

LA VALIDITÉ INTERNATIONALE DES MOBILES D'EXPROPRIATION (*)

PAR

NGUYEN Huu-Tru

Un auteur a pu dire de l'estoppel qu'il était l'Arlésienne du droit international, voulant dire par là qu'il s'agissait d'un principe souvent invoqué dans les procès internationaux mais jamais pris en considération pour fonder une décision d'un tribunal international (1). *Mutatis mutandis*, la même boutade pourrait s'appliquer à l'exigence du droit international quant au but d'une mesure d'expropriation *lato sensu*. En effet, les déclarations gouvernementales faites sur un plan général ou à l'occasion d'un conflit, les accords internationaux, les prétentions de certaines entreprises multinationales concernées, exigent toujours, entre autres, qu'une mesure d'expropriation soit justifiée par un but qualifié d'utilité publique, ou d'une expression équivalente tels que intérêt public, intérêt général (équivalents en anglais : public utility, public purpose, public interest). Pourtant on ne trouve aucune décision d'une juridiction internationale déclarant illégale du point de vue du droit international une expropriation pour absence d'un but ayant la qualification susmentionnée.

On s'explique ainsi que la doctrine n'ait pas accordé une attention particulière à la question de la légalité internationale du mobile de l'acte d'expropriation. Mais récemment, cette question a été directement soulevée devant certains tribunaux arbitraux internationaux et a reçu à ces occasions un traitement qui montre qu'elle comporte des traits dignes d'intérêt dont un examen attentif peut contribuer à éclairer certains aspects fondamentaux du droit international en matière d'expropriation.

Tout transfert forcé de biens privés dans le secteur public — expropriation, entendue dans un sens large, qu'il s'agisse de l'expropriation de droit administratif portant sur des biens immobiliers (ou des droits réels immobiliers) effectuée par une collectivité publique de droit interne, ou de la nationalisation portant en général sur des entreprises (ou parfois des biens immobiliers sur une grande échelle) effectué par l'État et lui seul sur la base d'options politiques ou économiques nationales fondamentales, s'inscrit

(*) Professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève.

(1) M. Virally, dans sa préface à l'ouvrage de A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, Paris, Pédone, 1979. L'allusion était faite à un opéra de Bizet (*l'Arlésienne*, 1872), où on parle souvent de l'Arlésienne sans qu'elle apparaisse jamais.

nécessairement en vertu même de la souveraineté territoriale dans un cadre juridique interne qui pose les conditions et assure le contrôle de sa légalité dans le système. La question de sa légalité internationale ne peut se poser que lorsque des intérêts de ressortissants étrangers sont affectés (2) et le droit international n'intervient que lorsque la mesure en question n'est pas conforme à ses prescriptions en la matière. C'est dire que les exigences du droit international en ce qui concerne le but d'une expropriation ne peuvent être bien saisies qu'après avoir pris connaissance de la physionomie générale des solutions de droit interne à cet égard (I). On verra ensuite qu'à l'image des conceptions internes, le droit international ne requiert qu'un but d'une très grande généralité qui laisse un pouvoir d'appréciation très important pour l'État expropriant (II), pouvoir que le droit international tente d'enfermer dans certaines limites (III) dont il convient de mesurer la portée (IV).

I. LA MOTIVATION DE L'EXPROPRIATION (LATO SENSU) EN DROIT INTERNE

A. *L'expropriation de droit administratif*

L'expropriation de droit administratif est indispensable à une collectivité publique pour faire face à certains de ses besoins fondamentaux. C'est pourquoi tout système national qui reconnaît la propriété privée comporte nécessairement une loi qui organise le régime général de l'expropriation ; une telle loi spécifie les conditions de légalité de l'expropriation parmi lesquelles figure toujours celle qui exige que l'opération poursuive un but qualifié par une expression qui varie d'un système à un autre : utilité publique, intérêt public, intérêt général, intérêt social, etc. Mais quelle que soit l'expression utilisée à cette fin, on relève en général une évolution importante menant à une conception très large de ce but, ce qui entraîne pour les autorités expropriantes un pouvoir très grand d'appréciation avec comme conséquence des possibilités réduites de contrôle juridictionnel. Il serait judicieux d'illustrer par un exemple concret qui à bien des égards est représentatif de cette évolution : le système français.

En France, le régime de l'expropriation de droit administratif — officiellement dénommée expropriation pour cause d'utilité publique — a connu à cet égard, sous l'effet de la pratique et de la jurisprudence administratives ainsi que des lois spécifiques, une évolution dans le sens d'une extension considérable du concept d'utilité publique, concept qui n'a jamais reçu de

(2) Voir Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Lithgow et autres*, 6 juillet 1986, A, vol. 102, para. 113, où la cour, parlant des principes du droit international régissant l'expropriation, remarque : « ... selon le droit international lui-même les principes dont il s'agit s'appliquent aux seuls étrangers. Ils ont été spécifiquement conçus pour ces derniers. En tant que tels, ils ne régissent pas la manière dont chaque État traite ses nationaux ».

définition dans les textes organisant le régime général de l'expropriation (3). À l'origine, il n'y avait utilité publique que lorsque l'administration visait à la réalisation de travaux publics (les travaux de voirie étaient vers le milieu du 19^e siècle la cause principale des expropriations) ou la constitution du domaine public. Puis des lois sont intervenues dans des domaines particuliers pour autoriser l'expropriation dans des buts spécifiquement définis : expropriation des immeubles insalubres dans un but d'hygiène (lois de 1850 et de 1902, décrets de 1935 et de 1938), de monuments historiques et sites naturels en vue de leur protection (lois de 1887, 1913 et 1930) etc. Parallèlement, la jurisprudence administrative a connu une évolution dans le même sens. En l'absence d'une définition de la notion d'utilité publique par les textes relatifs au régime général de l'expropriation, la jurisprudence ne traite que des cas d'espèce, ce qui confirme selon un spécialiste en la matière que « l'utilité publique n'est pas une notion formelle qui se référerait à une définition donnée par un texte, mais matérielle, c'est-à-dire se référant au contenu d'une activité ». Cette souplesse et cette imprécision qui caractérisent la notion ont permis ainsi à celle-ci de connaître « une évolution qui a pu aller jusqu'à une véritable transformation » (4).

Ainsi l'utilité publique est devenue synonyme de *l'intérêt général* (5). Les cas clairement reconnus comme n'étant pas d'utilité publique se limitent à celui où l'expropriation vise à satisfaire exclusivement un intérêt privé et celui où l'opération vise exclusivement à réaliser un objectif financier de l'administration expropriante. Ainsi, en ce qui concerne le mobile financier, n'est pas d'intérêt public une expropriation effectuée dans le seul but de permettre à l'administration de réaliser une opération spéculative en vendant à profit une partie du terrain exproprié (6). De même, une expropriation n'est pas justifiée si elle vise exclusivement à faire échapper à l'administration l'application des clauses d'un bail désavantageuses sur le plan financier : c'est le cas d'une expropriation qui vise uniquement à éviter à l'administration l'exécution de l'obligation au terme d'un bail de rendre au

(3) La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qui par renvoi a valeur constitutionnelle dans le système français depuis 1946, énonce solennellement que la propriété privée ne peut être transférée par contrainte aux pouvoirs publics que dans un but de *nécessité publique*. Le code civil français stipule que « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'*utilité publique* ... » (art. 545). L'ordonnance n° 58997 du 23 octobre 1958 reprend l'expression *utilité publique* sans la définir ; révisée ou complétée sur certains points depuis, elle régit actuellement le régime général de l'expropriation de droit administratif. Les premiers textes portant définition d'un tel régime remontent au milieu du 19^e siècle.

(4) HOMONT, A., *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, Librairie technique, 1975, p. 18.

(5) Selon le Conseil d'État une expropriation est licite lorsque « l'opération projetée présente un intérêt général », C.E., 10 août 1923, *Gros, Rec. Lebon*, 1971, p. 684.

(6) C.E., 20 octobre 1961, *Consort Wirth, Rec. Lebon*, 1961, p. 1063.

propriétaire un terrain avec à titre gracieux tous les immeubles qu'elle a construits dessus, et à lui permettre ainsi de vendre ceux-ci avec profit (7).

Récemment, la jurisprudence administrative tente de définir un critère général pour mieux contrôler l'appréciation faite par l'administration en faisant intervenir la notion d'équilibre des intérêts en cause (8). Mais tout compte fait, cette limitation du pouvoir d'appréciation de l'administration s'avère fort réduite et se trouve encore amoindrie sous l'effet de la théorie de l'intérêt général indirect et celle du but déterminant.

