

PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT ET EXPROPRIATION INDIRECTE DANS LES ACCORDS MÉGA- RÉGIONAUX

*Kintxo Freiss**

La question de la protection de l'environnement est devenue récurrente lors de la négociation d'accords économiques et d'investissements internationaux. Elle a souvent été reliée à la notion d'expropriation indirecte. Or, l'expropriation indirecte est une notion complexe. Elle soulève la question de l'interprétation qui en est faite et, donc, de la définition que lui donne le droit international de l'investissement. Cette étude analysera la notion d'expropriation indirecte telle qu'énoncée par l'*Accord économique et commercial global (AECG)* et le *Partenariat transpacifique (PTP)*, car ces deux traités illustrent une certaine évolution incrémentale du droit international des investissements, grâce à la présence d'une dynamique entre la pratique arbitrale et la négociation des accords internationaux. Alors que ces traités ont été vivement critiqués par une part non négligeable de la société civile et par une partie de la classe politique, les résultats de ce travail de recherche soulignent qu'il résulte de ces accords un meilleur encadrement de l'expropriation indirecte. Ils établissent un juste équilibre entre la poursuite de politiques légitimes, dont la protection de l'environnement fait partie, et la protection des investissements étrangers. De fait, l'*AECG* et le *PTP* énoncent des règles claires et précises au niveau de l'expropriation indirecte qui limitent les interprétations extensives de la notion d'expropriation indirecte et qui garantissent l'exercice du pouvoir réglementaire des États. Toutefois, un certain nombre de failles demeurent persistantes et les parties à l'accord pourraient certainement aller encore plus loin, afin de favoriser de meilleures marges de manœuvre pour les États, en vue de protéger leur environnement.

The issue of environmental protection has become a recurrent theme for the negotiation of economic and international investment agreements. It has often been linked to the notion of indirect expropriation. However, indirect expropriation is a complex notion. It raises the question of its interpretation, and thus of the definition given by international investment law. This article analyzes the indirect expropriation notion as set out by the *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)* and the *Trans-Pacific Partnership (TPP)*, considering that these two treaties illustrate a form of incremental evolution of international investment law, due to the presence of an interplay between arbitration practice and the negotiation of international agreements. While these treaties have been strongly criticized by a large segment of civil society and by part of the political class, the results of this research underline that these agreements result in a better framing of indirect expropriation, with the objective of establishing a fair balance between the pursuit of legitimate policies, including environmental protection, and the protection of foreign investment. Indeed, CETA and the TPP enunciate clear and specific rules on indirect expropriation, which limit extensive interpretations of this notion, and guarantee the exercise of state regulatory authority. However, several flaws persistently remain, and the Parties to the agreements could certainly go further in order to favor better leeway for states to protect their environment.

El tema de la protección ambiental se ha vuelto recurrente en la negociación de acuerdos económicos y de inversión internacionales. A menudo se ha vinculado a la noción de expropiación indirecta. La expropiación indirecta es una noción compleja. Plantea la cuestión de la interpretación que se hace de ella y, por lo tanto, de la definición que le da el derecho internacional de la inversión. Este estudio analizará la noción de expropiación indirecta según lo establecido en el *Acuerdo Económico y Comercial Integral (CETA)* y el *Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP)*, ya que estos dos tratados ilustran una cierta evolución incremental del derecho internacional de la inversión, gracias a la presencia de una dinámica entre la práctica arbitral y la negociación de acuerdos internacionales. Si bien estos tratados han sido fuertemente criticados por una parte significativa de la sociedad civil y por una parte de la clase política, los resultados de este trabajo de investigación subrayan que de estos acuerdos se obtiene un mejor marco de la expropiación

* Titulaire d'une maîtrise en études internationales de l'Institut des Hautes Études Internationales de l'Université Laval et d'une maîtrise en droit international et transnational de l'Université Laval.

indirecta. lograr el equilibrio adecuado entre la búsqueda de políticas legítimas, de las que forma parte la protección del medio ambiente, y la protección de la inversión extranjera. De hecho, el CETA y el TPP establecen reglas claras y precisas para la expropiación indirecta que limitan las interpretaciones extensas de la noción de expropiación indirecta y que garantizan el ejercicio del poder regulador de los Estados. Sin embargo, persisten varias lagunas y las partes del acuerdo podrían ir más lejos, a fin de crear un mayor espacio de maniobra para que los Estados protejan su medio ambiente.

Tel que l'énonçait Bertrand de Jouvenel dans les années 1970, la protection de l'environnement ne doit pas être sacrifiée à la faveur du développement économique. En ce sens, l'esprit du libre-échange, qui vise à ce que les pays travaillent ensemble pour produire et se développer tout en valorisant leurs avantages comparatifs, ne peut entraver le pouvoir réglementaire, également appelé pouvoir de police, de l'État quand il est notamment question de la santé ou de l'environnement des citoyens. Enfin, à travers l'utilisation du terme pouvoir réglementaire, l'auteur évoque le « pouvoir accordé à l'exécutif, en vertu de la constitution ou de la loi, d'édicter des mesures de portée générale¹ ».

L'affaire *Metalclad Corporation c. Mexique*² évoque une compagnie américaine qui investit dans un centre de traitement de déchets toxiques dans l'État du Mexique et qui dépose une plainte contre ce dernier, devant un tribunal arbitral. Cette affaire demeure dans la mémoire de nombreux citoyens canadiens et européens qui craignent qu'un tel scénario ne se reproduise dans leur pays, à la suite de la mise en œuvre de récents accords méga-régionaux tels que : l'*Accord économique et commercial global (AECG)* (signé le 30 octobre 2016 et entré en vigueur le 21 septembre 2017, entre le Canada et l'Union européenne (UE)) et le *Partenariat transpacifique*³ (*PTP*) (signé le 4 février 2016 et réunissant les États suivants : Australie, Brunei, Canada, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour, et le Viêt Nam)⁴.

En l'espèce, l'investisseur américain (Metalclad) déclara que les autorités municipales mexicaines avaient refusé de lui accorder un permis d'exploitation parce que les activités qu'il comptait poursuivre présentaient un risque écologique. De plus, ce dernier affirmait devant le tribunal arbitral que ce refus constituait une forme d'expropriation indirecte allant à l'encontre de l'article 1110 de l'*Accord de libre-échange nord-américain* entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique (*ALÉNA*)⁵.

