

ARNAUD DE NANTEUIL  
*Professeur à l'Université du Maine*

# L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Préface

CHARLES LEBEN

*Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

*DROIT*  
*INTERNATIONAL*

**PARIS**  
EDITIONS A. PEDONE  
13, rue Soufflot

—  
**2014**

## 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 régies 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 XIX<sup>ème</sup> siècle et le début du XX<sup>ème</sup> 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...

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 compromissoires 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 dépossédant. 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

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) corrige ou codifie 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.

Charles LEBEN  
*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

## TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
§ 1 – <i>Précisions terminologiques</i> .....	9
A – Les différentes formes de l'expropriation indirecte.....	9
1 – Les mesures d'effet équivalent à l'expropriation .....	9
2 – Expropriation <i>de facto</i> , expropriation déguisée.....	10
3 – L'expropriation liée à la réglementation ( <i>regulatory taking</i> ) .....	11
4 – L'expropriation rampante ( <i>creeping expropriation</i> ).....	12
5 – Synthèse : l'expropriation indirecte.....	13
B – Expropriation et nationalisation.....	13
§ 2 – <i>Le cadre juridique : le droit international de l'investissement</i> .....	17
§ 3 – <i>Les approches doctrinales de l'expropriation indirecte</i> .....	20
A – La prise en compte du seul impact sur la propriété.....	21
B – La prise en compte exclusive des caractères de la mesure.....	25
C – La prise en compte de l'ensemble des éléments de la situation. ....	29
§ 4 – <i>Position de l'étude : le critère de la nature de l'atteinte portée à l'investissement, à l'origine d'un régime juridique de l'expropriation indirecte intégrant en lui-même la protection de la liberté normative de l'État</i> .	31

### PREMIÈRE PARTIE

#### LE FONDEMENT JURIDIQUE DE L'OBLIGATION D'INDEMNISATION À LA CHARGE DE L'ÉTAT DANS L'EXPROPRIATION INDIRECTE : LA RESPONSABILITÉ POUR DÉPOSSESSION SANS BASE LÉGALE INTERNATIONALE

##### TITRE 1–

##### LA DÉPOSSESSION SANS BASE LÉGALE INTERNATIONALE COMME CONDITION DE LA RESPONSABILITÉ

CHAPITRE 1 – LA DÉPOSSESSION COMME PRÉJUDICE DANS LE DROIT DE L'EXPROPRIATION INDIRECTE.....	43
Section 1 – La dépossession, élément essentiel de l'expropriation.....	44
§ 1 – <i>Définition de l'expropriation dans le contexte des « mesures d'effet équivalent » : l'importance de la dépossession</i> .....	44
A – L'expropriation comme mode d'acquisition de la propriété ? .....	45
1 – L'expropriation comme mode d'acquisition forcée de la propriété par l'État, une vision marginale.....	45

