

## TITRE 4. LA DÉPOSSESSION SANS RESPONSABILITÉ ? LES LIMITES D'UNE APPROCHE FONDÉE SUR UNE LOGIQUE D'EXCEPTION

Dans certaines hypothèses, la propriété de l'investisseur se trouve affectée dans une large mesure, sans que pour autant la responsabilité de l'État puisse être engagée. Mais le rejet de la responsabilité repose, semble-t-il dans ces cas de figure, sur une exception fondée sur la qualité des pouvoirs utilisés par l'État pour provoquer cette situation de fait, ou sur des éléments intrinsèques à la mesure étatique en cause. En d'autres termes, parce que telle mesure procéderait de l'exercice légitime de ce que les auteurs américains qualifient de *police powers* de l'État, toute responsabilité de l'État pour dépossession devrait être écartée, quel que soit l'impact de ladite mesure sur la propriété de l'investisseur. On trouve une déclinaison de ce principe dans la pratique des « clauses d'exclusion » figurant dans certains traités, et consistant à écarter *a priori* certaines mesures de la qualification d'expropriation (mesures de protection de l'environnement, en particulier). Dans ces hypothèses, la responsabilité de l'État peut donc être écartée en tenant compte uniquement d'éléments propres à la mesure étatique en cause, et en écartant donc totalement la prise en considération de la perte subie par l'investisseur. On assisterait alors, sous l'influence de ces exceptions, à une réorientation du contentieux sur la mesure étatique, aux dépens de l'impact sur la propriété<sup>1</sup>. Il apparaît donc essentiel d'analyser ce phénomène, mais dans une perspective un peu différente que celle qui est ordinairement proposée. Afin de mettre en lumière, en effet, l'intérêt du critère de l'atteinte normale à la propriété tel qu'il a été développé dans le titre précédent, il semble essentiel d'analyser les limites des lignes de défense généralement invoquées par les États dans le contentieux de l'expropriation indirecte. Nous verrons ainsi que les « exceptions » susceptibles d'être invoquées par les États ne sont pas à l'abri de certaines critiques, qui peuvent aller jusqu'à remettre en cause leur pertinence (Chapitre 7), de la même façon que les causes d'exclusion de l'illicite reconnues par le droit de la responsabilité internationale (chapitre 8).

---

<sup>1</sup> ROBERT-CUENDET (S.), Protection de l'environnement et investissement étranger – les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale, thèse université Paris I, multigr., 2008, pp. 315 et s.

TITRE 4 : LES LIMITES D'UNE APPROCHE FONDÉE SUR L'EXCEPTION

Puisque le régime de l'expropriation indirecte en droit international porte en lui-même des éléments de protection des mesures prises par l'État dans le sens de l'intérêt général – et c'était l'objet du titre précédent que de les dégager – le recours à des mécanismes d'exception tirés du droit international général ne s'impose que très rarement. En outre, même s'il n'est pas envisageable de se passer du recours à des exceptions dans certains cas, il est essentiel de préciser que leur application ne dispense nullement de s'intéresser à l'atteinte portée à la propriété de l'investisseur étranger. Recourir aux exceptions ne doit donc pas impliquer de faire porter l'analyse uniquement sur les caractères de la mesure étatique incriminée, pour pouvoir la qualifier. Cette opération de qualification des mesures étatiques, qui a pour but de déterminer s'il s'agit ou non d'une mesure équivalente à l'expropriation, ne peut se faire sans prendre en considération l'impact porté à l'investissement.