Au sens générique, l'expropriation désigne « toute opération tendant à priver contre son gré de sa propriété un propriétaire foncier, plus généralement à dépouiller le

¹ « Pouvoir réglementaire » dans *Encyclopédie du parlementarisme québécois*, en ligne : Assemblée nationale du Québec <<http://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/pouvoir-reglementaire.html>>.

² *Metalclad Corporation c. Mexique* (2000), ARB (AF)/97/1, 40 ILM 36, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Metalclad*].

³ *Partenariat transpacifique*, Australie, Brunei, Canada, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle Zélande, Pérou, Singapour et Viêt Nam, 4 février 2016, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ppp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> [*PTP*].

⁴ Donald Trump a signé l'acte de retrait des États-Unis du *PTP*, le 23 janvier 2017. AFP et Le Monde, « Libre-échange : Trump signe l'acte de retrait des États-Unis du Partenariat transpacifique^o », *Le Monde*, (23 janvier 2017), en ligne : <https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/01/23/libre-echange-trump-signe-l-acte-de-retrait-des-etats-unis-du-partenariat-transpacifique_5067840_3222.html>.

⁵ *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 1994/2, 32 ILM 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

titulaire d'un droit réel immobilier de son droit⁶ ». L'expropriation peut être directe « lorsqu'un investissement est nationalisé ou qu'il fait l'objet d'une expropriation directe⁷, par le biais d'un transfert officiel du titre ou d'une saisie physique pure et simple⁸ ». L'expropriation est considérée indirecte lorsque la privation d'un bien (corporel ou incorporel) « résulte de l'ingérence d'un État dans l'utilisation de ce bien ou des avantages que celui-ci procure sans qu'il soit même saisi que le titre de propriété soit affecté⁹ ».

Le tribunal considéra que l'investisseur avait été privé d'une partie importante de ses revenus, et que le Mexique devait indemniser l'investisseur étranger¹⁰. Cependant, l'État mexicain n'a pas été condamné pour expropriation indirecte, mais plutôt pour son manque de transparence envers l'investisseur¹¹. En ce sens, le tribunal a tenu à rappeler que « l'obligation d'assurer la transparence est une composante du devoir de veiller à ce que les investisseurs bénéficient de la norme minimale de traitement, comme le garantit l'article 1105¹² » de l'*ALÉNA*. La conclusion du tribunal ne soulignait donc en aucun cas l'existence d'une expropriation indirecte, mais plutôt le fait que le Mexique avait omis « de fournir un cadre transparent et prévisible pour les besoins de la planification des activités et des investissements de Metalclad¹³ ».

Il n'en demeure pas moins que cette décision fut perçue avec une certaine inquiétude notamment par les écologistes. Quelques-uns même en déduiront le début d'un questionnement systématique de la part des investisseurs, qui risquent dorénavant de se tourner régulièrement vers les tribunaux arbitraux pour contester une réglementation qui leur serait défavorable ou tout simplement pour demander une indemnisation aux États¹⁴.

Sabrina Robert-Cuendet fait partie de ces auteurs critiques à l'égard de la notion d'expropriation indirecte. Selon ses propos, cette notion restreindrait le pouvoir de réglementation des États, notamment lorsqu'il est question de protéger l'environnement¹⁵. Celle-ci n'est pas la seule à avoir écrit sur la question. Il existe une

⁶ Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, Paris, Presse universitaire de France, Quadrige, 2014, *sub verbo* « expropriation » à la p 439.

⁷ « En général, le terme d'« expropriation » s'applique à des mesures individuelles prises à une fin publique tandis que la nationalisation implique des confiscations à grande échelle effectuées sur la base d'un décret ou d'un acte législatif en vue de transférer des biens ou des intérêts dans le domaine public » dans OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement*, Document de travail n°2004/4, (2004), à la p 3, en ligne : OECD.org https://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/FR%20WP-2004_4.pdf [Voir *L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer »*].

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid* aux pp 3-4.

¹⁰ *Metalclad*, *supra* note 2 aux para 107 et 109.

¹¹ OCDE, *Droit international de l'investissement, un domaine en mouvement, complément aux perspectives de l'investissement international*, Paris, OCDE Publishing, 2005 à la p 109.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Lauren E. Godshall, « In the Cold Shadow of Metalclad: The Potential for Change to NAFTA's Chapter Eleven », (2002) 11:1 NYU Envtl LJ 264 à la p 264.

¹⁵ Sabrina Robert-Cuendet est actuellement professeure de droit public à l'Université du Maine (France), au Mans et à Laval, et a publié plusieurs ouvrages et articles en droit international économique traitant

littérature abondante sur le risque de « refroidissement réglementaire », occasionné par l'existence de la notion d'expropriation indirecte¹⁶. Des auteurs ont cherché à démontrer que le fait que certains États hésitaient à mettre en œuvre de nouvelles réglementations était en partie dû au fait que cela pouvait donner lieu à des réclamations de la part des investisseurs étrangers. Cet essai vise donc à démontrer que les inquiétudes grandement relayées par les sceptiques de la mondialisation sont quelquefois exagérées.

Les imprécisions persistantes relatives à la notion d'expropriation indirecte peuvent légitimer le doute. Toutefois, l'existence de garde-fous ne peut être niée, tout particulièrement dans l'*AECG* et le *PTP*. Il existe effectivement de réelles avancées dans la recherche du juste équilibre entre le droit des investisseurs étrangers et celui des États à réglementer librement sur leur territoire. Ces avancées ne méritent donc pas d'être masquées par le « bruit ambiant » et les critiques acerbes adressées à ces traités innovants.

En dépit de l'entrée en vigueur de l'*AECG* et de la signature du *PTP*, la situation politique internationale actuelle et tout particulièrement la présidence de Donald Trump semblent compromettre de manière assez importante le développement d'accords méga-régionaux incluant les États-Unis. De l'autre côté de l'Atlantique, le scepticisme ambiant d'une partie des Européens quant aux bénéfices liés à l'*AECG* exalte certaines personnalités politiques dans leur offensive contre le libre-échange et les investissements étrangers.

De multiples arguments ont été mis en exergue par leurs détracteurs. Le plus récurrent est certainement la perte ou la diminution du pouvoir réglementaire des États. Dans un tel contexte, et à l'heure où la question environnementale est devenue incontournable, il est donc légitime de s'interroger sur ce que prévoient réellement ces accords méga-régionaux et comment ils définissent la notion d'expropriation indirecte. D'autre part, ressortent les questions à savoir quelles sont les limites que ces accords imposent à la notion d'expropriation indirecte et comment la protection de l'environnement, par les États, est-elle garantie?

