p. 153.

16. Voir, D.A. GANTZ, « Potential Conflicts Between Investor Rights and Environmental Regulation Under NAFTA's Chapter 11 », (2001) 33 *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 651, pp. 728-729.

17. Il faut toutefois mentionner, qu'en général, le projet de Convention de l'OCDE de 1967 a exercé une influence considérable sur les traités bilatéraux couvrant les investissements signés par les membres de l'OCDE. Voir R. DOLZER, M. STEVENS, *op. cit.*, note 8, p. 2; P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », (1994) 6 *Rec. des Cours* 9, p. 117.

18. Sur ce paragraphe, voir J.-M. ARBOUR, *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997, pp. 49-70; P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1995, pp. 247-258; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 5th ed., New York, Oxford University Press, 1998, pp. 4-11.

19. Voir G. SACERDOTI, *loc. cit.*, note 13, p. 380; I. BROWNLIE, *id.*, p. 535; J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, p. 177; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *La nationalisation en droit international public*, Paris, 1979, p. 5; R.L. BINDSCHEDLER, « La protection de la propriété privée en droit international public », (1956) 90 *Rec. des Cours* 173, p. 185.

l'intérêt public, être non discriminatoire, et donner lieu à l'octroi d'une indemnisation²⁰. La question de l'indemnisation est celle qui a dominé les débats politiques et juridiques sur l'expropriation. Ces débats ont atteint des sommets dans les années 1960, et surtout dans les années 1970, périodes de nombreuses nationalisations²¹.

Dans ce contexte, l'expropriation en tant que telle est demeurée une notion imprécise. Au minimum, on peut avancer qu'en vertu du droit international coutumier, l'expropriation directe implique un transfert ou un enlèvement de propriété attribuable aux organes de l'État²². Aussi, l'expropriation

20. Voir D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 526-534; G. SACERDOTI, *id.*, pp. 387-408; J.-P. LAVIEC, *id.*, pp. 182-213; G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, note 13, p. 4. Une quatrième condition est souvent citée, celle du respect des procédures ou prescriptions légales applicables. Pour nos fins, il ne sera pas nécessaire d'élaborer sur ces conditions qui font l'objet d'un traitement détaillé dans la littérature. Nous mentionnerons uniquement que, dans le respect de la souveraineté étatique, on laisse généralement à l'État expropriateur le soin de juger de son intérêt dans la mesure d'expropriation. La violation de cette condition est à l'occasion alléguée, mais il faudrait par exemple qu'un intérêt personnel soit poursuivi pour que cette condition ne soit pas remplie. Cette constatation ne nie toutefois pas l'utilité de l'intérêt public comme condition de l'expropriation, voir R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 292; G. SCHWARZENBERGER, *id.*, p. 118.

21. Aux Nations Unies, ces débats sont reflétés dans plusieurs résolutions de l'Assemblée générale, dont certains des principes ont le caractère de droit coutumier, d'autres pas. Voir R. HIGGINS, *id.*, p. 292-293; I. BROWNLIE, *op. cit.*, note 18, pp. 542-546; J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 18, pp. 464-465.

22. Sur la définition d'expropriation voir BINDSCHEDLER, *loc. cit.*, note 19, p. 211; I. BROWNLIE, *id.*, p. 534; D. CARREAU, P. JUILLARD, *op. cit.*, note 20, p. 522; J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, p. 159; G. SACERDOTI, *loc. cit.*, note 13, p. 379. Le terme « dépossession » est également utilisé dans ce contexte. Quel que soit le terme utilisé, on fait face à certaines difficultés. Le terme « transfert » laisse à désirer, car il implique la transmission d'un droit d'une personne à une autre, ce qui ne sera pas toujours le cas. Le terme « enlèvement » correspond à l'expression anglaise « taking », dont Weston, entre autres, a souligné le caractère imprécis et ambigu. Dans les années 1970, Weston a proposé l'emploi de l'expression « wealth deprivation » pour remplacer les autres termes plus répandus, mais selon lui déficients. Sa suggestion n'a toutefois pas été suivie. Voir en particulier, B.H. WESTON, « Constructive Takings' under International Law : A Modest Foray into the Problem of "Creeping Expropriation" » (1976) 16 : *Virginia J. of Int'l L.* 103, pp. 111-113. Comme Carreau et Juillard l'ont noté, le terme « dépossession » n'est pas excellent non plus, car « il implique que l'investisseur n'est jamais privé que du seul droit de possession. » Le terme sera tout de même utilisé par ces auteurs, qui trancheront en sa faveur, voir *id.*, p. 522. Pour ajouter à la confusion, on retrouve dans les textes traitant de l'expropriation des références à la confiscation et à la spoliation. Voir D. CARREAU, P. JUILLARD, *id.*, pp. 522-523.

indirecte peut être définie comme une mesure ayant des effets équivalents à ceux de l'expropriation directe²³.

Le droit international coutumier reconnaît aussi la distinction, présente en droit interne, entre le pouvoir d'expropriation (pouvoir de domaine éminent) et le pouvoir de police de l'État²⁴. Dans ce sens, Bindschedler, après avoir défini généralement l'expropriation comme une mesure étatique opérant un transfert de droits, précise que : « Il est admis pourtant que le principe de la protection de la propriété privée n'interdit pas la levée d'impôts sur le patrimoine, ni les amendes, ni les limitations de la propriété pour des motifs de police, non plus que la confiscation d'objets dont l'ordre public exige la destruction »²⁵. [notes omises]

Un effort de définition plus tangible de l'expropriation indirecte et du pouvoir de police devra être entrepris afin de répondre à la question qui nous occupe. Il en sera question dans la Partie II de ce texte.

Les principes généraux de droit

L'article 38 c) du statut de la CIJ stipule l'application des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». À l'origine, on a voulu éviter par le biais de cette disposition que le juge se trouve dans l'impossibilité de rendre une décision, faute de règles juridiques applicables²⁶. Ainsi, au fil du temps, les tribunaux internationaux ont transposé en droit international des solutions développées en droit interne qui leur ont permis de combler les lacunes du droit international. Il ne s'agit pas, par contre, pour le juge ou l'arbitre d'aller puiser ici et là des principes de façon arbitraire. Au contraire, c'est dans les traditions juridiques des principaux systèmes de droit que le juge ou l'arbitre ira s'inspirer. Qui plus est, il ne s'agit pas d'une transposition directe de

23. Voir J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, p. 166. Voir aussi R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 331; et B.A. WORTLEY, *Expropriation in Public International Law*, New York, Arno Press, 1977, pp. 50-51.

24. J.H. HERZ, « Expropriation of Foreign Property », (1941) 35 *Am. J. of Int'l Law* 243, pp. 251-252; J.-P. LAVIEC, *id.*, p. 165. Sur le pouvoir de police en droit américain, voir J.L. SAX « Takings and the Police Power », (1964) 74 *Yale Law J.* 36.

25. R.L. BINDSCHEDLER, *loc. cit.*, note 19, p. 37.

26. P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 18, p. 259 et suiv.

règles mais plutôt d'une recherche de principes communs à ces systèmes²⁷. En plus des références aux « principes généraux de droit », d'origine interne, il est habituel de faire référence aux « principes généraux du droit international », qui sont eux d'origine internationale. Ces principes comptent parmi eux autant celui voulant que les limitations à la souveraineté ne se présument pas, que le *pacta sunt servanda*²⁸.

Il y a longtemps, le respect de la propriété privée a été consacré par le droit international, ayant été reconnu dans la pratique des États et confirmé par la jurisprudence et la doctrine internationales²⁹. À une époque, en toute apparence révolue, on assimilait à ce principe celui du respect des droits acquis³⁰. Ce dernier, dont le sens est ambigu, a toutefois été l'objet de nombreuses critiques³¹, et on ne s'y réfère plus guère dans le contexte de l'expropriation³². Toutefois, si le principe du respect de la propriété privée a pu être remis en question lors des différentes vagues de nationalisation du siècle dernier, il demeure, en essence, pertinent en matière d'expropriation.

Un autre principe qui sera utile est celui selon lequel l'investisseur qui choisit d'investir dans une juridiction étrangère accepte de se soumettre aux lois de cette juridiction et en

27. Ont été reconnus par ce biais des principes ayant trait à l'administration de la justice (tels que l'égalité des parties à un différend et le fardeau de la preuve) et des principes substantiels (tels que la force majeure et la bonne foi). Voir P.-M. DUPUY, *id.*, p. 260. En général, voir B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

28. P.-M. DUPUY, *id.*, p. 261.

29. G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, pp. 45-69 et pp. 141-142; B. CHENG, *op. cit.*, note 27, p. 37.

30. Voir R.L. BINDSCHIEDLER, *loc. cit.*, note 19, pp. 206-208, 215 et suiv.; G. FOUILLOUX, *id.*, pp. 52-53 et 305-312.

31. Plusieurs auteurs ont souligné la difficulté de définition des droits acquis. Voir en particulier, R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 286 et suiv.; S. FRIEDMAN, *Expropriation in International Law*, London, Stevens & Sons, 1953, p. 120 et suiv.; J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, pp. 180-182; I. BROWNLIE, *op. cit.*, note 18, p. 536. Pour une critique de l'utilisation de ce concept voir aussi, B.H. WESTON, *loc. cit.*, note 22, pp. 123 et 147.

32. En ce qui nous concerne, nous pouvons malgré tout ajouter que même lorsque ce principe était reconnu, il ne garantissait pas à l'investisseur une protection contre toute atteinte à la propriété. À ce sujet, voir J.H. HERZ, *loc. cit.*, note 24, pp. 245-246. Voir aussi J.-P. LAVIEC, *id.*, pp. 16, 158 et 182, qui affirme que cette notion est en déclin. Voir aussi D. CARREAU, P. JUILLARD, *op. cit.*, note 20, p. 536.

assume les risques concomitants³³. Ce principe n'est toutefois pas absolu, le droit international reconnaissant certaines normes minimales de traitement des étrangers, y compris en matière d'expropriation³⁴. D'autres principes généraux, notamment les principes d'abus de droit et de détournement de pouvoirs, nous seront également utiles³⁵.

Il est à noter qu'un danger, guettant les tribunaux et les auteurs lorsqu'il est question d'identifier les principes généraux de droit, a trait à la sélection des systèmes choisis comme source. Prenons l'exemple de l'interprétation du Chapitre 11 de l'ALÉNA sur l'investissement. Selon certains auteurs, les décisions des tribunaux américains et canadiens auront, ou devraient avoir, une influence sur la définition de l'expropriation en vertu de cet Accord³⁶. Pourtant, il n'y a aucune raison valide en droit international de limiter la recherche des principes généraux à l'étude des lois et de la jurisprudence de quelques pays membres de l'Accord faisant l'objet de l'interprétation. Si, comme c'est le cas du Chapitre 11, le droit applicable est le droit international, une comparaison plus large devra être entreprise³⁷. Cette idée sera élaborée lorsqu'il sera question d'identifier des principes généraux en matière de propriété.

Cette discussion nous amène à une considération des sources auxiliaires du droit international.

2. Les sources auxiliaires

Les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit prévus à l'article 38 du statut de la CIJ sont les décisions judiciaires et la doctrine.

33. Voir E.M. BORCHARD, *Les principes de la protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, Lugduni Batavorum, Brill, 1924, p. 12; R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 285; B. CHENG, *op. cit.*, note 27, p. 36-37.

34. Voir E.M. BORCHARD, *id.*, p. 12.

35. Sur l'abus de droit en général, voir B. CHENG, *op. cit.*, note 27.

36. D.S. MACDONALD, « Chapter 11 of NAFTA: What Are the Implications for Sovereignty? », (1998) 24 *Can-U.S. L. J.* 281, pp. 285-87; R.G. DEARDEN, « Arbitration of Expropriation Disputes between an Investor and the State under the North American Free Trade Agreement », (1995) 29 *J. World T.* 113, p. 117.

37. ALÉNA, précité, note 2, art. 1131.

Les décisions judiciaires

En principe, les décisions des tribunaux ne constituent pas des sources créatrices de droit international, mais bien des moyens auxiliaires de détermination des règles. Ainsi, le juge ou l'arbitre cherchera dans la pratique des États, entre autres, l'existence de règles et contribuera, en les appliquant, à éclaircir leur sens et leur portée mais sans toutefois les créer. Au demeurant, l'absence de système de précédents en droit international général limite l'incidence des décisions judiciaires comme source de droit³⁸.

En pratique, toutefois, les décisions judiciaires jouent un rôle non négligeable dans la révélation des règles de droit international. Ainsi, malgré l'effet relatif de la chose jugée, les décisions unanimes de la CIJ, et de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) avant elle, ont généralement été suivies³⁹. Il est facile de concevoir que ces Tribunaux veuillent maintenir une certaine cohérence dans le système⁴⁰. Le cas des décisions des tribunaux arbitraux et des tribunaux judiciaires domestiques appelle quelques commentaires additionnels.

Les décisions des tribunaux arbitraux ont une valeur juridique toute relative⁴¹. Des sentences arbitrales seront souvent citées à cause de leur motivation. Évidemment, dans ce contexte, on dépend de la compétence des membres des différents tribunaux, qui peut être très inégale⁴². Une jurisprudence arbitrale constante aura toutefois une influence certaine sur les décisions des arbitres et juges, malgré le fait qu'ils n'y soient évidemment pas liés.

Les décisions des tribunaux judiciaires domestiques peuvent servir à évaluer la pratique des États, et, par exemple, fournir la preuve de certains principes généraux de droit. En elle-même, cependant, une décision judiciaire nationale n'a évidemment aucun effet juridique dans la

38. Sur ce paragraphe voir I. BROWNLIE, *op. cit.*, note 18, pp. 19-24; P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 18, pp. 272-273; J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 18, pp. 120-121.

39. I. BROWNLIE, *id.*, p. 20.

40. I. BROWNLIE, *id.*, p. 21.

41. J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 18, p. 121; P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 18, p. 273; I. BROWNLIE, *id.*, p. 19.

42. I. BROWNLIE, *ibid.*

sphère internationale⁴³. S'il est admis qu'un juge ou un arbitre puisse se référer à tel ou tel autre jugement dont le raisonnement est exemplaire, il faut regarder l'utilisation de cette source d'un œil critique.