La première théorie permet à une déclaration d'utilité publique pour une opération de couvrir également une opération accessoire ou auxiliaire : la déclaration d'utilité publique pour la construction d'une mairie en tant qu'opération principale justifie également une opération accessoire qui était l'installation d'un bureau de poste (9). La même théorie a permis au Conseil d'État d'aller très loin dans la justification d'une opération qui seule n'aurait pas été susceptible d'être déclarée d'intérêt général mais qui se trouvait justifiée parce qu'elle permettait la réalisation d'une autre opération présentant en soi un intérêt général.

Ainsi l'expropriation d'un immeuble nécessitée par la construction d'un ensemble hôtelier et un casino trouve sa justification, aux yeux du Conseil d'État, dans le fait que la construction du nouveau casino, qui en soi présente difficilement un intérêt général, permet de libérer l'emplacement de l'ancien qui sera consacré à la construction d'une nouvelle mairie (10).

La théorie du but déterminant permet de justifier une opération lorsque celle-ci est inspirée principalement par un but d'intérêt général bien que subsidiairement elle vise également un but non susceptible d'avoir seul cette qualification. C'est ainsi qu'une expropriation qui satisfait un intérêt privé est légale si elle vise en même temps un but d'intérêt général considéré comme déterminant : l'expropriation nécessitée par la déviation d'une route nationale qui sert directement les intérêts d'une industrie privée est justifiée du moment que l'opération permet d'améliorer la circulation de la région et que l'industrie en question constitue un facteur important dans l'économie régionale (11). Pour la même raison de but d'intérêt général

(7) C.E., 20 mars 1953, *Bluteau*, *Rec. Lebon*, 1953, p. 80.

(8) Ainsi dans l'affaire de la *ville nouvelle Lille-Est*, le Conseil d'État expose les paramètres qui président à l'appréciation de la légalité du but d'une expropriation : « Une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente », C.E., *Association ville nouvelle Lille-Est*, 28 mai 1971, *Rec. Lebon*, 1971, p. 410 ; *J.C.P.* 71, II, 16873, note HOMONT.

(9) C.E., 3 novembre 1966, *Dame Bardonnenche*, *Rec. Lebon*, 1968, p. 359.

(10) C.E., 12 avril 1967, *Sté nouvelle des entreprises d'hôtels*, *J.C.P.*, 68, II, 15606, note HOMONT, selon lequel on aurait pu s'attendre à un but légitime moins lointain tels que les ressources financières, le développement du tourisme.

(11) C.E., 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, *Rec. Lebon*, 1971, p. 561 ; *A.J.D.A.*, 1972, 227, note HOMONT.

déterminant, l'expropriation est licite malgré le fait que l'industrie privée en question prend en charge une partie des frais de l'opération, cet avantage financier pour l'administration n'étant qu'accessoire (12).

Ainsi pour le système français qui au bout d'une longue évolution réserve à l'administration un pouvoir relativement large d'appréciation du but d'une expropriation tout en soumettant les actes de l'administration à un contrôle juridictionnel effectif pour faire respecter certaines limites, restrictions certes mais concrètes (13).

Et on peut faire la même constatation pour d'autres systèmes qui ont connu une extension comparable de la notion d'utilité publique ou d'intérêt général, évolution inévitable compte tenu de la complexité croissante de la vie d'une collectivité nécessitant l'extension des travaux et des services publics pour satisfaire les besoins de plus en plus grands de la vie sociale (14).

B. La nationalisation

Les transferts forcés d'entreprises du secteur privé au secteur public, effectués par les autorités au niveau le plus élevé d'un système — normalement le pouvoir législatif — et visant un but de stature nationale inspiré par des considérations politiques ou économiques nationales fondamentales, ne sont pas soumises au même régime juridique que l'expropriation de droit

(12) C.E., *Ville de Sochaux*, *op. cit.*

(13) Sur le but d'utilité publique et son évolution, voir HOMONT, *op. cit.*, p. 18-28 ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 6^e éd., tome 2, 1975, p. 228-231. Il convient de faire la distinction ici entre but et motifs de l'acte. Le but ou mobile de l'acte se caractérise par son caractère subjectif s'agissant de la représentation dans l'esprit de l'auteur de l'acte d'un certain résultat alors que les motifs sont des faits antérieurs et extérieurs à l'acte qui ont déterminé une autorité à accomplir un acte juridique. La jurisprudence administrative française exerce un contrôle sur les motifs de l'acte administratif qui peut être affecté soit par une illégalité due à l'inexistence des motifs invoqués, soit par une illégalité relative à la valeur justificative de ces motifs. Dans cette dernière perspective, se situe le cas de l'erreur manifeste commise dans l'appréciation des motifs, qui n'entraîne l'annulation d'un acte que si l'erreur est grossière et flagrante. Ce contrôle n'a pas d'importance pratique en matière d'expropriation ; sur le contrôle des motifs de l'acte administratif, voir DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 8^e éd., 1980, p. 577 et s.

(14) Le droit suisse présente à cet égard une physionomie étonnamment analogue à celle du droit français, voir AUBERT, J.-F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, 1967, Vol. II, p. 761 et s. ; *Supplément 1967-1982*, 1982, p. 273 et s.

Aux États-Unis, le pouvoir de contrôle des tribunaux sur la condition de *public purpose* est devenu extrêmement réduit face au pouvoir d'appréciation des autorités fédérales et de celles des États fédérés, voir NOWAK, J.E. *et al.*, *Constitutional Law*, Handbook Series, West Publishing Company, 1978, p. 447-448 ; SCHUSSLER, Th., *Constitutional Law of the United States*, 1971, p. 118. Voir également, LOWENFELD, A.F. (ed.), *Expropriation in the Americas, a Comparative Law Study*, New York, Dunellen, 1971, 265-268. Il est significatif que le cinquième amendement constitutionnel des États-Unis ne mette en relief, en ce qui concerne la protection de la propriété privée, que les conditions de *due process of law* et de *just compensation*, celle de *public use* étant mentionnée pour ainsi dire en passant, comme si cela allait de soi : « No person ... shall be deprived of liberty or property without due process of law, nor shall private property be taken for public use without just compensation ».

Voir également une évolution dans le même sens dans quelques pays d'Amérique latine, LOWENFELD (ed.), *op. cit.*, p. 25-29, 61-62, 86-92, 128-132, 164-165, 216-221.

administratif. Les solutions diffèrent d'un système national à un autre à cet égard. Certaines constitutions portent expressément des dispositions fixant les conditions de base de l'expropriation *lato sensu* (États-Unis, France, Inde par exemple). De nombreux textes constitutionnels garantissent la propriété privée mais restent muets sur l'expropriation, et ne sont pas rares les constitutions qui n'offrent aucune garantie pour la propriété privée (15). Si l'on ajoute le fait que dans nombre de pays, y compris les pays développés, le contrôle de la constitutionnalité des lois est soit inexistant soit inefficace, on s'aperçoit que dans la plupart des pays, la nationalisation relève d'un pouvoir législatif discrétionnaire et échappe au contrôle juridictionnel.

Si l'on prend le cas d'un système qui définit constitutionnellement les conditions de l'expropriation, il n'est pas rare de constater que rien n'est dit en ce qui concerne le but (16). C'est que, l'opération étant en général réalisée par un acte législatif émanant de l'instance hautement représentative de la nation, elle est réputée inspirée par des considérations qui ne peuvent être que d'intérêt national. Même dans le cas où expressément ou implicitement la condition de but d'intérêt général est exigée par la Constitution, la marge d'appréciation du pouvoir nationalisant est pratiquement discrétionnaire. C'est ainsi par exemple qu'en France, le pouvoir d'appréciation du Parlement en ce qui concerne le but d'une nationalisation échapperait au contrôle constitutionnel et une opération ne serait inconstitutionnelle aux yeux du Conseil constitutionnel qu'en cas *d'erreur manifeste* du Législatif dans l'appréciation des faits qui la justifient, compte tenu du but proposé (17).

(15) Depuis quelques années, un certain nombre de PVD, soucieux de rassurer les investisseurs étrangers qu'ils veulent attirer, prennent soin, en l'absence de dispositions constitutionnelles expresses relatives à l'expropriation, de faire spécifier clairement des garanties à cet égard dans leurs codes des investissements qui sont d'ordinaire de nature législative. C'est le cas par exemple du code malgache des investissements de 1985 qui dans son art. 8 « garantit le respect des droits de propriété individuelle ou collective » et qui prévoit qu'« Au cas où, pour des motifs d'intérêt général et en vertu d'une loi, des mesures directes ou indirectes de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition auront été prises, elles ouvriront droit à des indemnisations ... ». Cette précaution n'apporte au fond aucune garantie juridique en ce qui concerne la nationalisation, car un code étant en général de nature législative, ses prescriptions ne peuvent prévaloir sur une loi de nationalisation postérieure qui peut en toute légitimité les ignorer.