Nonobstant l'existence de conflits d'intérêts soulevés par la question de l'expropriation indirecte entre le pouvoir souverain des États à réglementer sur leur territoire et la protection du droit de propriété des investisseurs étrangers, l'*AECG* et le *PTP* parviennent à instaurer un certain compromis. Ce n'est pas une révolution en soi, car les accords méga-régionaux analysés s'ajoutent à un long processus visant à délimiter la notion d'expropriation indirecte, initié par la coutume internationale.

notamment du droit des investisseurs étrangers et de la protection de l'environnement. Sabrina Robert-Cuendet, « La Protection du Pouvoir de Réglementation Environnementale de l'État dans le Cadre du Contentieux de l'Expropriation Indirecte. Investissement International et Protection de l'Environnement » à la p 2 en ligne : European Society of International Law <<http://www.esilsedi.eu/sites/default/files/Robert.pdf>>.

¹⁶ Eckhard Janeba, « Regulatory Chill and the Effect of Investor State Dispute Settlements », (2016) CESifo Working Paper Series 6188; Julia G. Brown, « International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat? », (2013) 3:1 W J Leg Stud i.

Quelles sont les craintes soulevées par la protection contre l'expropriation indirecte et quel rôle ont joué les tribunaux d'arbitrage internationaux, en vue d'encadrer progressivement cette notion? Ils ont notamment évité que l'expropriation indirecte ne soit interprétée de façon extensive, reconnaissant et protégeant de ce fait le pouvoir réglementaire des États (I). Les États, quant à eux, se sont mobilisés pour codifier, dans les traités, les limites énoncées par les tribunaux arbitraux en matière d'expropriation indirecte. L'*AECG* et le *PTP* illustrent parfaitement ce propos, en dressant notamment la protection de l'environnement comme figure d'exception (II).

I. Les craintes soulevées par la protection contre l'expropriation indirecte et la recherche du juste équilibre des tribunaux arbitraux

Le droit international des investissements reconnaît que le pouvoir réglementaire des États fait partie de la prérogative de puissance publique et cela ne date pas d'aujourd'hui¹⁷. En effet, la coutume en droit international de l'investissement, bien avant que les traités ne l'expriment de façon explicite, reconnaissait aux États le droit de contrôler les investissements étrangers présents sur leur territoire. La coutume internationale avait admis qu'en l'absence d'un traité, l'État était libre d'admettre ou de refuser l'établissement d'un investisseur étranger sur son sol et que ce dernier était assujéti aux lois de l'État d'accueil¹⁸. De fait, la coutume internationale garantit depuis toujours le pouvoir réglementaire des États, sans que ces derniers aient à indemniser les pertes subies par les investisseurs étrangers; principe rappelé de surcroît par la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) en 1934¹⁹. Enfin, il est pertinent de noter que le droit international énonce que les États d'accueil ont le droit d'exproprier des actifs et de réglementer les activités relevant de leur juridiction si leur action est guidée par « des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers²⁰ ». De même, l'État jouit d'une « souveraineté permanente sur les ressources naturelles²¹ » situées sur son territoire.

¹⁷ Patrick Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », dans Académie de droit international de La Haye, *Rec de cours La Haye Volume 250*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

¹⁸ *Elettronica Sicula SPA (ELSI) (États-Unis c. Italie)*, [1989], CIJ rec, 83 aux pp 90-91, en ligne : Arrêts <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/76/arrets> ; Edward McWhinney, *Judge Shigeru Oda and the progressive development of international law : opinions (declarations, separate opinions, dissents) on the International Court of Justice, 1976-1992*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1993 aux pp 559-560.

¹⁹ *Affaire Oscar Chinn (Belgique c Royaume-Uni)* (1934), CPJI (sér A/B) n°. 63 à la p 88, en ligne : Cour permanente de Justice internationale <https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_63/01_Oscar_Chinn_Arret.pdf>.

²⁰ *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Rés AG 1803 (XVII), Doc off AG NU, 1194^e sess, (1962) au para 4, en ligne : ohchr.org <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx>>.

²¹ *Ibid* au para 3.

L'évolution du droit international de l'investissement, en faveur de la libéralisation du régime de l'admission des investissements étrangers, illustre le fait que les États préfèrent adopter des mesures qui seront généralement reconnues et acceptées par les investisseurs²². Les normes étatiques ne doivent pas non plus être discriminatoires et la raison qui pousse l'État à agir doit être fondée sur la bonne foi²³. La bonne foi est donc un critère fondamental dans l'identification des cas d'expropriation indirecte. Parmi les premiers textes à vocation multilatérale qui mentionnent la bonne foi dans le cadre des investissements internationaux, figurent notamment les Directives de 1992 de la Banque mondiale. Celles-ci indiquent :

[qu'un] État ne peut exproprier ou saisir en totalité ou en partie un investissement étranger privé sur son territoire, ou prendre des mesures qui ont des effets analogues, sauf s'il agit en respectant les procédures juridiques applicables, en poursuivant, en toute bonne foi, un objectif public, sans exercer de discrimination sur la base de la nationalité et en versant, en contrepartie, une indemnisation adéquate²⁴.

En outre, la réglementation de l'État ne doit pas viser un seul investisseur, mais bien tout un secteur économique pour que l'action de l'État ne soit pas jugée discriminatoire. La décision arbitrale *Saluka Investments BV c. République tchèque*²⁵ traite principalement de la question de l'étendue du pouvoir de police de l'État en matière d'investissements. Dans cette affaire, le demandeur avait acquis 36 % du capital d'une des quatre plus grandes banques nationales de la République tchèque durant un processus de privatisation qui eut lieu lors de la dissolution de la Tchécoslovaquie²⁶. La banque en question n'avait perçu aucune subvention publique, alors que c'était le cas pour les trois autres grandes banques²⁷, ce qui a conduit à la fermeture de celle-ci²⁸. Comme l'explique la République tchèque, la banque en question ne s'était pas conformée à la nouvelle réglementation mise en place par l'État et son inaction avait mis en danger la stabilité du système bancaire national²⁹. Le tribunal conclut que la République tchèque avait agi dans le cadre de ses pouvoirs régaliens et que l'État n'avait pas à payer une indemnisation à l'investisseur. Le tribunal a également justifié l'absence de compensation financière par le fait que l'État souhaitait simplement garantir la stabilité financière de son pays, d'où la mise en place de cette nouvelle réglementation³⁰. Par conséquent, l'affaire *Saluka Investments BV* démontre que les États ne sont pas tenus d'indemniser un investisseur étranger « [lorsqu'il]s adoptent des réglementations de bonne foi et de manière non discriminatoire pour le

²² Peter D. Isakoff, « Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments » (2013) 3 : 2 Global Bus L Rev 189 à la p 192.