Dans la littérature sur la question qui nous occupe, on trouve des références abondantes aux décisions de la Cour suprême des États-Unis interprétant la Constitution américaine⁴⁴. Le système américain est en effet l'un des plus développés en matière de « takings », y compris de « regulatory takings ». *A priori*, il s'agit là d'un exercice périlleux sinon illégitime. Peut-on, en effet, énoncer l'état du droit américain en cette matière⁴⁵? Question plus importante, peut-on transposer des principes développés en interprétation de la Constitution américaine sans importer en droit international l'idéologie américaine? Est-ce dire qu'on doit pour autant ignorer ces décisions? Il apparaît qu'elles peuvent être utiles dans la mesure permise par le droit : comme un élément de preuve dans un ensemble plus vaste.

En plus de la CPJI et de la CIJ, de nombreux tribunaux ont rendu des décisions sur l'expropriation indirecte. Appelé à rendre une décision dans un tel cas, un tribunal aura à décider quelle valeur juridique donner aux précédents qui lui seront soumis. Prenons, à nouveau, l'exemple d'un tribunal formé sous le régime du Chapitre 11 de l'ALÉNA. Quelle valeur devra-t-il accorder aux décisions de la CEDH, de la Cour de justice des Communautés européennes, du Tribunal des différends irano-américains, ou encore aux sentences rendues dans le contexte des nationalisations libyennes, pour ne donner que ces exemples? De toute évidence, la question du droit applicable par ces différents tribunaux est cruciale. Mais, il faudra aussi se pencher sur le

43. J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 18, p. 120; I. BROWNLIE, *id.*, p. 23.

44. Voir, par exemple, T. WAELDE, A. KOLO, « Environmental Regulation, Investment Protection and "Regulatory Taking" in International Law », (2001) 50 *Int'l and Comp. L. Quarterly* 811; J.L. GUDOFKY, « Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Concerning Expropriations: An Environmental Case Study », (2000) 21 *Nw J. Int'l L. & Bus.* 243, en particulier pp. 295-298.

45. Voir *ABA Journal*, June 2002, p. 32, sur une décision de la Cour suprême en date d'avril 2002. Voir aussi, R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 268.

texte même de la disposition appliquée. Deux exemples servent à illustrer ces questions.

Le Tribunal des différends irano-américains a rendu approximativement soixante décisions en matière de « takings of property », dont la majorité a porté sur l'expropriation indirecte, ce qui en fait à prime abord un candidat attrayant⁴⁶. L'utilisation des précédents de ce Tribunal soulève toutefois la controverse. Tout d'abord, le mandat du Tribunal n'était pas limité à l'expropriation mais couvrait les « mesures affecting property rights ». Ensuite, une large discrétion était laissée au Tribunal dans le choix de la loi applicable. Certains auteurs et tribunaux ont donc rejeté l'application ou nié la pertinence de ces précédents comme étant, notamment, une expression de *lex specialis*⁴⁷. À la défense de ces précédents, les juges Brower et Aldrich de ce Tribunal, ont toutefois souligné que le Tribunal a appliqué le droit international coutumier dans une très large mesure⁴⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme a aussi rendu de nombreuses décisions sur le Premier Protocole⁴⁹. Toutefois, le texte de la disposition pertinente, citée précédemment, contient un vocabulaire et des éléments de réponse qui lui sont propres. Qui plus est, l'économie générale de la Convention a eu

46. M. BRUNETTI, « The Iran-United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation », (2001) 2 *Chi. J. Int'l L.* 203, p. 205. Plusieurs ouvrages portent sur les travaux de ce Tribunal. On notera ceux de C.N. BROWER, J.D. BRUESCHKE, *The Iran-United States Claims Tribunal*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1998; et G.H. ALDRICH, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

47. Voir, en particulier, C.N. BROWER, J.D. BRUESCHKE, *id.*, qui consacrent un chapitre à la pertinence des précédents du Tribunal (« Chapter 19 — The Tribunal's Jurisprudence as a Source of Public International Law ») et présentent les arguments des deux côtés, y compris les critiques notamment de Asante, Mouri, et Stern aux pp. 644-654. Voir M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp. 282-284. Voir également la sentence dans *Pope & Talbot Inc c. Canada*, Interim Award, 26 juin 2000, en ligne : MAÉCI <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/pubdoc7.pdf>> (date d'accès : 5 avril 2002) [ci-après : *Pope & Talbot*], qui rejette l'application des précédents de ce Tribunal à cause de son mandat qui dépasse l'expropriation (para. 104).

48. C.N. BROWER, J.D. BRUESCHKE, *id.*, pp. 631-656. Voir également G.H. ALDRICH, « What constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », (1994) 88 *Am. J. of Int'l L.* 585, pp. 585-586; et M. BRUNETTI, *loc. cit.*, note 46, pp. 203-207, et 212.

49. Voir L.-E. PETTITI et autres, *op. cit.*, note 10, pp. 971-997; J.L. CHARRIER, *op. cit.*, note 10, pp. 311-323.

une influence considérable sur l'interprétation de l'article pertinent. Notamment, le principe dit du « juste équilibre », qualifié de clé-de-voûte de l'article 1, découle de la structure de l'article et d'un souci d'équilibre retrouvé dans l'ensemble de la Convention⁵⁰. Au surplus, l'approche choisie par la Cour a fait en sorte qu'elle a défini assez étroitement l'expropriation sans pour autant réduire la protection offerte, car l'article 1 couvre aussi les mesures affectant la propriété (à travers le droit au respect de ses biens) qui ne constituent pas une expropriation⁵¹.

Ces deux exemples démontrent le soin qui doit être apporté lorsque les précédents d'autres tribunaux sont considérés.

La doctrine

L'article 38 d) du statut de la CIJ stipule l'application, à titre auxiliaire, de « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations ». Dans ce contexte, la doctrine contribue à la preuve de l'état du droit. Elle ne fait pas œuvre nouvelle. Si les références aux travaux de certains individus sont encore courantes, celles faites aux travaux de diverses organisations et associations ont pris beaucoup d'importance⁵². En ce qui nous concerne, il faut mentionner les travaux de la Commission du droit international (CDI)⁵³ ainsi que les travaux de l'*American Law Institute*.

En 1953, l'Assemblée générale des Nations Unies chargeait la CDI d'une codification des règles relatives à la responsabilité des États⁵⁴. Une première démarche ayant mené

50. L.-E. PETTITI et autres, *id.*, p. 980.

51. *Id.* p. 983. Voir aussi J.L. GUDOFSKY, *loc. cit.*, note 44, sur la controverse qui a été soulevée lorsque le Tribunal des différends irano-américains a cité une décision de la CEDH (*id.*, p. 88).

52. Sur la doctrine en général voir P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 18, p. 273; J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 18, pp. 121-123; I. BROWNLIE, *op. cit.*, note 18, pp. 24-25.

53. La Commission du droit international (CDI), organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies, est chargée d'une mission de codification, mais aussi de développement progressif du droit international (P.-M. DUPUY, *id.*, p. 293) En bref, la CDI, composée d'éminents juristes, prépare des projets d'articles destinés à être soumis à une conférence de codification réunissant les États. Le mandat de la CDI fait en sorte que ses travaux ne se limitent pas à la constatation de l'état du droit, mais contribue à sa formation.

54. L.B. SOHN, R.R. BAXTER, « Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens », (1961) 55 *Am. J. of Int'l Law* 545.

à une impasse, une nouvelle approche fut adoptée en 1969 qui a eu pour effet d'exclure les règles se rapportant à la condition des étrangers des règles sur la responsabilité des États⁵⁵. Dans l'intervalle, par contre, a vu le jour la Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens (aussi connue sous le nom de *Harvard Draft*) préparée par les rapporteurs et professeurs Sohn et Baxter⁵⁶. Ce projet de convention contient, entre autres, les conditions de légalité d'un « taking » en droit international, mais aussi une définition de ce qu'est un « taking » et les conditions selon lesquelles un « uncompensated taking » ne sera pas considéré injustifié (« wrongful »)⁵⁷. Cette Convention ne sera jamais adoptée. Le projet est toutefois, à l'occasion, cité par les tribunaux⁵⁸ et il a également eu une influence sur les travaux de l'*American Law Institute*⁵⁹.

Société savante américaine, l'*American Law Institute* est l'auteur du *Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States* (ci-après : le *Restatement*), dont la troisième itération date de 1987⁶⁰. L'une des prétentions du *Restatement* est de faire la présentation du droit international coutumier sur la responsabilité des États⁶¹. À ce titre,

55. J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, p. 82.

56. La référence à Harvard s'explique de la façon suivante : à la suggestion des Nations Unies, « the Harvard Law School agreed to revise the draft Convention on Responsibility of States for Damage done on their Territory to the Person or Property of Foreigners, which was prepared by Professor Edwin M. Borchard for the Harvard Research in International Law in 1929. The far-reaching developments that had taken place since that period called, however, for something more than a mere revision of the 1929 draft, and the Law School entrusted Professors Sohn and Baxter with a complete re-examination of the entire problem. » [notes omises] L.B. SOHN, R.R. BAXTER, *loc. cit.*, note 54, pp. 545-46.

57. Le texte du *Harvard Draft* est publié dans *id.*, pp. 548-584. Voir certains extraits *infra*, note 161. Voir aussi F.V. GARCIA-AMADOR, L.B. SOHN, R.R. BAXTER, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oceana, Leiden Sijthoff 1974.

58. Voir, par exemple, *Pope & Talbot*, précitée, note 47, para. 102.

59. Sur ce point, et en général sur le *Harvard Draft*, voir G.C. CHRISTIE, « What constitutes a Taking of Property in International Law? », (1962) 38 *BYIL* 307, pp. 330-332.

60. Il est intéressant de noter que L.B. Sohn était l'un des rapporteurs associés responsable pour le *Restatement (Third) of the Law, The Foreign Relations Law of the United States* [ci-après : le *Restatement*]. Voir D.A. GANTZ, *loc. cit.*, note 16, p. 717.

61. *Restatement, id.*, § 712 cmt. A. Cité dans D.A. GANTZ, *ibid.*

le *Restatement* envisage la question qui nous occupe et dans un commentaire est énoncée la règle selon laquelle :

A state is responsible as for an expropriation of property under Subsection (1) when it subjects alien property to taxation, regulation, or other action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien's property or its removal from the state's territory (...) A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory (...).⁶²

Dans les commentaires des rapporteurs, on explique que la ligne de démarcation en droit international est similaire à celle tracée par la jurisprudence américaine en interprétation de la Constitution américaine⁶³. À tout prendre, cette remarque a le mérite de clarifier la perspective américaine sur le contenu du droit international. Un auteur décrivait ainsi diplomatiquement ce phénomène : « malgré son très grand souci de neutralité et d'objectivité, le *Restatement* repose sur certains soubassements idéologiques, qui sont ceux de la doctrine dominante aux États-Unis, et qui affleurent par endroits »⁶⁴.

Le *Harvard Draft*, tout comme le *Restatement*, constituant des œuvres de doctrine au sens de l'article 38 du statut de la CIJ, sont des sources auxiliaires de détermination des règles de droit international. Il faudrait toutefois prendre garde de ne pas donner à ces sources un poids juridique qu'elles n'ont pas⁶⁵.

62. *Restatement, id.*, § 712 cmt. G. D.A. GANTZ, *ibid.*

63. Cités par D.A. GANTZ, *id.*, pp. 718-719.

64. Voir P. JUILLARD, « Chronique de droit international économique, Investissements », (1988) 34 *Ann. fran. dr. int.*, 572, 583.

65. Dans l'affaire *Pope & Talbot*, précitée, note 47, par exemple, les arbitres ont référé au soutien de leur raisonnement à ces deux sources. Le Tribunal semble toutefois avoir donné un poids outrancier au *Restatement* lorsqu'il déclare, par exemple, que « Canada's suggestion that [...] is inconsistent with the *Restatement*. » (*id.*, note 73).

Ces quelques jalons ayant été posés, il est temps de se tourner vers les sources matérielles pertinentes à notre analyse.

B. LES SOURCES MATÉRIELLES

L'étude des sources matérielles procède d'un examen de la raison d'être des règles sur l'expropriation et cherche à replacer ces règles dans le contexte plus large de l'exercice par l'État de son pouvoir de réglementation. Une esquisse de l'évolution du rôle de l'État dans la société, en particulier en relation avec la propriété privée, permettra d'identifier les enjeux de la question qui nous occupe.

1. Les dimensions éthiques

À tous les jours dans la société, l'intérêt privé entre en concurrence avec l'intérêt public. Les autorités compétentes font constamment des choix quant à savoir quel intérêt doit primer, dans quelles circonstances, et à quelles conditions. Les règles sur l'expropriation pour cause d'utilité publique en fournissent un exemple.

D'une part, ces règles reconnaissent la prééminence de l'intérêt public⁶⁶. Par hypothèse, pour utiliser un exemple classique, il faut construire une route ou un aéroport. Dans ce cas, l'intérêt privé du propriétaire du terrain touché par cette construction cédera le pas à l'intérêt de la société. D'autre part, les règles en matière d'expropriation ne constituent pas pour autant une négation du principe du respect de la propriété privée. À preuve, le propriétaire aura le droit d'être indemnisé pour sa perte⁶⁷. En définitive, on considère que le fardeau de la mesure doit être partagé par les membres de la société, plutôt qu'assumé par la seule victime de la mesure. Cette description, toute générale, soulève deux interrogations. L'expropriation internationale génère-t-elle les mêmes oppositions d'intérêts que l'expropriation nationale? La

66. G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, p. 147.

67. G. FOUILLOUX, *id.*, pp. 150-153 et 173; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, note 19, p. 1.

seconde a trait à la notion de fardeau, et pose le problème de la distinction entre l'expropriation et la réglementation.

