

Investissement

CHARLES-EMMANUEL CÔTÉ

LE CANADA ET LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT EN 2015

Dans son dernier rapport mondial sur l'investissement, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) note que le Canada a été le pays le plus actif dans la conclusion d'accords sur l'investissement en 2014, avec sept nouveaux traités.¹ Cette pratique conventionnelle soutenue s'est maintenue en 2015. L'arrivée au pouvoir à Ottawa du gouvernement libéral dirigé par Justin Trudeau, le 4 novembre 2015, ne devrait pas changer la donne. En effet, la conclusion des négociations du *Partenariat transpacifique (PTP)*² par le gouvernement conservateur sortant, le 5 octobre 2015,³ en pleine campagne électorale, a fait en sorte que les chefs de parti ont dû se positionner sur cet important accord. Le *PTP* fait partie de la nouvelle vague des accords de libre-échange "méga-régionaux," avec l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG)*,⁴ dont

Charles-Emmanuel Côté, LLB (Laval), DCL (McGill); vice-doyen et professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval; codirecteur du Centre de droit international et transnational (CDIT); avocat (Québec).

¹ CNUCED, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, New York et Genève, Nations Unies, 2015 à la p xi (Doc NU E.15.II.D.5). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2014.

² *Partenariat transpacifique*, 4 février 2016, en ligne: New Zealand Foreign Affairs and Trade <<https://www.mfat.govt.nz/en/about-us/who-we-are/treaty-making-process/trans-pacific-partnership-tpp/text-of-the-trans-pacific-partnership/>> (Australie, Brunei Darussalam, Canada, Chili, États-Unis, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour et Viêt-Nam) [*PTP*].

³ *Déclaration des ministres du Partenariat transpacifique*, 5 octobre 2015, en ligne, Affaires mondiales Canada <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/statement-atlanta_declaration-atlanta-2015.aspx?lang=fra>.

⁴ *Texte de l'AECG consolidé*, 5 août 2014, en ligne: Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> [*AECG*]. Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2014. Seule la version authentique anglaise du traité a été rendue publique, le 29 février 2016. La signature formelle de l'*AECG* n'a toujours pas eu lieu puisque les 22 autres versions du texte faisant foi n'ont pas encore été établies. *CETA*, Final Text (29 February 2016), en ligne: Affaires mondiales Canada <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf>.

les négociations se sont conclues en 2013, alors que celles du *Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement* (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* ou *TTIP*) se poursuivent entre les États-Unis et l'Union européenne.⁵ Tous ces accords méga-régionaux comportent un chapitre sur l'investissement, qui innove soit sur le plan du contenu, soit sur celui des parties contractantes, en soumettant plusieurs pays développés à l'arbitrage investisseur-État dans leurs relations réciproques. La déclaration du chef du parti libéral du Canada au lendemain de l'annonce de la conclusion des négociations du *PTP* ne laissait aucun doute sur son appui de principe au libre-échange, tout en annonçant son intention de tenir "un débat public approfondi et ouvert au Parlement pour faire en sorte que les Canadiennes et les Canadiens soient consultés dans le cadre de cet accord commercial historique."⁶ Cet appui s'est traduit par la signature du *PTP* par le Canada et les onze autres parties le 5 février 2016, alors que le texte du traité a été déposé pour examen à la Chambre des communes en prévision de sa ratification par Ottawa.⁷ Le gouvernement Trudeau a par ailleurs finalisé les formalités d'entrée en vigueur de l'accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) conclu en 2014 avec la Côte d'Ivoire par le gouvernement conservateur sortant.⁸

Le contentieux de l'investissement intéressant le Canada ou des investisseurs canadiens a été fertile en 2015, avec trois sentences arbitrales rendues dans des poursuites intentées contre le Canada sur la base de l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁹ (*ALÉNA*). L'affaire *Clayton/Bilcon c*

⁵ Voir États-Unis, Office of the United States Trade Representative, *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, en ligne: <<https://ustr.gov/ttip>>; Commission européenne, *In focus: Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, en ligne: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>>. La Commission européenne a rendu publique sa proposition de texte pour le chapitre sur l'investissement du *TTIP* le 12 novembre 2015, en prévision de ses discussions sur le sujet avec les États-Unis, en ligne: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf>.

⁶ Parti libéral du Canada, "Déclaration du chef du Parti libéral du Canada, Justin Trudeau, à propos du Partenariat transpacifique," communiqué (5 octobre 2015), en ligne: <<https://www.liberal.ca/fr/declaration-du-chef-du-parti-liberal-du-canada-justin-trudeau-a-propos-du-partenariat-transpacifique/>>.

⁷ Pour que le *PTP* puisse entrer en vigueur, il doit être ratifié dans les deux ans suivant sa signature par au moins six signataires originaux représentant ensemble au moins 85% du produit intérieur brut (PIB) combiné des douze signataires originaux. Cette disposition fait en sorte que les ratifications des États-Unis et du Japon sont indispensables et que le sort du *PTP* sera scellé au plus tard le 4 février 2018.

⁸ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Côte d'Ivoire concernant la promotion et la protection des investissements*, 30 novembre 2014, RT Can 2015 n° 19 [APIE Canada-Côte d'Ivoire].

⁹ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 [ALÉNA].

Canada¹⁰ doit particulièrement retenir l'attention, car le Canada y a vu sa responsabilité être engagée en raison de l'évaluation environnementale négative d'un projet de carrière et de terminal maritime en Nouvelle-Écosse. Cette affaire ne devrait pas manquer d'alimenter les critiques contre l'arbitrage investisseur-État entre pays développés, notamment en Allemagne, en Australie et au Japon.¹¹ Les tribunaux canadiens ont également été sollicités en 2015 en matière d'investissement étranger, avec deux demandes d'annulation de sentences arbitrales rendues au Canada contre celui-ci, ainsi que la décision en appel dans la contestation de la conclusion de l'APIE *Canada-Chine* sans consultation de la communauté autochtone s'estimant concernée.

Le chapitre sur l'investissement du *PTP* et l'affaire *Clayton/Bilcon* font l'objet de développements particuliers dans la chronique cette année, compte tenu de leur importance systémique pour le droit international de l'investissement et pour le Canada en particulier. Un tour d'horizon des principaux faits marquants pour le Canada en 2015 est d'abord effectué, en ce qui a trait à sa pratique conventionnelle, au contentieux international et à la jurisprudence canadienne en matière d'investissement étranger.

PRATIQUE CONVENTIONNELLE DU CANADA EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

La toile des accords sur l'investissement du Canada a continué de s'étendre en 2015, particulièrement en Afrique et en Asie. La point d'orgue de l'année est assurément la conclusion des négociations du *PTP* avec cinq pays d'Asie (Brunéi Darussalam, Japon, Malaisie, Singapour, et Viêt Nam), deux pays d'Océanie (Australie et Nouvelle-Zélande) et quatre pays des Amériques avec lesquels des accords sur l'investissement sont déjà en vigueur (Chili, États-Unis, Mexique et Pérou). Un seul nouvel APIE a été

¹⁰ *Clayton/Bilcon c Canada*, Sentence sur la compétence et la responsabilité, CPA aff n° 2009-04 (Chapitre 11 ALÉNA, 17 mars 2015) (arbitres: Bruno Simma, prés, Donald McRae et Bryan Schwartz) [*Clayton/Bilcon*, "Sentence"].

¹¹ Voir notamment Armand de Mestral, "Investor-State Arbitration between Developed Democratic Countries," *Centre for International Governance Innovation (CIGI) Investor-State Arbitration Series*, n° 1 (Septembre 2015); Lise Johnson, Lisa Sachs & Jeffrey Sachs, *Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and US Domestic Law*, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI) Policy Paper (Mai 2015); Jürgen Kurtz & Luke R Nottage, "Investment Treaty Arbitration 'Down Under': Policy and Politics in Australia" (2015) 30 ICSID Rev 465; Shotaro Hamamoto, "Recent Anti-ISDS Discourse in the Japanese Diet: A Dressed-Up but Glaring Hypocrisy" (2015) 16 J World Investment & Trade 931; Nicolás M Perrone & Gustavo Rojas de Cerqueira César, *Brazil's Bilateral Investment Treaties: More Than a New Investment Treaty Model?*, Columbia FDI Perspectives, n° 159 (26 octobre 2015); Stephan W Schill, "Editorial: The German Debate on International Investment Law" (2015) 16 J World Investment & Trade 1; Leon E Trakman, "Investor-State Arbitration: Evaluating Australia's Evolving Position" (2014) 15 J World Investment & Trade 152.

signé en 2015 avec le Burkina Faso, alors que les *APIE Canada-Côte d'Ivoire*¹² et *APIE Canada-Serbie*¹³ sont tous deux entrés en vigueur au courant de l'année, élevant le nombre total d'APIE en vigueur à 30 et celui des APIE signés mais non encore entrés en vigueur à six.¹⁴ Des négociations en vue de conclure un APIE étaient toujours en cours en 2015 avec deux pays d'Europe (Kosovo et Macédoine), trois pays d'Afrique (Ghana, Kenya et Tunisie) et six pays d'Asie (Indonésie, Kazakhstan, Mongolie, Pakistan, Émirats arabes unis et — jusqu'à la conclusion du *PTP* — le Viêt Nam).

Au surplus, les négociations d'un *APIE Canada-Hong Kong* se sont terminées avec succès au printemps 2015, bien que le texte de l'accord ne soit toujours pas signé.¹⁵ La négociation d'un tel accord avec Hong Kong peut surprendre, puisque rien dans l'*APIE Canada-Chine* n'indique que la région administrative spéciale serait soustraite à l'accord.¹⁶ Le droit des traités prévoit qu'à moins d'indication contraire, le traité s'applique à l'ensemble du territoire souverain des parties contractantes.¹⁷ Certes le droit constitutionnel chinois reconnaît que Hong Kong peut avoir la capacité de conclure des accords sur l'investissement, avec l'autorisation spécifique de Pékin.¹⁸ En revanche, lorsque la Chine souhaite exclure Hong Kong de la portée territoriale d'un tel accord, elle le fait habituellement

¹² *APIE Canada-Côte d'Ivoire*, *supra* note 8.

¹³ *Accord sur la promotion et la protection des investissements entre le Canada et la République de Serbie*, 1^{er} septembre 2014, RT Can 2015 n° 6.

¹⁴ Affaires mondiales Canada, *Accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE)*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>>.

¹⁵ Affaires mondiales Canada, *Négociations de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) entre le Canada et Hong Kong*, en ligne: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/hong_kong.aspx?lang=fra>.

¹⁶ *Accord entre le Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, 9 septembre 2012, RT Can 2014 n° 26, art 1 (22) [*APIE Canada-Chine*]. Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2012. Alors qu'aucune mention n'est faite de son inapplication à la région administrative spéciale de Hong Kong, l'accord étend spécifiquement sa portée au-delà du territoire souverain de la Chine, afin de s'appliquer également "à toute zone maritime au-delà de la mer territoriale sur lesquels la Chine exerce, conformément au droit international et à son droit interne, des droits souverains ou une juridiction relativement aux eaux, aux fonds marins et à leur sous-sol ainsi qu'aux ressources naturelles qu'ils abritent" (*ibid.*).

¹⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 353, art 29.

¹⁸ Lung Wan Pun, "Application and Conclusion of Treaties in the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China: Sixteen Years of Practice" (2013) 12 *Chinese J Int'l L* 589 à la p 603.

de manière explicite, comme dans son accord avec la Russie.¹⁹ En l'absence d'une mention expresse de l'inapplication de l'*APIE Canada-Chine* à Hong Kong, la négociation d'un APIE avec Hong Kong peut sembler superflue. Une simple déclaration conjointe confirmant l'application de l'*APIE Canada-Chine* à Hong Kong, aurait pu suffire s'il s'agissait de dissiper tout doute à cet égard. Puisque la Chine semble être la seule titulaire des droits et obligations découlant des traités conclus par Hong Kong,²⁰ la véritable utilité de conclure un nouvel APIE avec la région administrative spéciale est sans doute de prévoir des règles matérielles distinctes, libéralisant davantage les flux d'investissement et leur offrant une protection juridique accrue, compte tenu du caractère plus développé de son économie de marché. Il faudra attendre la signature formelle du texte de l'*APIE Canada-Hong Kong* afin d'obtenir les éclaircissements voulus à cet égard.

Aucun nouvel accord de libre-échange (ALÉ) n'a été conclu en 2015, mais l'accord avec la Corée du Sud, qui contient un chapitre sur l'investissement, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015.²¹ Les négociations de l'*ALÉ Canada-Ukraine* se sont certes aussi conclues avec succès pendant l'été, mais l'accord ne comporte pas de chapitre sur l'investissement, la matière restant ainsi couverte par l'*APIE Canada-Ukraine* de 1994.²² L'entrée en vigueur de l'*ALÉ Canada-Corée* du Sud porte à sept le nombre d'ALÉ en vigueur comprenant un chapitre sur l'investissement, auxquels il faut ajouter l'*AECG* et le *PTP*, qui contiennent tous deux un tel chapitre.²³ Ainsi, lorsque le Canada consent à l'arbitrage investisseur-État avec un autre pays développé, il le fait normalement dans un accord de libre-échange et non dans un simple APIE.

DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS IMPLIQUANT LE CANADA

Le Canada a connu deux revers et une victoire devant les tribunaux arbitraux en 2015. Outre l'affaire *Clayton/Bilcon* qui est discutée plus loin,

¹⁹ *Protocol to the Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the People's Republic of China on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 9 novembre 2006, art 1, en ligne: CNUCED <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/774>>; Pun, *supra* note 18 à la p 597.

²⁰ Pun, *supra* note 18 à la p 593.

²¹ *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Corée*, 22 septembre 2014, RT Can 2015 n° 3.

²² *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Ukraine pour l'encouragement et la protection des investissements*, 24 octobre 1994, RT Can 1995 n° 23; Affaires mondiales Canada, *Accord de libre-échange Canada-Ukraine (ALECU)*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ukraine/index.aspx?lang=fra>>.