²³ *Ibid.*

²⁴ L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer », *supra* note 7 à la p 7.

²⁵ *Saluka Investments BV c. République tchèque* (2006), 2001-04 IIC 210, (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et Cour permanente d'arbitrage) [*Saluka Investments BV*].

²⁶ *Ibid* au para 62.

²⁷ *Ibid* au para 82.

²⁸ *Ibid* au para 136.

²⁹ *Ibid* au para 270.

³⁰ *Ibid* au para 276.

bien-être général³¹ ». Il est donc légitime de reconnaître les avancées offertes par les tribunaux arbitraux concernant l'établissement d'une définition plus précise de l'expropriation indirecte et des limites qui en découlent. À ce propos, le tribunal arbitral déclara que le droit international de l'investissement n'avait pas encore pleinement identifié les limites de l'expropriation indirecte³².

Il est intéressant de constater que l'expropriation indirecte a permis une certaine consolidation du droit de propriété des investisseurs étrangers (A). L'analyse des caractéristiques de l'expropriation indirecte à travers les décisions arbitrales montre encore une fois que les tribunaux arbitraux contribuent grandement à l'évolution de la notion d'expropriation indirecte, en garantissant à la fois les droits des investisseurs étrangers et celui des États à réglementer sur leur territoire (B).

A. **L'expropriation indirecte comme vecteur de consolidation du droit de propriété des investisseurs?**

La critique avance régulièrement le fait que l'intervention de l'État est confrontée au droit de la propriété privée des investisseurs qui, au fur et à mesure de la dérégulation et du développement du droit international de l'investissement, renforce la protection des investisseurs étrangers. Ce n'est pas faux, bien que s'en contenter sans tenir compte de tous les efforts qui ont été réalisés, notamment par les tribunaux d'arbitrages, serait une erreur d'analyse. De même, jeter l'opprobre sur tous les accords internationaux en matière d'investissement, en affirmant qu'ils ne font que renforcer le pouvoir des investisseurs étrangers sur les États, reflète une méconnaissance des faits.

Il existe de nos jours plusieurs accords internationaux en matière d'investissement, tels que l'*AECG* et le *PTP*, qui reconnaissent aux États le droit de réglementer pour protéger leur environnement. Certains auteurs et une partie de la population doutent de la finalité ou du but poursuivi par l'établissement de ces traités, d'où l'existence d'un courant sceptique à l'égard de l'*AECG* et du *PTP*, relayé avec force par les partis politiques populistes.

1. LA CONTESTATION DE LA PRÉROGATIVE DE PUISSANCE PUBLIQUE : UN ÉLÉMENT À NUANCER

Il est tout à fait légitime que l'État puisse exercer son pouvoir réglementaire en matière d'investissements. Ces réglementations concernent la protection de l'environnement, à travers l'établissement, par exemple, d'espaces protégés, restreignant ou interdisant les activités économiques en ces lieux.

³¹ CE, Commission, *Fiche d'information : protection des investissements et règlement des différends entre investisseurs et États dans les accords de l'UE*, 2013 à la p 7, en ligne : [trade.ec.europa.eu <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_152016.pdf>](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_152016.pdf).

³² *Saluka Investments BV*, *supra* note 25 au para 263.

La doctrine des « pouvoirs de police³³ » reconnaît aux États le pouvoir de réglementer les activités sur son territoire, ce qui est bien évidemment garanti par le droit international. Cela devient problématique à partir du moment où les investisseurs étrangers obtiennent le droit de contester cette prérogative de puissance publique, à travers notamment la conclusion d'un *Accord sur la promotion et la protection des investissements (APIE)*³⁴. Selon les propos de Julia G. Brown les APIEs auraient un impact sur la mise en œuvre des réglementations visant à protéger l'environnement, et ce, tout particulièrement dans les pays en développement³⁵. La réclamation du droit de propriété des investisseurs étrangers serait donc à l'origine de la contestation de la prérogative de puissance publique. En Europe, l'article premier du Protocole 1 à la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)*³⁶ dispose, en effet, que :

toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général [...]³⁷.

La question relative au droit de propriété des investisseurs a été un point de friction majeur entre les parties, lors des discussions sur le projet d'*Accord multilatéral sur l'investissement*³⁸ (AMI), élaboré dans le cadre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). En effet, l'abandon de cet accord était en partie lié à la divergence des points de vue quant à la protection offerte aux investisseurs étrangers. La déclaration du Conseil des ministres du 28 avril 1998, qui avait pour vocation de rassurer la société civile par rapport au fait que « l'AMI établira[it] des règles mutuellement bénéfiques qui n'empêche[raie]nt pas l'exercice [...] des pouvoirs de réglementation des gouvernements³⁹ », n'a toutefois pas été perçue comme un élément convaincant. Par ailleurs, en dépit de l'existence d'un certain consensus international à l'égard de la préservation du pouvoir réglementaire des États vis-à-vis des investisseurs étrangers, l'affaire *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*⁴⁰, souligne qu'il n'existe aucune présomption en faveur de l'exercice par l'État de son

³³ L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer », *supra* note 7 à la p 20.

³⁴ S. Robert-Cuendet, *supra* note 15 à la p 3.

³⁵ Julia G. Brown, *supra* note 16 aux pp 3-4.

³⁶ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, le 4 novembre 1950, STE n°005 (entrée en vigueur 3 septembre 1953) [*Convention européenne des droits de l'homme*].

³⁷ *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n° 11*, 20 mars 1952, STE n°9, art 1 (entrée en vigueur : 1954).

³⁸ OCDE, Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), *L'accord multilatéral sur l'investissement – projet de texte consolidé*, DAFFE/MAI (98)7/REV1, (1998), en ligne : OECD.org <<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1f.pdf>>.

³⁹ L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer », *supra* note 7 à la p 4.

⁴⁰ *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada Interim Award*, (2000), IIC 192, (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) [*Pope & Talbot Inc.*], en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/pope-phase-10.pdf>>.

pouvoir de réglementation⁴¹. Dans cette décision, le tribunal déclare effectivement :

while the exercise of police powers must be analyzed with special care, the Tribunal believes that [...] [r]egulations can indeed be exercised in a way that would constitute creeping expropriation [...] and a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protections against expropriation⁴².

