

## CHAPITRE 7. LE REJET DE LA PERTINENCE D'UNE APPROCHE FONDÉE UNIQUEMENT SUR LA QUALITÉ DE LA MESURE ÉTATIQUE

Plusieurs commentateurs ont relevé une tendance récente du droit de l'investissement à se placer davantage du point de vue des autorités de l'État d'accueil pour aborder la question de l'expropriation indirecte. S. Robert-Cuendet défend même une approche de la question fondée sur un renversement de présomption, qui serait désormais favorable aux mesures réglementaires, lesquelles ne pourraient engager la responsabilité de l'État que s'il est démontré qu'elles sont « déraisonnables »<sup>1</sup>. Il est proposé ici de défendre une vision différente, puisque nous avons tenté de montrer que les intérêts de l'État pouvaient largement être pris en compte dans le cadre d'une approche fondée sur la nature de l'atteinte à la propriété. Dans cette perspective, il n'est donc pas véritablement nécessaire d'avoir recours aux exceptions traditionnelles.

Deux sous-hypothèses devraient être examinées, dans lesquelles aucune responsabilité de l'État ne serait envisageable : dans la première, ce défaut de responsabilité s'expliquerait par le fait que l'État a eu recours à ses *police powers*. Dans la seconde, la raison tiendrait à ce que la mesure elle-même, par ses caractères intrinsèques et son champ d'application (et non plus uniquement par la nature des pouvoirs utilisés par l'État) implique l'exclusion automatique et *a priori* de la qualification d'expropriation. Dans un cas (Section 1) comme dans l'autre (section 2), la pertinence de l'analyse peut être questionnée. À tout le moins, ces mécanismes pèchent en ce qu'ils négligent la question fondamentale de l'impact porté à la propriété de l'investisseur. Ils ne peuvent donc être pleinement satisfaisants. En ce sens, il semble possible de proposer une approche de l'expropriation indirecte qui reste centrée sur l'atteinte à la propriété tout en offrant à l'État des moyens de préserver sa liberté normative, à condition que l'accent soit mis sur la *nature* de cette atteinte, et non pas uniquement sur son aspect quantitatif.

---

<sup>1</sup> ROBERT-CUENDET (S.), *ibid.*, pp. 317 et s. Cette approche est toutefois limitée, dans l'étude de S. Robert-Cuendet, aux mesures de protection de l'environnement.