(16) Ainsi par exemple de la Constitution malaisienne de 1957, art. 13 qui demande qu'une expropriation soit « conforme à la loi », de la Constitution zambienne de 1972, art. 18, qui exige qu'une expropriation soit effectuée « en vertu d'une loi ».

(17) Le Conseil constitutionnel français a eu l'occasion, dans son avis du 16 janvier 1982 sur le projet de loi portant nationalisation d'institutions bancaires, de se prononcer sur ce point, voir JULLIARD, J., dans « Chronique de droit international économique 1981 », *Annuaire français de droit international*, 1981, p. 565 ; B. GOLDMAN, « Les décisions du Conseil constitutionnel relatives aux nationalisations et le droit international », *Journal du droit international*, 1982, 275-329.

Le Conseil constate dans l'avis en question « que le législateur a entendu fonder les nationalisations opérées par ladite loi sur le fait que ces nationalisations seraient nécessaires pour donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage et procéderaient donc de la nécessité publique au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 » mais estime que cette appréciation « ne saurait, en l'absence d'*erreur*

II. LE DROIT INTERNATIONAL ET L'EXIGENCE D'UN BUT À TRÈS HAUT DEGRÉ DE GÉNÉRALITÉ

L'observation des systèmes nationaux montre ainsi que le pouvoir d'appréciation du but d'une expropriation de droit administratif est très large pour les autorités compétentes et qu'il est pratiquement discrétionnaire en ce qui concerne la nationalisation. Face à cette situation, il convient de voir quelle est la position du droit international. On fera remarquer tout d'abord que l'expropriation de droit administratif ne fait pas problème dans la pratique internationale, car les droits nationaux se rejoignent sur ce point pour imposer aux pouvoirs publics des limites restreintes certes, mais effectives.

Pratiquement, seuls les cas de nationalisation soulèvent des conflits transnationaux ou internationaux, mais dans un souci de généralité, il est couramment question dans les textes internationaux de l'expropriation *lato sensu*. C'est fort de cette constatation qu'il convient d'aborder l'étude de la pratique internationale à cet égard.

Cette pratique paraît être solidement établie dans le sens de la reconnaissance d'une obligation relative au but d'une expropriation. Ainsi, après une présence assez irrégulière dans les traités de commerce et d'établissement pendant presque un siècle, les expressions d'utilité publique et d'intérêt général ont acquis depuis la fin de la 2^e guerre mondiale droit de cité dans cette catégories de traités et surtout dans les traités de promotion et de protection des investissements qui prolifèrent depuis trois décennies. Certes ces derniers, presque exclusivement bilatéraux, étant en général rédigés sur la base des modèles plus ou moins imposés par les pays développés exportateurs de capitaux, on comprend que les conditions de nationalisation qui y sont spécifiées soient celles consacrées par les législations de ces pays dont celle du but d'intérêt général. Mais il est intéressant de relever que certains traités bilatéraux de ce genre conclus entre PVD, ou entre un PVD et un pays socialiste, ou entre pays socialistes, mentionnent également ladite condition (18).

Sur le plan régional, on peut faire la même constatation. L'art. 1 du Protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que « ... Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'uti-

manifeste, être récusée ... ». Ainsi il est question non de contrôler la validité du but poursuivi par l'État de se doter de moyens pour faire face à la crise économique mais le cas échéant de vérifier si dans l'appréciation des faits qui ont motivé l'opération, l'État a commis une *erreur manifeste*, autrement dit, il s'agit de contrôler la valeur justificative des motifs invoqués, de voir dans le cas d'espèce si le jugement de l'État quant aux effets de l'opération est entaché d'une erreur manifeste. Voir également *supra*, note 13.

(18) Exemples de traités entre PVD : Accord Pakistan-Koweït du 17 mars 1983, art. 4 exigeant un « public interest » ; Corée du Sud-Sri Lanka, 28 mars 1980, art. 7 (public purpose). Exemple d'accords entre pays socialistes : Chine-Roumanie, 10 février 1983, art. 4.1 (public interest).

lité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». L'accord de promotion et de protection des investissements entre les pays de l'Association des pays du Sud-Est asiatique (1987), interdit l'expropriation « except for public use, or public purpose, or in the public interest » (art. VI.1) et il en est de même de l'accord relatif à l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes qui autorise l'expropriation « pour la réalisation d'un intérêt public ». Le modèle A d'accord bilatéral de promotion et de promotion des investissements proposé par le comité consultatif juridique afro-asiatique offre le choix entre *public purpose* et *national interest* (art. 7) (19).

Cette consécration conventionnelle généralisée est clairement corroborée aussi bien par des prises de position gouvernementales de caractère général ou à l'occasion d'un conflit déterminé, que par la jurisprudence internationale. Comme exemple éminent d'une déclaration générale émanant d'un pays développé exportateur de capitaux, on peut citer la déclaration de la Maison Blanche du 19 janvier 1972 intitulée *Policy statement on economic assistance and investment security in developing nations*, qui exige un *public purpose* (20).

Les engagements d'ordre général émanant de PVD importateurs de capitaux se trouvent stipulés dans certains codes des investissements (21).

Mais c'est à l'occasion de certains conflits déterminés qu'on trouve exprimée de façon concrète la reconnaissance de l'exigence du but d'intérêt général d'une nationalisation. Lors du conflit né de la nationalisation des compagnies pétrolières étrangères au Mexique en 1938, le gouvernement américain, à l'échelon le plus élevé, fit mention parmi les conditions d'une nationalisation licite la nécessité d'un *public purpose* (22).

Par contre, le gouvernement britannique mit en doute au début la légalité de la mesure mexicaine en arguant de l'absence d'une spécification claire d'un but d'intérêt général (23).

(19) Accord de l'ANASE, *I.L.M.*, 1988, 612 ; accord sur l'investissement arabe, *Foreign Investment Law Journal* (CIRDI), 1988, 191 (version anglaise non officielle) ; Modèles afro-asiatiques pour accords bilatéraux de protection et de promotion des investissements, *I.L.M.*, 1984, 248.

(20) *I.L.M.*, 1972, 241.

(21) Voir *supra*, note 15.

(22) En l'espèce, cette condition fut implicitement considérée comme remplie, le différend étant centré sur les conditions relatives à l'indemnisation ; voir la lettre du président Roosevelt au président mexicain Cardena, 31 août 1939 : « In various official communications adressed by this Government to the Government of Mexico, it has been made very clear that the authority of the Mexican Government to take property for purposes of public utility was not questioned, and could not be questioned, but it was also pointed out that under international law the procedure or expropriation requires as an integral part for its fulfillment payment of just and adequate compensation. », texte dans *Foreign Relations of the United States, 1939, V*, p. 703. On relève que la condition de *public purpose* n'est mentionnée qu'en passant.

(23) Note du 8 avril 1938 où le gouvernement britannique faisait savoir qu'« it has looked in vain for any specific and adequate statement of such public interest », citée dans J.I. KUNZ,

Les nationalisations indonésiennes frappant les intérêts hollandais en 1958 ont donné lieu à des protestations du gouvernement des Pays-Bas fondées sur l'argument selon lequel les mesures en question ne répondaient pas à la condition d'intérêt général, compte tenu de leur but de représailles d'ordre politique comme en témoigne l'absence d'un plan préconçu aux fins de l'usage des biens nationalisés (24).

Du côté du gouvernement nationalisant, il est intéressant de noter que le gouvernement indonésien ne niait pas l'exigence d'un but d'intérêt général mais s'appliquait à démontrer qu'en l'occurrence, cette condition était satisfaite (25).

La jurisprudence arbitrale internationale s'est prononcée dans le même sens. Les sentences arbitrales de l'entre-deux-guerres avaient clairement admis cette condition. Dans l'affaire *Norwegian Shipowner Claims* (États-Unis - Norvège) le tribunal arbitral, se référant au 5^e Amendement constitutionnel américain en tant qu'il reflétait les principes du droit international en la matière, estima qu'en l'espèce la condition de *public use* était remplie (26). D'autres sentences ont reconnu ladite condition bien que de façon indirecte (27).