Cependant, il existe certains cas où les « pouvoirs de police » de l'État justifient l'action du gouvernement, au détriment des intérêts de l'investisseur, comme c'est le cas de l'affaire *Too c. Greater Modesto Insurance Associates*⁴³. De même, la sentence arbitrale *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*⁴⁴ est particulièrement importante, car elle montre que le pouvoir réglementaire d'un petit pays peut être défendu par un tribunal arbitral, face à un énorme investisseur. Cette sentence énonce notamment que le traité bilatéral conclu entre la Suisse et l'Uruguay en matière de protection et de promotion des investissements n'empêche pas pour autant l'Uruguay de réglementer les produits nocifs pour la santé publique, même si Philip Morris a été préalablement admis sur le territoire en tant qu'investisseur étranger⁴⁵.

Un autre exemple légitimant la puissance publique face aux intérêts des investisseurs étrangers réside dans l'affaire *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*⁴⁶. En juillet 1999, la société canadienne *Methanex* a informé les États-Unis de sa demande d'indemnisation d'une valeur d'un milliard de dollars canadiens pour violation du chapitre 11 de l'*ALÉNA*⁴⁷, du fait de l'interdiction mise en place par les autorités californiennes de l'additif pour l'essence MTBE, fabriqué par *Methanex*. Or, dans cette affaire, il est apparu que le tribunal arbitral voulait limiter les abus des investisseurs étrangers liés à l'ambiguïté textuelle du chapitre 11 de l'*ALÉNA*⁴⁸. En effet, ce chapitre tel qu'il est rédigé permet aux investisseurs étrangers, si leurs intérêts

⁴¹ Sabrina Robert-Cuendet, *supra* note 15 à la p 4. Pour aller plus loin, la lecture suggérée par l'auteure est George C. Christie, « What constitutes a taking of property under international law? », (1962) 38 *Brit YB Intl L* 307, à la p 338.

⁴² *Pope & Talbot Inc.*, *supra* note 40 au para 99.

⁴³ « Un État n'est pas responsable de la perte de propriété ou de tout autre préjudice économique résultant d'une imposition générale légitime ou de toute autre action communément acceptée comme entrant dans le cadre du pouvoir de police des États, à condition qu'elle ne soit pas discriminatoire et qu'elle ne soit pas conçue pour pousser l'étranger à abandonner son bien à l'État ou à le vendre à vil prix », dans *L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer »*, *supra* note 7 à la p 20.

⁴⁴ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, (2013), ARB/10/7 IIC 597, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements).

⁴⁵ Voir *Ibid* « The Tribunal concludes that Article 2(1) does not create an exception to the BIT's substantive obligations with respect to investments that have already been admitted in accordance with Uruguayan law. It is true, as the Claimants accept, that this does not prevent Uruguay, in the exercise of its sovereign power, from regulating harmful products in order to protect public health after investments in the field have been admitted ».

⁴⁶ *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, (2005), IIC 167, (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) [*Methanex*].

⁴⁷ *ALÉNA*, *supra* note 5, chap. 11.

⁴⁸ Kara Dougherty, « *Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation* », (2007) 27:3 *Nw J Intl L & Bus* 735, à la p 735.

économiques ont été lésés, de réclamer des indemnités aux États qui ont, par exemple, mis en œuvre une réglementation environnementale⁴⁹.

Dans l'affaire *Methanex*, l'entreprise canadienne a dénoncé devant le tribunal arbitral l'existence d'une expropriation indirecte, mais le tribunal ne lui a pas donné raison. En effet, bien que l'*ALÉNA* consolide le droit des investisseurs étrangers et les protège des réglementations arbitraires et discriminatoires des gouvernements, le tribunal a souhaité rappeler que la protection accordée aux investisseurs étrangers ne devait pas se faire au détriment du droit des États à réglementer sur leur territoire⁵⁰. En ce sens, le tribunal arbitral a mentionné qu'il était tout à fait légitime pour un État de mettre en œuvre des réglementations en vue de protéger son environnement⁵¹. Il en résulte grâce à la décision du tribunal arbitral

[qu'une] réglementation non discriminatoire à des fins d'intérêt public, qui est adoptée dans le respect de la légalité et qui affecte notamment un investisseur ou investissement étranger, ne peut pas être considérée comme donnant lieu à une expropriation et à des mesures de compensation, sauf si des engagements spécifiques avaient été pris par le gouvernement en question à l'égard de l'investisseur, précisant que le gouvernement n'aurait pas recours à une telle réglementation⁵².

Il existe donc bel et bien un consensus, au sein de la communauté internationale et des arbitres internationaux, sur la légitimité des États à réglementer les activités exercées sur leur territoire. Toutefois, comme souligné par la critique, il existe parallèlement une certaine consolidation du droit de propriété des investisseurs. L'*AECG* et le *PTP* ont quant à eux codifié d'une certaine façon les avancées opérées par les décisions arbitrales, tout particulièrement, en ce qui a trait à la protection de l'environnement. Il en sera notamment question dans la deuxième partie de cette étude.

2. QUAND L'EFFET SUPPLANTE LA FINALITÉ DES MESURES GOUVERNEMENTALES

Il ressort de l'analyse des décisions arbitrales qu'il est admis que ce sont davantage les impacts ou l'effet des mesures prises par les gouvernements, plutôt que leurs finalités, qui permettent de déclarer la présence d'une expropriation indirecte⁵³. De fait, la mise en œuvre de nouvelles réglementations favorisant la protection de l'environnement ne posséderait pas tant d'importance aux yeux de l'arbitre. Celui-ci va surtout se concentrer sur les effets d'une telle réglementation à l'égard des investisseurs⁵⁴. Afin de bien comprendre la notion d'expropriation indirecte, il est donc judicieux d'analyser le critère lié à l'effet de la mesure, pour identifier ce qui est réellement protégé au niveau des investissements⁵⁵. La propriété de l'investisseur se compose principalement de la protection de ses droits à exploiter son investissement.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid* à la p 753.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² CE, Commission, *supra* note 31 à la p 7.

⁵³ Sabrina Robert-Cuendet, *supra* note 15 à la p 4.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

La notion d'investissement est en principe expressément définie dans les accords internationaux d'investissement, telle qu'aux articles 8(1) de l'*AECG*⁵⁶ et 9(1) du *PTP*⁵⁷.