D'abord, la concurrence des intérêts décrite est-elle identique du fait que l'intérêt privé affecté n'est pas celui des nationaux de l'État expropriateur mais celui des nationaux d'un autre État? À certains égards, la réponse est affirmative. En effet, l'intérêt public (mesuré à l'aune de l'utilité sociale) est le même dans les deux cas⁶⁸. Par ailleurs, si la mesure d'expropriation est fondée sur la nationalité étrangère du propriétaire, il y a une différence. De plus, en vertu du droit international, l'expropriation discriminatoire d'un étranger est illégale. Dans une certaine mesure, la concurrence des intérêts diverge aussi quant à l'indemnisation. Sans vouloir entrer dans le débat de savoir si l'expropriation doit donner lieu à une indemnisation juste, appropriée, ou adéquate, prompte et effective, on peut admettre que le droit international contient des normes propres à assurer une indemnisation réelle à l'étranger victime d'une expropriation, ce qui n'est pas nécessairement le cas en droit national⁶⁹.

Il faut admettre, par contre, qu'hormis ces considérations, la concurrence qui se fait entre l'intérêt public et l'intérêt privé dans la sphère interne se retrouve dans la sphère internationale. Comment pourrait-il en être autrement, en effet, puisque les concepts à la base du droit international de l'expropriation sont de droit interne⁷⁰. Un équilibre, en quelque sorte, est ainsi atteint entre le respect de la souveraineté de l'État (qui a droit de recourir à l'expropriation dans l'intérêt public), et le respect de la propriété privée étrangère (qui se manifeste par l'obligation d'indemnisation)⁷¹.

68. En d'autres mots, le besoin identifié par l'État, l'intérêt public, existe le plus souvent indépendamment de l'objet de la mesure d'expropriation. Effectivement, il le précède. Voir G. FOUILLOUX, *id.*, p. 152, qui exprime cette idée de la façon suivante : « l'intérêt public, s'il n'est pas toujours détachable de l'objet du droit de propriété, préexiste toujours à l'objet qu'il désigne. Ce n'est pas la nature des terrains qui entraîne l'expropriation mais l'intérêt public qu'il y a d'agrandir un jardin ou une ville, de construire un canal ou une voie de communication [...] »

69. Voir D. CARREAU, P. JUILLARD, *op. cit.*, note 20, pp. 527-533, en particulier à la p. 528.

70. G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, p. 83.

71. *Id.*, p. 173.

La notion d'équilibre entre la souveraineté de l'État et le respect de la propriété privée soulève le problème plus général de la distinction entre l'expropriation et la réglementation. Car, en matière de réglementation, l'intérêt privé entre également en concurrence avec l'intérêt public. Par contre, dans ce cas, on considère que le fardeau doit être assumé par les personnes visées par la mesure de réglementation, plutôt que partagé par la société dans son ensemble. Ainsi, de façon générale, en matière de réglementation, la souveraineté étatique prévaut sur le droit de l'individu qui peut, sans avoir droit à une indemnisation, être privé de sa propriété⁷².

En définitive, la question (éthique) au cœur de la distinction est la suivante : qui doit assumer le fardeau d'une mesure étatique qui porte atteinte à la propriété privée dans une circonstance donnée, la société en générale ou l'individu touché? Higgins exprime cette idée de la façon suivante :

Every time a judge decides whether compensation is not due, he is really deciding whether such losses shall be borne by the individuals on whom they happen to fall (in which case he will determine that no compensation is due) or whether they shall be socialized, i.e., borne by the common treasury, most usually through the allocation of these social expenses to the tax structure.⁷³

Selon elle, l'examen des décisions des tribunaux internationaux sur ces questions ne laisse pas deviner que les arbitres ou juges se prêtent à cet exercice⁷⁴. Cette idée sera développée lorsqu'il sera question des éléments de réponses « implicites ».

72. *Ibid.*

73. R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 277. Voir aussi B.A. WORTLEY, *op. cit.*, note 23, p. 25; B.H. WESTON, *loc. cit.*, note 22, p. 124. Ces idées sont également exprimées, dans le contexte américain, par J.L. SAX, *loc. cit.*, note 24, pp. 75-76; et F.I. MICHELMAN, « Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law », (1967) 80 *Harvard L. Rev.* 1165, p. 1169.

74. R. HIGGINS, *id.*, p. 277.

2. Le contexte historique et social

L'étude met en lumière trois courants d'évolution qui ont un impact sur la question : (1) l'existence, à travers les époques, d'une tension entre la propriété privée et le pouvoir étatique, (2) la montée de l'État nationalisateur et de l'État providence, et (3) la consécration de l'État privatisateur, de l'État régulateur.

Si, à certaines époques, les droits de propriété ont pu sembler absolus, il existe plusieurs exemples dans l'histoire qui démontrent que les besoins de la vie en communauté ont de tout temps encadré, sinon limité, l'exercice du droit de propriété⁷⁵. Une tension fondamentale, que certains ont qualifié d'inhérente, peut donc être identifiée entre la propriété privée et l'État⁷⁶. En son temps, Grotius énonçait l'existence d'une règle en matière d'expropriation qui illustre cette tension en ces termes :

IL FAUT savoir encore, que, lors même que les Sujets ont acquis un droit, le Roi peut le leur ôter en deux manières, ou en forme de peine, ou en vertu de son (1) Domaine éminent : (a) bien entendu qu'il n'use du privilège de ce *Domaine éminent*, ou supérieur, que quand le Bien Public le demande; & qu'alors même celui qui a perdu ce qui lui appartenait en soit dédommagé, s'il se peut, du Fond public.⁷⁷

Même au XIX^e siècle, époque où les concepts de propriété et de liberté sont inexorablement liés et où la propriété privée est sacrée, on reconnaît toutefois des limites au droit de propriété, l'une d'elles étant l'expropriation pour cause d'utilité

75. Au Moyen Âge, par exemple, le droit de propriété, clairement reconnu, était assujéti à certaines obligations : « The very strength of the right to own property entailed as a consequence the duty of making good use of it. » Voir G. O'BRIEN, *An Essay on Mediaeval Economic Teaching*, New York, Augustus M. Kelley, 1967, p. 66-67.

76. R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 274.

77. H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome II, Chap. XIV, Sections VII, Nouvelle traduction par J. BARBEYRAC, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, pp. 467-478. Ce passage, en version anglaise, est cité par J.L. SAX, *loc. cit.*, note 24, p. 54, qui fait un exposé des origines lointaines du principe d'indemnisation en droit américain (*id.*, pp. 54-57).

publique⁷⁸. On reconnaît aussi que toutes les atteintes à la propriété privée ne constituent pas des expropriations. Ainsi, les mesures nécessaires à la protection du bien-être public, comme la protection de la santé ou de la sécurité publiques, ne donnaient pas lieu à indemnisation⁷⁹. De façon plus générale, plusieurs pays d'Europe ont consacré cette tension dans leur ordre juridique interne. En France, par exemple, le Code civil définit le droit de propriété ainsi : « Le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu que l'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements »⁸⁰.

Un tournant allait toutefois marquer la fin du XIX^e et le début du XX^e siècles, caractérisé par des interventions étatiques et des atteintes à la propriété privée plus nombreuses. Résultantes d'impératifs de guerre ou de révolutions, ces interventions ont modifié l'équilibre entre l'État et la propriété privée. Les nationalisations russes et mexicaines, par exemple, sont témoins d'un passage de la propriété privée à la propriété collective, sans toutefois que cette dernière n'élimine entièrement la première. Malgré ces assauts, le droit international demeure voué au respect de la propriété privée⁸¹.

Avec le temps, par contre, le phénomène de nationalisation, qui a connu son apogée dans la décolonisation des années 1960 et 1970, allait forcer une remise en question des assises du droit international de l'expropriation, surtout en ce qui a trait à l'indemnisation⁸². Comme il l'a déjà été

78. Voir G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, p. 2. À cette époque, la poussée du libéralisme économique, et le mouvement de non-interventionnisme qui en découle, font de l'expropriation pour cause d'utilité publique un recours exceptionnel. Voir J.H. HERZ, *loc. cit.*, note 24, p. 251; I. SEIDL-HOHENVELDERN, *op. cit.*, note 19, pp. 1-2. Sur l'exercice de la protection diplomatique, voir E.M. BORCHARD, *loc. cit.*, note 33.

79. J.H. HERZ, *ibid.*

80. G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, pp. 2-3. Voir aussi R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 275.

81. Sur ce paragraphe, voir G. FOUILLOUX, *ibid.*

82. C'est aux Nations Unies que le débat s'est fait le plus virulent. Si, en 1962, un certain équilibre avait pu être atteint entre les positions des pays développés et en développement, cet équilibre a été rompu en 1974. Voir P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 18, pp. 498-499; J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 18, pp. 464-465; P. JUILLARD, *loc. cit.*, note 17, pp. 77-83. Cette rupture reflète la volonté de la part des pays en développement d'affirmer leur souveraineté, le plus souvent nouvellement acquise, sur leurs économies.

mentionné, dans ce contexte, le problème juridique n'est pas tellement celui de la définition de la nationalisation, ou de l'expropriation, mais plutôt celui des conditions de légalité, dont, en particulier, celle de l'indemnisation.

En parallèle, et ce à partir des années 1960, des traités de promotion et de protection des investissements étrangers sont signés entre pays développés et pays en développement⁸³. Ces traités présentent notamment une solution aux difficultés auxquelles est confronté le droit international à l'époque⁸⁴. Ces traités contiennent invariablement une disposition sur l'expropriation⁸⁵.

La période qui a suivi la Deuxième Guerre mondiale a aussi été témoin, dans les États d'Europe occidentale, d'une vague de nationalisation, et l'État providence s'y est également fermement établi, comme dans plusieurs autres pays d'ailleurs⁸⁶. L'État devient omniprésent : il est producteur, fournisseur de services, protecteur du citoyen, et autres. Notamment, l'État régleme les facettes les plus diverses de la vie en société⁸⁷. La réglementation visant l'environnement, la sécurité, le zonage, la concurrence et bien d'autres domaines porte atteinte de plus en plus fréquemment aux droits de propriété privée⁸⁸. L'après-guerre a aussi été témoin d'une multiplication de la « réglementation » internationale dans différents domaines, notamment en matière environnementale⁸⁹.

Un nouveau changement de direction s'est amorcé dans les années 1980, avec le phénomène de privatisation, auquel peu de pays, développés ou en voie de développement, ont échappé durant les années 1990⁹⁰. L'État producteur fait place à l'État régulateur. Dès lors, l'État se désengage comme acteur économique pour assumer davantage un rôle de sup-

83. Voir R. DOLZER, M. STEVENS, *op. cit.*, note 8.

84. J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, p. 158; R. DOLZER, M. STEVENS, *id.*, pp. 10-11.

85. J.-P. LAVIEC, *ibid.*

86. G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, p. 2.

87. Cette tendance avait déjà été identifiée en 1941 par J.H. HERZ, *loc. cit.*, note 24, p. 252.

88. Voir M. SORNARAJAH, *op. cit.*, note 47, pp. 294 et 298.

89. Le mouvement environnemental a en effet pris de l'importance dans les années 1970. Voir J.-M. ARBOUR, *op. cit.*, note 18, pp. 398-399.

90. Sur les privatisations, voir D. CARREAU, P. JUILLARD, *op. cit.*, note 20, pp. 543-548.

port et de contrôle. La domination du libéralisme économique s'achève avec la chute du communisme à l'Est. En matière d'investissement, le mot d'ordre est la création d'un environnement favorable à l'investissement, surtout étranger. La signature de traités bilatéraux sur les investissements étrangers, qui se multiplie, contribue à l'atteinte de cet objectif⁹¹. De ce mouvement résulte une diminution, sinon une disparition, de la nationalisation de pans entiers des économies, celle-ci ayant été remplacée par la privatisation.

Suite à ces changements, certains ont sonné le glas des problèmes de protection liés à l'investissement étranger, y compris ceux de l'expropriation. L'ère nouvelle en était une où les problèmes de libéralisation et de contrôle dominaient, tout comme ils avaient dominé le domaine du commerce international depuis des décennies⁹². Cette appréciation, qui identifie une tendance réelle, néglige toutefois un développement important : celui de la signature entre pays, comptant plus d'un pays développé, de traités couvrant la protection des investissements⁹³.

Le Chapitre 11 de l'ALÉNA est probablement devenu le symbole le plus connu, dans ce contexte, de la tension entre le pouvoir de réglementation et d'expropriation de l'État⁹⁴. En effet, le problème qui se pose, par exemple, pour l'investisseur américain au Canada, n'est pas celui de l'expropriation directe de ses biens. Le problème réside dans l'atteinte de ses droits de propriété, le plus souvent par le biais de l'exercice par l'État de son pouvoir de réglementation⁹⁵.

91. Voir R. DOLZER, M. STEVENS, *op. cit.*, note 8, pp. 11-13.

92. P. JUILLARD, *loc. cit.*, note 17, p. 28; P. JUILLARD, « À propos du décès de l'AMI », (1998) 44 *Ann. fran. dr. int.* 595, pp. 595-596 [ci-après : décès de l'AMI].

93. Il faut mentionner que Juillard, à la fin de son texte publié en 1998, souligne que « les problèmes de protection ne se posent pas de la même façon entre pays développés. » (décès de l'AMI, *id.*, pp. 611-612).

94. ALÉNA, précité, note 2. Voir par exemple la note préparée par les organismes Friends of the Earth et Public Citizen, intitulée « NAFTA's Corporate Law-suits » (avril 1999) et publiée en ligne à : <<http://www.citizen.org/pctrade/nafta/cases/fancy.pdf>> (date d'accès : 20 juin 2001). Pour un relevé de certaines critiques, voir J.L. GUDOFKY, *loc. cit.*, note 44, pp. 301-303.

95. Pour de l'information sur les causes, voir en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international à <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-f.asp>>; U.S. Department of State à <<http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>>; CIRDI à <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>>; et T. WEILER <<http://www.naftaclaims.com/>> (date d'accès : 5 avril 2002).

En résumé, le contexte économique actuel en est un de libéralisation, mais la place de l'État régulateur n'est généralement pas remise en question. L'interdépendance économique est doublée, entre autres, d'une interdépendance en matière environnementale. Comme par le passé, la tension inhérente identifiée entre le pouvoir étatique et la propriété privée se fait sentir. Reste à savoir si le contexte actuel exige l'atteinte d'un nouvel équilibre dans le balancier État-propriété privée.