²³ Affaires mondiales Canada, *Les accords de libre-échange du Canada*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fta-ale.aspx?lang=fra>>.

le tribunal arbitral dans l'affaire *Mobil Investments Canada c Canada*²⁴ a rendu sa sentence sur les dommages, condamnant le Canada à verser respectivement 13,9 millions CDN\$ et 3,4 millions CDN\$ aux investisseurs américains Mobil Investments Canada et Murphy Oil Corporation. Ces montants correspondent au préjudice subi par les investisseurs lésés entre 2004 et 2012, soit entre l'adoption d'une nouvelle directive de l'Office Canada-Terre-Neuve-et-Labrador des hydrocarbures extracôtiers, qui leur a imposé des exigences accrues de contribution au développement local, et la sentence qui a constaté la violation de l'ALÉNA par cette mesure. On se rappellera que la principale question en litige dans cette affaire était celle de savoir si l'adoption de cette nouvelle directive était permise par la réserve inscrite par le Canada à la clause sur les contraintes d'exploitation. Dans une décision fort discutable sur le plan juridique, la majorité du tribunal avait décidé que la nouvelle mesure outrepassait la clause d'antériorité prévue dans la réserve et violait par conséquent l'article 1106 de l'ALÉNA.²⁵ Sans surprise, l'arbitre dissident s'est à nouveau dissocié de la sentence du tribunal sur les dommages, puisqu'il était d'avis que la mesure canadienne est compatible avec l'ALÉNA.²⁶

Face à la division du tribunal arbitral dans l'affaire *Mobil Investments Canada*, le Canada a présenté le 19 mai 2015 une demande d'annulation de la sentence arbitrale à la Cour supérieure de justice d'Ontario, puisque le lieu de l'arbitrage était Toronto, au motif que le tribunal a excédé sa compétence en soumettant la mesure à l'article 1106 malgré la réserve du Canada.²⁷ Il sera très intéressant de voir comment la Cour supérieure répondra à cette demande fondée sur l'interprétation des réserves formulées dans les accords sur l'investissement, qui sont souvent utilisées afin de préserver la marge de manœuvre réglementaire des États dans des champs d'action politique sensibles.

Dernier développement dans cette affaire, les deux investisseurs américains lésés ont choisi de soumettre séparément une nouvelle plainte à l'arbitrage, afin d'obtenir la réparation du préjudice qu'ils continueraient de subir depuis la sentence de 2012, en raison du maintien en vigueur par le

²⁴ *Mobil Investments Canada c Canada*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/07/4 (Chap 11 ALÉNA, 20 février 2015) (arbitres: Hans van Houtte, prés, Merit E Janow et Philip Sands).

²⁵ *Mobil Investments Canada c Canada*, Sentence sur la responsabilité et les principes du quantum, CIRDI aff n° ARB(AF)/07/4 (Chap 11 ALÉNA, 22 mai 2012) (arbitres: Hans van Houtte, prés, Merit E Janow et Philip Sands). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2012.

²⁶ *Mobil Investments Canada c Canada*, Déclaration de Philip Sands, Aff CIRDI n° ARB(AF)/07/4 (Chap 11 ALÉNA, 3 février 2014).

²⁷ *Canada (PG) c Mobil Investments Canada Inc*, "Avis introductif d'instance," n° dossier CV-15-528498 (19 mai 2015) (Cour supérieure de justice d'Ontario).

Canada de sa directive de 2004.²⁸ Mobil Investments Canada Inc et Murphy Oil Corporation réclament respectivement 20 et 5 millions CDN\$, le premier ayant formellement présenté sa requête auprès du CIRDI le 16 janvier 2015, alors que le second n'a pas encore donné suite à sa notification d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage signifiée en 2014. Ces nouvelles réclamations montrent qu'il faut relativiser l'affirmation selon laquelle l'arbitrage investisseur-État ne porterait pas atteinte à la capacité réglementaire des États, parce que les tribunaux arbitraux ne peuvent pas ordonner le retrait d'une mesure illicite mais seulement imposer des dommages-intérêts. Il apparaît que le retrait de la mesure peut parfois être la seule façon pour l'État de se prémunir contre de nouvelles réclamations.

Dans une autre affaire, *Detroit International Bridge Company c Canada*,²⁹ le Canada a cette fois réussi à convaincre la majorité du tribunal arbitral de décliner compétence sur la plainte d'un investisseur américain. Ce dernier réclamait un montant record de 3,5 milliards US\$ en dommages en raison du soutien allégué du Canada à des projets de ponts internationaux faisant concurrence au pont Ambassadeur opéré par l'investisseur américain entre Détroit et Windsor. La majorité a jugé que l'investisseur n'avait pas renoncé à tous ses droits conformément aux prescriptions de l'article 1121 de l'ALÉNA, en raison du maintien de certains recours administratifs devant les tribunaux américains concernant les mêmes mesures canadiennes. Or le tribunal a interprété cette disposition comme ne permettant que le maintien de recours administratifs devant les tribunaux de l'État poursuivi par l'investisseur étranger, en l'occurrence devant les tribunaux canadiens, mais non devant les tribunaux américains même si ces derniers appliquent le droit canadien.³⁰ L'arbitre dissident était plutôt d'avis que les recours administratifs pendants devant les tribunaux américains concernent des mesures différentes de celles visées par la plainte intentée en vertu de l'ALÉNA, bien qu'elles participent toutes du même dessein discriminatoire global de la part du Canada.³¹ L'identification précise des mesures visées respectivement par une réclamation arbitrale et des recours internes peut ainsi s'avérer difficile dans certaines circonstances.

Une seule nouvelle notification d'intention de porter une plainte en arbitrage sur la base de l'ALÉNA a été signifiée au Canada en 2015, dans

²⁸ *Mobil Investments Canada c Canada*, "Requête," Aff CIRDI n° ARB/15/16 (Chap 11 ALÉNA, 16 janvier 2015); *Murphy Oil Corporation c Canada*, "Notification d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage" (Chap 11 ALÉNA, 16 octobre 2014).

²⁹ Sentence sur la compétence, Aff CPA n° 2012-25 (Chap 11 ALÉNA, 2 avril 2015) (arbitres: Yves Derains, prés, Michael Chertoff et Vaughan Lowe).

³⁰ *Ibid* aux para 318–20, 336.

³¹ *Detroit International Bridge Company c Canada*, Déclaration dissidente séparée de Michael Chertoff sur la compétence, Aff CPA n° 2012-25 (Chap 11 ALÉNA, 2 avril 2015).

l'affaire *CEN Biotech c Canada*.³² Le Canada pourrait faire face à une réclamation colossale de 4,8 milliards US\$ en raison du refus de Santé Canada d'octroyer à l'investisseur américain un permis de fournir de la marijuana à des fins thérapeutiques. Les agissements du Canada seraient contraires à la clause de la nation la plus favorisée (NPF) et à la clause du traitement national (TN), ainsi qu'à la clause du traitement juste et équitable (TJE) de l'*ALÉNA*. À première vue, le montant de la réclamation semble disproportionné en l'absence d'allégation d'expropriation.

Cinq autres affaires étaient pendantes et ont suivi leur cours en 2015, en plus des affaires discutées ci-dessus. De ce nombre, trois portent sur des mesures environnementales provinciales, dans *Lone Pine Resources c Canada*³³ (mesures du Québec), *Windstream Energy c Canada*³⁴ (mesures de l'Ontario) et *Mesa Power Group c Canada*³⁵ (mesures de l'Ontario), tandis qu'une quatrième implique les pratiques commerciales d'une société d'État provinciale, dans *Mercer International c Canada*³⁶ (mesures de BC Hydro). La dernière affaire pendante est *Ely Lilly and Company c Canada*³⁷ et vise cette fois la jurisprudence qui a interprété la législation fédérale de manière à retirer les brevets de deux produits pharmaceutiques fabriqués par des investisseurs américains. On notera enfin que l'investisseur américain a choisi de retirer sa plainte en 2015 dans l'affaire *Longyear c Canada*,³⁸ qui visait une mesure fiscale ontarienne. Aucune information n'a été rendue publique quant aux circonstances entourant ce retrait, ce qui permet seulement de spéculer sur l'éventuelle contrepartie offerte par le Canada ou l'Ontario. Cette affaire soulevait un argument juridique intéressant, avec l'invocation, au moyen de la clause NPF, du traitement fiscal plus avantageux offert aux investisseurs d'États tiers dans certains APIE du Canada postérieurs à l'*ALÉNA* ne comportant pas d'exclusion des mesures fiscales. Cette omission étonnante de la part du Canada permet de déjouer l'exclusion prévue par l'*ALÉNA* concernant ces mesures.

³² "Notification d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage" (Chap 11 *ALÉNA*, 30 août 2015).

³³ "Notification d'arbitrage," CNUDCI, Aff CIRDI n° UNCT/15/2 (Chap 11 *ALÉNA*, 6 septembre 2013).

³⁴ "Notification d'arbitrage," CNUDCI, Aff CPA n° 2013-22 (Chap 11 *ALÉNA*, 28 janvier 2013).

³⁵ "Notification d'arbitrage," CNUDCI, Aff CPA n° 2012-17 (Chap 11 *ALÉNA*, 4 octobre 2011).

³⁶ "Requête," Aff CIRDI n° ARB(AF)/12/3 (Chap 11 *ALÉNA*, 30 avril 2012).

³⁷ "Notification d'arbitrage," CNUDCI, Aff CIRDI n° UNCT/14/2 (Chap 11 *ALÉNA*, 12 septembre 2013).

³⁸ "Notification du retrait de la réclamation" (Chap 11 *ALÉNA*, 26 juin 2015).

DIFFÉRENDS IMPLIQUANT DES INVESTISSEURS CANADIENS À L'ÉTRANGER

Aucune sentence arbitrale n'a été rendue en 2015 dans une affaire impliquant un investisseur canadien contre un État étranger. En revanche, l'affaire *Gold Reserve c Venezuela*³⁹ a connu de nombreux rebondissements devant plusieurs tribunaux nationaux, avec la saisine par l'investisseur lésé des tribunaux des États-Unis, de France, du Luxembourg et du Royaume-Uni, afin de faire exécuter la sentence arbitrale rendue.⁴⁰ De plus le Venezuela a de son côté saisi la Cour d'appel de Paris afin d'obtenir l'annulation de la même sentence. Pour mémoire, cette affaire a vu le Venezuela être condamné à verser 713 millions US\$ à titre de réparation à la société minière canadienne Gold Reserve Inc en raison de la violation de la clause du TJE de l'*APIE Canada-Venezuela*. L'absence d'une clause de refus des avantages aura permis à la société-mère américaine, Gold Reserve Corp, d'employer une société-écran canadienne pour opérer sa filiale vénézuélienne et ainsi bénéficier de la protection de l'accord, en l'absence d'un accord équivalent entre les États-Unis et le Venezuela. Ce différend soulève des questions fondamentales quant à la légitimité de l'arbitrage investisseur-État, puisqu'il semble qu'une clause de refus des avantages aurait peut-être pu permettre au Venezuela de faire rejeter la réclamation. Le montant élevé des dommages alloués et le stratagème corporatif employé pour bénéficier de la protection de l'accord canadien expliquent certainement les difficultés éprouvées par Gold Reserve pour obtenir l'exécution volontaire de la sentence par le Venezuela. La Cour de district du District de Columbia a confirmé la sentence arbitrale dans un jugement condamnant le Venezuela à verser plus de 760 millions US\$ à la société canadienne.⁴¹ La Cour a rejeté tous les arguments du Venezuela et notamment celui voulant qu'elle devait surseoir à sa décision en attendant celle de la Cour d'appel de Paris sur la demande d'annulation de la sentence. Le Venezuela a porté ce jugement en appel devant la Cour de circuit des appels du District de Columbia, cependant que la Cour d'appel de Paris doit encore rendre sa décision sur la demande d'annulation de la sentence. Bien que cette affaire oppose uniquement un investisseur canadien au Venezuela, il faut rappeler que le défaut d'exécution de la sentence arbitrale pourrait interpeller directement le Canada, comme le prévoit l'*APIE*

³⁹ Sentence, Aff CIRDI. n° ARB(AF)/09/1 (*APIE Canada-Venezuela*, 22 septembre 2014) (arbitres: Piero Bernardini, prés, Pierre-Marie Dupuy et David AR Williams). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2014.

⁴⁰ Gold Reserve Inc, "Gold Reserve Provides Update to Legal Proceedings related to Collection of Arbitration Award," communiqué n° NR 16-02 (14 janvier 2016), en ligne: Gold Reserve Inc <<http://www.goldreserveinc.com/documents/16-02.pdf>>.

⁴¹ *Gold Reserve c Venezuela*, Civil Action No 14-2014(JEB) (20 novembre 2015) (US District Court DC).

entre les deux pays.⁴² La décision éventuelle de porter plainte contre Caracas dans le cadre d'une procédure interétatique étant purement politique, il sera intéressant de voir quel poids Ottawa donnera à l'utilisation de sociétés-écran canadiennes par des investisseurs américains.

Deux nouvelles réclamations ont été introduites en 2015 par des investisseurs canadiens sur la base des accords sur l'investissement du Canada. Très peu d'information est disponible sur ces affaires, mais *Lion Mexico Consolidated c Mexique*⁴³ concerne un projet de développement immobilier alors que *Gabriel Resources c Roumanie*⁴⁴ implique une concession minière. Par ailleurs, une première réclamation fondée sur un contrat d'État plutôt que sur un accord sur l'investissement du Canada a aussi été soumise au CIRDI en 2015, dans l'affaire *WalAm Energy c Kenya*,⁴⁵ concernant un projet de développement d'énergie géothermique. En plus de ces nouvelles affaires, six autres réclamations d'investisseurs canadiens étaient pendantes en 2015, selon les informations rendues publiques, dans les affaires *Bear Creek Mining Corporation c Pérou*,⁴⁶ *EuroGas c Slovaquie*,⁴⁷ *Infinito Gold c Costa Rica*,⁴⁸ *Rusoro Mining c Venezuela*,⁴⁹ *Crystalex International Corporation c Venezuela*,⁵⁰ et *World Wide Minerals c Kazakhstan*.⁵¹ Dans *Bear Creek Mining Corporation*, de nouvelles informations publiques indiquent que la société minière canadienne réclame des dommages-intérêts au Pérou en raison de l'expropriation sans

⁴² *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Venezuela concernant la promotion et la protection des investissements*, 1^{er} juillet 1996, RT Can 1998 n° 20, art XII:10, XII:11, XIII et XIV.

⁴³ "Requête," Aff CIRDI n° ARB(AF)/15/2 (Chap 11 ALÉNA, 23 décembre 2015) [non publiée].

⁴⁴ "Requête," Aff CIRDI n° ARB/15/3 (APIE Canada-Roumanie, 30 juillet 2015) [non publiée].

⁴⁵ "Requête," Aff CIRDI n° ARB/15/7 (Contrat, 23 février 2015) [non publiée].