L'*ALÉNA*, considéré comme une source d'inspiration importante pour l'*AECG*⁵⁸, garantit un niveau de protection élevé pour les investisseurs étrangers. L'affaire *Pope & Talbot* révèle que l'accès des investisseurs au marché des États-Unis constitue un « intérêt de propriété⁵⁹ » garanti par l'article 1110 de l'*ALÉNA*⁶⁰. Or, en se focalisant uniquement sur les effets de la réglementation, l'affaire *Metalclad* illustre l'absence de prise en considération de la finalité de l'action gouvernementale, par le tribunal⁶¹. Cette interprétation n'est pas isolée, car dans l'affaire *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA c. Mexique*⁶², le tribunal a rappelé que l'intention du

⁵⁶ « [I]nvestissement désigne tout type d'actif qu'un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement, et qui présente les caractéristiques d'un investissement, y compris une certaine durée ainsi que d'autres caractéristiques telles que l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits, ou l'acceptation du risque. [II] peut notamment prendre la forme : a) d'une entreprise; b) d'actions et autres formes de participation au capital d'une entreprise; c) d'obligations, titres obligataires non garantis et autres titres de créance d'une entreprise; d) d'un prêt accordé à une entreprise; e) de tout autre type d'intérêt dans une entreprise; f) d'un intérêt découlant, selon le cas : i) d'une concession conférée en application du droit d'une Partie ou d'un contrat, y compris pour l'exploration, la mise en valeur, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles, ii) d'un contrat clé en main, de construction, de production ou de partage des recettes, iii) d'autres contrats semblables; g) de droits de propriété intellectuelle; h) d'autres biens meubles, tangibles ou intangibles, ou biens immeubles et droits s'y rapportant; i) de créances de somme d'argent ou de droits à une prestation en vertu d'un contrat », dans CE, *Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*[2016] COM/2016/443 final, art. 8(1).

⁵⁷ « [I]nvestissement désigne tout actif qu'un investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement et qui a les caractéristiques d'un investissement, y compris l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de bénéfices ou la prise en charge de risques. Un investissement peut prendre entre autres la forme : a) d'une entreprise; b) d'actions, de parts de capital et d'autres formes de participation au capital d'une entreprise; c) d'obligations, de débiteures, d'autres titres de créance ou de prêts; d) de contrats à terme, d'options et d'autres instruments dérivés; e) de contrats clés en main, de contrats de construction, de gestion, de production, de concession, de partage de revenus et d'autres contrats similaires; f) de droits de propriété intellectuelle; g) de licences, d'autorisations, de permis et d'autres droits similaires conférés en vertu du droit de la Partie; h) d'autres biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, et de droits de propriété connexes tels que les baux, hypothèques, privilèges et nantisements, mais investissement ne désigne pas une ordonnance ou un jugement issus d'une action judiciaire ou administrative », dans *PTP*, *supra* note 3, art 9(1).

⁵⁸ Richard Ouellet, Zakaria Sorgho et Guillaume Beaumier, « La négociation de l'AECG : une évolution prévisible de la relation canado-américaine » dans Christian. Deblock, Joël Lebullenger et Stéphane Paquin, dir., *Un nouveau pont sur l'Atlantique ; L'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2015 à la p 63.

⁵⁹ *Pope & Talbot Inc.*, *supra* note 40 au para 96.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ En effet, le tribunal interprète l'article 1110 de l'*ALÉNA* comme tel : « [E]xpropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State », dans *Metalclad Corporation c. Mexique*, *supra* note 2 au para 103.

⁶² *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA c. Mexique* (2003), ARB (AF)/00/2, 43 ILM 133, IIC 247, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements).

gouvernement était moins importante que l'impact de la réglementation sur l'investisseur⁶³. Par conséquent, l'évaluation a priori des effets sur les investisseurs étrangers deviendrait un examen quasi obligatoire pour les États qui mettent en œuvre une réglementation dédiée à la protection de l'environnement.

3. LA DÉLICATE PRISE EN COMPTE DE L'INTÉRÊT DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS

Comme l'affirme Samrat Ganguly, l'intérêt des investisseurs privés est un facteur qui ne doit pas être négligé par les États lorsqu'ils décident d'entreprendre une nouvelle réglementation pour mieux protéger l'environnement⁶⁴. Cependant, il s'avère beaucoup plus compliqué pour un État de mesurer, a priori, l'impact de ces mesures sur les profits envisagés par les investisseurs étrangers sur son territoire⁶⁵. En outre, Julia G. Brown⁶⁶ nous fait remarquer que modifier ou élaborer de nouvelles réglementations environnementales est particulièrement compliqué, lorsque l'État doit à la fois composer avec les contraintes afférentes à l'APIE et l'impact que ces réglementations occasionneraient sur les intérêts des investisseurs étrangers⁶⁷. L'auteure Julia G. Brown met l'accent sur la question de la réglementation en faveur de la protection de l'environnement, car c'est un domaine en constante mutation, ce qui implique l'adoption de nouvelles réglementations. Or, l'urgence dans laquelle ces réglementations sont quelques fois adoptées limiterait les États dans une prise en compte exhaustive des intérêts des investisseurs étrangers. Cela pourrait donc inciter certains États à privilégier le statu quo, plutôt que de s'exposer à un risque d'indemnisation élevé⁶⁸.

Brown déclare, par ailleurs, que toute modification qui inhiberait la capacité d'un investisseur à développer ses investissements, par exemple en ce qui a trait aux mines, expose les gouvernements au risque d'une réclamation pour expropriation indirecte⁶⁹. La prise en compte de l'intérêt des investisseurs étrangers avant l'établissement de nouvelles réglementations environnementales peut donc se révéler particulièrement compliquée pour les États, dont certains peuvent être dissuadés de réglementer en matière de protection environnementale⁷⁰. Toutefois, comme vu plus tôt et discuté plus loin dans le développement, il est difficile de tenir de tels propos quand en prenant conscience de l'encadrement offert par les nouveaux accords méga-régionaux en matière d'investissement vis-à-vis de l'expropriation indirecte et de la protection de l'environnement.

⁶³ Voir *Ibid* au para 116 « *The government's intention is less important than the effects of the measures on the owner of the assets or on the benefits arising from such assets affected by the measures; and the form of the deprivation measure is less important than its actual effects* ».

⁶⁴ Samrat Ganguly, « The Investor-State Dispute Mechanism (ISDM) and a Sovereign's Power to Protect Public Health » (1999) 38:1 Colum J Transnat'l L 113 aux pp 119-120.

⁶⁵ Sabrina Robert-Cuendet, *supra* note 15 à la p 6.