II. UNE DISTINCTION ANCRÉE DANS LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT

À l'aide des sources qui ont été identifiées, il est possible d'apporter certains éléments de réponse à la question de savoir ce qui distingue l'expropriation de la réglementation. Certains éléments ont été appliqués par des tribunaux judiciaires et arbitraux, et ont fait l'objet d'études doctrinales. D'autres, comme la notion de propriété, n'ont pas reçu l'attention qu'elles méritaient. L'examen de la doctrine, et dans une moindre mesure de la jurisprudence, nous permettra d'identifier de ces éléments qualifiés, respectivement, d'éléments de réponses explicites et implicites. Nous estimons, en effet, que tous les éléments de la réponse sont présents, mais qu'il faut les développer⁹⁶.

A. LES ÉLÉMENTS DE RÉPONSE EXPLICITES

L'expropriation indirecte est celle dont les effets sont équivalents à l'expropriation directe. Dès lors, l'effet recherché est celui de la privation de droits de propriété. Mais, justement, la privation de droits de propriété peut être le résultat de mesures autres que des mesures d'expropriation, par exemple la réglementation. En conséquence, l'analyse doit être poussée plus loin afin de différencier les effets de ces mesures.

96. Dans le même sens, voir B.H. WESTON, *loc. cit.*, note 22, p. 174; J.L. GUDOFISKY, *loc. cit.*, note 44, p. 304. *Contra* : J.A. SOLOWAY, « Environmental Regulation as Expropriation : the Case of NAFTA's Chapter 11 », (2000) 33 *Canadian Business Law J.* 92, pp. 101-104.

Une première façon de procéder à cette analyse consiste à mettre l'accent sur la privation de droits comme telle, et à chercher à la caractériser, à l'évaluer. Est-elle complète/incomplète, définitive/temporaire, substantielle/mineure, etc.? Dans cette recherche, on est amené à évaluer le degré d'ingérence avec les droits de propriété. Une seconde façon de procéder consiste à mettre l'accent sur le caractère propre de la réglementation, et à chercher à exclure certains types de mesure du champs d'application de l'expropriation. L'exercice par l'État de son pouvoir de police, et ses limites, occupe une place prééminente dans cette analyse. Il y a, également, d'autres façons d'aborder la question⁹⁷. Selon nous, toutefois, les deux approches que nous allons voir présentent le plus d'intérêt pour répondre à la question qui nous occupe.

Avant de procéder à l'analyse de ces approches, trois remarques préliminaires peuvent être utilement faites. Premièrement, il faut préciser que ces approches ne sont pas mutuellement exclusives, et dans certains cas elles devront être combinées⁹⁸. Deuxièmement, nous tiendrons pour acquis que l'accent placé sur les effets permet de largement ignorer certaines questions comme celle de savoir si la dépossession de propriété doit être intentionnelle pour constituer une

97. Voir, sur différentes formulations, T. WAEDELDE, A. KOLO, *loc. cit.*, note 44; J.L. GUDOFKY, *id.*, p. 259 et suiv. Parfois, il s'agit davantage d'un accent placé sur certains éléments de réponses. Dans le cadre de l'interprétation du Chap. 11 de l'ALÉNA, par exemple, D.A. GANTZ, *loc. cit.*, note 16, met l'accent sur le caractère « raisonnable » de la mesure comme critère et présente un argument en faveur d'un « lee-way » additionnel en matière environnementale (*id.*, pp. 744 et 750), tandis que Byrne, met l'accent sur l'intention de l'État qui adopte une mesure de réglementation. Voir K.A. BYRNE, « Regulatory Expropriation and State Intent », (2000) 38 *Can. Y.B. Int'l L.* 89.

98. Par exemple, dans un cas donné, on pourrait d'abord examiner le degré de la privation de droits et arriver à la conclusion que l'ingérence étatique est mineure et ne constitue pas une expropriation. Dans un autre cas où on est arrivé à la conclusion que la privation de droits est substantielle, on se demandera si l'exercice par l'État de son pouvoir de police ne justifie pas cette ingérence, même substantielle, et à quelles conditions. De façon alternative, on aurait pu se demander si, *a priori*, l'exercice par l'État de son pouvoir de police, répondant à certaines conditions, ne permet pas d'exclure la mesure de réglementation sous étude du champ d'application de l'expropriation. Dans la négative, on pourrait procéder à l'évaluation du degré de privation.

expropriation⁹⁹, ou encore celle de savoir si le titre de propriété doit avoir été enlevé pour conclure à la présence d'une mesure d'expropriation¹⁰⁰. Troisièmement, les conditions de légalité de l'expropriation seront ici largement ignorées. Car, il faut le préciser, ces conditions ne doivent pas être confondues avec la définition de l'expropriation, qui nous intéresse¹⁰¹.

1. La qualité et le degré de la privation

Les ingérences étatiques qui peuvent avoir pour effet de priver un propriétaire/investisseur de ses droits prennent des formes multiples. Aussi, il est rare qu'on puisse qualifier une privation de droits dans un contexte particulier sans parler de degré¹⁰². Car, une fois qu'il est admis qu'une privation de droits peut-être incomplète et quand même constituer une expropriation, cela devient inévitable. L'approche au « cas par cas » est celle qui a été majoritairement retenue afin de faire face à cette réalité complexe¹⁰³.

Ceci étant dit, la qualification de la privation sera relativement aisée, notamment, dans deux cas. Le premier est

99. Sur la possibilité de conclure à un enlèvement indirect de propriété dans le cas où le gouvernement n'avait pas l'intention de procéder à une expropriation, voir J.H. HERZ, *loc. cit.*, note 24, p. 248; G.C. CHRISTIE, *loc. cit.*, note 59, pp. 309-312 et 337; R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 322 et suiv. À ce sujet, il faut prendre garde de ne pas confondre l'intention d'exproprier et le but de la mesure dans le contexte de l'exercice par l'État de son pouvoir de police (voir *infra*, pp. 70-74).

100. Sur la possibilité de conclure à un enlèvement indirect de propriété dans le cas où le propriétaire détient toujours le titre de sa propriété, voir J.H. HERZ, *id.*, pp. 249-250; G.C. CHRISTIE, *id.*, p. 309 et suiv.; R. HIGGINS, *id.*, p. 324.

101. En droit international coutumier, comme il l'a déjà été mentionné, une expropriation est légale ou licite si elle répond à trois conditions. Le fait que la mesure ait été prise dans l'intérêt public et qu'au surplus elle soit non discriminatoire, par exemple, n'en fait pas moins une expropriation (en autant que la mesure réponde à la définition de l'expropriation). Si un intérêt particulier était recherché par la mesure, ou si elle était discriminatoire, le résultat serait tout de même une expropriation, mais cette fois illégale, donnant droit à une mesure de compensation différente. Sur le risque de confusion, voir R. HIGGINS, *id.*, p. 328. Cette confusion est apparente chez L.J. DHOOGHE, « The Revenge of the Trail Smelter: Environmental Regulation as Expropriation Pursuant to the North American Free Trade Agreement », (2001) 38 *Am. Bus. L. J.* 475.

102. J.H. HERZ, *loc. cit.*, note 24, p. 251.

103. Pour plusieurs auteurs, il s'agit de la seule démarche possible. Voir G.C. CHRISTIE, *loc. cit.*, note 59, p. 338; R. DOLZER, *loc. cit.*, note 3, p. 65; J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, p. 165.

celui de la privation de droits totale et permanente (par exemple, la liquidation de biens décrétée par l'État, sans motifs liés aux actions du propriétaire)¹⁰⁴. Dans de tels cas, rien ou presque, ne pourrait excuser l'État de son obligation d'indemnisation¹⁰⁵. En effet, le fardeau de la mesure serait autrement trop lourd pour la personne visée. Le deuxième cas se trouve à l'autre extrême du spectre de la privation : celui de la privation mineure et temporaire (par exemple, l'accès limité à un compte de banque durant une courte période). Admettre qu'une indemnisation est due dans de telles circonstances aurait pour effet d'empêcher l'État de gouverner.

La majorité des cas faisant l'objet de réclamations ne se trouvent toutefois pas aux extrêmes. Au contraire, ces cas se situent dans une large zone grise, dont l'existence force les tribunaux à évaluer le caractère substantiel ou non de la privation de droits alléguée¹⁰⁶. Dans chaque cas, on cherchera donc à déterminer si la privation est suffisamment importante pour constituer une expropriation indirecte.

Les tribunaux, comme les auteurs d'ailleurs, tendent à éviter les généralisations en cette matière. Aussi, l'utilisation de la méthode du « cas par cas » est majoritairement prônée par ces deux groupes. Ce mode de pensée se reflète dans la doctrine, où on trouve bien souvent une analyse centrée sur les décisions des tribunaux classées par types d'ingérence¹⁰⁷. La liste comprend notamment les ventes forcées, la création de monopoles, la nomination de dirigeants gouvernementaux à la tête d'entreprises privées, l'annulation de contrats d'État,

104. J.-P. LAVIEC, *id.*, p. 166. Voir aussi G.C. CHRISTIE, *id.*, p. 337; T. WAEDELDE, A. KOLO, *loc. cit.*, note 44, p. 845-846.

105. Il existe une exception pour les mesures pénales. Voir *infra*, p. 71. Certains auteurs traitent plutôt de ces cas comme étant une exception à la règle suivant laquelle l'exercice du pouvoir de police est limité. Voir J.L. GUDOFISKY, *loc. cit.*, note 44, pp. 290-292.

106. Dans ce contexte, R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, réfère à une privation « significative » : « Where physical property has been concerned, the issue has been fairly clear : interferences which significantly deprive the owner of the use of his property amount to a taking of that property » *id.*, p. 324. Voir aussi J.H. HERZ, *loc. cit.*, note 24, p. 251, qui utilise l'expression « usual interference », et qui réfère aux limites d'une telle ingérence. Dans le *Harvard Draft*, précité, note 57, on utilise l'expression « unreasonable interference », voir texte *infra*, note 161.

107. Voir, par exemple, M. SORNARAJAH, *op. cit.*, note 47; G.H. ALDRICH, *loc. cit.*, note 48.

et le refus d'octroyer certains permis (d'exportation ou de transfert de monnaies, par exemple). Même à l'intérieur de ces catégories, les généralisations se font rares¹⁰⁸.

Il va sans dire que l'élaboration de « test » susceptible de fournir des indications claires sur la façon de différencier entre l'expropriation et la réglementation sur la base du degré d'ingérence est truffée d'obstacles. À titre d'illustration, il suffit d'examiner brièvement certains des énoncés du Tribunal, sur les expropriations de fait, dans le cadre des différends irano-américains. Dans une de ses premières décisions, le Tribunal a suggéré qu'une « unreasonable interference » était suffisante pour constituer une expropriation. Dans d'autres décisions par la suite, le Tribunal a stipulé que le degré d'ingérence requis pour conclure à une expropriation devait être tel que les droits de propriété soient rendus « useless ». Dans d'autres affaires encore, le Tribunal a indiqué qu'une expropriation avait lieu lorsque le propriétaire a été « deprived of fundamental rights of ownership » et que cette privation « is not merely ephemeral ». Ailleurs, afin de rendre sa décision, le Tribunal a examiné si le propriétaire avait été dépouillé de l'usage « effective » de sa propriété¹⁰⁹.

Certains auteurs ont également souligné les difficultés d'application d'une approche basée sur le degré de privation, en plus d'affirmer son caractère inéquitable. Weston, entre autres, a soulevé plusieurs interrogations¹¹⁰. Est-ce que le degré de privation est absolu (c'est-à-dire, correspondant à un pourcentage déterminé) ou relatif? Dans l'hypothèse où le degré est absolu, comment cette approche permet-elle de justifier les atteintes à la propriété résultant de l'exercice par

108. Certaines exceptions existent. À l'occasion, un auteur, s'y risque. G.C. CHRISTIE, *loc. cit.*, note 59, par exemple, sur la base de deux décisions de la CPJI avait affirmé que : « (...) the two cases taken together illustrate that even though a State may not purport to interfere with rights to property, it may, by its actions, render those rights so useless that it will be deemed to have expropriated them », *id.*, p. 311.

109. Ces exemples sont tirés de C.N. BROWER, J.D. BRUESCHKE, *op. cit.*, note 46, pp. 378-379. La majorité de ces éléments étaient déjà présentes dans la doctrine, voir *op. cit.*, notes 106, 152 et 108.

110. B.H. WESTON, *loc. cit.*, note 22, pp. 119-120. Il faut noter que les propos de Weston sont fortement influencés par le droit américain, d'où son utilisation de termes qui ne correspondent pas nécessairement au vocabulaire du droit international.

l'État de son pouvoir de police? Doit-on prendre en ligne de compte uniquement la valeur de « la chose » enlevée ou toute la richesse du plaignant lorsqu'on évalue la privation? Il questionne aussi l'équité de cette approche lorsqu'il demande : « why a given measure, when it works a deprivation that exceeds the magnitude-of-loss line, must be called a "taking" not just for the excess damage but also for the share of the injury which falls below the diacritical line »¹¹¹. D'autres auteurs ont également souligné la difficulté de maniement de cette approche, surtout si elle est accompagnée d'une définition des droits de propriété permettant le démembrement des droits (ou, comme le dit Wortley, le dédoublement de propriété)¹¹². Ainsi, il est suggéré que si l'évaluation du degré de la privation se fait par rapport à une composante suffisamment circonscrite de la propriété, on conclura toujours à une privation substantielle de droits¹¹³.

Ces obstacles ne sont toutefois pas insurmontables. Tout d'abord, et ceci est admis par Weston, des facteurs tirés de différentes approches peuvent, et même doivent, être combinés de façon à fournir une réponse à la question qui nous occupe¹¹⁴. Ainsi, par exemple, il ne semble pas y avoir de motifs intrinsèques qui empêchent un tribunal d'évaluer non seulement le degré de privation, mais également de porter jugement à savoir si la mesure résulte de l'exercice par l'État de son pouvoir de police¹¹⁵. Afin de surmonter certaines difficultés, et il s'agit là de notre prétention principale, il faudra aussi développer la notion de propriété. Ces développements faciliteront la réponse à la question de savoir si une perte de

111. *Id.*, p. 119.