⁴⁶ "Requête," Aff CIRDI n° ARB/14/21 (Chap 8 ALÉ Canada-Pérou, 18 août 2014) [non publiée] (arbitres: Karl-Heinz Böckstiegel, prés, Michael C Pryles et Philippe Sands).

⁴⁷ "Requête," Aff CIRDI n° ARB/14/14 (APIE Canada-Slovaquie, 25 juin 2014) (arbitres: Pierre Mayer, prés, Emmanuel Gaillard et Brigitte Stern).

⁴⁸ "Requête," Aff CIRDI n° ARB/14/5 (APIE Canada-Costa Rica, 6 février 2014) (arbitres: Gabrielle Kaufmann-Kohler, prés, Bernard Hanotiau et Brigitte Stern).

⁴⁹ "Requête," Aff CIRDI n° ARB(AF)/12/5 (APIE Canada-Venezuela, 1^{er} août 2012) [non publiée] (arbitres: Juan Fernández-Armesto, prés, Francisco Orrego Vicuña et Bruno Simma).

⁵⁰ "Requête," Aff CIRDI n° ARB(AF)/11/2 (APIE Canada-Venezuela, 9 mars 2011) [non publiée] (arbitres: Laurent Lévy, prés, John Y Gotanda et Laurence Boisson de Chazournes).

⁵¹ "Notification d'arbitrage," CNUDCI (APIE Canada-URSS, 16 décembre 2013) [non publiée].

indemnisation de ses droits dans le projet de mine d'argent Santa Ana.⁵² L'affaire *EuroGas* concerne également une allégation d'expropriation sans indemnisation des droits d'une société minière canadienne, Belmont Resources Inc, dans le gisement de talc Germerská Poloma en Slovaquie. *EuroGas* et la nouvelle affaire *Gabriel Resources* opposent toutes deux des investisseurs canadiens à des États membres de l'Union européenne. Ces affaires devraient alimenter la réflexion sur l'opportunité de prévoir l'arbitrage investisseur-État dans le chapitre sur l'investissement de l'*AECG*. Il apparaît que les investisseurs canadiens peuvent bel et bien connaître d'importantes difficultés dans leurs relations juridiques avec des États hôtes européens. Il est également notable que la quasi-totalité des réclamations faites par des investisseurs canadiens le soient par des sociétés minières ou œuvrant dans le secteur énergétique. Leur nombre s'est accru de manière sensible au cours des dernières années et cette tendance ne semble pas vouloir s'estomper.

JURISPRUDENCE CANADIENNE RELATIVE À L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

La tentative d'une petite communauté autochtone de l'Île de Vancouver de bloquer la ratification de l'*APIE Canada-Chine* s'est soldée par un échec devant la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Première Nation des Hupacasath c Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*.⁵³ On se rappellera que l'argument constitutionnel invoqué sans succès devant les tribunaux fédéraux consistait à dire que la conclusion de cet accord par Ottawa, sans consultation préalable des Autochtones touchés, était contraire aux obligations de la Couronne envers les Premières Nations. Le juge en chef Crampton avait rejeté la requête des demandeurs en première instance, au motif que les effets préjudiciables potentiels de la ratification de l'accord sur les droits ancestraux que revendique la communauté sur l'Île de Vancouver n'étaient pas importants et étaient de nature tout à fait hypothétique. Ottawa n'a alors pas attendu l'arrêt de la Cour d'appel dans cette affaire pour ratifier l'accord, qui est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2014.

Dans sa décision unanime, la Cour d'appel fédérale souscrit au raisonnement du tribunal de première instance pour conclure qu'Ottawa n'avait pas à consulter la communauté autochtone avant de conclure l'*APIE Canada-Chine*. Elle juge que l'entrée en vigueur de l'accord avant qu'elle ait rendu son

⁵² *Bear Creek Mining Corporation c Pérou*, "Mémoire du requérant," Aff CIRDI n° ARB/14/21 (ALÉ Canada-Pérou, 29 mai 2015) (arbitres: Karl-Heinz Böckstiegel, prés, Michael C Pryles et Philippe Sands).

⁵³ 2015 CAF 4, (2015) 379 DLR (4th) 737 (Cour d'appel fédérale), conf 2013 CF 900, 438 FTR 210 (Cour fédérale) [*Première Nation des Hupacasath*]. Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2013.

arrêt n'a aucune incidence sur son analyse.⁵⁴ La Cour d'appel se penche longuement sur la compétence des cours fédérales sur l'exercice par la Couronne fédérale d'une pure prérogative royale, indépendamment de toute loi ou ordonnance fédérale, pour conclure qu'elles détiennent une telle compétence.⁵⁵ Elle délaisse ainsi la solution antérieure de *Black c Canada (Prime Minister)*,⁵⁶ en raison de l'évolution récente de la jurisprudence sur la compétence des cours fédérales. La Cour d'appel rejette aussi l'argument du gouvernement fédéral voulant que la question de la conclusion des traités ne soit pas justiciable, en raison de son caractère politique et de son lien avec la conduite des relations internationales du Canada. Elle juge que ce n'est que dans de rares cas que les actions de l'exécutif ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire, lorsque les tribunaux ne peuvent évaluer s'il a agi ou non de manière raisonnable, c'est-à-dire si la décision est acceptable et justifiable, parce que la décision est fondée sur des considérations "idéologiques, politiques, culturelles, sociales, morales ou historiques."⁵⁷ En l'espèce, la requête de la communauté autochtone est fondée sur la méconnaissance de ses droits par l'exécutif, dans le contexte de la conclusion d'un traité, ce qui constitue une question justiciable.⁵⁸ Les parties convenaient que la Cour fédérale a bien identifié le droit applicable à la naissance de l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones, et plus spécialement la question cruciale du lien de causalité "entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral."⁵⁹ Elles convenaient aussi que la Cour fédérale a bien circonscrit la qualité du lien de causalité nécessaire pour donner naissance à l'obligation de consulter, soit que la répercussion sur les droits doit avoir "un effet préjudiciable important" et non de "simples répercussions hypothétiques."⁶⁰

C'est dans l'application du droit aux faits que les parties étaient en désaccord, mais la Cour d'appel s'est rangée du côté d'Ottawa pour conclure que la Cour fédérale n'avait commis aucune erreur manifeste et dominante dans cet exercice, ajoutant au surplus qu'elle souscrit aux conclusions de faits du juge de première instance.⁶¹ Elle juge que la Cour fédérale n'a pas

⁵⁴ *Ibid* au para 28.

⁵⁵ *Ibid* aux para 46–58.

⁵⁶ (2001), 54 RJO (3^e) 215, 199 DLR (4th) 228 (CA Ont).

⁵⁷ *Première Nation des Hupacasath*, *supra* note 53 au para 66.

⁵⁸ *Ibid* au para 70.

⁵⁹ *Ibid* au para 84.

⁶⁰ *Ibid* aux para 86–87.

⁶¹ *Ibid* au para 90.

mal apprécié les obligations découlant de l'APIE pour le Canada et leur impact sur la communauté autochtone. La preuve au dossier montre que les effets de l'APIE sur les droits ancestraux sont purement hypothétiques et que les accords antérieurs n'ont jamais causé de problème à cet égard.⁶² Rien ne permet de dire que le gouvernement s'abstiendra de protéger les droits ancestraux de peur de faire face à des réclamations, ou encore qu'il privilégiera les droits des investisseurs chinois par rapport aux droits ancestraux des peuples autochtones. Ces effets relèvent de la conjoncture ou de la supposition et ne s'appuient pas sur un raisonnement dont tous les liens sont des faits prouvés ou des inférences joints ensemble par la logique.⁶³

L'arrêt *Première Nation des Hupacasath* traduit une bonne compréhension de la part de la Cour d'appel fédérale quant aux effets juridiques des accords sur l'investissement en droit canadien. En réalité, ces effets se font véritablement sentir en droit international, où le Canada peut voir sa responsabilité engagée pour fait internationalement illicite. Techniquement, les tribunaux arbitraux ne peuvent pas ordonner le retrait d'une mesure incompatible, mais uniquement le versement d'une indemnisation par le Canada. Sur le plan pratique toutefois, il est possible que les gouvernements s'abstiennent de prendre une mesure, de peur de faire face à une réclamation; ils peuvent aussi vouloir retirer leur mesure illicite, de crainte de faire face à une nouvelle réclamation. Dans tous les cas, l'analyse de la Cour d'appel fédérale est juste lorsqu'elle considère qu'il s'agit là de pures conjonctures ou spéculations. L'effet des accords sur l'investissement sur l'éventuelle autonomie gouvernementale de la communauté autochtone est tout aussi hypothétique à l'heure actuelle; en revanche, si cette autonomie devait se concrétiser, elle devrait nécessairement s'exercer dans le cadre des obligations internationales du Canada, que ce soit en matière d'investissement ou dans tout autre domaine. En dernière analyse, l'affaire *Première Nation des Hupacasath* montre que le Canada devrait maintenir scrupuleusement sa pratique conventionnelle qui consiste à formuler une réserve à la clause NPF et à la clause du TN dans ses accords sur l'investissement, afin de conserver son pouvoir d'accorder des avantages aux Autochtones du Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1982*,⁶⁴ comme il l'a fait dans l'*APIE Canada-Chine*.⁶⁵ Cette pratique a l'avantage de

⁶² *Ibid* aux para 99–101.

⁶³ *Ibid* au para 118.

⁶⁴ Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 c 11, art 35 (R-U).

⁶⁵ *APIE Canada-Chine*, *supra* note 16, art 8(3) et annexe B.8 (incorporant l'annexe II de l'ALÉ Canada-Pérou); *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, 29 mai 2008, RT Can 2009 n° 15, annexe II: "Le Canada se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure visant à refuser aux investisseurs du Pérou et à leurs investissements, ou aux fournisseurs de services du Pérou, tous droits ou toutes préférences accordés aux Autochtones."

préserver le droit du Canada d'accorder un traitement plus avantageux aux Autochtones.

LE CHAPITRE SUR L'INVESTISSEMENT DU *PARTENARIAT TRANSPACIFIQUE*

L'analyse détaillée du *PTP* et de sa négociation dépasse le cadre de la présente chronique puisqu'il s'agit d'un accord de libre-échange complet, couvrant le commerce international des marchandises et des services, parfois de manière originale, par exemple avec l'introduction de nouvelles règles sur la cohérence réglementaire ou la lutte contre la corruption. Il convient de souligner que le *PTP* est le premier accord commercial "méga-régional" dont le texte a été formellement signé. L'inclusion d'un chapitre sur l'investissement dans ces accords n'est pas anodine puisque leurs parties comprennent des pays développés qui n'avaient pas l'habitude de conclure des accords sur l'investissement entre eux et particulièrement de se soumettre à l'arbitrage investisseur-État dans leurs relations réciproques, à l'exception notable du Canada, des États-Unis et du Mexique, qui le sont déjà depuis plus de vingt ans avec l'*ALÉNA*. Le *PTP* soumet donc de nouveaux flux d'investissements à l'arbitrage investisseur-État. Par ailleurs, en couvrant douze pays de la région du Pacifique représentant environ 40 pour cent du commerce mondial,⁶⁶ le chapitre sur l'investissement du *PTP* est appelé à représenter un modèle conventionnel important pour les futurs accords internationaux sur l'investissement. Sans surprise, l'empreinte des États-Unis est profonde sur le chapitre sur l'investissement du *PTP*, au détriment de certaines innovations conventionnelles que le Canada avait l'habitude d'inclure dans ses accords bilatéraux, dans le but de restaurer l'équilibre entre la protection des investisseurs étrangers et celle du pouvoir de l'État de légiférer.

L'absence d'influence du Canada sur le contenu du chapitre sur l'investissement du *PTP* peut s'expliquer en partie par son arrivée relativement tardive dans les négociations. En effet, celles-ci ont débuté en 2008 lorsque les quatre parties contractantes de l'*Accord de partenariat économique stratégique transpacifique*,⁶⁷ communément appelé "*Pacific 4*" ou "*P4*," un accord de libre-échange entre le Brunei Darussalam, le Chili, la Nouvelle-Zélande et Singapour se sont lancées dans la négociation d'un approfondissement de cet accord, afin d'élargir sa portée matérielle à de nouveaux domaines comme l'investissement et d'accroître

⁶⁶ *Déclaration des ministres du Partenariat transpacifique*, *supra* note 3.

⁶⁷ *Accord de partenariat économique stratégique transpacifique*, 18 juillet 2005, 2592 RTNU 225.

le nombre de parties contractantes.⁶⁸ La participation des États-Unis dès le départ des négociations a précipité l'ajout d'autres pays, faisant passer les négociations du statut régional au statut "méga-régional." À la faveur de ces transformations, la révision du *P4* a été abandonnée au profit de la négociation d'un tout nouvel accord, le *PTP*, destiné à devenir un étalon des accords commerciaux internationaux du XXI^e siècle, y compris dans le domaine de l'investissement. La volonté américaine de contenir l'influence de la Chine dans la région est évidente, tout comme celle de ne pas perdre son influence sur l'évolution de la pratique conventionnelle des États. De nombreux autres projets d'accord dans la région étant aussi en discussion, il était essentiel pour les États-Unis de conclure les négociations du *PTP* en premier. Craignant de voir les États-Unis délaissier l'Amérique du Nord et de perdre leur accès privilégié à leur marché, le Canada et le Mexique se sont joints aux négociations en 2012.

Le chapitre sur l'investissement du *PTP* épouse les contours des accords des États-Unis en la matière, reprenant la plupart du temps textuellement les dispositions de leur traité-type.⁶⁹ Comme les pratiques conventionnelles canadiennes et américaines s'appuient sur l'*ALÉNA*, elles se ressemblent généralement beaucoup. Les éléments du *PTP*s'écarter de la pratique canadienne sont essentiellement ceux où celle-ci s'écarterait déjà de la pratique américaine. Dans l'ensemble, le chapitre sur l'investissement du *PTP* ne révolutionne pas du tout l'architecture habituelle des accords sur l'investissement; il s'agit d'une reproduction fidèle du modèle américain, à l'exception de quelques innovations somme toute assez mineures.⁷⁰

⁶⁸ Voir généralement Amokura Kawharu, "The Negotiations for a Trans-Pacific Partnership Agreement" (2012) 27 ICSID Rev 145; Deborah K Elms & Chin L Lim, "An Overview and Snapshot of the TPP Negotiations" dans Chin L Lim, Deborah K Elms & Patrick Low, dir, *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-First Century Trade Agreement*, Cambridge (RU), Cambridge University Press, 2012, 21; Meredith Kolsky Lewis, "The Trans-Pacific Partnership: New Paradigm or Wolf in Sheep's Clothing?" (2011) 34 BC Int'l & Comp L Rev 27. Sur le chapitre sur l'investissement du *PTP*, voir généralement Leon E Trakman, "The Status of Investor-State Arbitration: Resolving Investment Disputes under the Transpacific Partnership Agreement" (2014) 48 J World Trade 1; Julien Chaisse, "TPP Agreement: Towards Innovations in Investment Rule-Making," dans Lim, Elms & Low, *ibid*, 147.

