

PREMIERE 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

Un État ne peut être condamné au versement d'une indemnisation sur le fondement de l'expropriation indirecte que dans l'hypothèse où il aurait provoqué, par son activité régulière (donc, par son action ou par une inaction¹), une situation de fait équivalant à celle d'une expropriation, sans utiliser correctement les pouvoirs qu'il détient pour générer une telle situation. En d'autres termes, l'État se rend coupable d'un fait internationalement illicite quand, disposant en droit international d'une possibilité de procéder à une expropriation indirecte, il réalise cette expropriation en sortant de ce cadre. Il engage alors sa responsabilité. L'identification du fondement juridique de cette responsabilité passe donc par une définition très précise de l'expropriation indirecte.

¹ La possibilité d'engager la responsabilité internationale de l'État sur le fondement d'un défaut d'action est l'un des points les moins débattus du droit international contemporain. L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, Rec. 1980, p. 31-32 le rappelait. Ce principe a été repris tel quel par les travaux de la Commission du Droit international sur la responsabilité des États, dont le texte final précise à son article 2 : « *Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission (a) est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et (b) constitue une violation d'une obligation internationale de l'État* » in CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaire*, Paris, Pedone, 2003. Ce principe figurait déjà à l'article 3 du premier projet de 1996. Pour un exemple d'inaction attaquée au nom de l'expropriation indirecte, voir par exemple la notification d'arbitrage présentée le 30 avril 2009 dans l'affaire *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, aff. n° ARB/09/12. La demande, présentée sur le fondement de l'accord entre les États d'Amérique centrale et les États-Unis (CAFTA) est disponible sur <http://www.italaw.com/>.

L'EXPROPRIATION INDIRECTE EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Confronté à une demande en expropriation indirecte, un tribunal arbitral est tenu d'examiner en premier lieu l'atteinte à la propriété, pour la qualifier juridiquement. Pour entraîner le constat d'une expropriation indirecte, une atteinte à la propriété doit être assimilable à une dépossession. Mais cet élément à lui seul n'est assurément pas suffisant pour engager la responsabilité internationale de l'État. Celui-ci dispose en effet, avec l'expropriation indirecte, d'un outil lui permettant de provoquer une dépossession de façon licite. Une fois la dépossession établie, il est donc indispensable d'analyser la façon dont elle a été provoquée pour déterminer si cette dépossession est licite, ou non. Ce n'est donc pas en d'autres termes le fait de déposséder qui, dans l'absolu, engage la responsabilité de l'État : c'est le fait de déposséder *d'une façon qui n'est pas admise par le droit international*. Ainsi, la question de l'identification de l'expropriation indirecte ne se réduit pas à la détermination du degré nécessaire d'atteinte à la propriété pour distinguer la réglementation de l'expropriation. L'atteinte « substantielle » à la propriété est une dépossession. Mais la dépossession n'entraîne la responsabilité de l'État que si elle a été provoquée par un fait internationalement illicite. Il est donc essentiel d'identifier les paramètres qui peuvent permettre de conclure que le fait qui est à l'origine de la dépossession est illicite.

Par conséquent, sans être à elle seule suffisante, la dépossession se situe au cœur du mécanisme par rapport auquel l'ensemble des éléments de la responsabilité se définiront. La dépossession est donc dans l'expropriation indirecte, selon une formule classique, une condition nécessaire, mais non suffisante. Il importe dès lors de s'y intéresser en premier lieu, ainsi qu'à la manière dont elle doit être provoquée pour être susceptible d'engager la responsabilité de l'État (Titre 1^{er} : la dépossession comme condition de la responsabilité). L'importance de la dépossession dans l'expropriation indirecte est encore renforcée par le fait que la responsabilité de l'État ne peut être engagée qu'à la hauteur de celle-ci (Titre 2 : la dépossession comme mesure de la responsabilité). Élément décisif, la dépossession ne fait donc pas tout dans l'expropriation indirecte. L'identification de cette dernière ne peut donc dépendre uniquement du degré d'atteinte à la propriété qui fait basculer de la réglementation dans l'expropriation. La « théorie de l'effet unique », dans ces conditions, ne peut assurément constituer une façon satisfaisante d'aborder la question, puisque l'expropriation indirecte est un tout.

L'obligation d'indemnisation prononcée par les tribunaux internationaux à l'encontre d'un État pour une expropriation indirecte trouve donc son fondement dans l'application des règles de la responsabilité internationale. L'État, en effet, ne peut être internationalement responsable que pour un fait illicite, si celui-ci cause un préjudice. Ce préjudice est ici constitué par la dépossession, comme nous le verrons dans un premier temps (Titre 1^{er}, Chapitre 1^{er}). Pour provoquer la responsabilité, il doit être internationalement illicite : nous verrons ce que cela signifie dans un deuxième temps, en nous intéressant au fait générateur, qui est constitué par la mesure étatique ayant provoqué le contentieux (Titre 1^{er}, Chapitre 2). Pour compléter le raisonnement, il sera nécessaire d'établir un lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice identifiés, ce qui soulève des questions théoriques d'envergure dans le domaine de l'expropriation dite

PREMIÈRE PARTIE

précisément « indirecte », mais qui permet de confirmer que l'État n'est responsable que pour autant que – et dans les limites où – son fait a directement provoqué la dépossession (Titre 2, Chapitre 1^{er}). Enfin, si la responsabilité est constituée, il faut en tirer les conséquences : c'est la question de la restitution/réparation, que nous examinerons en dernier lieu (Titre 2, Chapitre 2). Il s'agit donc de démontrer dans cette partie qu'il n'y aura d'obligation d'indemnisation pour expropriation indirecte à la charge de l'État *que dans le cas où l'atteinte à la propriété peut être intégrée dans un schéma classique de responsabilité internationale, c'est-à-dire uniquement lorsque cette atteinte constitue un préjudice causé par un fait internationalement illicite*. En ce sens le degré d'atteinte à la propriété, s'il demeure central dans l'analyse, n'est pas le seul paramètre pertinent.