⁶⁶ Julia G. Brown a complété son droit à l'Université de Western Ontario en 2014. En travaillant sur des litiges commerciaux, des recours collectifs, des procédures d'arbitrages et des poursuites disciplinaires, elle a rendu sienne une pratique basée sur le litige en responsabilité commerciale et professionnelle.

⁶⁷ Julia G. Brown, *supra* note 16 à la p 8.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid* à la p 9.

En somme, l'affranchissement du droit de propriété des investisseurs étrangers vis-à-vis du pouvoir réglementaire des États impose l'édification de certaines limites quant à l'interprétation extensive de la notion d'expropriation indirecte. C'est pourquoi les tribunaux arbitraux ont cherché à définir le juste équilibre entre les droits des investisseurs étrangers et ceux des États à réglementer au sein de leur territoire. Cela se matérialise principalement dans la définition des caractéristiques de l'expropriation indirecte.

B. Caractéristiques de l'expropriation indirecte

De l'étude des différentes décisions arbitrales découle une certaine difficulté pour les arbitres à distinguer les cas où la réglementation nécessite une indemnisation, de ceux où la réglementation ne nécessite pas d'indemnisation prompte et adéquate. En effet, il est remarqué, à la lumière de certaines décisions, que l'arbitre relève quelquefois le seuil de l'expropriation indirecte⁷¹. Néanmoins, le large pouvoir discrétionnaire alloué au tribunal arbitral nécessiterait éventuellement un meilleur encadrement, en vue d'assurer une plus grande prévisibilité et sécurité juridique. Cela s'illustre particulièrement à travers une définition claire et précise de l'expropriation indirecte et l'identification d'une liste exhaustive des critères prouvant son existence. Toutefois, il est constaté qu'il n'existe toujours pas de consensus ni dans la littérature juridique ni au sein de la communauté internationale sur la question de l'expropriation indirecte. Cette notion demeure extrêmement ambiguë, de par l'absence de règles identiques à l'échelle globale et de l'inconsistance des décisions arbitrales qui en résultent. Cette section sera donc consacrée aux caractéristiques de l'expropriation telles qu'énoncées par les décisions arbitrales et par l'OCDE.

Les dispositions de nombreux traités bilatéraux portant sur la protection des investissements se réfèrent à la notion d'expropriation indirecte. Or, bien souvent, ce sont les décisions arbitrales qui permettent de dresser les contours de cette notion. Afin d'identifier les cas d'expropriation indirecte, il est pertinent de se pencher sur la classification réalisée par l'auteur Peter D. Isakoff⁷², qui énumère trois catégories, à savoir : les mesures dites équivalentes à l'expropriation, nommées « *Measures Tantamount to Expropriation*⁷³ » ; les mesures dites abusives, « *Regulatory Takings*⁷⁴ », érigées en vue d'atteindre un but autre que ce que laisserait présager une telle réglementation ; et enfin les actions du gouvernement considérées comme des expropriations rampantes : « *Creeping Expropriation*⁷⁵ ».

⁷¹ Peter D. Isakoff, *supra* note 22 à la p 193.

⁷² Peter D. Isakoff a gradué de la faculté de droit de l'Université Columbia, où il a été rédacteur de notes pour la revue *Columbia Law Review*. Aujourd'hui, il dirige le groupe de litige du bureau Weil, Gotshal & Manges LLP à Washington, comme les litiges civils et commerciaux généraux figurent parmi ses spécialités.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid* à la p 194.

⁷⁵ *Ibid* à la p 195.

1. MESURES AYANT UN EFFET ÉQUIVALENT À L'EXPROPRIATION :
L'ILLUSTRATION D'UN RECADRAGE ARBITRAL

Selon l'article 31(1) de la *Convention de Vienne sur le droit des Traités*⁷⁶, un accord international « doit être interprété de bonne foi⁷⁷ », en « suivant le sens ordinaire⁷⁸ » attribué en l'espèce à l'expropriation indirecte. En dépit de ce que peut exprimer la doxa, les arbitres ne privilégient donc pas forcément les intérêts des investisseurs étrangers, même s'ils souhaitent leur garantir un niveau élevé de protection⁷⁹. Ainsi, comme le mentionne Yves Nouvel⁸⁰ :

toute mesure adoptée par l'État d'accueil, quel que soit son motif, qui prive l'investisseur étranger de l'usage, des bénéfices ou du contrôle de ses avoirs au même titre que le ferait une mesure formelle d'expropriation [devrait être considérée comme une expropriation indirecte]⁸¹.

L'absence de prise en compte de l'intention des États a été soulignée à plusieurs reprises par les tribunaux arbitraux. Par exemple, les sentences arbitrales *Biloune and Marine Drive Complex Ltd c. Le Centre d'investissements du Ghana et le gouvernement du Ghana*⁸² et *Phillips Petroleum Co. Iran c. La République islamique d'Iran et la compagnie nationale de pétrole d'Iran*⁸³ illustrent clairement le fait qu'il n'est pas nécessaire de déterminer l'intention du gouvernement, pour affirmer le besoin d'indemniser les investisseurs en cas d'expropriation indirecte.

Dans l'affaire *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*⁸⁴, le demandeur, c'est-à-dire l'entreprise américaine S.D. Myers Inc., s'occupe de l'élimination des déchets dangereux contenant des biphenyles polychlorésés (BPC) au Canada, en les transportant jusqu'en Ohio, aux États-Unis, où se trouve son usine de traitement des déchets. Le Canada a adopté une loi qui interdit l'exportation des résidus de BPC et cette entreprise a alors vivement critiqué la nouvelle réglementation canadienne. Celle-ci constituerait selon S.D. Myers Inc. une mesure équivalente à une expropriation⁸⁵.

⁷⁶ *Convention de Vienne sur le droit des Traités*, 23 mai 1969, 1155/ 18232 RTNU 331, art 31(1), (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), en ligne : treaties.un.org <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/v11155.pdf>>.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Rudolf Dolzer, « Indirect Expropriations : New Developments? », (2002) 11 NYU Evtl LJ 64 à la p 73.

⁸⁰ Yves Nouvel est docteur en droit public. Aujourd'hui, il enseigne à l'Université Paris II Panthéon-Assas, surtout le droit économique international.

⁸¹ Yves Nouvel, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », (2003) 5:3 Intl L FORUM Du Droit Intl 198 à la p 198.

⁸² *Biloune and Marine Drive Complex Ltd c. Le Centre d'investissements du Ghana et le gouvernement du Ghana*, (1989), 95 ILR 183, (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) au para 209.