L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

a – La vision traditionnelle de l'expropriation comme acquisition de la propriété par l'État.....	45
b – Le recours limité à l'expropriation comme mode d'acquisition de la propriété privée par l'État dans le cadre du droit des investissements. ....	48
2 – L'expropriation indirecte et l'indifférence du transfert de la propriété à l'auteur de la mesure. ....	50
a – Précisions sémantiques : acquisition, appropriation, « <i>taking</i> » et dépossession .....	50
b – L'indifférence du critère du bénéfice tiré par l'État : l'expropriation indirecte comme protection des droits de l'investisseur.....	52
c – Une jurisprudence pratiquement unanime.....	55
B – L'expropriation indirecte comme dépossession.....	57
1 – La dépossession, élément inhérent à toute forme d'expropriation.....	58
2 – Conclusion : l'expropriation indirecte comme protection contre la dépossession.....	60
§ 2 – <i>L'objet de l'expropriation : le droit de propriété et au-delà</i> .....	62
A – Le statut du droit de propriété en droit international .....	62
1 – Le degré de reconnaissance du droit de propriété en droit international .....	62
a – Les premières tentatives timides de codification.....	62
b – Les droits de l'homme, outil inapproprié ? .....	66
c – La jurisprudence de la C.P.J.I. et de la C.I.J.....	69
2 – L'apport des TBI au degré de protection de la propriété étrangère .....	71
B – L'objet du droit de propriété : tentative de clarification .....	74
1 – L'introuvable notion d'investissement .....	74
a – Présentation du problème : approches subjective et objective .....	74
b – Critères d'identification de l'investissement : tendances générales.....	77
2 – La réalité de l'investissement : les droits de propriété et leur objet.....	81
a – Avoirs, biens, droits, intérêts et propriété.....	81
b – L'objet précis de droits imprécis : illustrations jurisprudentielles .....	83
(i) Première tendance : l'apport comme élément essentiel.....	83
(ii) Seconde tendance : la prise en compte de l'opération dans sa globalité .....	85
3 – La protection des droits contractuels de l'investisseur par le droit international..	86
a – La prise en compte des droits contractuels dans la définition de l'investissement .....	86
b – <i>Umbrella clause</i> et protection des droits contractuels .....	89
(i) Les engagements couverts.....	89
(ii) Le degré de protection des droits contractuels.....	92
Section 2 – Le critère de la dépossession dans la jurisprudence : l'atteinte substantielle à l'investissement.....	95
§ 1 – <i>L'atteinte à l'utilisation de la propriété : l'usus et l'abus</i> .....	96
A – L'atteinte à l'utilisation de la propriété, critère traditionnel de la dépossession en droit international .....	96
1 – Les modalités d'atteinte à la propriété étrangère en droit international général : saisie, confiscation, réquisition, nationalisation et expropriation. ....	96
a – Atteintes à la propriété ne donnant pas lieu à compensation: les sanctions admises par le droit international. ....	97
(i) La saisie .....	97

## TABLE DES MATIÈRES

(ii) La confiscation .....	98
b – Atteintes à la propriété donnant lieu à compensation financière .....	99
(i) La réquisition/droit d'angarie.....	99
(ii) La nationalisation (renvoi à l'introduction) .....	100
2 – Dénominateur commun : l'atteinte à l'utilisation de la propriété comme élément fondamental .....	101
B – L'atteinte au contrôle de la propriété, critère adapté au droit de l'investissement	104
1 – Principe et application de l'atteinte substantielle à la propriété dans la jurisprudence arbitrale : le critère du contrôle de l'investissement .....	104
a – La reconnaissance de l'atteinte substantielle comme dépossession .....	104
b – Le critère du contrôle effectif sur l'investissement .....	106
2 – La perte de contrôle emporte l'impossibilité de l'exploitation économique, et donc la dépossession. ....	109
a – Le contrôle de l'investissement, élément indispensable à son exploitation .....	109
(i) Le principe et ses conséquences sur la notion de contrôle .....	109
(ii) L'élément matériel de la faculté de contrôle : le pouvoir de décision.....	111
b – Illustration du contrôle sur l'investissement et conséquences procédurales.....	112
§ 2 – L'atteinte à la faculté de recueillir des bénéfices : fructus .....	115
A – La notion de propriété protégée dominée par des considérations économiques ...	116
1 – La jouissance des bénéfices comme attribut essentiel du propriétaire.....	116
2 – Une conception de la « propriété » propre au droit international économique. ...	117
B – Le degré d'atteinte à la jouissance : la neutralisation des bénéfices .....	118
1 – L'atteinte aux bénéfices comme dépossession .....	118
a – Les revenus comme élément de la définition de l'investissement .....	118
b – Conséquence : la neutralisation des bénéfices comme dépossession .....	120
c – Une forme particulière de l'atteinte au fructus : l'atteinte à la valeur de l'investissement .....	124
2 – L'atteinte aux bénéfices, condition suffisante de la dépossession ? .....	126
a – L'atteinte aux bénéfices doit résulter d'une réalisation du risque politique .....	126
b – La difficulté d'une sanction autonome de l'atteinte aux bénéfices.....	128
Conclusion du chapitre .....	129
CHAPITRE 2 – L'EXERCICE ABUSIF DU POUVOIR D'EXPROPRIATION INDIRECTE DE L'ÉTAT COMME FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE. ....	131
Section 1 – L'existence d'un pouvoir d'expropriation indirecte en question. ..	132
§ 1 – La reconnaissance universelle d'un pouvoir d'expropriation de l'État ..	132
A – La reconnaissance du pouvoir d'exproprier en droit international général comme dérogation au principe international du traitement des étrangers.....	132
1 – Le principe du traitement international des étrangers.....	133
2 – Conséquence : l'encadrement du pouvoir d'expropriation de l'État .....	136
a – Un pouvoir reconnu dans son principe .....	136
b – Un pouvoir dont l'exercice est encadré .....	138



