

PRÉFACE

Que le droit international des investissements soit à l'heure actuelle un des secteurs les plus dynamiques et les plus inventifs de la discipline internationaliste est désormais une chose largement acquise. Mais pour ceux mêmes qui restent encore rétifs à l'extension de cette nouvelle branche du droit international, la question de l'expropriation est sans discussion une des questions régie depuis longtemps par ce droit. Et il en va ainsi que l'expropriation se fasse par l'intermédiaire de mesures ayant pour objectif officiel d'opérer une dépossession ou par des mesures n'ayant pas cet objectif revendiqué mais qui aboutissent également à une telle dépossession, i.e. que l'expropriation soit directe ou indirecte.

Si l'on voulait rappeler rapidement l'histoire de la question de l'expropriation de biens étrangers en droit international on y distinguerait trois périodes. Le problème est apparu dès le XIXème siècle et le début du XXème siècle. Il s'agissait majoritairement, à cette époque, d'entreprises individuelles qui faisaient l'objet de mesures, parfois arbitraires, de dépossession et pour lesquelles les Etats d'origine de ces entreprises (Etats européens le plus souvent) exerçaient leur protection diplomatique. Par l'intermédiaire de ce mécanisme et suite au contentieux arbitral inter étatique (entre l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil) qui en résultait, un droit international substantiel de l'expropriation avait été dégagé prévoyant schématiquement que l'expropriation, pour être licite au regard du droit international, devait offrir aux détenteurs des biens la possibilité d'avoir un recours devant des tribunaux impartiaux, ne devait pas être discriminatoire, et qu'elle devait être accompagnée d'une indemnisation adéquate (prompte, adéquate, effective selon la fameuse formule Hull) assurant aux entreprises la compensation de ce qu'elles avaient perdu.

Une nouvelle période commença avec les confiscations pures et simples de tous les biens étrangers par le régime soviétique naissant (mais en 1910 le Mexique révolutionnaire s'était déjà engagé en partie dans cette voie). Ce n'était plus telle ou telle entreprise qui, souvent à la suite d'un conflit venait à avoir des difficultés avec les autorités locales, mais l'économie toute entière d'un Etat qui changeait de statut autant pour les sujets internes que pour les étrangers. Ceci s'accompagnait du rejet des règles anciennes du droit international en la matière et tout particulièrement la règle de l'indemnisation adéquate à verser au propriétaire dépossédé. Le problème allait se répéter à de nombreuses reprises par la suite : nationalisation du secteur pétrolier mexicain en 1938, confiscation de biens à la suite du changement de régime dans les démocraties populaires, expropriations des intérêts américains à Cuba etc...

L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Dans le même esprit, la décennie des années 1960, allait être marquée par la grande vague des nationalisations des pays nouvellement indépendants du Tiers monde, voulant récupérer leur « souveraineté permanente sur les ressources naturelles ». Elle s'accompagnait également d'une remise en cause des règles du droit international public en matière d'expropriation et, en premier lieu de l'obligation faite d'indemniser les personnes dépossédées en conformité avec le droit international. Plusieurs grandes résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies, allaient dans cette direction. Du point de vue de la pratique des Etats, de nombreuses expropriations (ou nationalisations, V. ce que dit M. de Nanteuil sur ces deux termes) ne furent pas indemnisées ou par des sommes forfaitaires minimales par rapport à la valeur des biens saisis. De sorte que dans les années 1970/1980, il était difficile de savoir qu'elles étaient les règles positives du droit international en matière d'expropriation de biens étrangers (ou dans une vision plus moderne de l'économie, d'expropriation des investissements étrangers).

Pourtant dès ces années, une nouvelle période allait s'ouvrir dont on ne prit pleinement conscience, comme il est normal, qu'à la fin des années du XXème siècle. Elle se manifesta d'abord par l'apparition d'arbitrages, non pas entre Etats comme au XIXème ou au début XXème siècle, mais entre des Etats d'accueil des investissements et des investisseurs privés étrangers, le problème posé aux arbitres étant, dans de nombreux cas, un problème d'expropriation non indemnisée. Ce recours à l'arbitrage dit transnational avait été rendu possible par l'insertion de clauses compromissaires dans des contrats d'investissement ou par la mise en place, par traité, d'un tribunal arbitral que les particuliers pouvaient saisir (cas du Tribunal des différends irano- américains).