112. B.A. WORTLEY, *op. cit.*, note 23, p. 5.

113. K. BANKS, « NAFTA's Article 1110 — Can Regulation be Expropriation? », (1999) 5 *NAFTA L. & Bus. Rev. Am.* 499, pp. 508-509.

114. B.H. WESTON, *loc. cit.*, note 22, p. 120.

115. Certains, dont M. SORNARAJAH, *op. cit.*, note 47, p. 300, réfèrent à Higgins au soutien de la position selon laquelle le but de l'enlèvement de propriété ne permet pas de faire une distinction viable entre l'expropriation et la réglementation, et qu'il faut s'en tenir au degré de privation. Il est exact qu'elle questionne le traitement différent accordé à ces mesures, alors que dans les deux cas l'État agit dans l'intérêt public et le propriétaire subit des pertes (R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, pp. 330-331). Toutefois, elle reconnaît ailleurs que plusieurs « enlèvements » de propriété sont des exercices légitimes de l'autorité étatique (entre autres, à cause de leur caractère punitif), *id.*, p. 276.

profits, par exemple, peut constituer dans certains cas une expropriation indirecte. En définitive, il ne semble pas que cette approche puisse être entièrement rejetée. En effet, l'expropriation indirecte, par définition, implique une évaluation des effets d'une mesure, et ces effets doivent être mesurés pour savoir s'ils sont « équivalents » à ceux de l'expropriation directe.

2. Le pouvoir de police

Le droit international, comme il l'a déjà été indiqué, reconnaît la distinction entre le pouvoir d'expropriation et le pouvoir de police de l'État. Le pouvoir de police permettra, dans certains cas, d'éviter la conclusion qu'une atteinte à la propriété constitue une expropriation¹¹⁶. Deux questions surgissent par rapport au pouvoir de police : quelle définition faut-il donner à ce pouvoir et à quelles conditions, ou dans quelles circonstances, une mesure de police peut tout de même constituer une expropriation ?

La nécessité d'une catégorie de mesures qui puissent porter atteinte à des droits de propriété privée sans pour autant donner ouverture à l'indemnisation du propriétaire est évidente. Exiger de l'État une compensation à chaque fois qu'une privation de droits existe aurait pour conséquence d'empêcher l'exercice effectif de la gouvernance étatique. La difficulté réside dans la détermination de l'étendue de ce pouvoir en droit international.

En effet, l'étendue du pouvoir de police n'est pas claire. On réfère dans ce contexte aux mesures prises pour assurer la santé et la sécurité publiques autant qu'aux mesures fis-

116. J.H. HERZ, *loc. cit.*, note 24, p. 252. En 1962, G.C. CHRISTIE, *loc. cit.*, note 59, constatait l'existence de cette distinction en ces termes : « The conclusion that a particular interference is an expropriation might also be avoided if the State whose actions are the subject of complaint had a purpose in mind which is recognized in international law as justifying even severe, although by no means complete, restrictions on the use of property. Thus, the operation of a State's tax laws, changes in the value of the currency, actions in the interest of the public health and morality, will all serve to justify actions which because of their severity would not otherwise be justifiable; subject to the proviso, of course, that the action in question is not what would be 'commonly' called discriminatory [...] » [notes omises], *id.*, pp. 331-332.

cales, monétaires, et pénales¹¹⁷. En toute hypothèse, le principe selon lequel l'État ne procède normalement pas à une expropriation lorsqu'il exerce ses pouvoirs en matière de taxation (par exemple, à travers l'imposition du revenu des contribuables) et en matière monétaire (par exemple, à travers une dévaluation de la monnaie) est clairement reconnu¹¹⁸. L'exercice de pouvoirs en matière pénale est aussi normalement exclu du champ d'application de l'expropriation. En effet, le pouvoir de l'État de sanctionner le crime par la confiscation ou l'imposition d'amendes est fermement établi¹¹⁹. Le caractère punitif de ces mesures s'oppose à la notion même d'indemnisation¹²⁰.

En général, les mesures « à caractère économique » pourront être plus difficiles à juger. Quoi penser, par exemple, des mesures étatiques sur la concurrence, sur la protection du consommateur, ou sur la gestion de l'offre? Fréquemment, ces mesures servent plus d'un objectif. Prenons les systèmes de gestion de l'offre (par exemple, dans les secteurs laitiers ou du blé). S'agit-il de mesures visant principalement à assurer des revenus minimaux aux producteurs (c'est-à-dire à vocation économique), ou s'agit-il de mesures visant à assurer la sécurité alimentaire des citoyens?

Quoi qu'il en soit, on doit prendre garde de donner au pouvoir de police une définition tellement large que ce pouvoir en vienne à couvrir toutes les mesures prises dans l'intérêt public. À cet égard, il faut se rappeler que l'une des conditions de la légalité de l'expropriation est que la mesure

117. Voir, par exemple, G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, pp. 164-165; G.C. CHRISTIE, *loc. cit.*, note 59, pp. 331-332; J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, p. 165.

118. B.A. WORTLEY, *op. cit.*, note 23, pp. 45-50; G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, note 13, p. 4; I. BROWNLIE, *op. cit.*, note 18, p. 535.

119. G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, p. 167 et suiv.; B.A. WORTLEY, *op. cit.*, note 23, p. 40 et suiv. Le vocabulaire en matière de confiscation porte à confusion. Parfois, on utilise le terme confiscation pour référer à l'expropriation qui est illégale parce qu'elle est faite sans le versement d'une indemnité. Nous y référerons ici dans le contexte pénal uniquement.

120. B.A. WORTLEY, *id.*, p. 41. Cette constatation permet de répondre, en partie, à l'argument selon lequel les règles sur l'expropriation mettent en jeu le « polluter pays principle ». Dans la mesure où l'investisseur agit en contravention de la loi, il ne saurait être question d'expropriation. Voir IISD et WWF, *Private Rights, Public Problems — A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, 2001, p. 33, online : <http://www.iisd.org/pdf/trade_citizensguide.pdf> (date d'accès : 11 juin 2002).

soit prise dans l'intérêt public. Or, si l'on qualifie d'exercice du pouvoir de police, grâce à une définition excessivement large de cette notion, toutes les mesures prises dans l'intérêt public, l'expropriation n'est plus possible, faute d'espace conceptuel.

Si la nécessité d'une catégorie de pouvoirs comme celle du pouvoir de police est apparue évidente, il est tout aussi évident que l'exercice de ce pouvoir ne peut, en toutes circonstances, permettre d'éviter la conclusion qu'une expropriation a eu lieu. En outre, il serait trop facile pour un État d'utiliser une mesure de police comme prétexte à une expropriation¹²¹. En l'espèce, le droit international coutumier et les principes généraux du droit fournissent certains paramètres qui seront utiles afin de déterminer les cas où une mesure de police donne ouverture à un droit à indemnisation.

Plusieurs auteurs ont élaboré sur les principes pertinents du droit international. Fouilloux offre une vue d'ensemble de la situation :

Il ne suffit pas de savoir qu'il y a privation de la propriété, il faut encore savoir quelle mesure est à l'origine de cette privation. En effet, si toutes les atteintes à la propriété privée se heurtent au principe du respect de la propriété privée des étrangers, il y a des hypothèses dans lesquelles la souveraineté de l'État l'emporte sur le droit de l'individu qui peut être privé de sa propriété sans indemnisation. D'autres fois, le caractère excessif, arbitraire, de mesures qui par elles-mêmes ne donnent pas lieu à indemnisation fondera la réclamation. Enfin, d'autres mesures ouvrent dans tous les cas le droit à obtenir réparation pour la privation de la propriété privée [...].¹²² [notes omises]

La privation résultant d'une dévaluation monétaire, selon Fouilloux, tombe dans la première catégorie, tandis qu'un taux excessif d'impôts frappant les étrangers tombe dans la seconde. Enfin, l'expropriation pour cause d'utilité publique est un exemple de sa dernière hypothèse¹²³.

Abondant dans le même sens, Laviec constate que « [l]es mesures fiscales, de contrôle des changes, d'hygiène et de

121. Voir T. WAELDE, A. KOLO, *loc. cit.*, note 44, p. 820.

122. G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, p. 173.

123. *Ibid.*, notes 96-98.

sécurité, entre autres, entrent *a priori* dans la catégorie des mesures de police; mais elles peuvent être telles, dans certaines circonstances, qu'elles aboutissent à une dépossession ou à une expropriation de fait »¹²⁴. Il remarque que ce fut le cas, notamment, lorsque « les motifs pénaux ou fiscaux invoqués n'étaient pas justifiés, et qu'ils avaient servi de prétexte à une dépossession »¹²⁵.

Pour sa part, Bindschedler avait déjà reconnu, dans les années 1950, le risque qu'une mesure de police soit utilisée comme prétexte à une dépossession. Il s'exprimait alors ainsi : « L'exercice arbitraire de compétences qui en soi appartient à l'État, ainsi que l'utilisation d'institutions juridiques dans des buts qui leur sont étrangers ne sont rien d'autre que des *abus de droit*. Or, l'abus de droit n'est pas protégé par le droit international »¹²⁶. [notes omises] Il poursuit en affirmant que l'interdiction de l'abus de droit fait partie des principes généraux du droit international¹²⁷. D'autres auteurs ont mis l'accent sur le caractère discriminatoire de la mesure¹²⁸ ou sur la présence d'un détournement de pouvoirs¹²⁹.

Ainsi, une mesure de police peut être qualifiée d'expropriation indirecte, dans la mesure où elle est, notamment, arbitraire, excessive, discriminatoire ou si elle constitue un abus de droit ou un détournement de pouvoirs. Les difficultés liées à l'application de ces principes sont d'ordres divers. Dans les cas où l'action gouvernementale cache un abus de droit ou un détournement de pouvoirs, on peut penser que la difficulté principale en sera une de preuve. Dans l'hypothèse où il est allégué qu'une mesure est arbitraire ou excessive, la difficulté en sera, à nouveau, une de degré.

124. J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, p. 165.

125. *Id.*, p. 169.

126. R.L. BINDSCHEDLER, *loc. cit.*, note 19, pp. 213-214. Voir aussi B.A. WORTLEY, *op. cit.*, note 23, p. 51 et pp. 102-114 (sur l'abus de droit).

127. R.L. BINDSCHEDLER, *id.*, p. 213.

128. On peut penser qu'une preuve de discrimination dans ce contexte permet de conclure non seulement à l'existence d'une expropriation, mais à celle d'une expropriation illégale.

129. G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, p. 264 donne un exemple de détournement de pouvoirs.

Dans cette voie, on se dirige rapidement vers le terrain glissant de l'incertitude scientifique et un vocabulaire jusqu'à étranger au droit de l'investissement fait son apparition : évaluation des risques, principe de précaution, etc.¹³⁰. En conséquence, on est amené à se demander quels sont les principes reconnus par le droit international qui vont permettre de juger de la marge de manœuvre dont bénéficient les gouvernements¹³¹. En d'autres mots, qui doit assumer les risques découlant de l'exercice par l'État de son pouvoir de réglementation? À nouveau, la notion de propriété est en mesure de fournir certains outils pour répondre à cette question.

B. LES ÉLÉMENTS DE RÉPONSE IMPLICITES

La notion de propriété est centrale à l'expropriation, pourtant, son traitement demeure marginal. Quelques auteurs ont souligné cet état de fait. Herz, en 1941, avait noté : « Since the law of property is a matter regulated by the municipal laws of the different countries in various ways, it might be expected that international law, when dealing with property, would have its own definition, [...] »¹³². [notes omises] À peu près quarante ans plus tard, Higgins se disait « very struck by the almost total absence of any analysis of conceptual aspects of property » dans les débats concernant l'expropriation¹³³. À preuve que cette situation ne s'est pas beaucoup améliorée, Sacerdoti, en 1997, après avoir défini l'expropriation de fait comme une mesure qui neutralise effectivement les avantages de la propriété, ajoute que :

130. Voir D.A. GANTZ, *loc. cit.*, note 16, pp. 656-657, 740-745; J.M. WAGNER, « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », (1999) 29 *Golden Gate Univ. L.R.* 465, et *infra*, p. 84 et suiv.

131. Par exemple, pour G.C. CHRISTIE, *loc. cit.*, note 59, le fait qu'un État affirme exercer son pouvoir de police dans un cas particulier n'empêche pas un tribunal international de juger lui-même de cette question, toutefois, selon lui, « if the reasons given are valid and bear some plausible relationship to the action taken, no attempt may be made to search deeper to see whether the State was activated by some illicit motive », *id.*, p. 338.

132. J.H. HERZ, *loc. cit.*, note 24, p. 244. Il ajoutera ensuite que « some sort » de définition internationale de la propriété peut, en effet, être déduite de la pratique des États et des décisions des tribunaux internationaux.

133. R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 268.

« [t]he question relates to what constitutes a property right, whether possession only or also use and free alienation »¹³⁴.

Quelques auteurs ont fourni des explications de ce phénomène. Pour plusieurs, il ne revient pas au droit international, mais bien aux droits nationaux concernés, de définir la notion de propriété¹³⁵. À défaut de définition commune, dit-on, le concept des droits acquis a permis de surmonter les difficultés découlant des particularismes des droits nationaux¹³⁶. Selon Laviec, comme depuis les années 1960, cette notion est en déclin, son rôle normalisateur est depuis joué par celle d'investissement¹³⁷.

Ces explications appellent deux remarques. Tout d'abord, on peut se demander pourquoi le terme « expropriation » avait nécessité une définition propre au droit international, tandis que l'objet de la protection (la propriété) n'en nécessiterait pas. L'expropriation est définie largement (quoique de façon imprécise) par le droit international afin d'assurer une protection minimale et réelle aux étrangers. En d'autres mots, l'étranger n'est pas à la merci des règles nationales sur l'expropriation¹³⁸. Pourtant, une définition étroite des attributs de la propriété, par exemple, pourrait avoir le même effet¹³⁹. Ensuite, il faut noter que le recours à la notion d'investissement, dont il sera question plus loin, n'élimine pas le besoin de définir la propriété. En ce qui nous concerne, c'est la privation du droit de propriété *sur* des investissements qui compte.