Les sentences arbitrales internationales récentes abondent dans le même sens (voir développement *infra*).

Il n'est pas étonnant que la Déclaration de l'Assemblée générale de l'O.N.U. sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (Rés. 1803 (XVII) du 14 décembre 1962), considérée par les pays développés et les sentences arbitrales récentes comme expression du droit international coutumier en la matière, stipule cette condition (28). Tout en affir-

The Mexican Expropriation, New York University School of Law. Contemporary Law Pamphlets Series 5, n° 1, International Law Series, 1940, p. 55. Voir également *infra*, note 52.

(24) Voir détails *infra*, note 54.

(25) Voir *infra*, note 54.

(26) Sentence du 13 octobre 1922, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales* (ci-après *R.S.A.*), vol. II, p. 309 et s., à la p. 334.

(27) Voir la sentence arbitrale du 30 juin 1930 dans l'affaire *entre le Portugal et l'Allemagne au sujet de la responsabilité de l'Allemagne en raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre* qui observait : « Le droit international impose le respect de la propriété privé ... mais il reconnaît à l'État le droit de déroger à ce principe lorsque son intérêt supérieur l'exige. Il admet ainsi, en temps de paix, l'expropriation pour cause d'utilité publique, en temps de guerre, la réquisition », *R.S.A.*, II, p. 1037 et s., à la page 1039 ; l'affaire *David Goldenberg et fils c. État allemand*, *ibid.*, p. 903 et s., à la page 909. Il est à remarquer qu'à part l'affaire *Norwegian Shipowner Claims*, la condition d'intérêt public n'a été mentionnée dans les sentences qu'en passant, sans qu'il y ait eu examen du mobile de l'acte aux fins de contrôle, cette condition étant implicitement reconnue remplie en l'espèce.

(28) Sentence arbitrale dans l'affaire *Texaco/Calasiatic c. gouvernement libyen*, 17 janvier 1977, texte en grande partie reproduit dans *Journal du droit international*, 1977, p. 350 et s., qui conclut qu'« En fonction des conditions de vote précédemment évoquées et traduisant une '*opinio juris communis*', la résolution 1803 (XVII) paraît au Tribunal de céans refléter l'état du droit coutumier existant en la matière » (*para.* 84) alors que la Charte des droits et des devoirs économiques des États (Rés. 3281 (XXIX), 1974), art. 2, qui ne spécifie pas de conditions de nationalisation, « doit s'analyser comme une déclaration d'ordre politique plutôt que juridique entrant

mant le droit d'un pays d'exproprier et de nationaliser, la déclaration précise que ce droit doit être exercé dans un but « d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés tant nationaux qu'étrangers ».

Ceci étant, une question capitale se pose quant à la marge d'appréciation des États en ce qui concerne le but d'une mesure d'expropriation ou de nationalisation. Si l'on prend la Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, on est frappé par le fait qu'à part l'expression d'« utilité publique », couramment utilisée dans les systèmes nationaux pour qualifier une expropriation de droit administratif et évoquant des limites concrètes bien que limitées au pouvoir d'appréciation, la déclaration se réfère à la « sécurité nationale » et à l'« intérêt national », concepts d'une très grande généralité qui s'appliquent à la nationalisation et qui impliquent, par le qualificatif « national », que leur appréciation ne peut être faite en principe que par les autorités compétentes du pays concerné.

L'appréciation du but d'une opération relève donc en principe de l'État nationalisant qui est, on l'a vu, très large selon les systèmes nationaux, notamment en ce qui concerne la nationalisation où ce pouvoir est pratiquement discrétionnaire.

L'examen de cas confirme cette manière de voir. Dans les conflits, la question de la validité du but d'une nationalisation est rarement soulevée ; le plus souvent l'État d'origine conteste la légalité d'une mesure sur un plan différent — dans la quasi-totalité des cas, sur celui de l'indemnisation — ; la condition d'un but d'intérêt public n'est mentionnée par l'État d'origine qu'en passant à titre de principe et avec la reconnaissance implicite que la condition est remplie en l'espèce et l'État nationalisant ne manque pas, lorsque l'occasion s'en présente d'affirmer qu'il a en principe un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (29).

Exceptionnellement, on trouve certains cas où le but proclamé par l'État nationalisant est rejeté comme illégal par l'État d'origine mais l'argument porte sur des exceptions au principe (voir ci-après).

La jurisprudence internationale récente confirme cette constatation. Dans l'affaire *Texaco*, en l'absence du gouvernement libyen, et face à l'allégation des demandresses de l'absence d'un but d'intérêt général de la

dans la stratégie idéologique de développement ... » (para. 87 et 88). Dans le même sens, voir la sentence dans l'affaire *Aminoil c. gouvernement du Koweït*, 24 mars 1982, texte en version française reproduit en grande partie dans le même journal, 1982, p. 869 et s., texte anglais intégral dans *I.L.M.*, 1982, 976 et s., au para. 90.

(29) Quelques exemples ont été mentionnés sur l'attitude des pays d'origine, *supra*. En ce qui concerne les pays d'accueil, on peut citer la position clairement affirmée du gouvernement mexicain dans le conflit pétrolier de 1938. En réponse à la note britannique prétendant ne pas découvrir un intérêt public dans la mesure mexicaine, le gouvernement mexicain souligne que « selon le droit international, les motifs d'intérêt public peuvent être déterminés par chaque État à sa discrétion » (Note du 12 avril 1938), *KUNZ, op. cit.*, p. 55.

mesure incriminée, l'arbitre a cru « devoir considérer le gouvernement libyen comme ayant agi selon l'appréciation qu'il fait souverainement dans l'intérêt du pays » (para. 74). Le tribunal des réclamations Iran - États-Unis, dans l'affaire *Amoco*, en cherchant à savoir si la nationalisation en question était justifiée par un but d'intérêt général (public purpose) dont il reconnaissait comme une condition de légalité d'une nationalisation (para. 115), en est venu à relever que « A precise definition of the 'public purpose' for which an expropriation may be lawfully decided has neither been agreed upon in international law nor even suggested. It is clear that, as a result of the modern acceptance of the right to nationalize, this term is broadly interpreted, and that States, in practice, are granted extensive discretion » (para. 145) (30). Dans l'affaire *Liamco*, l'arbitre manifeste même un doute sur l'utilité pratique de la condition d'intérêt public, car dans la réalité, « la nationalisation en elle-même présuppose généralement une politique générale ou un plan politique qui sous-tendent sa mise en œuvre » (para. 163) (31).

La Cour européenne des droits de l'homme et la Commission sont du même avis quant à la latitude très large de l'appréciation de l'intérêt général par les autorités nationales. Ainsi, dans l'affaire *Lithgow et autres*, la Commission a émis l'avis suivant relatif au pouvoir d'appréciation des autorités nationales en ce qui concerne la condition d'utilité publique à laquelle soumet l'art. 1 du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme toute privation de propriété : « Il appartient en premier ressort aux autorités nationales de décider quelles sont les mesures prises 'pour cause d'utilité publique', et elles disposent pour cela d'une 'marge d'appréciation' (voir par exemple, affaire *Handyside* ...). La Commission estime que la marge dont jouissent les autorités nationales pour prendre pareille décision est large. L'article 1 n'exige pas de 'nécessité'. En outre, les décisions en la matière impliquent fréquemment l'appréciation de questions politiques, économiques et sociales qui restent, selon la convention, du ressort des États contractants » (32). La Commission n'a fait que tirer ici sur le plan des restrictions à la propriété privée le principe général reconnu par la Cour en ce qui concerne le pouvoir d'appréciation des États lorsqu'il s'agit de prendre des mesures portant restrictions des droits et libertés garantis par la Convention et exposé ainsi dans l'arrêt *Handyside* : se référant à l'art. 10 de la Convention garantissant la liberté d'expression sous réserve des restrictions ou sanctions imposées par les mesures nationales

(30) Sentence dans l'affaire *Amoco International Finance Corporation c. gouvernement d'Iran*, 14 juillet 1987, texte anglais reproduit dans *I.L.M.*, 1988, p. 1320 et s.

(31) Sentence dans l'affaire *Libyan American Oil Company c. gouvernement libyen*, 12 avril 1977, texte français reproduit dans *Revue de l'arbitrage*, 1980, p. 132 et s.

(32) Série A, Vol. 102, para. 372.

« nécessaires » au regard de certaines considérations (sécurité nationale, morale, ...), la Cour admet qu'il appartient « aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de 'nécessité' ». Et de conclure que l'article 10, para. 2 de la Convention « réserve aux États une marge d'appréciation » (33).