L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

B – Le maintien du principe dans le cadre des traités de protection et de promotion des investissements .....	144
1 – Les traités bilatéraux et le maintien d'un pouvoir d'expropriation.....	144
2 – Les TBI et le renforcement des conditions de licéité de l'expropriation .....	148
a – L'objectif d'intérêt public .....	149
b – La non-discrimination.....	150
c – Le respect du due process of law ou d'une procédure légale .....	153
§ 2 – <i>La difficulté d'identification d'un éventuel pouvoir analogue en terme d'expropriation indirecte : la question de l'expropriation indirecte licite devant l'arbitre.</i> .....	155
A – L'expropriation indirecte n'est pas une forme spécifique de l'expropriation .....	156
1 – Les difficultés issues de la rédaction des TBI : deux notions différentes soumises à un régime strictement identique.....	156
2 – La distinction des notions doit emporter la distinction des régimes .....	162
B – L'influence de la doctrine des <i>regulatory takings</i> sur le droit international de l'expropriation indirecte.....	167
1 – La théorie des <i>regulatory takings</i> : présentation générale .....	167
a – La naissance de la doctrine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis...	167
b – Fondements théoriques de la doctrine des <i>regulatory takings</i> .....	169
2 – L'expropriation indirecte : une doctrine internationale des <i>regulatory takings</i> ?	172
Section 2 – Les modalités de l'exercice incorrect du pouvoir d'expropriation indirecte .....	176
§ 1 – <i>Première hypothèse : la méconnaissance des conditions de licéité de l'expropriation indirecte – l'atteinte formelle à la licéité.</i> .....	177
A – La violation des obligations spécifiques : intérêt public, non discrimination, obligation de compensation financière.....	178
1 – Intérêt public et non-discrimination, des éléments sous exploités.....	178
a – L'intérêt public, une condition rarement sanctionnée.....	178
b – Le recours marginal à la non-discrimination.....	181
2 – La compensation, élément clef de l'expropriation indirecte illicite ?.....	184
B – La violation de l'obligation de respecter une procédure légale comme fondement indirect à la responsabilité de l'État pour expropriation indirecte. ....	189
1 – Les obligations de l'État au titre du due process dans les clauses d'expropriation.....	189
2 – La violation des exigences du due process comme fondement de la responsabilité .....	193
§ 2 – <i>Seconde hypothèse : l'abus de droit ou le détournement de procédure – l'illicite sans atteinte formelle aux conditions posées par le droit applicable.</i> ..	196
A – L'abus de droit et le détournement de procédure comme fondements théoriques à la responsabilité internationale de l'État pour expropriation indirecte. ....	196
1 – L'abus du droit d'exproprier indirectement comme cause de responsabilité.....	197
a – L'abus de droit comme cause de responsabilité est reconnu par le droit international ...	197
b – L'abus de droit comme cause de l'expropriation indirecte illicite.....	201

## TABLE DES MATIÈRES

(i) Le droit de procéder à une expropriation indirecte avec compensation financière.....	201
(ii) Le droit de procéder à une dépossession indirecte sans compensation .....	203
2 – Le détournement de procédure ou de pouvoir comme cause de responsabilité..	205
a – Le détournement de procédure comme cause de responsabilité .....	205
(i) Sens et portée de la notion de détournement de procédure.....	205
(ii) Le détournement de procédure comme cause de l'expropriation indirecte illicite .....	208
b – Le détournement et l'excès de pouvoir comme cause de responsabilité. ....	209
(i) Sens et portée internationale du détournement de pouvoir.....	209
(ii) L'excès de pouvoir comme cause de responsabilité ? .....	212
B – Les attentes légitimes de l'investisseur comme élément de la détermination de l'abus ou du détournement. ....	213
1 – Origines et caractère positif de la théorie des attentes légitimes. ....	213
2 – La méconnaissance des attentes légitimes comme élément d'identification de l'expropriation indirecte illicite.....	216
a – La prise en compte des attentes légitimes par la jurisprudence .....	216
b – La délimitation des attentes « légitimes » .....	221
(i) Distinction par les origines.....	221
(ii) Distinction par l'objet.....	223
CONCLUSION DU TITRE PREMIER .....	225