⁶⁹ États-Unis, Department of State, 2012 *US Model Bilateral Investment Treaty*, en ligne: Department of State <<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>> [2012 *US Model BIT*].

⁷⁰ Pour une critique sévère du manque d'innovation dans le chapitre sur l'investissement du *PTP*, voir Lisa Johnson & Lisa Sachs, *The TPP's Investment Chapter: Entrenching, Rather Than Reforming, a Flawed System*, CCSI Policy Paper (Novembre 2015), en ligne: Columbia Center on Sustainable Investment <<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/11/TPP-entrenching-flaws-21-Nov-FINAL.pdf>>. Pour une analyse comparée critique du chapitre sur l'investissement du *PTP* avec celui de l'*AECG*, voir Charles-Emmanuel Côté,

Il convient de s'attarder aux principales dispositions du chapitre, en en faisant ressortir les aspects nouveaux par rapport à la pratique antérieure du Canada, représentée surtout par son APIE-type sur l'investissement.⁷¹

LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DU CHAPITRE ET SES LIMITES

La délimitation générale de la portée matérielle du *PTP* est conforme à l'approche nord-américaine. Il couvre à la fois la phase pré-investissement et post-investissement, c'est-à-dire l'admission des investissements étrangers dans l'État d'accueil ainsi que leur traitement par celui-ci une fois qu'ils sont réalisés sur son territoire. L'application du *PTP* à la phase pré-investissement découle de l'économie générale du chapitre sur l'investissement et de la définition d'"investisseur" en particulier, qui s'entend comme le ressortissant d'une Partie qui "essaie de faire, fait ou a fait un investissement sur le territoire d'une autre partie."⁷² Une nouvelle disposition vient préciser que l'investisseur qui essaie de faire un investissement doit avoir pris une ou des mesures concrètes pour effectuer cet investissement, ce qui permettra d'exclure celui qui n'aurait que de vagues intentions.⁷³ Seules les mesures "concernant" un investisseur ou son investissement sont visées, ce qui a donné lieu à la doctrine *Methanex* dans le cadre de l'*ALÉNA*, faisant en sorte que la portée des obligations est limitée aux mesures qui ont un "lien juridique significatif" avec les investisseurs ou leurs investissements.⁷⁴ La notion d'investissement est définie suivant l'approche par actifs, contrôlés directement ou indirectement par l'investisseur; les caractéristiques

"From Sea to Sea: Regulatory Space of Federal and Provincial Governments in Canada under *CETA* and *TPP* Investment Chapters," contribution présentée à la Faculté de droit de l'Université de Melbourne, le 20 mai 2016, lors de la conférence sur *The Age of Mega-Regionals — TPP and Regulatory Autonomy in International Economic Law*, en ligne: University of Melbourne Faculty of Law <http://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0007/1954141/Cote,-A-Mari-Usque-Ad-Mare.pdf>.

⁷¹ Canada, *Modèle APIE canadien* (6 juillet 2012) (non publié, archivé par l'auteur) [*APIE-type du Canada*].

⁷² *PTP*, *supra* note 2, art 9.1 ("investisseur d'une Partie"). Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 1 ("investisseur d'une Partie").

⁷³ *PTP*, *supra* note 2, art 9.1 ("investisseur d'un État tiers"), n 12. Un exemple de mesure concrète serait l'affectation de ressources ou de capitaux en vue d'établir une entreprise, ou encore le dépôt d'une demande de permis.

⁷⁴ *PTP*, *supra* note 2, art 9.2.1. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 2(1); *Methanex Corporation c États-Unis*, Sentence sur la compétence, CNUDCI, au para 147 (Chap 11 *ALÉNA*, 7 août 2002) (arbitres: VV Veeder, prés, J William Rowley et Warren Christopher); Charles-Emmanuel Côté, "Looking for Legitimate Claims: Scope of NAFTA Chapter 11 and Limitation of Responsibility of Host State" dans Andrew Byrnes, Mika Hayashi & Christopher Michaelson, dir, *International Law in the New Age of Globalization*, Leyde, Martinus Nijhoff, 389, 404–22 [Côté, "Scope of NAFTA Chapter 11"].

de l'investissement sont définies comme étant entre autres l'engagement de capitaux, l'anticipation de gains ou la prise de risques, sans référence à la contribution au développement de l'État d'accueil.⁷⁵

La portée matérielle du chapitre sur l'investissement du *PTP* est limitée de plusieurs manières, certaines courantes dans la pratique conventionnelle du Canada et d'autres, nouvelles. Parmi les limites habituelles, une disposition prévoit que les autres chapitres du *PTP* ont priorité en cas d'incompatibilité, confirmant leur application cumulative aux mêmes mesures, à l'exception des mesures visées par le chapitre sur les services financiers qui sont complètement soustraites au chapitre sur l'investissement.⁷⁶ Les mesures fiscales sont quant à elles partiellement soumises au chapitre sur l'investissement, suivant des mêmes modalités complexes usuelles dans la pratique canadienne.⁷⁷ Les exceptions sécuritaires du *PTP* s'appliquent au chapitre sur l'investissement mais pas ses exceptions générales concernant par exemple la moralité publique, la santé ou la protection de l'environnement, contrairement à la pratique innovatrice que le Canada suivait depuis la publication de son premier APIE-type en 2004.⁷⁸ Bien que ces exceptions générales n'aient encore jamais été invoquées dans un différend, leur disparition constitue un recul certain dans la politique juridique extérieure du Canada et un retour à la case départ de l'*ALÉNA*. Il s'agit d'un exemple où la pratique canadienne a été supplantée par la pratique américaine. Une autre disposition vise à légaliser les sanctions commerciales prises par une partie contractante conformément aux accords de l'OMC ou d'un accord de libre-échange;⁷⁹ il n'est pas clair si cette disposition fait en sorte de soustraire de telles mesures au chapitre sur l'investissement, mais si cela devait être le cas, il s'agirait d'une nouvelle limite à sa portée matérielle qui renforcerait la cohérence entre les règles applicables au commerce et à l'investissement.

Une disposition du *PTP* vise à affirmer timidement le pouvoir des États de légiférer dans le but de protéger l'environnement, la santé ou d'autres "objectifs réglementaires."⁸⁰ Cette limite apparente à la portée matérielle du chapitre sur l'investissement n'en est pas une puisque la mesure doit néanmoins être compatible avec le chapitre sur l'investissement! Une disposition semblable limitée aux mesures environnementales est présente

⁷⁵ *PTP*, *supra* note 2, art 9.1 ("investissement").

⁷⁶ *Ibid* art 9.3.1 et 9.3.3. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 23; Côté, "Scope of NAFTA Chapter 11," *supra* note 74 aux pp 394–98.

⁷⁷ *PTP*, *supra* note 2, art 29.4. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 14.

⁷⁸ *PTP*, *supra* note 2, art 29.1 et 29.2. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 18.

⁷⁹ *PTP*, *supra* note 2, art 29.3.4: "Le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher une Partie de prendre des mesures."

⁸⁰ *Ibid*, art 9.15.

de la pratique américaine et dans l'*ALÉNA*;⁸¹ bien qu'elle aurait pu servir à façonner l'interprétation de leurs dispositions, force est de constater que ces dispositions sont totalement dépourvues d'effet. Une telle affirmation ne figure pas dans l'*APIE*-type du Canada, qui se contente de rappeler qu'il est inapproprié d'encourager les investissements étrangers en atténuant la législation sur la santé, la sécurité ou l'environnement.⁸²

Une exception concernant uniquement la Nouvelle-Zélande vient soustraire les mesures nécessaires à l'octroi d'un traitement préférentiel aux Maoris, notamment en application du traité de Waitangi, si elles satisfont à un test de légitimité typique des exceptions générales des accords commerciaux internationaux.⁸³ Cette approche diffère de celle prise par le Canada à l'égard des privilèges qu'il peut devoir accorder aux peuples autochtones en vertu de la Constitution du Canada. Comme on le verra ci-dessous, il procède plutôt par la formulation d'une réserve aux obligations de non-discrimination, non limitée par un test de légitimité. L'affaire *Première Nation Hupacasath* montre que la question de l'impact des accords internationaux sur l'investissement sur leurs droits devient une préoccupation pour les peuples autochtones du Canada. Une autre originalité du *PTP* concerne la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, qui peuvent faire l'objet de mesures compatibles avec les autres obligations internationales des parties.⁸⁴ La portée de cette disposition dépendra de l'interprétation donnée à ces autres obligations internationales: s'il s'agit d'être conforme au chapitre sur l'investissement du *PTP*, elle sera dénuée d'effet juridique; il en ira autrement si la compatibilité avec le droit international de la diversité biologique permettait de soustraire la mesure aux dispositions du chapitre sur l'investissement.

La dernière disposition importante qui touche à la délimitation de la portée matérielle du *PTP* vise son articulation avec les accords antérieurs des parties. Le principe retenu est celui de la coexistence du *PTP* avec ceux-ci,⁸⁵ ce qui signifie que le *PTP* continuera de s'appliquer concurremment à l'*ALÉNA* ainsi qu'aux accords de libre-échange entre le Canada et

⁸¹ 2012 *US Model BIT*, *supra* note 69, art 12.5; *ALÉNA*, *supra* note 9, art 1114:1.

⁸² *APIE*-type du Canada, *supra* note 71, art 15.

⁸³ *PTP*, *supra* note 2, art 29.6. Les mesures ne doivent pas être utilisées de manière à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée contre des personnes d'une autre partie ou comme une restriction déguisée à l'investissement.

⁸⁴ *Ibid* art 29.8. Voir la *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 RTNU 79, art 8(j); *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 octobre 2010, n° enregis NU A-30619.

⁸⁵ *PTP*, *supra* note 3, art 1.2.

le Chili et le Pérou.⁸⁶ Cette solution fait donc en sorte de sédimer les obligations du Canada applicables à ses mesures concernant les investisseurs du Chili, des États-Unis, du Mexique et du Pérou. Le *PTP* enjoint simplement les parties à se consulter en cas d'incompatibilité entre les dispositions de deux accords, sachant que l'octroi par un accord d'un traitement plus favorable ne constitue pas une incompatibilité. Toute innovation du *PTP* visant à renforcer le pouvoir de légiférer des États pourra vraisemblablement être contournée par les investisseurs étrangers, par l'invocation d'un accord plus avantageux pour eux. Il s'agit donc d'une limite importante à la portée matérielle du *PTP*, particulièrement pour le Canada, qui demeure pleinement lié par les dispositions de l'*ALÉNA* à l'égard des investisseurs américains.

LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU CHAPITRE

Seuls les parties contractantes, leurs ressortissants et leurs entreprises peuvent se prévaloir du chapitre sur l'investissement du *PTP* en tant qu'investisseurs dans une autre partie.⁸⁷ La notion de ressortissant comprend à la fois les personnes physiques détenant la nationalité d'une partie et ses résidents permanents, qui se voient interdire de faire une réclamation contre leur État de nationalité; la pratique habituelle du Canada aborde en outre la question de la double nationalité.⁸⁸ Rien n'empêche toutefois le résident permanent de présenter une réclamation contre l'État qui lui a conféré ce statut. L'entreprise d'une partie est celle qui est constituée en vertu de la législation de cette partie et qui y exerce une activité économique, ce dernier critère ne se retrouvant pas dans l'*APIE*-type du Canada.⁸⁹

Conformément à la pratique habituelle du Canada, le *PTP* prévoit une clause de refus des avantages qui permet à une partie contractante de refuser le bénéfice du chapitre sur l'investissement à certains investisseurs qui pourraient autrement se qualifier comme investisseur d'une autre partie

⁸⁶ Voir *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, 29 mai 2008, RT Can 2009 n° 15; *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, 5 décembre 1996, RT Can 1997 n° 50.

⁸⁷ *PTP*, *supra* note 2, art 9.1 ("investisseur d'une partie").

⁸⁸ *Ibid* art 1.3 ("ressortissant") et 9.1 ("demandeur"). Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 1 ("ressortissant"); Charles-Emmanuel Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques: l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007 aux pp 282–84.

⁸⁹ *PTP*, *supra* note 2, art 9.1 ("entreprise d'une partie"). La succursale sise sur le territoire d'une partie et qui exerce une activité économique sur son territoire est aussi une entreprise de cette partie. Voir *APIE-type du Canada*, *ibid* art 1 ("entreprise d'une partie").

à l'aide d'une société-écran.⁹⁰ La clause vise non seulement les hypothèses habituelles de la société-écran détenue par le ressortissant d'un État tiers contre lequel des sanctions économiques sont imposées, ou encore n'exerçant pas d'activités commerciales importantes dans l'autre partie où elle est constituée, mais elle vise au surplus la société-écran détenue par un ressortissant canadien. Cette hypothèse nouvelle pour le Canada est inspirée de la pratique conventionnelle américaine. Les modalités d'application de la clause ne sont pas prévues par le *PTP*, ni en ce qui a trait au moment où la clause peut être invoquée, ni en ce qui a trait à la manière dont elle doit l'être.

Le *PTP* contient aussi la clause de subrogation habituelle pour le Canada, qui permet à l'assureur de l'investisseur lésé de présenter une réclamation en vertu du traité à sa place, lorsqu'il l'a indemnisé.⁹¹ La portée de la clause semble élargie afin de couvrir non seulement l'indemnisation par un assureur public mais aussi par un assureur privé qui serait désigné à cette fin par une partie. Le traité-type américain ne comprend pas de clause de subrogation.

Une disposition rappelle enfin que le chapitre s'applique aux mesures adoptées par tous les niveaux de gouvernement, qu'il soit central, régional ou local, ainsi qu'à celles adoptées par les personnes délégataires d'un pouvoir gouvernemental.⁹² Cette disposition est purement déclaratoire des règles d'attribution du fait internationalement illicite du droit international général, qu'elle ne modifie aucunement.⁹³ Elle a l'avantage de rappeler aux parties contractantes et aux investisseurs le principe fondamental d'unité de l'État.