On comprend que le *Restatement (second) of the Foreign Relations Law of the United States*, qui constate que même en droit interne le concept de *public purpose* ou *public use* paraît de plus en plus vague et d'utilité douteuse à l'avenir (para. 185, *comment b*), ne retient la condition de légalité du but d'une expropriation qu'en raison de sa large reconnaissance. Le *Restatement (third)* consacre un commentaire plus court encore dans le même sens (para. 712, *comment e*).

La pratique internationale reconnaît donc le principe qu'il appartient aux pouvoirs nationaux d'apprécier le but d'une expropriation. Comme remarquait un grand observateur de la vie internationale « Les raisons qui inspirent les nationalisations sont diverses ; mais toutes se ramènent dans l'esprit de ceux qui les édictent à l'intérêt supérieur de la collectivité ... Quelles qu'en soient les raisons, les gouvernants en sont les seuls juges. La nationalisation est une mesure d'ordre interne dictée bien souvent par des raisons plus politiques qu'économiques. Envisagée dans son principe, sa légitimité ne relève d'aucun critère international » (34).

Toutefois, quelle que soit l'étendue du pouvoir d'appréciation laissée à l'État expropriant, ce pouvoir n'est pas accepté comme absolu par les pays développés et par la jurisprudence internationale, lesquels considèrent que si l'État expropriant dispose d'un large pouvoir d'appréciation, celui-ci est néanmoins soumis au contrôle du droit international qui lui impose certaines restrictions. Cette position est bien exprimée par la Cour européenne des droits de l'homme qui, tout en reconnaissant qu'il appartient aux États de juger quelles sont les restrictions à apporter aux droits et libertés garantis par la Convention, affirme que ceux-ci ne disposent pas à cet égard « un pouvoir d'appréciation illimité » (35).

(33) Série A, Vol. 24, para. 48. Sur la portée du concept d'utilité publique en matière d'expropriation dans le cadre du protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, voir les remarques pertinentes de CONDORELLI, L., dans « Il protocollo revisitato », *Rivista internazionale del diritto dell'uomo*, 1989, n° 2, p. 269 et s.

(34) Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1960, 245.

(35) Affaire *Handyside*, citée *supra* note 33, au para. 49. La commission, dans l'affaire *Lithgow et autres*, parlant précisément de la privation de propriété pour cause d'utilité publique, se réfère à cette position de la cour pour dire que le pouvoir d'appréciation de l'État expropriant « n'est pas illimité et son exercice est soumis au contrôle des organes de la Convention » (voir para. 372 de l'avis, cité *supra* note 32).

III. LES LIMITES DU POUVOIR D'APPRÉCIATION QUANT AU BUT DE L'EXPROPRIATION

Il est soutenu à l'occasion de conflits que certains mobiles de nationalisation ne peuvent pas être considérés comme licites au regard du droit international :

A. *Les représailles politiques*

C'est sans aucun doute l'argument le plus fréquemment invoqués par certains pays exportateurs de capitaux et les entreprises transnationales pour contester la validité internationale du but invoqué pour une nationalisation. Ainsi, pour nier la validité des mesures indonésiennes de nationalisation de 1958 visant les intérêts néerlandais, le gouvernement des Pays-Bas s'est référé au préambule de la loi indonésienne n° 86 qui faisait état de la lutte pour la libération de l'Irian occidental — ce territoire était l'objet d'une crise grave entre les deux pays — pour soutenir que « les mesures en question n'étaient pas fondées sur l'intérêt général en rapport avec l'usage à faire des biens à nationaliser », car elles avaient seulement pour but d'exercer des représailles et des pressions politiques sur les Pays-Bas au sujet du différend territorial (36).

Le gouvernement américain, réagissant à la nationalisation par la Libye de la *Nelson Bunker Hunt Oil Company* (loi libyenne n° 42, 1973), a contesté la légalité de l'acte libyen sur la base de certaines déclarations du président libyen et du commentaire de la loi en question car « les motifs de l'action libyenne étaient les représailles politiques contre les États-Unis » (37). Une attitude semblable avait été adoptée à l'occasion des nationalisations cubaines de 1960 frappant exclusivement les entreprises américaines, la loi cubaine ordonnant ces nationalisations étant du côté américain jugée contraire au droit international parce qu'elle était intervenue « en représailles contre les actions entreprises par le Congrès et le Président des États-Unis » (38).

C'est sans doute pour prévenir des nationalisations de représailles que les accords de promotion et de protection des investissements du réseau britannique mentionnent régulièrement la condition de « public purpose related to internal needs of that party » (39).

(36) Voir la note néerlandaise du 28 février 1959, point B, extraits reproduits dans WHITE-MAN, M., *Digest of International Law*, vol. 8, p. 1048-50.

(37) Note américaine du 8 juillet 1973 : « Under established principles of international law, measures taken against the rights and property of foreign nationals which are arbitrary, discriminatory, or based on considerations of political reprisal and economic coercion are invalid and not entitled to recognition by other states », *U.S. Digest of International Law*, 1973, p. 335.

(38) Voir WHITE-MAN, *op. cit.*, p. 1042.

(39) On rencontre cette qualification régulièrement dans les accords conclus depuis 1981, voir par exemple l'art. 5 de l'accord avec le Lesotho, 18 février 1981.

Dans les affaires de nationalisations libyennes soumises à arbitrage, les compagnies américaines ont également avancé la thèse de l'illégalité des mesures visant un but de représailles politiques contre leur État national, comme en témoignait le fait que seuls les intérêts américains étaient affectés. On voit que l'argument de mobile politique se fonde pratiquement sur l'allégation que seules des personnes d'une nationalité déterminée sont visées, c'est-à-dire sur la discrimination en raison de la nationalité. Dans l'affaire *Aminoil*, la compagnie américaine a soutenu qu'elle était victime d'une discrimination étant seule à être nationalisée. Ces arguments montrent qu'on déborde ainsi sur le terrain d'un autre critère généralement soutenu comme étant une autre condition de la légalité d'une nationalisation : la non-discrimination.

Les tribunaux arbitraux concernés ont eu sur ce point des opinions qui amènent inévitablement à la question de savoir si la condition de but d'intérêt général et celle de non-discrimination entre étrangers ne sont au fond que deux faces d'une même exigence. Malgré un raisonnement basé sur une distinction formelle entre la condition de but d'intérêt général et celle de non-discrimination, l'arbitre dans l'affaire *Liamco* en est venu à conclure, dans le cadre de l'examen de l'argument de discrimination, que si la motivation politique échappe en principe au contrôle du droit international s'agissant d'une nationalisation elle peut être frappée d'illégalité si elle « prend la forme d'une discrimination, lorsqu'elle résulte de représailles politiques ». Ici c'est la non-discrimination qui est centrale et les représailles politiques sont visées à ce titre. Une autre approche est adoptée par les sentences *Texaco* et *Aminoil*. La sentence *Aminoil* établit un lien très clair entre but d'intérêt général et non-discrimination : « Ainsi la question se pose de savoir si la nationalisation d'*Aminoil* ne revêtait pas, par conséquent, un caractère discriminatoire, et de savoir si cette différenciation ne montre pas que le Décret-loi avait d'autres objets que celui de réaliser un programme de développement économique ». Ici, au contraire de la sentence *Liamco*, c'est le but qui est au centre et la discrimination n'est que la preuve de l'absence d'un but d'intérêt général. L'arbitre dans l'affaire *Texaco* a adopté une approche analogue à celle du tribunal dans l'affaire *Aminoil* en rejetant ensemble les arguments de représailles politiques et de discrimination par un seul motif, celui de l'appréciation souveraine par le gouvernement libyen des intérêts du pays (40).

La confusion entre les deux conditions est compréhensible du moment qu'on caractérise la discrimination par l'intention hostile car on touche ici au mobile de l'acte. Il est significatif que certains accords bilatéraux récents de promotion et de protection des investissements du réseau britannique spécifient que les expropriations sont interdites « except for a public pur-

(40) Sentence *Texaco*, para. 74 ; Sentence *Liamco*, V. 6 ; Sentence *Aminoil*, para. 87.

pose which is not discriminatory » (41). L'argument de représailles politiques-discrimination se heurte à des objections non négligeables. Les affaires arbitrales susmentionnées montrent que pour peu que le gouvernement nationalisant ait une certaine conception d'ensemble concernant la nationalisation des investissements dans un domaine donné, toute nationalisation entreprise en rapport avec cette conception apparaît comme justifiée par un but d'intérêt général (voir ci-après) et il n'est même pas nécessaire pour le gouvernement concerné d'avoir un plan très précis ni de réaliser d'un seul coup une opération d'envergure touchant en même temps un grand nombre d'entreprises. Un État peut procéder de façon graduelle à la nationalisation de l'ensemble d'un secteur et il est même jugé pertinent pour un État ne disposant pas de moyens à cette fin de ne pas effectuer une nationalisation massive (42).