### TITRE 2 –

#### LA DÉPOSSESSION SANS BASE LÉGALE INTERNATIONALE COMME MESURE DE LA RESPONSABILITÉ

CHAPITRE 3 – PRÉJUDICE DIRECT, EXPROPRIATION INDIRECTE : UNE RESPONSABILITÉ LIMITÉE A LA DÉPOSSESSION DIRECTEMENT CAUSÉE PAR L'ACTION ÉTATIQUE .....	229
Section 1 – L'importance particulière de la causalité dans le mécanisme de l'expropriation indirecte.....	229
§ 1 – <i>Les exigences spécifiques de causalité tenant au fait générateur dans l'expropriation indirecte</i> .....	229
A – La causalité comme élément de la responsabilité en droit international .....	230
1 – La notion de lien de causalité requis par le droit international .....	230
2 – Le lien de causalité existe ou n'existe pas.....	235
B – La prise en compte d'éléments extérieurs à l'acte étatique.....	236
1 – La contribution de l'investisseur au dommage n'est pas nécessairement une cause d'exclusion de la responsabilité.....	236
a – Fait générateur unique et partage de responsabilité. ....	237
b – Faits générateurs pluriels et partage de responsabilité. ....	239
2 – L'intervention d'un tiers dans la survenance du fait générateur peut être une cause de diminution de l'étendue de la responsabilité de l'État. ....	241

§ 2 – <i>Les exigences tenant au préjudice : la question du dommage indirect...</i>	244
A – Le refus de principe de compenser le « dommage indirect » en droit international	244
1 – Les fondements théoriques du refus.	244
2 – Le préjudice est-il suffisamment direct dans l'expropriation indirecte ?	248
B – Un refus d'indemniser le dommage indirect qui n'est pas incompatible avec le mécanisme de l'expropriation indirecte.	249
1 – La théorie du lien de causalité « transitif »	249
2 – L'expropriation « indirecte » peut découler « directement » de l'acte étatique.	251
Section 2 – L'exigence plus ou moins explicite d'un lien de causalité par la jurisprudence arbitrale	253
§ 1 – <i>Le défaut de lien de causalité comme fondement du rejet de l'expropriation indirecte</i>	253
A – Le défaut de lien de causalité, fondement sporadique de rejet des demandes	253
1 – La solution <i>Oscar Chinn</i>	253
2 – La jurisprudence contemporaine	256
B – La causalité comme fondement implicite du rejet des demandes	259
§ 2 – <i>Le lien de causalité comme exigence de la reconnaissance de l'expropriation indirecte</i>	261
A – La causalité dans les mesures individuelles	261
1 – Les références expresses à la causalité	261
2 – Les références implicites à la causalité	262
B – La causalité dans les mesures d'ordre général	263
Conclusion du chapitre	264
CHAPITRE 4 – LES CONSÉQUENCES DE LA DÉPOSSESSION CAUSÉE PAR UN EXERCICE ABUSIF DU POUVOIR D'EXPROPRIATION INDIRECTE DE L'ÉTAT : LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT DÉPOSSÉDANT	265
Section 1 – La double obligation de l'état responsable : cessation de l'illicite et réparation	265
§ 1 – <i>La question du retrait de la mesure incriminée</i>	266
A – Le principe : l'État responsable doit faire cesser l'illicite	266
1 – Le fondement de l'obligation de cessation de l'illicite : le rétablissement de la légalité internationale	266
2 – La question du retrait de la mesure	271
B – Les aménagements nécessaires	275
1 – Les raisons du refus des arbitres d'ordonner le retrait de la mesure	276
a – La distinction entre l'acte incriminé et le fait générateur	276
b – Le fait générateur est un fait instantané	279
c – La confusion entre réparation et cessation de l'illicite dans l'expropriation	282
2 – Le maintien de l'obligation primaire et les garanties de non-répétition	284
a – Le maintien de l'obligation primaire	284