LE CHAMP D'APPLICATION TEMPOREL DU CHAPITRE

Le chapitre sur l'investissement du *PTP* ne s'applique pas aux actes ou aux faits antérieurs à son entrée en vigueur, ou encore aux situations qui ont cessé d'exister avant cette date.⁹⁴ Cette disposition est nouvelle dans la pratique conventionnelle canadienne, mais figure dans le traité-type américain.⁹⁵ Le droit international général prévoit la règle de la non-rétroactivité des

⁹⁰ *PTP*, *supra* note 2, art 9.14. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 19.

⁹¹ *PTP*, *supra* note 2, art 9.12. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 13.

⁹² *PTP*, *supra* note 2, art 9.2.2. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 2(2) et 40.

⁹³ Voir CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs," art 4 et 5 dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol 2, 2^e partie, New York, NU, 2007 (A/CN.4/SER.A/2001/Add.1), 26 [CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'État"].

⁹⁴ *PTP*, *supra* note 2, art 9.2.3.

⁹⁵ 2012 *US Model BIT*, *supra* note 69, art 2.3.

traités, sauf intention différente des parties, qui fait en sorte que le traité ne peut s'appliquer à la situation antérieure qui aurait cessé d'exister avant son entrée en vigueur.⁹⁶ Par contre, il devrait s'appliquer à la situation antérieure qui continue d'exister après son entrée en vigueur. L'application du *PTP* aux actes ou faits antérieurs à son entrée en vigueur peut sembler limiter davantage sa portée temporelle, en excluant la mesure adoptée antérieurement au *PTP* qui causerait un dommage à un investisseur étranger après son entrée en vigueur. Cette interprétation signifierait que le *PTP* prévoit une clause d'antériorité générale, ce qui va à l'encontre de l'économie générale du chapitre sur l'investissement, qui prévoit des clauses d'antériorité à l'égard de dispositions particulières. La disposition devrait donc être interprétée comme un simple rappel du principe de non-rétroactivité des traités du droit international général.

Le *PTP* doit s'appliquer tant qu'une partie n'invoquera pas la clause de retrait pour y mettre fin à son égard, au moyen d'un simple préavis écrit de 6 mois.⁹⁷ Contrairement à la pratique habituelle du Canada, aucune clause de survie du chapitre sur l'investissement n'est prévue, ce qui signifie que le retrait du Canada mettrait fin à toute réclamation postérieure à la date d'extinction du traité. Pour mémoire, l'*APIE*-type du Canada prévoit que la protection du traité se prolonge 15 ans après son extinction pour les investissements réalisés avant cette date.⁹⁸ Le *PTP* s'est à nouveau aligné sur la pratique conventionnelle américaine à cet égard, qui ne prévoit pas de clause de survie du traité.

LA PROTECTION JURIDIQUE ASSORTIE DE RÉSERVES ET DE LIMITES PARTICULIÈRES

La protection juridique offerte par le *PTP* aux investisseurs et à leurs investissements est fidèle à la pratique conventionnelle nord-américaine, qui établit une distinction entre les obligations assorties de réserves et de limites particulières et celles qui sont pleinement applicables à toutes les parties.⁹⁹ La première catégorie d'obligations peut faire l'objet de limites prévues par le traité et donc applicables à tous, ou encore de réserves applicables uniquement à la partie qui les formule dans les annexes du traité. Ces réserves nationales sont de deux ordres: il peut s'agir de mesures existantes protégées par une clause d'antériorité, ou encore de secteurs sensibles qui sont exclus de façon permanente de la portée de ces obligations. La clause

⁹⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 17, art 28: "[L]es dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou un fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie."

⁹⁷ *PTP*, *supra* note 2, art 30.6.

⁹⁸ *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 42.3.

⁹⁹ *PTP*, *supra* note 2, art 9.11. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 17.

d'antériorité protège les mesures existantes incompatibles mais ne permet pas à la partie d'accroître cette incompatibilité; toute réduction de l'étendue de l'incompatibilité réduit la portée juridique de la réserve par un effet de cliquet. C'est la raison pour laquelle la protection juridique offerte par ces obligations est parfois qualifiée de prospective, puisqu'elle est appelée à s'accroître avec le temps. En revanche, l'exclusion de secteurs sensibles permet à la partie d'adopter de nouvelles mesures incompatibles ou de réduire leur incompatibilité sans pour autant diminuer la portée de la réserve. Les obligations du *PTP* soumises à ce régime juridique sont la clause du TN,¹⁰⁰ la clause NPF,¹⁰¹ la clause de liberté d'exploitation (qui interdit certaines prescriptions de résultats),¹⁰² ainsi que la clause sur la nationalité du personnel clé.¹⁰³ Cette faculté donnée aux parties contractantes de limiter la portée de ces obligations est significative: elle leur permet de moduler la portée du droit d'admission des investisseurs étrangers, de préserver leur droit d'accorder un traitement préférentiel aux investisseurs nationaux, ou encore d'imposer des prescriptions de résultats normalement interdites.

La portée de la clause du TN et de la clause NPF est limitée par une note interprétative originale concernant la notion de "circonstances analogues," qui codifie certains développements de la jurisprudence arbitrale. Cette notion permet d'établir les traitements qui sont comparables pour les fins des obligations de non-discrimination et la note interprétative vise à limiter leur portée en préservant la capacité de légiférer des États. Elle prévoit que l'ensemble des circonstances dans lesquelles se trouvent les investisseurs et leurs investissements doivent être examinées; le fondement d'une distinction sur des objectifs légitimes de bien-être public doit être pris en compte dans la détermination du caractère analogue des circonstances.¹⁰⁴ Un autre document vise à clarifier la portée de ces obligations, mais sa qualification

¹⁰⁰ *Ibid* art 9.4.

¹⁰¹ *Ibid*.

¹⁰² *Ibid* art 9.9.

¹⁰³ *Ibid* art 9.10.

¹⁰⁴ *Ibid* art 9.4, n 14. Voir *Grand River Enterprises Six Nations c États-Unis*, Sentence, CNUDCI, aux para 166–67 (Chap 11 ALÉNA, 12 janvier 2011) (arbitres: Fali Nariman, prés, James Anaya et John Crook); *Archer Daniels Midland c Mexique*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/04/05, au para 197 (Chap 11 ALÉNA, 21 novembre 2007) (arbitres: Bernardo Cremades, prés, Arthur Rovine et Eduardo Siqueiros); *GAMI Investments c Mexique*, Sentence, CNUDCI aux para 111–15 (Chap 11 ALÉNA, 15 novembre 2004) (arbitres: Jan Paulsson, prés, Michael Reisman et Julio Lacarte Múro); *Pope & Talbot c Canada*, Sentence sur le fond de la phase 2, CNUDCI, aux para 78–79 (Chap 11 ALÉNA, 10 avril 2001) (arbitres: Lord Devaird, prés, Benjamin Greenberg et Murray Belman) [*Pope & Talbot*, Sentence sur le fond de la phase 2].

juridique est plus difficile à établir. Une “déclaration des rédacteurs” — uniquement disponible en anglais sur le site Web du ministère des Affaires étrangères et du Commerce de la Nouvelle-Zélande, dépositaire officiel du traité — précise en effet leur intention de voir les tribunaux arbitraux du *PTP* suivre la jurisprudence arbitrale antérieure de l'*ALÉNA* sur la notion de “circonstances analogues.”¹⁰⁵ Elle rappelle que le fardeau de prouver le traitement moins favorable repose sur l’investisseur et que toute différence de traitement n’équivaut pas nécessairement à un traitement moins favorable basé sur la nationalité de l’investisseur. Cette déclaration pourrait se qualifier d’accord ayant rapport au *PTP* intervenu entre toutes les parties à l’occasion de sa conclusion, au sens de l’article 31(2)a) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.¹⁰⁶ Dans ce cas, la déclaration des négociateurs ferait partie du contexte juridique de la clause du TN et de la clause NPF et pourrait être utilisée immédiatement pour éclairer leur sens ordinaire. Toutefois, compte tenu de son titre et de sa relative confidentialité, la déclaration pourrait aussi faire partie des travaux préparatoires du *PTP* au sens de l’article 32 de la *Convention*, auquel cas il serait impossible de s’y référer immédiatement pour interpréter de bonne foi les obligations de non-discrimination. La portée de la clause NPF est en outre assortie de la limite habituelle empêchant son utilisation pour invoquer les dispositions de règlement des différends plus favorables qui pourraient être prévues par un autre accord international sur l’investissement.¹⁰⁷

Conformément à la pratique habituelle du Canada, les prescriptions de résultats interdites par le *PTP* vont au-delà de celles qui sont interdites par le droit de l’OMC.¹⁰⁸ La clause de liberté d’exploitation des investissements du *PTP* est quasiment identique à celle qui figure dans le traité-type américain, alors que celui du Canada reprend toujours le modèle de l'*ALÉNA*.¹⁰⁹ La clause du *PTP* comporte en outre de nouvelles mesures

¹⁰⁵ *Drafter’s Note on Interpretation of “In Like Circumstances” under Article 9.4 (National Treatment) and Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment)*, en ligne: New Zealand Foreign Affairs and Trade <<https://www.tpp.mfat.govt.nz/assets/docs/Interpretation%20of%20In%20Like%20Circumstances.pdf>>.

¹⁰⁶ Richard Braddock, “Discrimination or Legitimate Government Regulation? Striking a Balance in TPP,” contribution présentée à la Faculté de droit de l’Université de Melbourne, le 20 mai 2016, lors de la conférence sur *The Age of Mega-Regionals — TPP and Regulatory Autonomy in International Economic Law*, aux pp 13–14, en ligne: University of Melbourne Faculty of Law <http://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0010/1954144/Braddock-Discrimination-or-legitimate-government-regulation-Striking-a-balance-in-the-TPP.pdf>.

¹⁰⁷ *PTP*, *supra* note 2, art 9.5.3.

¹⁰⁸ Voir *Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*, Annexe 1A de l’*Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3.

¹⁰⁹ 2012 *US Model BIT*, *supra* note 69, art 8; *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 9; *ALÉNA*, *supra* note 9, art 1106.

interdites en lien avec la protection des droits de propriété intellectuelle, mais elle autorise aussi explicitement certaines contraintes liées à l'emploi et à la formation des travailleurs locaux.¹¹⁰

La clause du TN, la clause NPF, la clause de liberté d'exploitation et la clause sur la nationalité du personnel clé sont toutes quatre assorties d'une clause d'antériorité générale concernant la totalité des mesures incompatibles existantes des municipalités, ainsi que des entités fédérées de l'Australie, du Canada, des États-Unis, et du Mexique.¹¹¹ Un nouveau mécanisme de consultation vise toutefois à permettre aux parties de discuter des obstacles posés par les mesures incompatibles des entités fédérées qui sont visées par la réserve.¹¹² En ce qui concerne les gouvernements centraux, chaque partie a pu désigner les mesures incompatibles existantes qu'il souhaitait maintenir dans une liste négative assortie d'une clause d'antériorité.¹¹³ Le Canada s'est prévalu de cette faculté pour formuler ses réserves habituelles, dont celle préservant son mécanisme de révision des acquisitions d'entreprises canadiennes prévu par la *Loi sur l'investissement Canada*,¹¹⁴ ainsi que les exigences de nationalité canadienne dans certains secteurs sensibles.¹¹⁵ En outre le Canada se réserve toujours le droit d'imposer des prescriptions de résultats incompatibles avec la clause de liberté d'exploitation comme l'exigence du dépôt d'un plan de retombées économiques pour l'exploitation pétrolière dans les terres domaniales fédérales et les zones extracôtières, plan qui doit entre autres prévoir des contributions au développement local.¹¹⁶ De façon surprenante, il n'a pas profité du *PTP* pour rectifier l'interprétation de la majorité dans l'affaire *Mobil Investments Canada*, afin de préciser que l'adoption d'une mesure subordonnée moins incompatible n'a pas pour effet de réduire le domaine de la réserve.

¹¹⁰ *PTP*, *supra* note 2, art 9.9.1 (i) et 9.9.4.

¹¹¹ *Ibid* art 9.11.1a) (ii), 9.11.1a) (iii), Annexe I – Australie – 2, Annexe I – Canada – 35, Annexe I – États-Unis – 23 et Annexe I – Mexique – 68.

¹¹² *Ibid*, art 9.3.3.

¹¹³ *Ibid*, art 9.9.1a) (i).

¹¹⁴ LRC 1985, c 28 (1er supp); *PTP*, *supra* note 2, Annexe I – Canada – 2.

¹¹⁵ Les secteurs où des exigences de nationalité canadienne sont préservées sont les sociétés par actions fédérales et les coopératives publiques, la propriété des terres agricoles en Alberta, les anciennes sociétés d'État privatisées, les courtiers en douane agréés, les opérateurs de boutiques hors taxes, les licences de production pétrolière dans les terres fédérales, ainsi que dans les secteurs de l'uranium, des services de transport aérien, du transport maritime et des télécommunications. *PTP*, *supra* note 2, Annexe I – Canada – 6, 8, 10, 13, 14, 18, 23, 24, 29 et 37.

¹¹⁶ *PTP*, *supra* note 2, Annexe I – Canada – 19 et 22.

Le *PTP* exclut par ailleurs certains secteurs sensibles de la portée de ces quatre obligations pour toutes les parties contractantes, en ce qui concerne les exceptions ou les dérogations aux obligations en matière de propriété intellectuelle, les subventions et les marchés publics.¹¹⁷ Le Canada s'est en outre prévalu de la faculté qui lui était offerte pour exclure certains autres secteurs sensibles pour lui, comme le traitement préférentiel des Autochtones, afin de préserver son droit de maintenir ou d'adopter de nouvelles mesures incompatibles avec ces obligations.¹¹⁸

Le Canada a aussi formulé sa réserve habituelle en ce qui concerne la clause NPF, afin de limiter sa portée aux accords internationaux postérieurs au *PTP*.¹¹⁹ Cette disposition signifie que la clause NPF ne peut pas être utilisée par un investisseur pour invoquer un traitement plus favorable qui serait accordé par le Canada dans un accord international sur l'investissement conclu avant le *PTP*, comme l'*ALÉNA*. La réserve est même absolue en ce qui concerne les accords internationaux en matière d'aviation, de pêche et d'affaires maritimes, dont le traitement plus avantageux ne pourra jamais être invoqué même s'ils sont conclus après l'entrée en vigueur du *PTP*.

