

CHAPITRE 1.

LA DÉPOSSESSION COMME PRÉJUDICE DANS LE DROIT DE L'EXPROPRIATION INDIRECTE

L'étude de l'expropriation « indirecte » suppose au préalable de définir l'« expropriation » dans tous ses éléments, et plus particulièrement par son effet principal, la dépossession. Parmi les termes employés, l'expression « mesure d'effet équivalent à une expropriation » est en effet l'un de ceux qui apparaît le plus dans la pratique¹. Il peut donc aisément être affirmé qu'une expropriation indirecte s'analyse avant tout par son effet : ce qui est reproché à l'État, c'est précisément d'avoir créé l'effet d'une expropriation sans passer par la *procédure* de l'expropriation². Identifier une expropriation indirecte suppose donc d'identifier cet effet. À l'inverse, la forme de la mesure n'importe pas à ce stade puisque tout agissement étatique peut entraîner une dépossession³. Il est donc

¹ Pour quelques exemples, v. le modèle français de TBI, article 5 in CNUCED, *International investment agreements : a compendium – volume III*, United Nations publications, p. 159. V. également l'article VII du TBI Canada/Venezuela, disponible en ligne sur la base de données constituée par la CNUCED http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx. Le projet de traité multilatéral sur l'investissement dans le Mercosur (« protocole de Colonia »), a été signé par l'ensemble des États membres et prévoit en son article 4 que « [n]inguna de las Partes Contratantes tomara medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto [...] », in CNUCED, *ibid.* vol II p. 516. Le Traité sur la Charte de l'énergie, signé dans le cadre européen, prévoit également en son article 13 que « *Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation [...]* », v. Traité sur la Charte de l'Énergie, Lisbonne, 17 décembre 1994, *R.T.N.U.*, vol. 2080, p. 178. Pour une référence doctrinale à la notion, v. NOUVEL (Y.), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *R.G.D.I.P.* 2002, p. 79-102.

² Le terme de « procédure » est ici employé dans son sens le plus large, et hors de toute connotation contentieuse en particulier. V. en particulier CADIEU (L.), « Procédure » in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003 : « [I]a procédure n'a pas qu'une signification juridictionnelle. La procédure désigne plus généralement, et en dehors de son acception processuelle, toute 'manière de procéder juridiquement', c'est-à-dire de parvenir à un résultat juridique, loi, décision administrative ou acte juridique ». La dépossession étant assurément un « résultat juridique » (puisque G. Cornu définit le fait de déposséder comme « priver [quelqu'un] légalement ou non, de sa propriété », *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF 2007), il semble possible de considérer l'expropriation qui la provoque comme une « procédure » au sens qui vient d'être évoqué.

³ MANCIAUX (S.), « 'Les mesures d'effet équivalent à une expropriation' dans l'arbitrage relatif à l'investissement international », in HORCHANI (F.) (dir.) *Où va le droit de l'investissement ?*, Paris, Pedone, 2006, p. 73-94, spéc. pp. 77-81. L'auteur indique que la notion de « mesure » est particulièrement ouverte. Pour cette raison, nous n'aborderons pas dans cette étude la question de l'imputabilité de la mesure qui cause une dépossession à l'État, la seule règle en la matière étant que tout agissement de l'État ou rendu possible par lui (v. *supra*, l'affaire des *otages de Téhéran*) peut engager sa responsabilité, pour autant qu'il corresponde à l'usage de prérogatives de puissance publique (MANCIAUX, *ibid.*, p. 79 et s.). Il ne semble pas que cette règle soulève de difficulté particulière. D'ailleurs, comme nous le verrons, la responsabilité de l'État est facilement engagée pour des actes d'organes distincts, mais disposant de prérogatives de puissance publique. Dans un tel

TITRE I : LA DÉPOSSESSION CONDITION DE LA RESPONSABILITÉ

indispensable de tenter de démontrer, dans une première section, que l'« effet » d'une expropriation correspond à la privation d'un droit de propriété (« dépossession »)⁴. Ce qui implique, une fois ce point acquis, de définir très précisément et le plus rigoureusement possible la notion même de dépossession, puisqu'elle délimite à elle seule tout le champ de cette étude. C'est à cette tâche que sera consacrée la seconde section.

SECTION I.

LA DÉPOSSESSION, ÉLÉMENT ESSENTIEL DE L'EXPROPRIATION

Une « expropriation » au sens strict ne s'identifie pas en principe exclusivement aux effets qu'elle provoque sur la propriété qui en est l'objet. L'expropriation est avant tout un pouvoir de l'État, dont l'exercice entraîne non seulement la dépossession d'un propriétaire mais également le transfert de la propriété à l'État ou à l'une de ses émanations. Il nous faudra donc rechercher lesquels de ces effets sont pertinents pour qu'une mesure soit considérée comme « équivalente » à une expropriation (§ 1). Mais l'identification de l'effet d'une mesure suppose que son objet soit lui-même précisément défini, d'autant plus qu'en la matière, les limites des droits pouvant faire l'objet d'une expropriation ne sont pas nettes (§ 2).

§ 1. DÉFINITION DE L'EXPROPRIATION DANS LE CONTEXTE

DES « MESURES D'EFFET ÉQUIVALENT » : L'IMPORTANCE DE LA DÉPOSSESSION

L'expropriation est un pouvoir destiné à procéder au transfert de la propriété privée vers la sphère publique (A) et donc nécessairement une dépossession du propriétaire initial (B). Nul doute que, pour le propriétaire qui en est l'objet, ce dernier élément est le point essentiel. Mais la question se pose de savoir si ces deux effets doivent être provoqués pour qu'une mesure soit considérée comme « équivalente » à une expropriation. Il ne semble pas que ce soit le cas, et qu'une prééminence soit accordée à la dépossession.

cas de figure, les États défendeurs ne contestent jamais la question de l'attribution. En outre, celle-ci appartient au droit de la responsabilité en général, et n'est pas soumise à un régime particulier dans le cas de l'expropriation indirecte. Outre CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État*, pp. 108-112, v. sur cette question dans le cadre qui nous intéresse CHRISTENSON (G.), « The doctrine of attribution in State responsibility », in LILLICH (R.) (éd.), *International law of state responsibility for injuries to aliens*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1983, pp. 321-360. La forme de la mesure, son objectif et ses caractères interviendront toutefois dans l'analyse ultérieurement, et sont assurément des éléments essentiels.

⁴ Le terme de « dépossession » employé dans le premier chapitre doit être pris dans son sens le plus général possible, qui est la privation d'un droit de propriété. Il sera employé pour des raisons de commodité (mais il peut être considéré comme impropre, v. CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Paris, Collection Précis, Dalloz, 2^{ème} éd. 2005, n°1376). Il reste connoté puisque étroitement lié à la possession, qui ne doit pas être confondue avec la propriété dont elle peut être considérée comme l'élément de fait (v. TERRÉ (F), SIMLER (P.), *Les Biens*, Paris, Coll. Précis, Dalloz, 6^{ème} éd. 2002, n°65). Il fera pour cette raison l'objet d'une définition précise dans le second chapitre.