## TABLE DES MATIÈRES

b – Les garanties de non-répétition.....	286
§ 2 – <i>L’indemnisation d’une expropriation indirecte illicite</i> .....	287
A – Les standards du droit international général et des traités de protection : la question de l’application du droit de la responsabilité à l’expropriation illicite.....	287
1 – Indemnisation du préjudice en droit international.....	288
2 – L’utilisation des dispositions des traités relatives à l’expropriation licite.....	290
B – Les avantages du raisonnement en termes de responsabilité.....	295
1 – La prise en compte des intérêts de l’investisseur.....	295
2 – La prise en compte des intérêts de l’État.....	298
a – La possibilité de prise en compte du comportement fautif de l’investisseur.....	298
b – Les causes d’exclusion de l’illicite (renvoi à la deuxième partie).....	300
Section 2 – La pratique de l’indemnisation par les tribunaux arbitraux.....	301
§ 1 – <i>L’évaluation de la valeur de l’investissement</i> .....	302
A – Les méthodes fondées sur la valeur patrimoniale de l’entreprise.....	302
B – Méthode prospective : le <i>cash flow</i> actualisé.....	304
§ 2 – <i>La prise en compte d’éléments d’ajustement</i> .....	306
A – L’allocation d’intérêts en faveur de l’investisseur dépossédé.....	306
1 – L’admission de principe des intérêts par le droit international.....	307
2 – La nature des intérêts appliqués par la jurisprudence arbitrale transnationale... 308	
B – La répartition des coûts comme ajustement final.....	311
Conclusion du chapitre.....	313
CONCLUSION DU TITRE 2.....	315

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

### SECONDE PARTIE

#### L’INAPPLICABILITÉ DU RÉGIME DE L’EXPROPRIATION INDIRECTE AUX ATTEINTES « NORMALES » PORTÉES AUX DROITS DE L’INVESTISSEUR ÉTRANGER

##### TITRE 3 – L’ATTEINTE « NORMALE » AU DROIT DE PROPRIÉTÉ NE PEUT ÊTRE QUALIFIÉE DE DÉPOSSESSION

CHAPITRE 5 – LES LIMITATIONS NORMALES DU DROIT DE PROPRIÉTÉ RÉSULTANT DE L’ACTIVITÉ NORMATIVE ORDINAIRE DE L’ÉTAT.....	325
Section 1 – La possibilité de porter atteinte à la propriété individuelle pour satisfaire les exigences de l’intérêt général.....	325
§ 1 – <i>L’exemple du « préjudice anormal et spécial » en droit administratif français et son éventuelle application au droit international</i> .....	326
A – Le « préjudice anormal et spécial », critère d’identification de l’expropriation indirecte ?.....	326

L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

B – Le défaut de pertinence de la théorie française de la responsabilité de l'État du fait des lois pour aborder la question de l'expropriation indirecte. ....	329
1 – La volonté du législateur comme élément essentiel. ....	330
2 – La responsabilité de l'État du fait des lois, responsabilité sans faute. ....	333
§ 2 – <i>L'investisseur étranger est tenu de se soumettre aux exigences d'intérêt général de l'État.</i> .....	336
A – La soumission de l'investisseur aux exigences de l'intérêt général quel que soit le contexte juridique. ....	336
1 – Dans le cas de l'existence d'un contrat entre l'État et l'investisseur. ....	337
a – La soumission du contrat au droit de l'État d'accueil. ....	338
b – La soumission du contrat au droit international. ....	341
(i) La soumission de principe du contrat au droit international. ....	341
(ii) Les conséquences de l'application du droit international. ....	343
2 – En l'absence d'un contrat entre l'État et l'investisseur. ....	346
3 – L'évolution récente du droit de l'investissement vers une soumission de principe de l'investisseur aux exigences de l'intérêt général. ....	349
B – Le pouvoir universel de l'État de réglementer l'utilisation de la propriété privée sur son territoire. ....	356
1 – Droit européen et réglementation de l'usage des biens. ....	356
2 – « Réglementation de l'usage des biens » et droit de l'investissement. ....	359
C – Conclusion: l'impossibilité d'engager la responsabilité de l'État sur le fondement de l'expropriation indirecte pour une atteinte normale à la propriété. ....	366
1 – Signification et fondement de la notion d'atteinte « normale ». ....	366
2 – L'identification de l'atteinte normale à la propriété par le recours aux attentes légitimes de l'investisseur. ....	372
Section 2 – l'atteinte normale à l'aune de la finalité de la mesure étatique n'est pas une expropriation indirecte. ....	376
§ 1 – <i>La prise en compte de la finalité des mesures étatiques par les tribunaux arbitraux.</i> .....	377
A – La distinction entre l'intention de l'État expropriant et la finalité objective d'une mesure d'intérêt général. ....	377
1 – L'indifférence de l'intention subjective de l'auteur de la mesure. ....	377
2 – L'importance de la finalité objective d'intérêt général de la mesure. ....	379
B – La finalité de la mesure étatique comme étalon de la normalité de l'atteinte à la propriété. ....	383
1 – Le recours aux attentes légitimes impose la prise en compte de la finalité de l'acte étatique. ....	383
2 – La constance de la pratique arbitrale et conventionnelle récente. ....	386
§ 2 – <i>L'atteinte à la propriété proportionnée à l'objectif de la mesure comme « atteinte normale » à la propriété.</i> .....	389
A – Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence européenne. ....	390
B – Le principe de proportionnalité et la question de l'expropriation indirecte. ....	392
1 – Le raisonnement de la C.E.D.H. est transposable au droit de l'investissement. .	392