Pour la première fois, le Canada utilise dans le *PTP* la technique de la réserve permanente de secteurs sensibles afin de protéger ses industries culturelles. La pratique conventionnelle habituelle du Canada consiste à prévoir une exemption culturelle qui soustrait complètement les industries culturelles de la portée de ses accords sur l'investissement.¹²⁰ Au-delà de la portée symbolique de cette exemption culturelle, la nouvelle technique employée dans le *PTP* fait en sorte que les politiques culturelles canadiennes sont désormais soustraites uniquement de la portée de la clause du TN, de la clause NPF, de la clause de liberté d'exploitation et de la clause sur la nationalité du personnel clé, au lieu d'être soustraites à l'ensemble des obligations du chapitre sur l'investissement. Au surplus, le Canada s'est abstenu de réserver les mesures discriminatoires qui imposeraient une contribution financière aux investisseurs du *PTP* pour le développement de contenu canadien, ou qui limiteraient l'accès au contenu

¹¹⁷ *Ibid*, art 9.11.5 et 9.11.6.

¹¹⁸ Le Canada a formulé ses réserves habituelles concernant, outre les peuples autochtones, la propriété des terrains en bord de mer, les activités de pêche, les obligations d'épargne ou les bons du trésor, les minorités socialement défavorisées, les services correctionnels et les services sociaux, les services de transport aérien, les services de cabotage maritime, les services d'inspection et de certification des navires, la privatisation des sociétés d'État, la fourniture de services d'escale et d'exploitation d'aéroport. *Ibid*, art 9.11.2 et Annexe II – Canada – 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 14, 15, 19, 21 et 22.

¹¹⁹ *Ibid* Annexe II – Canada – 13.

¹²⁰ Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 18(7).

audiovisuel étranger en ligne.¹²¹ L'idée des négociateurs canadiens semble avoir été que les politiques culturelles canadiennes sur ces deux questions sont déjà compatibles avec le *PTP*, mais cette position omet de voir que le Canada a perdu la possibilité de réintroduire de telles politiques dans le futur, ce que ses accords antérieurs lui permettaient de faire. Au final, tant au plan symbolique que juridique, la protection des industries culturelles canadiennes est affaiblie par le *PTP*.¹²²

LA PROTECTION JURIDIQUE IMMÉDIATE DES INVESTISSEURS ET DE LEURS INVESTISSEMENTS

Les quatre autres obligations prévues par le *PTP* ne sont assorties d'aucune limite particulière et ne peuvent faire l'objet de réserve, ce qui signifie que la protection juridique qu'elles offrent aux investisseurs étrangers et à leurs investissements est immédiate. Il s'agit de la clause du TJE, de la clause de traitement en cas de conflit armé, de la clause d'expropriation et de la clause de liberté de transfert des capitaux. Le contenu de ces quatre obligations est fidèle à la pratique conventionnelle du Canada, hormis quelques innovations mineures.

Conformément à l'approche nord-américaine, la clause du TJE se limite à la protection offerte par la norme minimale de traitement des étrangers et de leurs biens prévue par la coutume internationale.¹²³ Le *PTP* reprend la pratique des États-Unis de prévoir une définition de la coutume internationale.¹²⁴ Il est surprenant qu'une notion aussi élémentaire soit définie dans un traité, d'autant plus que les personnes choisies comme arbitre doivent vraisemblablement avoir une connaissance approfondie du droit international! La clause du TJE comporte les mêmes précisions que le traité-type américain, suivant lesquelles le TJE prohibe le déni de justice et la "protection et la sécurité intégrale" des investissements renvoie à leur protection policière.¹²⁵ Le *PTP* innove en indiquant de manière explicite que la mesure contraire aux attentes légitimes de l'investisseur ne constitue pas une violation du TJE.¹²⁶ Une autre innovation du *PTP* est la clarification voulant que le refus ou le non-renouvellement d'une subvention ne constitue également pas une violation du TJE.¹²⁷

¹²¹ *PTP*, *supra* note 2, Annexe II – Canada – 16.

¹²² Voir généralement Véronique Guèvremont, "L'exemption culturelle canadienne dans le Partenariat Transpacifique ou la destinée d'une peau de chagrin" (2015) 28(1) RQDI 83.

¹²³ *PTP*, *supra* note 2, art 9.6. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 6.

¹²⁴ *Ibid*, art 9.6, n 15 et Annexe 9-A. Voir 2012 *US Model BIT*, *supra* note 69, Annex A.

¹²⁵ *PTP*, *supra* note 3, art 9.6.2.

¹²⁶ *Ibid*, art 9.6.4.

¹²⁷ *Ibid*, art 9.6.5.

La clause de traitement en cas de conflit armé est identique à celle du traité-type des États-Unis.¹²⁸ Elle prévoit une obligation autonome de restitution ou d'indemnisation en cas de réquisition ou de destruction non requise de l'investissement étranger, ce qui est inconnu dans la pratique habituelle du Canada.¹²⁹ Autrement, l'obligation habituelle de traitement non discriminatoire en cas de compensation des pertes dues au conflit armé ou à la guerre civile est toujours prévue par le *PTP*, mais elle ne couvre pas l'hypothèse de la compensation des pertes dues aux catastrophes naturelles contrairement à la pratique conventionnelle canadienne.¹³⁰ Dans une région du monde qui connaît régulièrement des tremblements de terre ou des tsunamis occasionnant de graves pertes humaines et matérielles, cette omission n'est pas anodine.

La clause d'expropriation du *PTP* ne comporte aucune innovation juridique, à l'exception de la non-inclusion de la disposition usuelle dans la pratique américaine suivant laquelle la clause d'expropriation reflète la coutume internationale en la matière.¹³¹ La notion d'expropriation indirecte comporte la clarification habituelle suivant laquelle:

Sauf dans de rares cas, ne sont pas assimilées à l'expropriation indirecte les mesures de réglementation non discriminatoires mises en place par une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé publique, de sécurité ou d'environnement.¹³²

Enfin la clause de liberté de transfert de capitaux est quasiment identique à celle du traité-type des États-Unis, qui ressemble en substance à celle de la pratique habituelle du Canada.¹³³ Les capitaux liés à des investissements directs étrangers doivent pouvoir être librement transférés, même si des mesures sont prises en application de l'exception du *PTP* concernant les difficultés avec la balance des paiements.¹³⁴

¹²⁸ Voir 2012 *US Model BIT*, *supra* note 69, art 5.4 et 5.5.

¹²⁹ *PTP*, *supra* note 2, art 9.6.2 *bis*. Voir *APIE-Type du Canada*, *supra* note 71, art 7.

¹³⁰ *PTP*, *supra* note 3, art 9.6.1 *bis*. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71.

¹³¹ *PTP*, *supra* note 3, art 9.7, n 16 et Annexe 9-B. Voir 2012 *US Model BIT*, *supra* note 69, art 6, n 10 et Annex B, para 1.

¹³² *PTP*, *supra* note 3, Annexe 9-B, para 3(b) (note infrapaginale omise). Une nouvelle note infrapaginale donne des exemples de mesures de santé publique visées (*ibid* n 37).

¹³³ *PTP*, *supra* note 3, art 9.8. Voir 2012 *US Model BIT*, *supra* note 69, art 7; *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 11.

¹³⁴ *PTP*, *supra* note 3, art 29.3.4. La notion d'investissement direct étranger visée par cette disposition est plus restrictive que la notion générale d'investissement couvert par le *PTP* (*ibid* n 7).

L'ARBITRAGE INVESTISSEUR-ÉTAT DANS LE PTP

Malgré l'importante controverse qu'a connue l'arbitrage investisseur-État au cours de la négociation du *PTP* — particulièrement en Australie¹³⁵ — la clause d'arbitrage prévue par son chapitre sur l'investissement comporte très peu de nouveautés par rapport à la pratique conventionnelle nord-américaine.¹³⁶ Le seul assouplissement notable qui lui a été apporté est la faculté qui est donnée aux parties de soustraire les mesures de lutte contre le tabagisme à la clause d'arbitrage.¹³⁷ C'est le compromis qui a finalement été atteint afin de répondre aux inquiétudes soulevées par la contestation infructueuse de la législation australienne sur l'emballage neutre des produits du tabac dans l'affaire *Philip Morris Asia c Australie*.¹³⁸ La solution retenue consiste à permettre à une partie de refuser la soumission de ce type de contestation à l'arbitrage à tout moment, même après le dépôt d'une plainte par un investisseur du *PTP*. Il ne s'agit pas d'une exception au chapitre sur l'investissement cependant, ce qui signifie que les mesures de lutte contre le tabagisme demeurent assujetties à ses obligations et pourront toujours faire l'objet d'une plainte de la part d'une partie suivant le mécanisme de règlement des différends interétatiques du *PTP*.¹³⁹ Au surplus, en raison de la coexistence du *PTP* avec les autres accords sur l'investissement de ses parties, rien ne semble empêcher l'investisseur américain de contourner une éventuelle invocation de cette disposition par le Canada en fondant simplement sa réclamation sur le chapitre sur l'investissement de l'*ALÉNA* au lieu du *PTP*! Cette précision

¹³⁵ Voir Kurtz et Nottage, *supra* note 11; Trakman, *supra* note 11.

¹³⁶ *PTP*, *supra* note 2, art 9.17 à 9.29. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 20 à 37; *2012 US Model BIT*, *supra* note 69, art 23–36.

¹³⁷ *PTP*, *supra* note 2, art 29.5.

¹³⁸ “Sentence sur la compétence et l’admissibilité,” Aff CPA n° 2012-12 (TBI Australie–Hong Kong, 17 décembre 2015) (arbitres: Karl-Heinz Böckstiegel, prés, Gabrielle Kaufmann-Kohler et Donald McRae). Une réclamation similaire a également échoué contre l’Uruguay, alors qu’une plainte contre l’Australie est toujours pendante à l’OMC. Voir *Philip Morris Brand c Uruguay*, “Sentence,” Aff CIRDI n° ARB/10/7 (TBI Suisse–Uruguay, 8 juillet 2016) (arbitres: Piero Bernardini, prés, Gary Born et James Crawford); *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d’emballage neutre applicable aux produits du tabac et à leur emballage (Plaintes de l’Ukraine, du Honduras, de la République dominicaine, de Cuba et de l’Indonésie)*, “Demande de consultation,” Doc OMC n° WT/DS434, 435, 441, 458 et 467/1 (2012, 2013). Voir généralement Tania Voon & Andrew Mitchell, “Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products” dans Tania Voon et al, dir, *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes. Legal Issues*, Edward Elgar, Cheltenham (RU), 2012, 109; Tania Voon & Andrew Mitchell, “Time to Quit? Assessing International Investment Claim against Plain Tobacco Packaging in Australia” (2011) 14 J Int’l Econ L 515.

¹³⁹ Voir *PTP*, *supra* note 2, art 29.5, n 12.

est particulièrement importante à l'heure où le Canada envisage d'imposer l'emballage neutre des produits du tabac.¹⁴⁰

L'autre nouveauté la plus significative pour le Canada est son consentement additionnel, pour la toute première fois, à l'arbitrage concernant les réclamations fondées sur un contrat d'investissement ou une autorisation administrative d'investissement, typique de la pratique conventionnelle américaine.¹⁴¹ Cette disposition ne doit pas être prise pour une clause parapluie qui érigerait en obligations internationales les obligations du Canada contenues dans un contrat d'investissement ou une autorisation d'investissement. Elle vise plutôt à imposer au Canada une obligation internationale d'accepter la soumission à l'arbitrage des réclamations fondées sur ceux-ci; le droit applicable à ces différends ne sera cependant pas le *PTP*, mais plutôt le contrat ainsi que le droit canadien ou le droit national applicable au contrat.¹⁴² Les conséquences précises de cette inclusion sont difficiles à prévoir pour le Canada, mais force est de constater que l'investissement étranger ne s'y effectue normalement pas au moyen de contrats d'État. Cette notion exclut de plus les contrats d'État passés par les provinces.¹⁴³ En outre, les seules autorisations administratives visées pour le Canada sont celles données par le gouvernement fédéral en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*, alors que le *PTP* contient l'exclusion habituelle qui soustrait les décisions rendues en vertu de cette loi à toute réclamation.¹⁴⁴ Au final, l'inclusion de ces nouveaux différends ouvre surtout de nouveaux recours à l'arbitrage pour les investisseurs canadiens à l'étranger.

Certaines autres innovations juridiques mineures sont apportées à la clause d'arbitrage investisseur-État par le *PTP*. Le délai de prescription des réclamations est allongée de 6 mois par rapport à la pratique nord-américaine habituelle: il passe de 3 ans à 3,5 ans à partir du moment où l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance pour la première fois du manquement et du préjudice qu'il a subi.¹⁴⁵ Cela constitue un avantage

¹⁴⁰ Amélie Daoust-Boisvert, "Emballage neutre: Ottawa lance une consultation publique," *Le Devoir* (1^{er} juin 2016).

¹⁴¹ *PTP*, *supra* note 2, art 9.18.1a) (i) (B) et (C) et 9.18.2b) (i) (B) et (C). Voir 2012 *US Model BIT*, *supra* note 69, art 24.1a) (i) (B) et (C) et 24.1b) (i) (B) et (C).

¹⁴² *PTP*, *supra* note 2, art 9.24.2.

¹⁴³ *Ibid*, art 9.1 ("accord d'investissement").

¹⁴⁴ *Ibid*, art 9.1 ("autorisation d'investissement"), n 7, 9.18.1a) (i) (B), n 31 et Annexe 9-H, para 2. L'exclusion vise également le mécanisme interétatique de règlement des différends du *PTP*.