134. G. SACERDOTI, *loc. cit.*, note 13, p. 382. Il trouvera réponse à sa question dans une décision de la CEDH.

135. Voir, en autres, R.L. BINDSCHEDLER, *loc. cit.*, note 19, pp. 215-216; G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, pp. 44-45; J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, p. 15. Voir aussi l'explication, selon nous dépassée, fournie par S. FRIEDMAN, *op. cit.*, note 31, pp. 145-146.

136. J.-P. LAVIEC, *id.*, p. 16.

137. J.-P. LAVIEC, *ibid.* Selon lui, la notion d'investissement « permet d'englober l'ensemble des biens et des droits patrimoniaux détenus par des étrangers, sans être grevée par les complexités techniques de leurs différentes définitions nationales. » Voir *infra*, note 152.

138. En général sur le « standard international », voir R.L. BINDSCHEDLER, *loc. cit.*, note 19, p. 189; I. BROWNLIE, *op. cit.*, note 18, p. 536.

139. De façon générale, voir B.A. WORTLEY, *op. cit.*, note 23, qui indique que : « Because a sovereign State may control and expropriate property in its territory, this does not mean that it can, at will, disregard the claims made, by virtue of public international law, to restitution or to just compensation, or that it may always insist on its own conception of private property. » [notre souligné], *id.*, p. 12.

D'autres explications se fondent sur le contexte du développement du droit international de l'expropriation. En particulier, on réfère au fait que les questions indemnitaires ont dominé l'agenda, aux dépens des deux autres branches de ce droit : la détermination de l'objet de la protection (la propriété), et l'identification de l'expropriation comme telle¹⁴⁰. Pour la période avant 1945, ce manque d'intérêt est expliqué notamment par la relative rareté des mesures indirectes d'expropriation. Depuis 1945, et surtout dans les années 1960 et 1970, le débat sur l'obligation d'indemnisation, notamment aux Nations Unies, a éclipsé les autres branches de ce droit. Pourquoi, en effet, se concentrer sur ces notions si aucune obligation d'indemnisation n'existe en droit international¹⁴¹ ?

Ces explications, bien que fondées, ne sont plus applicables au contexte qui prévaut depuis les années 1980 et 1990, en particulier. En effet, l'obligation d'indemnisation n'est remise en question par personne, et l'expropriation directe, lorsqu'elle se produit, ne soulève plus les tiraillements idéologiques du passé. La consécration de l'État régulateur, par contre, a fait de l'expropriation indirecte un nouveau champ de bataille. Pourtant, la notion de propriété continue d'être largement ignorée. L'explication fournie par Higgins en 1982, possède un attrait tout à fait actuel. Elle écrit : « So far as the concept of property itself is concerned, it is as if we international lawyers say : property has been defined for us by municipal legal systems; in any event, we *know* property when we see it »¹⁴². Il semble effectivement que cette connaissance pressumée explique en bonne partie le phénomène décrit.

Somme toute, il n'est pas possible de décider si, dans un cas particulier, un investisseur est victime d'une privation substantielle ou importante de ses droits de propriété, sans savoir *ce qu'est la propriété*¹⁴³. Comment, en définitive, prendre cette décision sans connaître d'abord les attributs

140. R. DOLZER, *loc. cit.*, note 3, pp. 41-42.

141. *Id.*, p. 42.

142. R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 268.

143. *Ibid.*

essentiels de la propriété, et sans tenir compte de la fonction sociale de la propriété privée¹⁴⁴.

Évidemment, de nos jours, ces décisions sont prises par les tribunaux. Ceci porte à croire que dans une large mesure un système de valeurs implicites, et susceptible de variations considérables, est appliqué à la prise de décision en cette matière. À notre sens, il est temps de rendre explicite ce qu'on a tenu pour acquis trop longtemps; il est temps de développer la notion de propriété en droit international.

1. La propriété : objet et attributs essentiels

Lorsqu'on tente de définir la propriété, il faut d'abord traiter de deux questions. La première consiste à déterminer l'objet de la propriété : pour nos fins, quelles sont les « choses » pouvant faire l'objet d'une expropriation¹⁴⁵. Cette question présente un intérêt certain, parce que dans son sens étymologique, le terme « ex-propriation » suppose la propriété privée¹⁴⁶. La deuxième consiste à identifier les attributs essentiels de la propriété. Seulement une fois que ces attributs auront été identifiés, serons-nous en mesure de juger si une mesure est véritablement privative de droits.

En droit international, malgré des contours imprécis, on peut avancer que peut faire l'objet d'une expropriation, notamment, la propriété sur : les biens meubles et immeubles, corporels et incorporels, y compris les droits résultants de contrats (par exemple, les contrats de concession)¹⁴⁷. Wortley exprimait ainsi l'état de la pratique internationale :

Modern international practice relating to compensation and restitution clearly admits of a wide definition of property or of

144. *Ibid.* En droit américain, F.I. MICHELMAN, *loc. cit.*, note 73, est un des auteurs qui a cherché à élaborer la théorie de la propriété afin de distinguer le « power of eminent domain » du « police power ». Voir *id.*, p. 1165, en particulier, et pp. 1202 et suiv. Voir aussi S.R. MUNZER, *A Theory of Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 423, pour qui une étude sur les « takings », sans une théorie de la propriété, est nécessairement incomplète.

145. B.A. WORTLEY, *op. cit.*, note 23, p. 8.

146. G. FOUILLOUX, *op. cit.*, note 2, p. 143.

147. R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, pp. 271-273 et 337; G.C. CHRISTIE, *loc. cit.*, note 59, p. 316 et suiv.

protectable interest. Article 78 (9) (c) of the Peace Treaty with Italy of 1947 is typical :

« Property » means all movable or immovable property, whether tangible or intangible, including industrial, literary and artistic property, as well as *all rights or interests of any kind in property...* ».¹⁴⁸

Le plus souvent de nos jours, les instruments conventionnels couvrant les investissements fournissent une définition, détaillée mais non limitative, de l'objet de la protection offerte. La vaste majorité des accords bilatéraux sur l'investissement étranger¹⁴⁹, le Chapitre 11 de l'ALÉNA¹⁵⁰ ainsi que la Charte de l'Énergie¹⁵¹, par exemple, fournissent une définition large du champ d'application de ces accords à travers la notion d'investissement¹⁵².

Dans les accords bilatéraux, cinq catégories d'investissements sont typiquement couverts¹⁵³. La Convention concernant l'encouragement et la protection réciproque des

148. B.A. WORTLEY, *op. cit.*, note 23, p. 8. Cette définition est reprise dans le *Harvard Draft*, voir L.B. SOHN, R.R. BAXTER, *loc. cit.*, note 54, pp. 554 et 563. Sur la couverture large des droits, voir aussi G. SACERDOTI, *loc. cit.*, note 13, p. 381. Sur la définition extensive de la propriété donnée par le Tribunal des différends irano-américains, voir C.N. BROWER, J.D. BRUESCHKE, *op. cit.*, note 46, pp. 372-375; A. MOURI, *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 37-64.

149. R. DOLZER, M. STEVENS, *op. cit.*, note 8, pp. 25-31.

150. ALÉNA, précité, note 2, Art. 1139.

151. *Traité sur la Charte de l'énergie*, précité, note 7, Art.1 (définitions). Sur cette notion voir T.W. WAELDE, « International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty », dans T.W. WAELDE, ed., *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, London, Kluwer Law, 1996, pp. 270-274.

152. Il faut savoir que le terme « investissement » est surtout apparu dans les conventions après la Seconde Guerre mondiale. Auparavant, on faisait notamment référence aux notions de « biens, droits et intérêts » ou en anglais de « property rights and interests ». J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, pp. 11-12. Voir aussi P. JUILLARD, *loc. cit.*, note 17, p. 24. Nous ne chercherons pas ici à déterminer dans quelle mesure ces notions (surtout conventionnelles, d'une part, et coutumières, d'autre part) sont équivalentes. Certains auteurs, dont Schwarzenberger, affirment que ces notions sont synonymes. Voir G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, note 13, p. 17. En pratique, sur cette question, on fera soit application d'une convention, avec ses paramètres propres, soit référence au droit international. De plus, comme nous le verrons, les droits couverts sont largement définis dans les deux cas. En toute hypothèse, pour nos fins, ce qui importe, c'est la privation du droit de propriété sur des investissements ou des biens étrangers (largement définis).

153. R. DOLZER, M. STEVENS, *op. cit.*, note 8, p. 26.

investissements conclue entre la Suisse et l'Indonésie illustre bien ces catégories :

Le terme « investissement » englobe toutes catégories d'avoirs et en particulier, mais non pas exclusivement : 1. Les biens mobiliers et immobiliers ainsi que tous autres droits réels tels que hypothèques, droits de gage, sûretés réelles, usufruits et droits similaires ; 2. les actions ou autres formes de participation ; 3. les créances monétaires et droits à toutes prestations ayant une valeur économique ; 4. les droits d'auteur, droits de propriété industrielle, procédés techniques, « know-how », marques commerciales, noms commerciaux et le « goodwill » ; 5. les concessions de droit public, y compris les concessions de recherche, d'extraction ou d'exploitation de ressources naturelles.¹⁵⁴

L'adoption de la formule non limitative, typique dans ces accords, est à noter car elle permet à la protection offerte d'évoluer avec le temps¹⁵⁵. En contrepartie, la liste détaillée de l'objet de la protection apporte une certaine sécurité juridique.

À première vue, on pourrait croire que les « choses » pouvant faire l'objet d'une expropriation (globalement, l'objet de la propriété) ont été définies de façon assez claire par le droit international. Cependant, il suffit de considérer quelques cas d'espèces, pour se convaincre du contraire. Par exemple, est-ce qu'un gain futur peut faire l'objet d'un droit de propriété? (La réponse change-t-elle si la preuve est faite qu'il est acquis ou fait l'objet d'une créance exigible?) Aussi, on peut se demander si un droit de propriété peut être reconnu dans une autorisation et une licence de poursuivre une activité économique particulière? (La réponse change-t-elle si l'autorisation et la licence sont indispensables à la poursuite de l'activité?)¹⁵⁶.

154. Le texte de la Convention, qui date de 1976, est cité par J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, p. 23. Voir aussi R. DOLZER, M. STEVENS, *id.*, pp. 26-31.

155. R. DOLZER, M. STEVENS, *id.*, p. 26.

156. Ces exemples sont tirés de la jurisprudence de la CEDH. Voir J.L. CHARRIER, *op. cit.*, note 10, pp. 315-316. L'article 1 du Premier protocole à la CEDH, cité *op. cit.*, p. 44, ne contient pas de définitions de « biens » ou de « propriété ». La Cour a ainsi eu à interpréter ces termes. Malgré des divergences entre la version française et anglaise du texte (en anglais on utilise les mots « possessions », « peaceful enjoyment of his possession » et « use of property »), la Cour a laissé entendre que ces termes étaient équivalents. Selon elle, les travaux préparatoires de la Convention confirment que les termes utilisés visent « en substance » ou « essentiellement » le droit de propriété. Voir L.-E. PETTITI et autres, *op. cit.*, note 10, p. 975.

Dans ces hypothèses, et bien d'autres, les tribunaux auront besoin de points de repères additionnels afin de rendre leur décision¹⁵⁷. Par exemple, il faudrait rechercher l'existence de normes quant au caractère actuel (par opposition à potentiel ou aléatoire) et durable (par opposition à révocable) du droit¹⁵⁸.

Il est temps maintenant d'étudier les attributs essentiels de la propriété. Car, même si on arrive, avec plus ou moins de facilité, à identifier un droit de propriété pouvant potentiellement faire l'objet d'une expropriation, il faut encore que la privation de droits soit suffisamment importante ou substantielle pour en constituer une dans les faits. Pour opérer cette détermination, il faudra identifier les attributs essentiels de la propriété.

Dans les décisions des tribunaux comme en doctrine, on relève l'existence de plusieurs de ces attributs. À titre d'illustration, dans l'affaire LIAMCO, l'arbitre unique a souligné, comme point de départ, que le concept classique de la propriété était défini comme « the right to the use, exploitation and disposal (*usus, fructus, abusus*) of the object owned »¹⁵⁹. Dans les décisions du Tribunal des différends irano-américains, on identifie aussi plusieurs éléments. Par exemple, il y est notamment question de privation du « use and benefit », « use, benefit, and

157. L'affaire *Pope & Talbot*, précitée, note 47, illustre bien la difficulté de juger de ces questions sans paramètres adéquats. Dans cette affaire, le Tribunal a eu à déterminer, en bref, si l'accès au marché américain pour la vente du bois d'œuvre tombait sous la définition d'investissement du Chap. 11 de l'ALÉNA. Le Tribunal a conclu dans l'affirmative : « the Investment's access to the U.S. market is a property interest subject to protection under Article 1110 [...] ». Son raisonnement, toutefois, laisse sérieusement à désirer. Voir *id.*, par. 98 en particulier.

158. Voir, dans le contexte de la Convention européenne, J.L. CHARRIER, *op. cit.*, note 10, p. 313. Sur la base de la jurisprudence de la CEDH, Pettiti, Decaux et Imbert ont tenté une généralisation selon laquelle : « chaque composante du patrimoine individuel ne semble pouvoir être prise en compte (pour l'heure et en l'état actuel de l'évolution de la jurisprudence prépondérante) que lorsque trois conditions sont réunies : celle d'avoir une valeur économique appréciable, celle de représenter un bien faisant partie de façon actuelle et inconditionnelle de la sphère juridique du particulier intéressé et celle de se rapporter à un objet (matériel ou immatériel) déterminé et identifiable. » L.-E. PETTITI et autres, *op. cit.*, note 10, p. 979.