Dans ces conditions, il est très difficile de faire la preuve de la discrimination, car la comparaison sur une période de temps assez longue a pour effet de noyer facilement une mesure d'inspiration discriminatoire dans un vaste ensemble. C'est ainsi que dans l'affaire *Liamco*, l'arbitre a conclu à la non-discrimination après un examen de l'ensemble des opérations de récupération des ressources pétrolières étalées dans le temps et le fait qu'il ait basé cette conclusion sur l'avis que « le mobile politique ne fut pas le mobile *dominant* » témoigne de la difficulté de se prononcer sur l'existence d'une inspiration discriminatoire au sujet d'une mesure individuelle lorsque celle-ci est envisagée dans un ensemble pourvu d'une certaine épaisseur de temps.

L'argument de représailles politiques-discrimination se heurte à une autre objection qui s'appuie sur la pratique même d'un grand pays exportateur de capitaux qui l'invoque : les États-Unis. C'est que le gouvernement de ce pays n'a pas hésité à prendre des mesures de contrainte visant à influencer les comportements des entreprises américaines en fonction de sanctions économiques qu'il a décidées contre un pays avec lequel les États-Unis sont en conflit. Ainsi, le gouvernement américain a tenté de mettre fin aux activités des entreprises et des ressortissants américains travaillant en

(41) Voir l'accord avec la Pologne, 8 décembre 1987, art. 5. Sur les liens entre la condition de but et celle de non-discrimination, voir J.-P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements*, PUF, 1985, p. 186.

(42) Dans l'affaire *Aminoil*, la compagnie invoque le caractère individuel de la mesure pour soutenir qu'elle n'a pas « un objet d'intérêt général ». Le tribunal rejette cet argument car il « ne voit pas pourquoi un Gouvernement qui poursuivait une politique cohérente de nationalisation n'aurait pas eu le droit de l'effectuer progressivement. Au surplus, il n'est guère nécessaire de souligner le caractère raisonnable d'une politique de nationalisation qui s'opère de façon graduelle, par étapes successives, selon le développement des moyens administratifs et techniques nécessaires » (*para.* 86).

Libye, à titre de sanctions contre ce pays pour des motifs qui n'ont aucun rapport avec les investissements (43).

Cette pratique ne peut pas manquer de donner du poids à l'argument tenu par des pays en développement selon lequel certains pays d'origine se servent des multinationales qui relèvent d'eux pour porter atteinte à la sécurité politique et économique du pays d'accueil, argument qui est avancé parfois pour justifier la nationalisation des entreprises relevant d'un pays d'origine déterminé (44). C'est ainsi que le fait de viser les entreprises relevant d'un pays déterminé n'est en général pas présenté par l'État nationalisant avant tout comme des représailles politiques mais surtout comme une mesure ayant pour but de défendre le pays contre les risques ou préjudices que l'existence de telles entreprises entraîne pour la sécurité politique ou l'indépendance économique du pays. Dans certains cas, compte tenu du contexte national ou international, on voit se profiler plus ou moins nettement l'idée qu'une mesure de nationalisation s'inscrit dans le cadre d'une politique d'affrontement politique entre l'État d'accueil et l'État d'origine, mais l'État nationalisant prend toujours soin d'insister sur un autre but plus général et impérieux qui est la sécurité politique, l'indépendance ou le développement économique du pays. C'est le cas des nationalisations libyennes de 1973 à propos desquelles le président libyen a fait des déclarations témoignant clairement d'une intention de représailles politiques mais qui ont été néanmoins rattachées à la politique proclamée de récupérations des ressources pétrolières. Les nationalisations cubaines de 1960 frappant les entreprises américaines ont été officiellement prises « pour la défense de la souveraineté nationale et le développement économique libre de notre pays » (45). C'est également le cas des nationalisations indonésiennes des entreprises néerlandaises en 1958 qui ont été justifiées aussi bien comme une mesure inscrite dans le cadre de l'affrontement avec les Pays-Bas au sujet de l'Irian occidental que comme une opération visant tant à assurer

(43) Voir par exemple les mesures prises le 7 janvier 1986 par le président Reagan contre la Libye, accusée d'actes terroristes contre les intérêts américains, portant interdiction totale du commerce d'exportation et d'importation ainsi que des contacts commerciaux et autres transactions avec la Libye y compris les voyages liés à des activités autres que celles nécessaires au travail journalistique. Étaient visées notamment à cet égard les activités de quatre compagnies pétrolières américaines en Libye responsables d'environ 20 % de la production pétrolière libyenne, ROUSSEAU, « Chronique des faits internationaux », *R.G.D.I.P.*, 1986, p. 650. Des mesures du même ordre avaient déjà été prises en 1981 et 1982 contre la Libye pour d'autres motifs, voir « Chronique » du professeur ROUSSEAU, *op. cit.*, *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 574.

(44) Le projet actuel du code de conduite des sociétés transnationales négocié dans le cadre de la commission des sociétés transnationales de l'ONU (document E/1988/39/add. 1) porte une disposition (para. 66), inspirée par les pays en développement, qui recommande aux États « de ne pas utiliser les sociétés transnationales pour intervenir dans les affaires intérieures et extérieures d'autres États ».

(45) Voir les considérants de la loi n° 851 sur la nationalisation des entreprises américaines, version anglaise partiellement reproduite dans WHITEMAN, *Digest ...*, *op. cit.*, vol. 8, p. 1041-42.

le développement économique qu'à renforcer la sécurité et la défense du pays (46).

Le fait d'accumuler plusieurs buts est significatif si on ne perd pas de vue la thèse du but déterminant, thèse qui semble être reconnue aussi bien par la pratique que la jurisprudence internationales. En effet, la sentence *Liamco* conclut à la légalité de la nationalisation libyenne en l'occurrence étant donné que « le mobile politique ne fut pas le mobile dominant de la nationalisation ». Autrement, lorsque le but d'intérêt général est prouvé (dans le cas d'espèce, l'existence d'une politique de nationalisation) et qu'il s'avère dominant, il rend à lui seul la mesure légale même si la présence d'un mobile politique est décelée. C'est sans doute dans ce sens que le gouvernement britannique, dans l'affaire de la nationalisation de l'*Anglo-Iran Oil Company*, s'est prononcé lorsqu'il affirmait qu'une nationalisation était illégale si elle était discriminatoire « unless it can be showed that public interest of vital importance necessitate the measure » (47). Comme on le verra, la théorie du but dominant est admise par certaines sentences arbitrales au sujet d'autres mobiles que les représailles politiques.

B. Autres mobiles

Outre les représailles politiques, certains mobiles ont été examinés par la jurisprudence internationale récente eu égard à l'exigence d'intérêt général.

a) Nationalisation dans le but d'échapper à des obligations contractuelles.

Dans l'affaire *Aminoil*, le tribunal, après avoir constaté que la nationalisation koweïtienne poursuivait bien un but d'intérêt public, en ce sens qu'elle s'inscrivait dans un plan d'ensemble d'étatisation du secteur pétrolier, a été amené à examiner la question de savoir si compte tenu de l'obligation de renégocier les termes du contrat (prévue par une disposition de celui-ci), la nationalisation serait illicite à un autre titre, à savoir le recours abusif à la nationalisation pour mettre fin à des négociations difficiles. Le tribunal a été d'avis qu'« une nationalisation dont la justification résiderait exclusivement dans les avantages à retirer du règlement d'un différend contractuel ne serait pas régulière » (para. 109). Toutefois, en l'espèce, le tribunal, constatant que la nationalisation « a trouvé sa justification dans une politique générale dûment établie et mise en œuvre » (para. 110), a rejeté l'argument en question, ce qui laisse clairement entendre que le but d'inté-

(46) Voir les considérants de la loi indonésienne n° 86 sur la nationalisation des entreprises néerlandaises, para. c. Version anglaise du texte de la loi reproduite dans *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1959, appendix, p. 291.

(47) *Mémoire*, para. 20, CIJ, *Mémoires. Affaire Anglo-Iranian Oil Company*, p. 97.

rêt public de récupération planifiée de ressources pétrolières nationales était déterminant à lui seul (48).