¹⁴⁵ *PTP*, *supra* note 2, art 9.20.1. Voir 2012 *US Model BIT*, *supra* note 69, art 26.1; *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 22(2)e) (i) et 22(2)f) (i).

stratégique pour les investisseurs, qui bénéficieront d'un délai additionnel de 6 mois pour fonder leur réclamation sur le *PTP* plutôt que sur un accord antérieur du Canada comme l'*ALÉNA*. Le *PTP* reprend également la pratique américaine de donner aux parties au litige le droit de demander au tribunal arbitral son projet de sentence sur la responsabilité.¹⁴⁶ Les avancées typiques de la pratique conventionnelle nord-américaine en matière de publicité et de transparence de la procédure arbitrale sont intégralement reprises dans le *PTP*, avec la publicité des audiences des tribunaux arbitraux, la publication de tous les documents de procédure, ainsi que la reconnaissance du pouvoir des tribunaux d'accepter de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*.¹⁴⁷ Une dernière innovation juridique qui mérite d'être soulignée est la limitation explicite des dommages qui peuvent être octroyés à l'investisseur en cas de manquement au *PTP* à la phase pré-investissement. Seules les pertes subies par l'investisseur en tentant de faire l'investissement sont indemnisables: cette clarification importante semble devoir limiter la réparation de la perte de profits anticipés qui est normalement indemnisable en droit international général.¹⁴⁸

Deux aménagements de la clause d'arbitrage investisseur-État qui sont exclusifs à certaines parties contractantes doivent être mentionnés. La règle générale de la liberté du choix du recours à l'arbitrage, même après avoir saisi les juridictions nationales, sous réserve d'une renonciation aux recours nationaux, ce que l'on appelle communément une clause "*No U-Turn*," est altérée pour le Chili, le Mexique, le Pérou et le Viêt-Nam; ces derniers rendent le choix des juridictions nationales définitif pour l'investisseur, ce que l'on appelle communément une clause "*Fork-in-the Road*."¹⁴⁹ En outre, l'Australie et la Nouvelle-Zélande sont convenues, dans un échange de lettres parallèle au *PTP*, de rendre la clause d'arbitrage investisseur-État inapplicable dans leurs relations réciproques, empêchant à leurs investisseurs de l'utiliser contre elles.¹⁵⁰ Cette altération de la clause d'arbitrage par l'Australie et la Nouvelle-Zélande est une illustration éclatante de la marge de manœuvre dont les parties disposaient pour moduler le *PTP*

¹⁴⁶ *PTP*, *supra* note 2, art 9.22.10. Voir 2012 *US Model BIT*, *supra* note 69, art 28.9.

¹⁴⁷ *PTP*, *supra* note 2, art 9.22.3 et 9.23. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 31-32; 2012 *US Model BIT*, *supra* note 69 art 28(3)-29.

¹⁴⁸ *Ibid*, art 9.28.4. Voir CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'État," *supra* note 93, art 36(2) et para 27-33.

¹⁴⁹ *PTP*, *supra* note 2, art 9.20.2(b) et Annexe 9-J.

¹⁵⁰ *Exchange of Letters between the Government of Australia and the Government of New Zealand concerning the Relationship between TPP and Other Agreements*, 4 février 2016, en ligne: Nouvelle-Zélande, Ministry of Foreign Affairs and Trade <<https://www.tpp.mfat.govt.nz/assets/docs/side-letters/New%20Zealand-Australia%20Side%20Letter%20Relationship%20between%20TPP%20and%20Other%20Agreements.pdf>>.

afin de répondre à leurs intérêts nationaux, possibilité que le Canada a choisi de ne pas exploiter. Il faut se désoler de cette passivité du Canada: la prévisibilité des opérations économiques et la sécurité juridique commandaient qu'il clarifie mieux l'articulation entre le *PTP* et le chapitre sur l'investissement de l'*ALÉNA* et de ses accords de libre-échange avec le Chili et le Pérou.

La clause d'arbitrage investisseur-État reconnaît des droits processuels importants aux investisseurs, sans que des obligations ne leurs soient imposées, comme dans tous les accords internationaux sur l'investissement. S'inspirant de la pratique conventionnelle du Canada, le *PTP* tente timidement de rééquilibrer les choses en prévoyant une clause sur la responsabilité sociale des entreprises, qui rappelle aux parties l'importance d'encourager leurs entreprises à intégrer volontairement les normes, lignes directrices ou principes internationalement reconnus en la matière et avalisés par elles.¹⁵¹

LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERÉTATIQUES ET LES ASPECTS INSTITUTIONNELS DU PTP

Comme le chapitre sur l'investissement du *PTP* s'insère dans un accord de libre-échange, il bénéficie d'un cadre institutionnel plus développé que dans un APIE. La Commission sur le Partenariat transpacifique est instituée afin notamment d'étudier toute question relative à la mise en œuvre ou au fonctionnement du *PTP*.¹⁵² Conformément à la pratique habituelle du Canada, la Commission peut adopter par consensus des interprétations obligatoires des dispositions du *PTP*, qui lient les tribunaux arbitraux et avec lesquelles leurs sentences doivent être compatibles.¹⁵³ De même, le *PTP* permet à la partie faisant l'objet d'une réclamation de demander à la Commission de lui demander de se prononcer sur la question de savoir si un manquement allégué relève d'une mesure non conforme visée par une réserve qu'elle a formulée.¹⁵⁴

La clause d'arbitrage investisseur-État est ouverte aux parties contractantes lorsqu'elles agissent elles-mêmes comme investisseur.¹⁵⁵ Ce recours permet à la partie de réclamer des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'elle a subi en tant qu'investisseur. Autrement, le mécanisme

¹⁵¹ *PTP*, *supra* note 2, art 9.16. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 16.

¹⁵² *PTP*, *supra* note 3, art 27.1.

¹⁵³ *Ibid* art 9.24.3, 27.2.2.f) et 27.3. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 33.

¹⁵⁴ *Ibid* art 9.25. Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 33.

¹⁵⁵ Voir *ibid* art 9.1 ("investisseur d'une Partie"). Voir *APIE-type du Canada*, *supra* note 71, art 1 ("investisseur d'une Partie").

interétatique de règlement des différends du *PTP* lui est également ouvert, mais il semble uniquement lui permettre de demander à un groupe spécial la mise en conformité de la mesure avec le traité, sans réparation de son préjudice ou de celui qu'auraient pu subir ses investisseurs du fait de la mesure non-conforme.¹⁵⁶ Bien qu'il soit question d'indemnisation dans le mécanisme interétatique, il s'agit seulement d'un moyen temporaire de faire pression sur l'autre partie afin d'obtenir la mise en conformité avec le *PTP*, et non d'une indemnisation visant à réparer le préjudice subi.¹⁵⁷

L'AFFAIRE *CLAYTON/BILCON C CANADA*: L'ACCEPTABILITÉ SOCIALE FACE À L'ALÉNA

L'affaire *Clayton/Bilcon* a toutes les caractéristiques pour devenir un nouveau symbole des maux qui rongent l'arbitrage investisseur-État. Un pays développé voit sa responsabilité internationale être engagée en raison de l'évaluation environnementale défavorable du projet d'exploitation d'une carrière et d'un terminal maritime par un investisseur américain et ce, dans une région écologiquement sensible. Le tribunal arbitral est diamétralement opposé sur l'application du droit aux faits de l'espèce. L'État responsable conteste vigoureusement la sentence arbitrale devant les tribunaux du lieu du for. Les trois parties contractantes de l'*ALÉNA* soumettent des observations critiquant la sentence arbitrale au tribunal arbitral dans une autre affaire. *Clayton/Bilcon* risque de relancer la controverse autour du refroidissement réglementaire que l'arbitrage investisseur-État induirait chez les gouvernements, freinant leurs ardeurs environnementalistes de peur de faire face à des réclamations internationales.

La société américaine Bilcon of Delaware est un important fournisseur d'agrégat et d'autres matériaux de construction, appartenant à la famille Clayton, dont les membres sont tous américains. À la recherche de nouvelles sources d'approvisionnement, Bilcon of Delaware a été attirée en Nouvelle-Écosse en 2001 par la publicité du gouvernement de la province y encourageant les investissements. Bilcon of Delaware a constitué la filiale canadienne Bilcon of Nova Scotia, qui s'est associée à la société canadienne Nova Stone Exporters, afin d'exploiter une carrière et un terminal maritime à Whites Point dans la péninsule de Digby Neck. Nova Stone a entrepris des démarches en vue d'obtenir les autorisations nécessaires et reçu des premiers signaux positifs de la part des autorités, pour finalement se retirer du projet après avoir essuyé un refus en 2004. Entretemps, le gouvernement fédéral et celui de la Nouvelle-Écosse ont décidé de soumettre le projet de White Points à une commission d'examen conjoint. Il s'agit du processus d'évaluation environnementale le plus lourd prévu par la législation

¹⁵⁶ *Ibid.*, art 28.18.2.

¹⁵⁷ Voir *ibid.*, art 28.19.3.

canadienne; il comprend la tenue d'audiences publiques permettant la participation des communautés locales touchées, alors que le projet de Whites Point suscite la controverse. Des projets semblables dans la même région, promus par des investisseurs canadiens, ont toutefois été soumis à un processus moins exigeant dans le passé. L'investisseur américain a participé activement aux travaux de la commission d'examen conjoint, qui ont été suivis de près par les politiciens et les médias locaux.

La commission d'examen conjoint a jugé que le projet devait être rejeté en raison du peu d'acceptabilité sociale qu'il comportait, parce que contraire aux "valeurs fondamentales de la collectivité" de la péninsule de Digby Neck. Cette référence à l'acceptabilité sociale du projet constitue une rupture avec la pratique antérieure fondée sur la législation canadienne, qui prescrit que la commission doit identifier les risques environnementaux posés par le projet et la disponibilité de mesures préventive pour les réduire. Cette évaluation environnementale suppose un examen de la possibilité que le projet entraîne des effets environnementaux négatifs importants même après l'application de ces mesures préventives. Le gouvernement fédéral et celui de la Nouvelle-Écosse ont finalement suivi la recommandation de la commission et refusé d'approuver le projet à la fin 2007.

Plutôt que de contester l'application de la législation par la commission d'examen conjoint devant les juridictions canadiennes, la famille Clayton et Bilcon of Delaware (Clayton/Bilcon) se sont prévalus en 2008 de la possibilité que leur offre l'ALÉNA de ne pas épuiser leurs recours internes, pour présenter immédiatement une réclamation de 188 millions US\$ contre le Canada.¹⁵⁸ Le tribunal arbitral institué pour connaître de la réclamation est composé d'un ancien juge à la Cour internationale de justice, l'Allemand Bruno Simma, ainsi que deux Canadiens, Donald McRae et Bryan Schwartz, l'investisseur américain ayant choisi de nommer aussi un arbitre canadien. L'arbitrage est instruit suivant les règles de la Commission des Nations Unies pour l'arbitrage commercial international (CNUDCI) et est administré par la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de La Haye, avec Toronto comme lieu d'arbitrage. Selon Clayton/Bilcon, le Canada a violé la clause du TN et la clause du TJE du chapitre sur l'investissement de l'ALÉNA lors de l'évaluation environnementale du projet de Whites Point. La violation de la clause NPF était aussi alléguée, mais l'argument a été délaissé par les parties au cours des procédures. Le tribunal arbitral s'est unanimement trouvé compétent pour connaître de l'affaire, mais seuls deux arbitres ont conclu que le Canada avait manqué à ses obligations internationales.

¹⁵⁸ *Clayton/Bilcon c Canada*, "Demande d'arbitrage," CNUDCI, Aff CPA n° 2009-04 (Chap 11 ALÉNA, 26 mai 2008).

LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL POUR CONNAÎTRE DU DIFFÉREND

Le Canada a contesté la compétence du tribunal arbitral et ce dernier a pris la question au sérieux, affirmant que les limites du consentement donné par les parties contractante à l'arbitrage investisseur-État devaient être respectées scrupuleusement, compte tenu des recours des investisseurs auxquels ils ont accepté d'être exposés.¹⁵⁹ Le premier motif soulevé est que l'évaluation environnementale ne constitue pas une mesure "concernant" un investisseur ou son investissement au sens de l'article 1101(1) de l'ALÉNA, mais le tribunal arbitral a appliqué la doctrine *Methanex* et jugé qu'il existe un lien juridique significatif entre Bilcon of Nova Scotia et les mesures prises par le Canada au sujet du projet de Whites Point.¹⁶⁰ Le deuxième motif est que la réclamation est prescrite, puisque plus de trois ans se sont écoulés depuis que l'investisseur américain a pris connaissance du premier refus d'autorisation du projet en 2004. Le tribunal arbitral a jugé que la réclamation concernant les événements antérieurs au délai de trois ans était effectivement prescrite, mais pas celle concernant les événements subséquents, qu'il a refusé de voir comme la simple continuation des mêmes événements.¹⁶¹

Le Canada a aussi avancé que les agissements de la commission d'examen conjoint ne peuvent pas lui être attribués en droit international. Ce troisième motif a été rejeté par le tribunal arbitral, parce que la commission exerce des prérogatives de puissance publique qui lui sont confiées par l'État, bien qu'elle ne soit pas elle-même un organe de l'État.¹⁶² Le quatrième motif invoqué par le Canada est que l'investisseur américain n'a subi aucun dommage en raison du refus d'approuver le projet, mais le tribunal a choisi de vider cette question lors de l'évaluation des dommages.¹⁶³ Le dernier motif concerne la qualification d'investisseur d'un des membres de la famille Clayton, en raison de son éloignement de la conduite des affaires de Bilcon of Delaware et de sa filiale canadienne, argument auquel le tribunal arbitral s'est rendu en raison du manque de preuve concernant le degré de contrôle de l'individu sur l'investissement au Canada.¹⁶⁴ Le tribunal arbitral s'étant trouvé compétent, il s'est penché sur le fond de la réclamation de Clayton/Bilcon, concernant la violation de la clause du TJE et celle du TN.

¹⁵⁹ *Clayton/Bilcon*, "Sentence," *supra* note 10 au para 229.

¹⁶⁰ *Ibid* au para 241.

¹⁶¹ *Ibid* au para 281.

¹⁶² *Ibid* au para 308. Subsidiairement, le tribunal arbitral est prêt à reconnaître que les agissements de la commission sont attribuables au Canada car ils ont été endossés par ses organes (*ibid* au para 324).

¹⁶³ *Ibid* au para 331.

¹⁶⁴ *Ibid* au para 350.

TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE DE L'INVESTISSEUR AMÉRICAIN DANS
L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE

Les arbitres sont unanimes dans leur interprétation du contenu de la clause du TJE de l'ALÉNA. C'est plutôt dans son application aux faits de l'espèce qu'ils sont divisés. La clause du TJE de l'ALÉNA est prévue par l'article 1105(1) et la Commission du libre-échange nord-américain a rappelé dans une interprétation obligatoire qu'elle se limite à la norme minimale de traitement des étrangers et de leurs biens de la coutume internationale.¹⁶⁵ Le tribunal souligne la divergence dans la jurisprudence arbitrale sur la pertinence de l'affaire *Neer (États-Unis) c Mexique*¹⁶⁶ pour la détermination du contenu de la norme minimale de traitement, ainsi que sur l'évolution du contenu de la norme. Il est d'avis que le standard posé par l'affaire *Neer* a évolué depuis 1926 et que le seuil de violation de la norme minimale de traitement demeure élevé, mais ne se limite plus à la conduite choquante ou outrageuse de l'État.¹⁶⁷ Il endosse la formulation contemporaine de la norme faite par le tribunal arbitral dans l'affaire *Waste Management c Mexique*.¹⁶⁸ “conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes claimant to sectional or racial prejudice, or involves lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety.”¹⁶⁹

À la majorité, le tribunal juge que le Canada a violé la norme minimale de traitement par sa conduite à l'endroit de Clayton/Bilcon en ce qui concerne le projet de Whites Point. Il relève que l'investisseur américain a été encouragé à participer dans un processus d'évaluation environnementale qui était perdu d'avance.¹⁷⁰ La recommandation de la commission d'examen conjoint a imposé dans les faits un moratoire sur les projets du type de celui de l'investisseur, équivalant à une véritable décision de zonage du territoire.¹⁷¹ Les arbitres de la majorité sont d'avis que le fait pour l'investisseur américain de ne pas avoir été dûment avisé de l'approche différente qu'entendait suivre la commission d'examen conjoint équivaut

¹⁶⁵ Voir Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11* (31 juillet 2001).