On sait que cette période va culminer à la suite de la conjonction de deux types de traités : la convention créant en 1965 le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) d'un côté et, de l'autre, l'apparition d'abord discrète, dès 1959, des traités bilatéraux, puis multilatéraux, de protection et de promotion des investissements étrangers, prévoyant pour la plupart un mécanisme de règlement des différends par arbitrage entre les investisseurs et les Etats d'accueil. La combinaison de près de trois mille de ces traités aujourd'hui et d'une jurisprudence CIRDI acceptant une saisine des investisseurs sur le fondement du seul traité de protection (jurisprudence AAPL/Sri Lanka 1990), allait donner au mécanisme une importance inconnue jusqu'alors dans la sphère du droit international.

La jurisprudence combinée des différents centres d'arbitrage intervenant dans les litiges en matière d'investissements (arbitrage CIRDI, tribunaux *ad hoc* fonctionnant sur la base du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, sans oublier le Tribunal des différends irano-américains, pour ne citer que les plus importants), a permis – s'agissant des conditions de licéité de l'expropriation – de réaffirmer la nécessité d'une indemnisation adéquate en cas d'expropriation et plus largement le respect du droit international. Si on ajoute à cela qu'à partir des années 2000, les mesures visant directement et expressément à exproprier des investissements

PRÉFACE

étrangers étaient en voie de disparition (à l'exception dans un nombre limité d'Etats d'Amérique latine), on pouvait croire que la question de l'expropriation allait sortir des sujets faisant l'actualité du droit international.

Il n'en est rien et pour une raison précise qui donne toute son importance à la thèse du professeur A. de Nanteuil : si le traitement de l'expropriation directe semble faire aujourd'hui l'objet d'un assez large consensus à quelques exceptions près, il n'en est pas de même de l'expropriation dite indirecte. Celle-ci peut recouvrir, en fait, des situations assez dissemblables. Elle peut résulter d'une volonté camouflée de dépossession manifestée par l'Etat. Le problème est alors relativement simple, il suffit de démontrer cette volonté et on retombe sur les règles habituelles en matière d'expropriation. La vraie difficulté apparaît lorsqu'on est en présence de mesures étatiques qui ne cherchent nullement à déposséder des personnes, des mesures qui ont des objectifs d'intérêt général (protéger l'environnement, assurer la santé publique, défendre les bonnes mœurs, réformer la fiscalité ou le droit du travail etc...), et qui sont souvent décidées par le législateur lui-même sous la forme de lois générales qui ne visent aucun sujet individuellement. Mais que se passe-t-il si, précisément, un sujet bien individualisé subit du fait de l'application d'une telle loi, un préjudice spécifique qui peut aller jusqu'à le déposséder de son bien ? C'est là tout l'enjeu de l'expropriation indirecte et l'objet de la thèse de M. de Nanteuil.

Le matériau à étudier était considérable comprenant des milliers de traités bi et multilatéraux, une jurisprudence arbitrale en constante expansion et même la prise en compte de mécanismes différents mais influents comme celui de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour suprême des Etats-Unis, sans oublier les arrêts historiques de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice.

Dans sa recherche l'auteur arrive à deux conclusions : il est clair que toute mesure d'expropriation indirecte, tout comme toute mesure d'expropriation directe, qui ne fait pas l'objet d'une compensation financière, entraîne la responsabilité internationale de l'Etat déposédant. Cela signifie-t-il que même en présence d'une loi parfaitement orientée vers l'intérêt général tout préjudice subi par un investisseur étranger devra être indemnisé ? Si cela était le cas ne ferait-on pas porter aux Etats, et tout particulièrement aux Etats les moins développés, une charge si lourde que leur capacité d'action normative en serait affectée dans des domaines essentiels de leur existence d'Etats souverains (l'environnement, la santé publique, la fiscalité etc...) ? Mais est-ce là une raison de laisser sans recours des préjudices graves subis parfois par les investisseurs ?