Cette position semble être adoptée par la sentence *Amoco* selon laquelle « an expropriation, the *only purpose* of which would have been to avoid contractual obligations of the State or of an entity controlled by it, could not, nevertheless, be considered as lawful under international law » étant contraire au principe de la bonne foi et incompatible avec « the well settled rule that a State has the right to commit itself by contract to foreign corporations » (para. 145) (49).

b) Nationalisation à des fins financières.

Dans l'affaire *Amoco*, en réponse à l'argument selon lequel l'Iran n'a nationalisé que pour des raisons financières et n'a donc pas poursuivi un but d'intérêt général, le tribunal relève d'abord que « it is also generally accepted that a State has no right to expropriate a foreign concern *only* for financial purposes ». Cette remarque est surprenante. En effet, on ne rencontre une telle solution qu'en droit interne et en ce qui concerne l'expropriation de droit administratif (*supra*), et on ne trouve aucun précédent dans la pratique et la jurisprudence internationales dans ce sens (50). Il est

(48) Il convient de relever une autre situation traitée par le tribunal, celle de la nationalisation en violation d'une clause contractuelle interdisant à l'État de nationaliser. Le tribunal admet que la violation d'un tel engagement de l'État, à condition que celui-ci soit clairement stipulé et ne porte pas sur une durée excessive s'agissant de ressources naturelles, rend la nationalisation illicite (para. 90). Mais il importe de constater que le tribunal, sur ce point, ne se place pas sur le plan du but de la nationalisation, et à cet égard on peut concevoir qu'une mesure de nationalisation répondant à un but reconnu d'intérêt général par le droit international — en vue d'un contrôle total de l'État sur certaines ressources naturelles par exemple —, et donc légale de ce point de vue, peut être illicite sous l'angle de non-respect d'un engagement de non-nationalisation.

(49) On relève que le langage semble se référer à la question générale de savoir si la violation par un État d'un contrat constitue en elle-même un fait illicite international alors que dans l'affaire *Aminoil* le tribunal arbitral n'envisage que le cas du recours à la nationalisation dans le but d'échapper à l'obligation de renégocier un contrat.

(50) Il n'existe qu'une seule référence qui n'est cependant pas convaincante. Le gouvernement britannique, dans l'affaire *Anglo-Iranian Oil Company*, prétendait tirer de la sentence arbitrale dans l'affaire *Association of Posts and Telegraphs of Czechoslovakia v. Radio Corp. of America* l'enseignement suivant : est illégale une expropriation « not in pursuance of a general purpose but with the object of nullifying a transaction which it deemed to be inconvenient or, although more lucrative than was expected than at the time when it was entered into, still was not as lucrative as the expropriating state would like ... » (*Mémoire*, para. 22, *Mémoires ...*, p. 97). Or le tribunal dans l'affaire en question (sentence du 1^{er} avril 1932, *AJIL*, v. 30, 1936, p. 523 et s.) s'adresse à une situation non de nationalisation en rupture de contrat mais uniquement de rupture de contrat. D'autre part, il se place uniquement sur le plan du droit civil tchécoslovaque et traite de la possibilité pour le gouvernement de mettre fin à un contrat avec une personne privée si le contrat ne s'avère pas aussi profitable au pays qu'il aurait souhaité. À cet égard, le tribunal dit ceci : « when a public institution enters into an agreement with a private person or a private company, it must be assumed that the institution has intended by this agreement to benefit its citizens. But that this expectation sometimes proves to fail in not giving the country as large a profit as was expected, cannot be considered a sufficient reason for releasing that public insti-

vrai que le tribunal s'empresse d'ajouter que « in recent practice and mostly in the oil industry, States have admitted expressly, in a certain number of cases, that they were nationalizing foreign properties primarily in order to obtain a greater share, or even the totality, of the revenues drawn from the exploitation of a national natural resource, which according to them, should accrue to the development of the country. Such a purpose has not generally been denounced as unlawful and illegitimate ». Dans le cas d'espèce, le tribunal admet que la loi qui servait de base à la nationalisation d'*Amoco* visait l'achèvement de la nationalisation de l'industrie pétrolière inaugurée par la loi de 1951 et ce but était bien un but d'intérêt public. Il est intéressant de noter que pour le tribunal « Even if financial considerations were considered in the adoption of such a decision — which would have been only natural, but which has not been evidenced — this fact would not have been sufficient, in the opinion of the Tribunal, to prove that this decision was not taken for a public purpose (para. 146) ». Il est on ne peut plus clair que pour le tribunal, s'il est prouvé qu'une nationalisation rentre dans le cadre d'une politique préétablie de nationalisation du pétrole, ce but est d'intérêt public et il est dominant en ce sens qu'il assure à lui seul la légalité de la mesure même si celle-ci poursuit un autre but ne pouvant être qualifié d'intérêt public.

c) Intérêt public et indemnisation.

Dans l'affaire *Lithgow et autres* devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'argument a été avancé qu'« une privation de propriété ne peut, au regard de la deuxième phrase de l'article 1, passer pour réalisée à des fins « d'utilité publique » si l'indemnité dont elle s'accompagne est inéquitable ... ». La Cour écarte cette manière de voir en relevant que selon l'article 1 du protocole n° 1 de la Convention, dont il est question, l'indemnité ne découle pas de la notion d'utilité publique car celle-ci « concerne les justifications et les motifs ». La Cour fait donc nettement la distinction entre la question de la qualification d'un mobile et celle des effets mêmes d'un mobile déterminé sur les conditions de l'indemnisation (51).

tution from its obligation as signatory of such agreement » (p. 534). Toutefois, le tribunal ne semble pas viser uniquement le profit financier pour un organisme public mais le profit général pour les citoyens et il reconnaît même que la résiliation du contrat est légale si « the state would be able to show that public interests of vital importance would suffer if the agreement should be upheld under the rules of ordinary civil law » (p. 531).

(51) Voir Série A, vol. 52, *para.* 108 et 109. Il est question de l'art. 1^{er}, *alinéa* 1^{er}, du protocole n° 1 ainsi conçu : « 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 »

Dans son avis la Commission s'étend sur les rapports entre les mobiles de l'acte d'expropriation et l'étendue de l'indemnité : « Les lois et les constitutions des États contractants indiquent

IV. LA PORTÉE VÉRITABLE DE LA CONDITION D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Ce qui précède montre les limites du droit international dans le contrôle du but d'une mesure de nationalisation ou d'expropriation. Un tel contrôle se heurte à de nombreux obstacles :

— une mesure de nationalisation est prise dans un but lié à tout un contexte national que seul l'État nationalisant peut apprécier dans l'intérêt supérieur de la nation. Il est compréhensible que les États se réservent le droit de définir ce but en toute souveraineté et c'est ainsi que la pratique et la jurisprudence internationales admettent au fond la présomption que l'État nationalisant poursuit un but d'intérêt général. La preuve contraire doit alors être apportée qu'une mesure de nationalisation vise un de ces quelques rares objectifs dont il est soutenu qu'ils ne correspondent pas à ce que le droit international considère comme d'intérêt général.

— ces exceptions souffrent elles aussi d'un manque de consistance : la thèse des représailles politiques repose sur un fondement fragile et ne trouve un soutien plausible qu'en se confondant avec l'interdiction de non-discrimination : quant à l'interdiction de nationaliser dans le seul but de se dégager d'une obligation contractuelle de renégocier de bonne foi les termes d'un contrat, ou dans le seul but de rompre un contrat dont les termes financiers paraissent désavantageux à l'État, elle ne trouve expression que dans quelques sentences arbitrales récentes et paraît d'autant plus fragile que les sentences en question admettent qu'elle soit jugulée par un but concomitant prédominant.

— la troisième difficulté de contrôle réside dans le fait que même en admettant certaines restrictions à la libre appréciation de l'État nationalisant, il reste toujours la question de savoir si le but proclamé n'est que le camouflage d'un objectif interdit par le droit international. C'est ainsi que

que, dans les sociétés démocratiques, l'expropriation pour cause d'utilité publique sans indemnisation n'est considérée comme légitime que dans les circonstances les plus exceptionnelles, et qu'une indemnisation ayant un rapport raisonnable avec la valeur des biens acquis est une exigence normale. Eu égard à ces principes, la Commission estime qu'une expropriation pour cause d'utilité publique sans une indemnisation ayant un rapport raisonnable avec la valeur des biens constituerait normalement une ingérence disproportionnée dans le droit de propriété, ingérence qu'on ne saurait considérer comme justifiée aux termes de l'article 1^{er}. Ce n'est que s'il existait des motifs spécifiques fondés sur des considérations légitimes d'"utilité publique" pour ne pas verser une telle indemnité qu'on pourrait considérer une telle privation de propriété comme justifiée » (para. 374). Il est intéressant de relever que pour la Commission certains mobiles, qualifiés d'utilité publique, peuvent justifier une indemnité inférieure à l'exigence normale. Mais cette question est distincte de celle de savoir si tel mobile est d'utilité publique, comme l'a fait ressortir la Cour.