¹⁶⁶ *Neer (États-Unis) c Mexique* (1926), 4 RSA 60 (Commission générale des réclamations Mexique – États-Unis).

¹⁶⁷ *Clayton/Bilcon*, *supra* note 10 au para 444.

¹⁶⁸ “Sentence,” Aff CIRDI n° ARB(AF)/00/3, (Chap 11 ALÉNA, 30 avril 2004) (arbitres: James Crawford, prés, Benjamin Civiletti et Eduardo Magallón Gómez) [*Waste Management*]; *Clayton/Bilcon*, Sentence, *supra* note 10 au para 442.

¹⁶⁹ *Waste Management*, *supra* note 168 au para 98.

¹⁷⁰ *Ibid* au para 453.

¹⁷¹ *Ibid* au para 454.

à une violation grave des garanties juridiques de l'équité procédurale.¹⁷² Ils estiment aussi que la nouvelle approche fondée sur l'acceptabilité sociale qu'a adoptée la commission s'écarte de l'approche suivie antérieurement qui consiste à analyser les effets environnementaux négatifs importants subsistant après l'application de mesures préventives.¹⁷³ Les arbitres conviennent qu'il faut être prudent avec les attentes légitimes des investisseurs étrangers et qu'il est important de préserver le droit des autorités compétentes de modifier la législation et les politiques gouvernementales.¹⁷⁴ Ils jugent cependant que la latitude des États n'est pas absolue et que la clause du TJE peut être violée par une telle modification dans des circonstances particulières:

*such as changes in a legal or policy framework that have retroactive effect, are not proceeded by reasonable notice, are aimed or applied in a discriminatory basis or are contrary to earlier specific assurances by state authorities that the regulatory framework would not be altered to the detriment of the investor.*¹⁷⁵

Pour eux, Clayton/Bilcon a été confronté à un changement d'approche par un organe administratif qui devait appliquer la législation au lieu de la modifier.¹⁷⁶ Ils ne sont toutefois pas convaincus que le climat hostile auquel aurait été confronté l'investisseur américain au cours des audiences publiques constitue une violation de la clause du TJE.¹⁷⁷ La majorité des arbitres juge enfin que la recommandation de la commission d'examen conjoint sur l'acceptabilité sociale du projet de Whites Point a usurpé la discrétion du gouvernement, à qui revenait le soin de tirer une telle conclusion, à la lumière du rapport de la commission.¹⁷⁸ Compte tenu des encouragements répétés des autorités de la Nouvelle-Écosse et de la conduite arbitraire de la commission d'examen conjoint quant à l'approche suivie pour mener son évaluation environnementale, qui est contraire à ce que prescrit la législation canadienne, le tribunal arbitral conclut à la majorité que ses agissements constituent une violation de la norme minimale de traitement de la coutume internationale garantie par la clause du TJE de l'ALÉNA.¹⁷⁹

¹⁷² *Ibid* au para 534.

¹⁷³ *Ibid* au para 535.

¹⁷⁴ *Ibid* au para 572.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid* au para 573.

¹⁷⁷ *Ibid* au para 576.

¹⁷⁸ *Ibid* au para 583.

¹⁷⁹ *Ibid* au para 588–94, 604.

Cette application de la clause du TJE aux faits est diamétralement opposée à celle de l'arbitre Donald McRae. Ce dernier est surtout troublé par l'analyse de la majorité sur la légalité des agissements de la commission d'examen conjoint au regard du droit canadien. Il rappelle d'abord que la violation du droit canadien ne constitue pas en soi une violation de la norme minimale de traitement.¹⁸⁰ Mais surtout, il estime que la majorité présume erronément que l'approche suivie par la commission est contraire à ce que prescrit la législation canadienne, alors que cela est discutable et que les juridictions canadiennes ne se sont pas prononcées sur la question.¹⁸¹ Pour l'arbitre dissident, l'approche fondée sur l'acceptabilité sociale n'est qu'une autre manière d'exprimer ce que la législation demande à la commission d'analyser, soit les effets du projet sur l'environnement humain.¹⁸² Il conclut de manière lapidaire que l'assujettissement des préoccupations pour l'environnement humain aux questions de faisabilité scientifique et technique fait par la majorité constitue une véritable intrusion dans la politique gouvernementale.¹⁸³ Pour lui, la décision du tribunal arbitral n'est rien de moins que "*a remarkable step backwards in environmental protection.*"¹⁸⁴

TRAITEMENT NATIONAL DE L'INVESTISSEUR AMÉRICAIN DANS L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE

Les arbitres se sont également divisés dans leur application de la clause du TN aux faits. La position de Clayton/Bilcon repose essentiellement sur l'argument que tous les promoteurs de projets qui sont soumis à la législation environnementale canadienne sont dans des circonstances analogues, et que plusieurs investisseurs canadiens ont été mieux traités dans le processus d'évaluation environnementale de leur projet. La question fondamentale pour déterminer si la clause du traitement national a été violée en l'espèce est donc celle de savoir si l'investisseur américain se trouve dans des "circonstances analogues" à celle de ces investisseurs canadiens. Le tribunal arbitral conclut à la majorité que l'imposition de la procédure plus lourde de la commission d'examen conjoint au projet de Whites Point était contraire à la pratique habituelle.¹⁸⁵ Cependant, comme

¹⁸⁰ *Clayton/Bilcon c Canada*, "Opinion dissidente du professeur Donald McRae," CNUDCI (Chapitre 11 ALÉNA, 10 mars 2015) [*Clayton/Bilcon*, "Opinion dissidente"] para 3, 31, 35 et 37.

¹⁸¹ *Ibid* au para 34.

¹⁸² *Ibid* au para 23.

¹⁸³ *Ibid* au para 49.

¹⁸⁴ *Ibid* au para 51.

¹⁸⁵ *Clayton/Bilcon*, *supra* note 10 au para 688.

la réclamation est prescrite en ce qui concerne la décision de renvoyer le projet devant une commission d'examen conjoint, le tribunal arbitral concentre plutôt son analyse sur le test appliqué par la commission. Le Canada a tenté de convaincre le tribunal que seuls les projets qui soulèvent beaucoup d'opposition dans les communautés touchées sont dans des circonstances analogues au projet de Clayton/Bilcon. La majorité du tribunal a refusé de suivre cette interprétation, jugée trop restrictive au regard de la notion de "circonstances analogues," qui est plus large que celle de "produit similaire" dans les clauses du TN applicables au commerce des produits.¹⁸⁶ Le tribunal était prêt à endosser la position de l'investisseur, voulant que le comparateur devrait être tous les projets soumis à la législation environnementale canadienne, mais il juge suffisant l'examen du traitement réservé à plusieurs projets de promoteurs canadiens dans les secteurs minier, pétrolier et gazier. Il conclut que seul le projet Whites Point a été soumis à un test d'acceptabilité sociale, plutôt qu'au test des effets environnementaux négatifs importants subsistant après l'application de mesures préventives, ce qui constitue un traitement moins favorable de l'investissement américain.¹⁸⁷

Chose importante, la majorité du tribunal arbitral note l'absence d'exceptions générales applicables au chapitre sur l'investissement de l'ALÉNA, qui permettrait à l'État de justifier la violation d'une obligation par la poursuite légitime d'un objectif non économique. Elle rappelle que le tribunal arbitral dans l'affaire *Pope & Talbot c Canada*¹⁸⁸ a développé une interprétation de la clause du TN qui intègre dans son texte une forme d'exception générale:

*Differences in treatment will presumptively violate Article 1102(2), unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or de facto, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of NAFTA.*¹⁸⁹

Bien que les arbitres de la majorité soutiennent cette interprétation de la clause du TN, ils concluent que l'application du test d'acceptabilité sociale uniquement au projet de l'investisseur américain ne poursuit aucun objectif

¹⁸⁶ *Ibid* au para 690–92.

¹⁸⁷ *Ibid* au para 712, 716, 718 et 731. La majorité du tribunal arbitral note particulièrement la différence de traitement avec les projets Rabaska et Énergie Cacouna, au Québec, qui soulevaient aussi une forte opposition dans les communautés locales, mais qui ont néanmoins été soumis au test habituel plutôt qu'à un test d'acceptabilité sociale (*ibid* au para 706–08).

¹⁸⁸ *Pope & Talbot*, Sentence sur le fond de la phase 2, *supra* note 104.

¹⁸⁹ *Ibid* au para 78.

rationnel de politique gouvernementale.¹⁹⁰ Ils jugent que ce test est même contraire à la législation et à la politique environnementale canadienne, ainsi qu'aux objectifs de libéralisation des investissements de l'*ALÉNA*, comme l'atteste la violation de la clause du TJE qu'ils ont déjà constatée. Le tribunal arbitral juge donc à la majorité que le Canada a violé la clause du TN lors de l'évaluation environnementale du projet soumis par Clayton/Bilcon. L'arbitre dissident rejette aussi cette conclusion de la majorité, dans une phrase laconique où il juge pour sa part que l'investisseur américain a été traité en conformité avec la législation canadienne comme tous les investisseurs doivent s'attendre de l'être.¹⁹¹

LES SUITES DE L'AFFAIRE ...

L'affaire *Clayton/Bilcon* se poursuit avec la phase d'évaluation des dommages qui est toujours pendante devant le tribunal arbitral. Tout en continuant à se défendre devant ce dernier, le Canada a entamé des procédures parallèles devant la Cour fédérale afin de faire annuler la sentence arbitrale.¹⁹² Il fait valoir que certains aspects de la sentence outrepassent la compétence du tribunal arbitral, parce qu'elle attribue au Canada les agissements de la commission d'examen conjoint, qu'elle se prononce sur la compatibilité de ces agissements avec le droit canadien et que l'incompatibilité avec la clause du TJE et celle du TN se fonde uniquement sur l'illegalité des agissements de la commission au regard du droit canadien. Le Canada allègue en outre que la sentence est contraire à l'ordre public du Canada, parce que le tribunal arbitral a usurpé les fonctions des tribunaux canadiens, seuls habilités à se prononcer sur la légalité des agissements d'une commission d'examen conjoint au regard du droit canadien. Les motifs avancés par le Canada sont inégaux: le tribunal arbitral est unanime sur la question de l'attribution et son raisonnement est convaincant; un juge ou un arbitre international peut avoir à se prononcer sur la légalité d'un comportement au regard du droit national, qui demeure une pure question factuelle du point de vue du droit international, mais peut servir à établir la violation d'une obligation internationale. Par contre, l'argument contre l'équation faite entre la violation du droit canadien et la violation du droit international rejoint l'opinion dissidente de l'arbitre Donald McRae; il reste toutefois à voir si la Cour fédérale se permettra d'annuler l'interprétation faite par le tribunal arbitral — dont le président est un ancien juge de la Cour internationale de justice — de la coutume internationale et de sa violation par le Canada. Rien n'est moins sûr.

¹⁹⁰ *Clayton/Bilcon*, *supra* note 10 au para 724.

¹⁹¹ *Clayton/Bilcon*, "Opinion dissidente," *supra* note 180 au para 53.

¹⁹² *Canada (PG) c Clayton*, "Avis de demande," n° dossier T-1000-15 (16 juin 2015) (Cour fédérale).

Le Canada cherche en outre à limiter l'impact de l'affaire *Clayton/Bilcon* dans la jurisprudence arbitrale. Il a soumis des observations sur la question au tribunal arbitral dans l'affaire *Mesa Power c Canada*,¹⁹³ avec le soutien des États-Unis et du Mexique qui ont fait de même. Le Canada répète son argument contre l'attribution des agissements de la commission d'examen conjoint et contre l'usurpation par le tribunal de la compétence des tribunaux canadiens. Il conteste aussi la méthodologie employée par le tribunal arbitral dans *Clayton/Bilcon* pour établir l'évolution du contenu de la norme minimale de traitement de la coutume internationale, au motif que celui-ci s'est fondé uniquement sur des sentences arbitrales antérieures plutôt que d'examiner la pratique des États et l'*opinio juris*. Les États-Unis et le Mexique partagent entièrement l'avis du Canada à cet égard. Le Canada rejette de plus l'interprétation de la clause du TN faite dans *Clayton/Bilcon*, qui omet de se pencher sur l'existence d'un motif basé sur la nationalité de l'investisseur américain dans la différence de traitement entre le projet de Whites Point et les autres projets examinés. Les États-Unis et le Mexique endossent à nouveau la critique du Canada.

L'affaire *Clayton/Bilcon* n'a pas fini de faire couler l'encre. Elle illustre — s'il le fallait encore — toute la difficulté du renvoi à la coutume internationale par la clause du TJE, mais aussi la difficulté de l'appliquer aux faits même lorsque les arbitres s'entendent sur son contenu. Elle montre aussi l'importance de la notion de "circonstances analogues" pour l'établissement d'une violation de la clause du TN. L'évaluation des dommages permettra au tribunal arbitral de se pencher sur le dernier motif d'incompétence soulevé par le Canada, qui est encore en suspens, concernant l'absence de préjudice causé à Clayton/Bilcon par le refus d'autoriser le projet.

¹⁹³ "Observations du Canada sur la sentence sur la juridiction et la responsabilité dans *Clayton/Bilcon c Canada*," CNUDCI, Aff PCA n° 2012-17 (Chap 11 ALÉNA, 14 mai 2015); *Mesa Power Group c Canada*, "Deuxième soumission des États-Unis," CNUDCI, Aff PCA n° 2012-17 (Chap 11 ALÉNA, 12 juin 2015); *Mesa Power Group c Canada*, "Deuxième soumission du Mexique en vertu de l'article 1128," CNUDCI, Aff PCA n° 2012-17 (Chap 11 ALÉNA, 12 juin 2015).