159. *Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic* (« LIAMCO »), (1981) 20 *I.L.M.* 1, para. 89-92. Voir aussi B.A. WORTLEY, *op. cit.*, note 23, p. 50, qui identifie les attributs de la propriété (« ownership ») comme « the rights of *uti, frui* or *abuti*, over a thing [...] ».

control » et « right to manage »¹⁶⁰ En termes similaires, le *Harvard Draft* reconnaissait les droits du propriétaire de « use, enjoy, or dispose of the property »¹⁶¹. Pour Carreau et Juillard, les attributs essentiels du droit de propriété sont le droit d'utilisation et le droit de disposition »¹⁶². Laviec, pour sa part, mentionne au passage les droits d'utilisation et de jouissance, mais place l'accent sur le droit de direction : « Il est admis que le droit sans doute le plus fondamental de l'investisseur étranger concerne son pouvoir de direction dans une entreprise, et de participation aux décisions »¹⁶³.

Malheureusement, le plus souvent, l'origine ou la source de ces éléments n'est pas clairement identifiée. S'agit-il de principes généraux du droit ou de la transposition sélective en droit international de notions de droit interne? Par exemple, est-ce que le civiliste applique naturellement les notions de *usus, fructus, abusus*, tandis que le *common lawyer* applique la notion de *bundle of rights*¹⁶⁴?

Higgins, plus que d'autres auteurs, a cherché à définir la propriété en droit international en s'inspirant de sources de droit interne et des principes généraux du droit¹⁶⁵. Elle identifiera, elle aussi, le droit d'utilisation (à l'exclusion d'autrui), et le droit de disposition. Pour Higgins, la notion de propriété comme telle fait l'objet d'un consensus :

In spite of the profound disagreements that we face over the desirability of private property rights, or the State's right to

160. M. BRUNETTI, *loc. cit.*, note 46, pp. 206-208; G.H. ALDRICH, *op. cit.*, note 48, p. 601.

161. *Harvard Draft*, précité, note 57, Art. 10.3. (a) « A « taking of property » includes not only an outright taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an inference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference [...] ».

162. D. CARREAU, P. JUILLARD, *op. cit.*, note 20, p. 522.

163. J.-P. LAVIEC, *op. cit.*, note 2, p. 167. Voir également J.H. HERZ, *loc. cit.*, note 24, p. 256, qui réfère aux droits de « management and disposal » et aux profits comme étant deux des droits traditionnels du propriétaire, surtout l'entrepreneur et le propriétaire de terres. Certaines des conclusions de G.C. CHRISTIE, *loc. cit.*, note 59, sont aussi fondées sur la prémisse suivante : « the most fundamental right that an owner of property has is the right to participate in its control and management. » *Id.*, p. 337.

164. Pour une description succincte de la terminologie de droit civil et de common law sur la propriété, voir P.E. COMEAUX, N.S. KINSELLA, *Protecting Foreign Investment Under International Law*, New York, Oceana Publications, 1996, pp. 1-2.

165. R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 270.

interfere with them, there is virtual consensus on the *meaning* of property. This consensus stretches back through time, and across different political and philosophical viewpoints. Thus Katzarov, in his leading marxist study on *The Theory of Nationalization*, states that —

« the content given to property by the law from remotest times down to the codes of the nineteenth and early twentieth centuries which are still in force, has a positive and a negative aspect :

(a) it is a right of disposal which is both absolute and also unlimited in point of time; this is the positive aspect;

(b) it is exclusive, which means that it confers upon its holder the power to forbid any other person to perform an act of disposal; this is the negative aspect ». ¹⁶⁶

En général, elle qualifie son approche de « bundle of rights approach » ¹⁶⁷.

À ce moment, il est utile de mettre de côté la question de l'identification (précise) des attributs essentiels de la propriété, pour se concentrer sur leur utilité. D'une part, on peut difficilement poursuivre l'étude des attributs essentiels de la propriété sans procéder à une étude plus approfondie des principes généraux du droit en cette matière, étude qui dépasse le cadre de cet article ¹⁶⁸. D'autre part, on a avantage à établir dès maintenant le bien-fondé de cette démarche. En effet, à quoi bon se lancer dans cette voie si l'utilité de la démarche s'avère marginale.

Un exemple des plus pertinents est celui de l'investisseur qui voit la valeur de son investissement diminuée en raison d'une mesure gouvernementale. En l'espèce, on doit se demander s'il y a une privation substantielle de droits dans l'hypothèse où les attributs essentiels de la propriété ne sont que peu ou pas affectés. Prenons un exemple (simplifié) en matière d'urbanisme. Un entrepreneur fait l'achat d'un terrain sur lequel il entend bâtir un bloc à appartements. Avant

166. *Ibid.*

167. *Id.*, pp. 270-272, et 346.

168. Dolzer a procédé à une étude limitée de ces principes, voir *infra*, pp. 88,

que ses plans ne soient mis à exécution, le zonage du quartier est modifié, et empêche dorénavant cette construction. Dans un tel cas, l'investisseur est tout de même en mesure d'utiliser et de jouir de sa propriété, et pourrait en disposer s'il le voulait. Évidemment, ce ne sont pas tous les cas d'urbanisme sans exception qui devraient être exclus du champ de l'expropriation indirecte¹⁶⁹. Toutefois, la définition des attributs essentiels de la propriété fournit un outil additionnel afin de faire la part des choses, dans de tels cas, entre l'expropriation et la réglementation¹⁷⁰.

Un raisonnement similaire pourrait être proposé pour l'analyse des cas de diminution de profits. On peut imaginer, par exemple, le cas de l'imposition d'une nouvelle réglementation qui a pour effet d'augmenter (même de façon substantielle) les coûts de production d'un produit et qui résulte en une diminution de profits pour l'investisseur. À nouveau, on aurait avantage à se demander si les attributs essentiels de la propriété ont été affectés¹⁷¹. On peut imaginer d'autres domaines où ces outils analytiques pourraient être utilisés. L'application de mesures en vertu du droit de la concurrence serait un autre exemple¹⁷².

Sitôt proposée, cette démarche axée sur les attributs essentiels soulève plusieurs interrogations. Concentrons-nous quelques instants sur le droit d'utilisation. Quelle est au juste l'utilisation protégée? Est-ce l'utilisation optimale ou une utilisation raisonnable? Est-ce l'utilisation existante, planifiée, ou encore ni l'une ni l'autre¹⁷³? Des questions similaires se posent quant au pouvoir de gestion. Est-il absolu, exclusif ou relatif? Il est difficile de répondre à ces questions sans prendre en compte la fonction sociale de la propriété.

169. R. DOLZER, *loc. cit.*, note 3, p. 62.

170. R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 271 : « The tendency is for a diminution in value to remain uncompensated, so long as rights of use, exclusion and alienation remain. » Au même effet, *id.*, p. 278. Voir aussi B.A. WORTLEY, *op. cit.*, note 23, p. 50.

171. Il est utile de rappeler que cette analyse n'élimine pas la possibilité de faire celle du pouvoir de police qui serait applicable.

172. Voir M. SORNARAJAH, *op. cit.*, note 47, pp. 298-300, qui traite du droit de la concurrence.

173. Voir R. DOLZER, *loc. cit.*, note 3, p. 62.

2. La propriété : fonction sociale

On a déjà souligné que la propriété, telle qu'on la connaît aujourd'hui, n'est pas un droit absolu. Une tension existe entre la propriété privée et le pouvoir étatique. Lorsque cette tension dépasse les frontières d'un État, et c'est le cas lorsqu'un investisseur étranger fait l'objet d'une mesure privative de propriété, il revient au droit international de réconcilier ces deux éléments¹⁷⁴. Dans le contexte qui nous occupe, la question peut se résumer ainsi : qui doit assumer le fardeau, y compris les pertes, découlant de la réglementation ? En d'autres mots, est-ce l'État (c'est-à-dire : la communauté) ou la personne visée (ici, l'investisseur étranger) qui doit assumer le fardeau d'une mesure gouvernementale ayant des effets privatifs de propriété ?

L'État entend par l'exercice de son pouvoir de réglementation pallier, entre autres, les échecs du marché¹⁷⁵. Mais, pas plus que les marchés, l'État est-il infallible. Il existe ainsi des risques inhérents à la réglementation, dont une information incomplète. Aussi, l'une des difficultés significatives qui se pose dans plusieurs domaines de réglementation est celle de l'incertitude scientifique¹⁷⁶. Que l'objet de la réglementation soit un aliment génétiquement modifié, l'essence ou les stocks de poissons, le gouvernement agira, ou choisira de ne pas agir, sur la base d'informations souvent incomplètes ou imparfaites.

Dans ces circonstances, les risques doivent être partagés. À défaut, les incitatifs créés sont pervers¹⁷⁷. Prenons l'exemple plus précis qui nous occupe. La première hypothèse est celle où l'État n'aurait *jamais* à indemniser un investisseur qui serait privé de sa propriété en raison de l'exercice

174. R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, p. 274.

175. T. WAELDE, A. KOLO, *loc. cit.*, note 44, pp. 825-826; W. SMITH, « Covering Political and Regulatory Risks : Issues and Options for Private Infrastructure Arrangements », dans T. IRWIN, M. KLEIN, G.E. PERRY, M. THOBANI, eds., *Dealing with Public Risk in Private Infrastructure*, Washington, DC, The World Bank, 1997, p. 49.

176. D.A. GANTZ, *loc. cit.*, note 16, pp. 656-657.

177. L'analyse des deux hypothèses qui suivent a été inspirée par S.R. MUNZER, *op. cit.*, note 144, pp. 424-425, qui en termes économiques, rejette les positions extrêmes.

par l'État de son pouvoir de réglementation. Les possibilités d'abus découlant d'une telle règle semblent évidentes : il suffirait de masquer l'expropriation sous le couvert de la réglementation et le tour serait joué. Une telle règle aurait également pour effet de déstabiliser les fondations même du droit de propriété¹⁷⁸. La deuxième hypothèse est celle où l'État aurait *toujours* à indemniser un investisseur qui serait privé de sa propriété en raison de l'exercice par l'État de son pouvoir de réglementation. Les dangers d'une telle règle sont tout aussi évidents : en plus de paralyser l'État, on fournirait ainsi aux investisseurs privés une assurance « tous » risques, menant ces derniers à adopter des comportements susceptibles d'augmenter la probabilité ainsi que la magnitude des pertes découlant de la mesure étatique¹⁷⁹.

Ces deux hypothèses devant être rejetées, la question devient celle de savoir comment répartir les risques liés à la réglementation entre l'État et l'investisseur privé. Tel qu'on l'a déjà indiqué, le droit international reconnaît que l'investisseur qui choisit d'investir dans une juridiction étrangère accepte de se soumettre aux lois de cette juridiction et en assume les risques concomitants. Dans ce cas, il revient principalement à l'investisseur d'évaluer le risque qu'il est prêt à assumer par rapport à la récompense qu'il espère ou prévoit obtenir¹⁸⁰. Le problème est accentué lors d'une modification à la réglementation existante ou lors de l'adoption de nouvelles mesures après que l'investissement ait été fait¹⁸¹. Dans l'hypothèse où ces mesures ont des effets privatifs de

178. S.R. MUNZER, *id.*, p. 424. Voir aussi T. WAEDELDE, A. KOLO, *loc. cit.*, note 44, p. 839.

179. *Id.*, p. 428. Sur la question du « moral hazard » voir aussi S. ROSE-ACKERMAN, J. ROSSI, « Takings Law and Infrastructure Investment : Certainty, Flexibility and Compensation », Private Infrastructure for Development : Confronting Political and Regulatory Risks, Rome Conference, 8-10 September 1999, *Preliminary Draft* : August 27, 1999, p. 11 (définition à la note 41), en ligne : <<http://www.worldbank.org/riskconference/papers.htm>> (date d'accès : 6 août 2002).

180. T. WAEDELDE, A. KOLO, *loc. cit.*, note 44, p. 819. Sur la question des risques qui doivent être assumés par l'investisseur étranger, voir à titre d'illustration la décision du Tribunal des différends irano-américains dans l'affaire *Starrett Housing v. Islamic Republic of Iran*, (1984) 23 *I.L.M.* 1090, p. 1117 (extraits cités dans R. DOLZER, *loc. cit.*, note 3, p. 51).

181. T. WAEDELDE, A. KOLO, *ibid.* Selon M. SORNARAJAH, *op. cit.*, note 47, p. 300, il semble que l'investisseur étranger doive assumer ces risques.

propriété, on revient à la question de savoir comment répartir les risques liés à la réglementation entre l'État et l'investisseur privé.

La problématique de la répartition des risques est bien connue du droit des contrats. De façon simplifiée, le cocontractant le mieux placé pour diversifier et contrôler le risque est celui qui doit l'assumer¹⁸². Si, pour fins d'analyse, on transpose cette logique à la réglementation étatique, on est rapidement confronté à un obstacle : l'entité qui est mieux en mesure de diversifier le risque (normalement, l'investisseur étranger), n'est pas celle qui est mieux en mesure de le contrôler (normalement, le gouvernement). En effet, si l'investisseur étranger, par exemple, une multinationale, possède souvent une capacité supérieure de diversification des risques, notamment à travers différents projets, entités et pays, le gouvernement est dans une meilleure position pour contrôler le risque résultant de ses actions¹⁸³.

Si la réponse fournie par cette analogie paraît à prime abord insatisfaisante, elle a le mérite de révéler certaines caractéristiques de la gestion de risques. L'investisseur étranger procédera à la diversification de ses risques sur la base d'une évaluation de plusieurs facteurs, comprenant notamment une évaluation du niveau et de la probabilité de réalisation de certains risques¹⁸⁴. Deux exemples, l'un d'ordre général, l'autre d'ordre plus particulier, servent à illustrer cette démarche. Un investisseur s'attend en général à ce que les risques de dévaluation monétaire et d'imposition de contrôles de change soient plus importants dans un pays en développement que dans un pays développé. Sur un autre plan, un investisseur dans le secteur pharmaceutique ou énergétique s'attend généralement à une intervention étatique plus importante dans ces activités que l'investisseur dans une manufacture de chaussures ou de papiers. En effet, on peut s'attendre à ce que l'État, dans l'intérêt public, fasse exercice de son pouvoir de réglementation de façon plus

182. S. ROSE-ACKERMAN, J. ROSSI, *loc. cit.*, note 179, p. (ii). Voir aussi T. IRWIN, M. KLEIN, G.E. PERRY, M. THOBANI, « Dealing with Public Risk in Private Infrastructure : An Overview », dans T. IRWIN et autres, *op. cit.*, note 175, p. 8.