TABLE DES MATIÈRES

2 – L’existence d’un principe de proportionnalité en droit international.....	395
3 – L’utilisation du principe de proportionnalité en droit international de l’investissement: la jurisprudence <i>Tecmed</i> et sa postérité. ....	398
a – L’apport de la sentence <i>Tecmed</i> . ....	398
b – La confirmation de la doctrine de la proportionnalité. ....	401
Conclusion du chapitre .....	403
CHAPITRE 6 – LA NOTION D’ATTEINTE À LA PROPRIÉTÉ « INSUFFISANTE » POUR CONSTITUER UNE DÉPOSSESSION: LA QUESTION DE L’EXPROPRIATION PARTIELLE. ....	405
Section 1 – L’impossibilité théorique de faire entrer l’expropriation partielle dans le champ de l’expropriation indirecte. ....	406
§ 1 – <i>L’atteinte à une partie de l’investissement ne constitue pas un « effet équivalent à une expropriation »</i> . ....	406
A – L’impossibilité théorique de considérer l’atteinte partielle comme une dépossession.....	406
B – Une jurisprudence arbitrale constante.....	410
§ 2 – <i>L’impossibilité de sanctionner l’expropriation temporaire</i> . ....	413
A – L’atteinte temporaire à la propriété n’est pas un « effet équivalent à l’expropriation ».....	413
B – Le moment de l’expropriation : l’expropriation n’est constituée qu’à partir du moment où la mesure est devenue définitive.....	419
§ 3 – <i>Synthèse : l’atteinte négligeable à la propriété comme atteinte normale</i> . ....	423
Section 2 – L’impossibilité de sanctionner l’ « expropriation partielle » sur le fondement des autres clauses de protection des investissements étrangers....	425
§ 1 – <i>Atteinte à la propriété et traitement juste et équitable</i> . ....	426
A – Notion et contenu du traitement juste et équitable.....	427
1 – Traitement juste et équitable et standard minimum de traitement des étrangers. ....	427
2 – Le contenu du traitement juste et équitable. ....	431
B – Le traitement juste et équitable et les atteintes à la propriété qui ne sont pas des expropriations indirectes. ....	436
1 – La difficulté de distinguer certaines violations du TJE de l’expropriation indirecte. ....	437
a – La violation du TJE constitue une expropriation indirecte ?.....	437
b – Le recoupement des champs d’application. ....	438
2 – L’atteinte à la propriété reste cantonnée au champ de l’expropriation indirecte. ....	440
§ 2 – <i>Protection et sécurité pleine et entière et expropriation indirecte</i> . ....	445
A – Le risque de superposition.....	446
1 – Rédactions multiples, signification unique ?.....	446
2 – Analyse <i>prima facie</i> : objets et champs d’application analogues. ....	447
B – Deux protections de nature différente. ....	448
§ 3 – <i>Déni de justice et expropriation indirecte</i> . ....	451