Pour quelques exemples où le but d'une nationalisation dicte une méthode restrictive d'évaluation de l'indemnité de nationalisation, voir NGUYEN HUU-TRU, *Les nationalisations dans quelques pays d'Asie de tradition britannique : Inde, Sri Lanka, Birmanie*, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 450.

dans la pratique, on rencontre souvent des controverses sur le véritable mobile d'un acte de nationalisation. Dans l'affaire des nationalisations pétrolières mexicaines, le gouvernement britannique, à un moment donné, prétendait ne pas pouvoir déceler l'intérêt public de la nationalisation des compagnies pétrolières (*supra*) ; il faisait ici allusion au fait que cette nationalisation avait été décidée à la suite d'un conflit entre les compagnies et leur personnel en vue, selon le gouvernement nationalisant, de mettre fin à une situation due aux comportements des compagnies et considérée comme grosse de sérieuses conséquences économiques et sociales. Or le gouvernement britannique contestait l'exactitude des faits reprochés aux compagnies concernées (52) ; l'argument semblait être fondé sur le soupçon que le mobile véritable de l'acte de nationalisation n'était pas celui avancé officiellement. Dans l'affaire de la nationalisation de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, le gouvernement britannique soutient clairement que le but véritable de l'opération avait été, non de confier l'exploitation des ressources pétrolières à l'État, mais d'éliminer une entreprise étrangère à l'égard de laquelle les autorités avaient nourri des intentions manifestement hostiles (53).

Le gouvernement néerlandais protesta contre les nationalisations des entreprises néerlandaises en 1958 parce qu'il estimait que le but véritable indonésien était d'exercer une pression politique sur les Pays-Bas au sujet de l'Irian occidental et non d'assurer le bien-être économique du peuple indonésien comme le prétendait l'Indonésie, les arguments économiques ne paraissant pas fondés (54). Le gouvernement américain jugea les nationalisations cubaines illicites parce qu'elles constituaient « un type d'agression économique et politique contre les États-Unis déguisé sous le prétexte d'accélérer le progrès social et économique du peuple cubain » (55). Le fait qu'un acte vise un autre but que celui officiellement avancé parce que le but caché est interdit par la loi est un phénomène bien connu en droit administratif : le détournement de pouvoirs. Le contrôle juridictionnel à cet égard s'avère toujours délicat, s'agissant de découvrir la véritable intention de l'auteur de la mesure. Mais une mesure de nationalisation ne se prête

(52) Sur les faits, voir KUNZ, *op. cit.*, p. 55.

(53) Voir le mémoire du gouvernement britannique, para. 22, *CIJ, Mémoires, Affaire Anglo-Iranian Oil Company*, p. 97-98.

(54) C'est ainsi que, réagissant à la note de réponse indonésienne (8 avril 1959) qui insistait sur « le bien-être du peuple indonésien et l'abolition de la 'discrimination économique' due à la colonisation comme but de la nationalisation », le gouvernement néerlandais dans sa note du 18 décembre 1959 admettait la légalité d'une nationalisation en vue de construire une « économie nationale », mais niait l'existence d'une discrimination économique coloniale aux dépens des Indonésiens. Il réfutait les considérations économiques comme étant le véritable mobile de l'opération, le vrai but poursuivi aurait été d'exercer des pressions politiques pour obtenir satisfaction au sujet de l'affaire de l'Irian occidental.

(55) Note de l'ambassadeur américain à La Havane au gouvernement cubain, 16 juillet 1960, extraits reproduits dans WHITEMAN, *Digest ...*, *op. cit.*, vol. 8, p. 1042-43.

pratiquement pas à ce genre de contrôle pour les raisons déjà évoquées, ces mesures étant pratiquement sinon sur le plan des principes dans nombre de pays, en dehors de tout contrôle juridictionnel. Le contrôle de détournement de pouvoirs en droit international rencontre de nombreux obstacles vu l'absence d'une obligation coutumière de règlement juridictionnel et, dans l'hypothèse d'un juge obligatoire, le manque de moyens d'investigation de celui-ci rendrait très difficile la recherche de la véritable intention de l'État nationalisant. Et la théorie du but déterminant rend encore plus aléatoire la chance de faire déclarer illégale une nationalisation car l'État nationalisant a toujours le moyen de camoufler l'opération pour la rattacher formellement à un but généralement reconnu d'intérêt public (56).

Dans ces conditions, on se demande quelle est la raison du maintien de la condition de but d'intérêt général. Le fait qu'elle recueille l'approbation unanime des États est certes un atout appréciable, du moment que les autres conditions relatives à l'expropriation — non-discrimination, indemnisation — ont toujours fait l'objet de sérieuses divergences de vue. L'idée qu'elle exprime est évidemment séduisante pour les pays développés et les tribunaux internationaux, à savoir que le droit international a son mot à dire sur les actes étatiques ne serait-ce que sous l'angle étroit du contrôle des mobiles, et que par conséquent l'expropriation ne relève pas du domaine réservé. Ce n'est pas là un mince mérite.

Paradoxalement, ce mérite n'est pas sans revers. C'est qu'en affirmant cette condition, on met en même temps en évidence la force du concept d'intérêt général ou plus précisément d'intérêt national, surtout lorsque certains textes conventionnels présentent le recours à l'expropriation comme une dérogation à la règle de non-expropriation (les accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements adoptent en général la formulation négative selon laquelle les investissements ne doivent pas faire l'objet de mesures d'expropriation sauf pour des raisons d'intérêt public ...). On voit alors surgir avec vigueur l'intérêt national pour permettre à l'État de s'affranchir des restrictions à son droit d'expropriation.

(56) Voir la note du service juridique du ministère français des Affaires étrangères en date du 2 juin 1938, sur les expropriations italiennes de biens-fonds situés dans la zone frontalière et appartenant à des communes ou des particuliers français, sous le prétexte officiel de satisfaire à des besoins de défense nationale. Après avoir relevé que le gouvernement italien a le droit d'exproprier, la note envisage l'hypothèse d'un recours à la Cour permanente de justice internationale et poursuit : « ... mais l'existence d'un droit ne saurait légitimer des abus de droit ... L'ampleur des expropriations en cours ... le fait que malgré l'urgence décrétée, les pâturages occupés sont offerts en location à des fermiers italiens, le respect des propriétés italiennes enclavées dans les biens-fonds français, autant de faits allégués par les intéressés qui, s'ils sont vérifiés, étayeraient sérieusement la thèse de l'abus de droit. Il ne faut pas néanmoins se dissimuler les difficultés de prouver cet abus, et les facilités qu'aura le gouvernement italien pour camoufler, en fait, les opérations pendant les trois mois de préavis qui s'écouleront avant que la Cour puisse être saisie. L'issue d'une instance demeure donc douteuse. », KISS, Ch.-A., *Répertoire de la pratique française en matière de droit international*, tome IV, n° 660.

Ce n'est là qu'une manifestation d'un concept dont l'effet se fait sentir encore dans d'autres aspects de l'expropriation et dans d'autres domaines du droit international (57).

(57) Voir *supra* note 51 sur les rapports entre l'intérêt général et l'étendue de l'indemnité d'expropriation. L'intérêt général est également pris en considération dans le droit de la responsabilité internationale en tant que cause d'exclusion d'illicéité ; l'article 33 du projet d'articles sur la responsabilité des États, première partie : origine de la responsabilité internationale (adopté en première lecture par la commission du droit international des Nations Unies, *Annuaire de la commission du droit international*, 1980, II, 1^{re} partie, p. 29 et s.) stipule : « L'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un État comme une cause » d'exclusion d'illicéité d'un fait de cet État ... à moins que a) ce fait n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit État contre un péril grave et imminent. ... ». Le droit conventionnel économique offre de nombreux exemples d'exceptions apportées au nom de l'intérêt national à certaines règles posées. L'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) qui spécifie dans l'art. XX les *exceptions générales* et dans l'art. XXI les *exceptions concernant la sécurité* constitue une illustration frappante à cet égard.