La réponse du professeur de Nanteuil pourra étonner le non spécialiste mais guère celui qui suit depuis longtemps l'évolution de ce domaine du droit international : une atteinte « normale » au droit de propriété d'un investisseur ne constitue pas une dépossession engageant la responsabilité de l'Etat et ouvrant droit à compensation. Belle idée pourront s'exclamer certains, qu'est-ce donc qu'une atteinte normale et qui peut en décider ? Il faut lire à ce propos les développements du titre 3 de la thèse. On pourra alors constater que cette condition de normalité n'est pas une invention de l'auteur mais qu'elle exprime

L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

bien l'état de la jurisprudence en la matière. Ce sont en effet les tribunaux arbitraux saisis par les investisseurs, agissant la plupart du temps mais pas uniquement, sur le fondement d'un traité de protection et de promotion de l'investissement, qui seront amenés à dire ce qui est normal et ce qui ne l'est pas.

On se révoltera peut-être contre ce concept flou de « normalité » mais on remarquera qu'il ne fait que rejoindre d'autres concepts flous du droit international des investissements comme le traitement juste et équitable, les atteintes aux attentes légitimes des investisseurs ou la protection et sécurité pleine et entière. Ce type de concept flou, présent en réalité dans n'importe quel système juridique du présent comme du passé, traduit en fait la volonté du législateur (en droit international, la volonté des Etats agissant par conventions internationales) d'abandonner la détermination précise d'une notion à l'instance juridictionnelle. Toute définition *a priori* semblant en effet impossible ou trop délicate, on laissera au tribunaux le soin de dire, affaire après affaire, ce que signifie une atteinte normale, des attentes légitimes, un traitement et juste équitable etc... quitte à ce que le législateur (les Etats en droit international) corrigent ou codifient les résultats obtenus par les tribunaux. Une chose que l'on peut souligner d'ores et déjà est que les craintes exprimées par certains de voir les Etats entravés dans leur indépendance normative par des tribunaux arbitraux à la solde des intérêts étrangers ne correspondent pas à la réalité, tout particulièrement s'agissant de l'expropriation indirecte. Ce n'est, en effet, qu'avec une grande prudence et une prise en compte sérieuse des intérêts généraux des Etats que les tribunaux arbitraux se sont prononcés jusqu'à maintenant.

Dans tous les cas, et c'est là une des conclusions de l'étude, la qualification d'expropriation indirecte nécessite la confrontation entre l'atteinte faite à la propriété et l'objectif de la norme qui l'a causée. Ce qui compte dans cette confrontation n'est pas tant l'importance quantitative de l'atteinte que la justification ou la non justification de celle-ci du fait de la finalité poursuivie par la mesure en cause. Une autre conclusion sur laquelle M. de Nanteuil insiste est que le régime de l'expropriation indirecte tel qu'il l'a décrit est protecteur par lui-même des intérêts de l'Etat et de leur prise en compte par les arbitres. Ceux-ci n'ont pas à rechercher des techniques juridiques étrangères à ce régime pour en mitiger les effets indésirables. En effet « la clause d'expropriation indirecte se suffit à elle-même pour protéger la liberté normative de l'Etat, en même temps qu'elle assure à l'investisseur une protection certaine contre les abus de ce pouvoir normatif. »

L'avenir dira si cette conclusion, faite à partir de la jurisprudence actuelle des tribunaux arbitraux, sera confirmée dans les nombreuses sentences encore à venir (si l'on suit l'actualité arbitrale qui apporte presque chaque semaine son lot d'affaires nouvelles). Dans cette attente, la thèse de M. de Nanteuil constitue un apport important à la doctrine internationale en matière d'expropriation. On y trouvera une analyse minutieuse de toutes les facettes d'une question aussi complexe que passionnante et qui dévoile toute la richesse du droit international dans un domaine tout à la fois ancien et nouveau.