L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

A – Le déni de justice comme expropriation indirecte ? .....	451
B – Une atteinte à la propriété par le pouvoir judiciaire ne peut être à la fois une expropriation indirecte et un déni de justice.....	454
Conclusion du chapitre .....	459
CONCLUSION DU TITRE 3. ....	461

**TITRE 4 –**

**LA DÉPOSSESSION SANS RESPONSABILITÉ ?**

**LES LIMITES D'UNE APPROCHE FONDÉE SUR UNE LOGIQUE D'EXCEPTION**

CHAPITRE 7 – LE REJET DE LA PERTINENCE D'UNE APPROCHE FONDÉE UNIQUEMENT SUR LA QUALITÉ DE LA MESURE ÉTATIQUE .....	465
Section 1 – L'insuffisance d'une théorie internationale des <i>police powers</i> . ....	466
§ 1 – <i>La théorie des police powers dans le droit américain et sa réception formelle par le droit international.</i> .....	466
A – La double signification de la théorie des <i>police powers</i> en droit américain. ....	467
1 – Les <i>police powers</i> comme exception à l'obligation de compensation.....	467
2 – Les <i>police powers</i> comme prolongement du pouvoir réglementaire : la jurisprudence <i>Penn Central</i> .....	471
3 – Conclusion : le fondement juridique de la doctrine des <i>police powers</i> .....	475
B – La reconnaissance d'une théorie des <i>police powers</i> en droit international. ....	476
1 – Une théorie internationale des <i>police powers</i> .....	476
2 – Les <i>police powers</i> en droit international, une exception au principe de la compensation en cas d'expropriation. ....	481
a – Les <i>police powers</i> comme exception.....	481
b – Un préalable : la sentence <i>International Bank c. OPIC</i> .....	482
c – La sentence <i>Methanex c. États-Unis</i> .....	483
d – La sentence <i>Saluka c. République tchèque</i> .....	485
e – Tentative de synthèse. ....	488
(i) – La distinction entre réglementation et expropriation .....	488
(ii) – L'utilisation des conditions de licéité de l'expropriation .....	489
(iii) – La question de la méconnaissance d'un engagement spécifique.....	490
§ 2 – <i>L'inadaptation de la théorie des police powers à l'expropriation indirecte en droit international.</i> .....	494
A – L'intérêt général de la mesure comme garantie d'irresponsabilité ?.....	494
B – <i>Police powers</i> et atteintes normales à la propriété. ....	502
1 – <i>Methanex</i> et <i>Saluka</i> : des atteintes normales à la propriété. ....	502
a – La sentence <i>Methanex</i> .....	502
b – La sentence <i>Saluka</i> .....	505
2 – La confusion théorique de l'atteinte normale et des <i>police powers</i> .....	507
Section 2 – L'efficacité relative de la pratique de l'exclusion de certaines mesures étatiques du champ de l'expropriation indirecte. ....	511

TABLE DES MATIÈRES

§ 1 – <i>L’ambiguïté du mécanisme des clauses d’exclusion.</i> .....	512
A – Les clauses d’exclusion et leur fonctionnement. ....	512
B – Critique du mécanisme des clauses d’exclusion. ....	517
§ 2 – <i>Renversement de présomption et critère de la mesure déraisonnable : le mécanisme proposé par S. Robert-Cuendet.</i> .....	519
A – Le critère du raisonnable et ses risques .....	519
1 – La confusion entre l’expropriation indirecte et les autres protections .....	520
2 – Le risque pour l’État.....	521
3 – Le risque pour l’investisseur. ....	523
B – Un mécanisme applicable uniquement aux mesures environnementales. ....	525
Conclusion du chapitre .....	528
CHAPITRE 8 – L’APPORT MODESTE DES CIRCONSTANCES EXCLUANT L’ILLICÉITÉ AU SOUTIEN DES MESURES D’INTÉRÊT GÉNÉRAL PORTANT ATTEINTE À LA PROPRIÉTÉ ÉTRANGÈRE .....	531
Section 1– Les circonstances excluant l’illicite au secours de la liberté normative de l’État ? .....	532
§ 1 – <i>Les causes d’exclusion de l’illicite invocables par l’État pour échapper à sa responsabilité sur le fondement de l’expropriation indirecte.</i> .....	532
A – Contre-mesures, détresse : le traitement de la propriété étrangère comme outil de gestion des relations extérieures de l’État d’accueil. ....	533
1 – L’applicabilité des articles de la C.D.I. au droit de l’investissement. ....	533
2 – Les circonstances tenant à la détresse et aux contre-mesures. ....	536
a – La détresse.....	536
b – Les contre-mesures. ....	537
B – La force majeure et la destruction physique de l’investissement. ....	541
§ 2 – <i>Le cas particulier de l’état de nécessité : « l’intérêt essentiel » de l’État contre le droit de l’investisseur.</i> .....	544
A – État de nécessité et expropriation indirecte : la recherche d’un équilibre entre intérêt public et intérêt privé. ....	545
1 – La sauvegarde de la liberté normative de l’État, problématique commune de l’état de nécessité et de l’expropriation indirecte. ....	545
2 – Les éléments principaux de l’état de nécessité en droit positif.....	548
B – La nécessité et la crise argentine.....	550
Section 2 – Les circonstances excluant l’illicite, facteur de complication du contentieux de l’expropriation indirecte. ....	553
§ 1 – <i>Des situations dont la reconnaissance n’efface pas l’obligation d’indemnisation.</i> .....	554
A – Contre-mesures et force majeure, au-delà des apparences : des excuses inefficaces.....	554
1 – L’applicabilité des contre-mesures en question.....	554
2 – La force majeure et le maintien de l’obligation d’indemnisation. ....	557