183. S. ROSE-ACKERMAN, J. ROSSI, *loc. cit.*, note 179, p. (ii) et 16.

184. Voir W. SMITH, *loc. cit.*, note 175, p. 50 et suiv.

intense dans certains secteurs pour des raisons de santé, de sécurité, etc. Ces deux exemples disparates ont en commun une idée : celle de « s'attendre à » quelque chose de la part des investisseurs.

Selon Bentham : « La propriété n'est qu'une base d'attente »¹⁸⁵. En vertu de sa théorie de l'utilité, l'objet principal des lois est le soin de la sûreté¹⁸⁶. Il en découle pour lui que « [l]e principe de la sûreté comprend le maintien de toutes ces attentes : il prescrit que les événements, autant qu'ils dépendent des lois, soient conformes aux attentes qu'elles ont fait naître. Toute atteinte portée à ce sentiment produit un mal distinct, un mal spécial que nous appellerons *peine d'attente trompée* »¹⁸⁷. Les « attentes » de Bentham ne correspondent pas à l'idée soulignée au paragraphe précédent de « s'attendre à » quelque chose. Les siennes sont essentiellement positives¹⁸⁸. En effet, pour lui, « [l]'idée de la propriété consiste dans une attente établie, dans la persuasion de pouvoir retirer tel ou tel avantage de la chose selon la nature du cas »¹⁸⁹. Bentham admet toutefois que la propriété n'est pas absolue et il donne des exemples de limitations à ce droit. Aussi, le moindre mal semble être associé, par Bentham, à des limitations auxquelles on peut s'attendre¹⁹⁰.

185. J. BENTHAM, *Oeuvres, En 4 tomes*, Traduits par P.É.L. DUMONT, B. LAROCHE, Réimpression de l'édition de Bruxelles 1829, Scientia Verlag Aalen, 1969, Tome 1, p. 64 [ci-après : *Oeuvres*]. En version anglaise : « Property is Nothing but a Basis of Expectations » dans J. BENTHAM, *The Theory of Legislation*, C.K. OGDEN (ed.), London, Routledge, 1931, pp. 111-112. Selon Bentham, « L'attente est une chaîne qui unit notre existence présente à notre existence future, et qui passe même au-delà de nous jusqu'à la génération qui nous suit. La sensibilité de l'homme est prolongée dans tous les anneaux de cette chaîne. » *Id.*, *Oeuvres*, p. 64. Pour une présentation succincte des idées de Bentham sur la propriété, voir S.R. MUNZER, *op. cit.*, note 144, pp. 194-195.

186. *Id.*, *Oeuvres*, p. 63.

187. *Id.*, p. 64.

188. Sur la distinction entre « expectations » et le verbe « expect », voir S.R. MUNZER, *op. cit.*, note 144, pp. 28-29.

189. *Oeuvres, op. cit.*, note 185, p. 64.

190. *Id.*, pp. 70-71. Pour une présentation, et une élaboration, des idées de Bentham dans le contexte qui nous occupe, voir en droit américain, F.I. MICHELMAN, *loc. cit.*, note 73. Selon lui, la théorie de Bentham sur la propriété permet de reconnaître que ce ne sont pas toutes les attentes qui sont justifiées, *id.*, p. 1213. Il élabore sur l'idée du « prior warning » et donne l'exemple du voleur et de ses « attentes » par rapport au butin volé, *id.*, pp. 1239-1245.

Qu'on accepte ou pas la théorie utilitariste de Bentham, ces remarques sur la propriété sont de nature à provoquer une réflexion. Est-ce que la notion même de propriété, telle que conçue dans les traditions juridiques des principaux systèmes de droit, permettrait de différencier entre certaines attentes légitimes et raisonnables par rapport à la propriété, et celles qui ne le sont pas? En définitive, est-ce qu'une élaboration sur la fonction sociale de la propriété, avec ses attentes mais aussi ses responsabilités, permettrait de solutionner le problème de la distinction entre l'expropriation et la réglementation?

Afin de mettre cette hypothèse à l'épreuve, il est utile de revenir sur certaines des carences que l'on a identifiées à propos des différents éléments de réponses existants à la question qui nous occupe. Il a été démontré qu'il était difficile de juger de la qualité et du degré de la privation résultant d'une mesure étatique sans avoir d'abord identifié la propriété visée. Et même si on arrive à cibler l'objet et les attributs essentiels de la propriété, cela peut ne pas être suffisant. Revenons sur l'exemple de la mesure d'urbanisme et du droit d'utilisation. En particulier, examinons deux hypothèses : celle de la prohibition de l'utilisation économique optimale et celle de la prohibition d'une utilisation existante de la propriété. Des règlements de zonage pourraient avoir de telles conséquences. Pour simplifier l'analyse, tenons pour acquis que l'État n'exerce pas son pouvoir de police dans ces hypothèses.

Une recherche entreprise sur le droit des États-Unis, du Royaume-Uni, de la France et de l'Allemagne a permis de démontrer que généralement ces systèmes ne garantissent pas une utilisation optimale de la propriété, tandis qu'ils reconnaissent que la prohibition d'une utilisation existante de la propriété peut donner lieu à une indemnisation¹⁹¹. Quelle est la distinction entre ces deux cas : les attentes du propriétaire¹⁹². Évidemment, ces exemples devraient être précisés pour être véritablement utiles. Toutefois, on y voit déjà le germe d'une réponse. Dans un cas, on reconnaît que la

191. Voir R. DOLZER, *loc. cit.*, note 3, pp. 60-61.

192. Voir *id.*, p. 62.

propriété n'est pas sans limites; la vie en société nécessitant certains compromis dont les coûts sont assumés par les propriétaires touchés. Dans l'autre, on reconnaît que le propriétaire peut avoir des attentes légitimes et raisonnables par rapport à une utilisation existante de sa propriété. Dans ce cas, la société est prête à partager, en quelque sorte, le coût de la mesure avec le propriétaire.

L'autre élément de réponse étudié est celui du pouvoir de police. Il a été noté qu'il peut être difficile de déterminer le caractère excessif ou arbitraire d'une mesure dans les cas où on fait face à un degré élevé d'incertitude scientifique. Plusieurs mesures visant la protection de la santé publique et l'environnement font partie de cette catégorie. Dans ces cas, l'évaluation des « attentes légitimes » du propriétaire et de ce à quoi le propriétaire peut « s'attendre » pourrait jouer un rôle important. Si on replace cette discussion dans le contexte de la répartition des risques liés à la réglementation, on voit encore ici le germe d'une réponse. De façon générale, l'investisseur qui investit dans un secteur où les risques, mais aussi les récompenses en cas de succès, sont considérables ne peut s'attendre à ce que la communauté éponge ses pertes au cas où ces risques se matérialisent¹⁹³. De même, un investisseur dans un secteur hautement réglementé doit s'attendre à ce que des coûts, même substantiels, découlent de cette réglementation lorsque l'État exerce son pouvoir de police.

Sur la base de ce qui précède, il apparaît que la fonction sociale de la propriété a le potentiel de fournir un outil conceptuel déterminant dans la distinction entre l'expropriation et la réglementation. Cette affirmation nous force à revenir aux sources du droit international de l'expropriation. En particulier, on doit se demander s'il est possible d'identifier, à l'heure actuelle, dans les traditions juridiques des principaux systèmes de droit certains *éléments communs* à la définition de propriété?

On a examiné une hypothèse, celle inspirée en partie par Bentham. Dolzer, dans son article précité, référerait aux « legitimate expectations » en tant que « very foundations of

193. Voir, de façon générale, S. ROSE-ACKERMAN, J. ROSSI, *loc. cit.*, note 179, p. 5; T. WAELDE, A. KOLO, *loc. cit.*, note 44, p. 839.

the concept of property »¹⁹⁴. Son analyse était toutefois limitée à quelques pays à économie libérale et s'intéressait davantage à la notion d'expropriation comme telle que celle de propriété, qui ne fait l'objet dans cet article que d'un traitement accessoire¹⁹⁵. On sait que la Cour suprême des États-Unis a retenu le concept de « investment-backed expectations » dans plusieurs décisions¹⁹⁶. C'est l'auteur Michelman qui, en 1968, semble avoir été le premier à proposer l'utilisation d'un tel concept dans ce contexte¹⁹⁷. La théorie de la propriété de Bentham a eu une influence décisive sur les travaux de Michelman¹⁹⁸. Mais, il est bon de rappeler que ces quelques indices sont insuffisants pour conclure à l'existence d'un principe général à l'effet que les attentes sont l'essence de la propriété. Quoi qu'il en soit, l'idée fondamentale demeure : celle du mérite à identifier des principes généraux en matière de propriété.

CONCLUSION

La ligne de démarcation entre l'expropriation et la réglementation est fine et difficile à tracer. Il faut, dans chaque cas, appliquer avec soin les éléments de réponse appropriés pour trancher la question. Cette méthode au cas par cas, qui nie l'existence de règles absolues, n'empêche toutefois pas la recherche d'outils conceptuels susceptibles de fournir des paramètres nécessaires à la prise de décisions en cette matière. Il a été démontré que certains paramètres existent déjà en droit international. On a mis l'accent sur la notion de propriété qui recèle un grand potentiel. Comme il l'a été dit,

194. R. DOLZER, *loc. cit.*, note 3, p. 62. R. HIGGINS, *loc. cit.*, note 10, pour sa part, mentionne au passage Bentham et Hume, mais n'élabore pas sur leurs théories, *id.*, p. 274. Elle parlera de « legitimate expectations » à quelques reprises dans le cadre contractuel, et, en particulier, du besoin d'équilibrer ces attentes avec les besoins du gouvernement d'agir dans l'intérêt public, *id.*, pp. 305 et 339.

195. R. DOLZER, *id.*, pp. 60-65.

196. Voir T. WAELDE, A. KOLO, *loc. cit.*, note 44, p. 819 et suiv., qui sur la base de la jurisprudence américaine suggèrent l'utilisation du concept de « investment-backed expectations » comme un des standards applicables afin de faire la distinction entre l'expropriation et la réglementation, *id.*, p. 819 et suiv.; S. ROSE-ACKERMAN, J. ROSSI, *loc. cit.*, note 179, p. 5, note 20.

197. F.I. MICHELMAN, *loc. cit.*, note 73. Voir *loc. cit.*, notes 144 et 190.

198. *Id.*, en particulier, pp. 1211-1213.

le développement de cette notion en droit international passe par les principes généraux du droit. La difficulté d'une telle démarche est assurément considérable¹⁹⁹. Toutefois, le prix à payer si on continue de négliger cette notion l'est tout autant. Car, plutôt que des valeurs explicites, ce sont les valeurs implicites des arbitres de différends, sous-jacentes à la notion de propriété, qui seront déterminantes.

L'approche proposée force un retour aux sources, un retour à des valeurs fondamentales. Elle permet de concilier des principes qui pourraient, autrement, sembler antinomiques. Lorsque la privation est au centre de l'analyse, on se concentre nécessairement sur l'impact de la mesure sur le propriétaire, tandis que lorsque le pouvoir de police est au centre de l'analyse, on se concentre sur le pouvoir étatique responsable de l'adoption de la mesure. La tension entre la propriété privée et le pouvoir étatique apparaît à nouveau de façon éclatante. À notre avis, l'équilibre recherché passe par une combinaison de ces principes, qu'il faudra toutefois compléter. En effet, l'objet de la mesure — soit la propriété — doit également faire partie de cette analyse. La recherche de certains principes communs en matière de propriété révélera sans doute une universalité propre à faciliter la résolution du problème de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international.

Se tournant résolument vers l'avenir, on peut se demander si cet article comporte des leçons ou des indices qui pourraient être utilisés dans le cadre de négociations futures d'un accord multilatéral sur l'investissement ou encore des négociations de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA)²⁰⁰. En particulier, est-il possible de s'inspirer de cette étude afin d'identifier un langage qui permettrait de réduire l'insécurité juridique qui plane au sujet de la distinction entre l'expropriation et la réglementation? Quelques constatations et suggestions peuvent être faites à cet égard. D'entrée de jeu,

199. Voir R. DOLZER, *loc. cit.*, note 3, pp. 60-65.

200. Sur un accord potentiel dans le cadre de l'OMC, voir la *Déclaration de Doha*, en ligne : <http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm> (date d'accès : 6 août 2002). Au sujet de la ZLEA, voir l'ébauche du texte de négociations, en ligne : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/ftaa_neg-f.asp#inv> (date d'accès : 6 août 2002).

on peut penser que toute convention multilatérale future reconnaîtra le droit des États à l'expropriation, et fera du versement d'une indemnité une condition de légalité de cette dernière. Que pourrait-on ajouter sur la réglementation?

Il ne servirait pas à grand chose de préciser que l'État possède un pouvoir de réglementation dont l'exercice ne confère généralement pas de droit à indemnisation. Ce principe général est déjà reconnu et n'aide pas, de toute façon, à faire la distinction entre les deux types de mesures. Est-ce qu'un ajout à l'effet que l'exercice – de bonne foi, raisonnable et non discriminatoire – par l'État de son pouvoir de réglementation ne constitue généralement pas qu'une expropriation serait plus utile? Nous ne le croyons pas²⁰¹. Cette précision ne nuirait pas, mais, comme il l'a été souligné, ces paramètres existent déjà.

Peut-être, même si cela n'est pas instinctif, faut-il éviter de se concentrer davantage sur l'exercice même du pouvoir de réglementation pour converger sur l'objet de la mesure. Une élaboration sur la fonction sociale de la propriété, notamment, offre peut-être à nouveau une piste de réflexion prometteuse. La négociation sur cette question serait assurément tumultueuse, mais probablement pas davantage qu'elle le serait autrement compte tenu des alternatives.

Céline Lévesque
Faculté de droit
Université d'Ottawa
57, Louis Pasteur
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5800, poste 3696
Télec. : (613) 562-5121
Courriel: clevesq@uottawa.ca

201. D.M. PRICE s'est dit de cet avis lors d'une discussion suivant sa présentation et celle de J. MCILROY, dont le contenu est reproduit dans : (2001) 27 *Can.-U.S. L. J.* 333, p. 338.