L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

B – L'état de nécessité en question .....	561
1 – Le problème de la combinaison entre les défenses coutumières et celles du traité applicable. ....	561
2 – Les limites de l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicite. ....	564
a – La reconnaissance de la nécessité n'emporte pas suppression de l'obligation d'indemnisation. ....	564
b – La nécessité en Argentine et le maintien de l'obligation de compensation. ....	567
§ 2 – <i>L'application des causes d'exclusion de l'illicite et l'atteinte normale à la propriété.</i> .....	572
A – Le recoupement possible entre l'atteinte à la propriété justifiée par l'état de nécessité et celle qui ne peut engager la responsabilité de l'État en application du régime de l'expropriation indirecte. ....	573
B – Les limites aux circonstances excluant l'illicite dans le cadre de l'expropriation. ....	576
Conclusion du chapitre .....	580
CONCLUSION DU TITRE 4 .....	581

**CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE**

**CONCLUSION GÉNÉRALE**

ANNEXE :

TABLEAUX SYNTHÉTIQUES DES SENTENCES TRAITANT DE LA QUESTION DE L'EXPROPRIATION INDIRECTE .....	591
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE .....	609
INDEX THÉMATIQUE .....	623
INDEX DE LA JURISPRUDENCE CITÉE .....	625



En protégeant les investisseurs étrangers contre l'« expropriation indirecte » sans définir précisément cette notion, les traités de protection des investissements ont pu apparaître comme une menace pour la liberté normative de l'État et son pouvoir d'agir dans le sens de l'intérêt général. En effet, une « expropriation indirecte » peut être constituée par toute mesure générale (loi, décret...) et n'est licite que si elle s'accompagne d'une compensation financière. L'enjeu de l'identification de la notion est donc de taille, mais en l'absence d'une définition, la réponse à cette question est très délicate. Il ne faudrait pas que les États se trouvent tenus de « payer pour réguler ». D'un autre côté, la protection des investisseurs étrangers est une nécessité pour leur développement économique. Cette étude propose donc de mettre en lumière un critère d'identification de l'expropriation indirecte qui permettrait de fonder cet équilibre.

*By protecting foreign investors against « indirect expropriation » without precisely defining such a concept investment protection Treaties can be considered a threat to the regulatory freedom of the State, and its capacity to take measures to protect the public interest. Indeed, any « indirect expropriation », which is likely to be constituted by any measure of the State is lawful under international law only if the foreign investor is financially compensated. Identifying what is an indirect expropriation is then a crucial issue, but in the absence of any definition, the answer to this question is very uncertain. On the one hand, the State must not be obliged to « pay to regulate ». On the other hand, the protection of foreign investors is a decisive factor for the economic development of host States. Thus, this study aims at establishing a criterion identifying an indirect expropriation that would reduce this threat, by guaranteeing to the State the margin of appreciation necessary to act in favour of the public interest.*



Université du MAINE