⁸³ *Phillips Petroleum Co. Iran c. La République islamique d'Iran et la compagnie nationale de pétrole d'Iran*, (1989), 21 Iran-U.S.C.T.R. 79.

⁸⁴ *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*, (2000), 40 ILM 1408, (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) [*S.D. Myers, Inc.*].

⁸⁵ Voir *Ibid* au para 285 « *SDMI relied on the use of the word "tantamount" in Article 1110(1) [of NAFTA] to extend the meaning of the expression "tantamount to expropriation" beyond the customary scope of the term "expropriation" under international law. The primary meaning of the word "tantamount" given*

L'entreprise a dénoncé l'action du gouvernement canadien qui aurait outrepassé ses « pouvoirs de police⁸⁶ », pour la pénaliser. S.D. Myers Inc. a également déclaré que la réglementation mise en place par l'État canadien n'était pas appropriée⁸⁷. Dans cette affaire, le tribunal n'a pas cédé à l'interprétation extensive défendue par le demandeur et il n'a pas reconnu le Canada coupable d'une expropriation indirecte. Le tribunal justifie sa décision pour deux raisons. Tout d'abord, la mesure n'a affecté l'investisseur que de façon temporaire. Ensuite, le gouvernement canadien n'a tiré aucun profit de la mise en œuvre d'une telle réglementation⁸⁸. De fait, même s'il existe des situations où la réglementation des États peut être considérée comme abusive et constituer une expropriation indirecte. Cette affaire a permis de mettre en évidence un autre cas où le tribunal arbitral érige des limites à une interprétation extensive de l'expropriation indirecte.

2. LA RÉGLEMENTATION ABUSIVE : UN ATTRIBUT DE L'EXPROPRIATION INDIRECTE

L'affaire *Link Trading c. République de Moldavie*⁸⁹ illustre le cas d'un importateur de produits de consommation au sein d'une zone économique libre en Moldavie qui, pendant plusieurs années, a été exempté des droits de douane et d'impôts relatifs à l'importation de ses produits⁹⁰. Néanmoins, une nouvelle loi contraignait désormais les clients des entreprises situées dans cette zone franche à payer des taxes pour chaque achat effectué dans cette zone⁹¹. C'est alors que l'entreprise Link Trading interroge le tribunal arbitral sur l'existence d'une expropriation indirecte⁹². Le tribunal arbitral a reconnu le caractère abusif d'une telle mesure et a admis l'existence d'une expropriation indirecte, parce qu'elle était discriminatoire⁹³. Le caractère

by the Oxford English Dictionary is "equivalent". Both words require a tribunal to look at the substance of what has occurred and not only at form ».

⁸⁶ Peter D. Isakoff, *supra* note 22 à la p 194.

⁸⁷ « [S.D. Myers Inc. (SDMI)] claims that Article 1110 of the NAFTA obliges the Parties to pay fair market value in the case of an expropriation or a measure tantamount to the expropriation of the property of an investor of another Party. The NAFTA does not define the term "expropriation", but SDMI claims that Article 1110 clearly is designed to protect against direct and indirect measures by extending its coverage to "measures tantamount to expropriation". Under international law, expropriation refers to the act by which governmental authority is used to deny some benefit of property. This denial can be actual or constructive », dans S.D. Myers, Inc., *supra* note 84 au para 142.

⁸⁸ Voir *Ibid* aux para 287-288 « *In this case, the Interim Order and the Final Order were designed to, and did, curb SDMI's initiative, but only for a time. CANADA realized no benefit from the measure. The evidence does not support a transfer of property or benefit directly to others. An opportunity was delayed. [...] The Tribunal concludes that this is not an "expropriation" case* ».

⁸⁹ *Link Trading c. République de Moldavie*, (2002), IIC 154 399, (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international).

⁹⁰ *Ibid* aux para 1-3.

⁹¹ *Ibid* au para 4.

⁹² *Ibid* au para 6.

⁹³ Voir *Ibid* au para 64 « *As a general matter, fiscal measures only become expropriatory when they are found to be an abusive taking. Abuse rises where it is demonstrated that the state has acted unfairly or inequitably toward the investment, where it has adopted measures that are arbitrary or discriminatory in character or in their manner of implementation, or where the measures taken violate an obligation undertaken by the state in regard to the investment* ».

discriminatoire d'une réglementation constitue donc une autre limite édictée par les tribunaux d'arbitrages internationaux.

Il ressort de cette décision que les tribunaux arbitraux portent également une attention particulière au caractère abusif des mesures prises par les gouvernements. L'abus, pour sa part, se révèle lorsque l'État a agi de manière arbitraire et discriminatoire à l'égard des personnes (physiques ou morales) touchées par ses mesures⁹⁴. En ce sens, si les actions adoptées par les gouvernements ciblent injustement un certain nombre d'investisseurs étrangers, le tribunal arbitral retiendra très probablement l'existence d'une expropriation indirecte⁹⁵. Cela illustre donc le rôle de garde-fous qu'exercent les tribunaux arbitraux quant à l'interprétation de l'expropriation indirecte.

3. L'EXPROPRIATION RAMPANTE OU LE FAIT D'UNE SUCCESSION DE MESURES

L'expropriation indirecte ne se produit pas nécessairement à la suite d'une unique intervention de l'État, mais peut découler d'une accumulation ou d'une succession de mesures⁹⁶. Cela signifie que l'effet cumulatif de la réglementation étatique peut soulever le cas d'une expropriation indirecte⁹⁷. Ce type d'expropriation indirecte s'opère généralement quand l'État parvient aux mêmes fins qu'une expropriation directe, en faisant usage d'une réglementation progressive et insidieuse, lorsque ces mesures sont analysées de façon individuelle⁹⁸.

L'affaire *Feldman c. Mexique*⁹⁹ soulève justement la question d'une expropriation progressive. En l'espèce, l'investisseur Feldman d'origine américaine est à la tête d'un commerce de revente de cigarettes au Mexique¹⁰⁰. Or, le gouvernement décide d'imposer une taxe d'accise sur les cigarettes¹⁰¹. Toutefois, sous la pression des producteurs et revendeurs nationaux de cigarettes, le gouvernement leur consent un abaissement progressif de cette taxe¹⁰². Le demandeur Feldman dénonce cette loi et ses amendements, et déclare que cette nouvelle réglementation constitue un cas d'expropriation rampante. Selon le demandeur, cette nouvelle réglementation fiscale aurait pour conséquence une expropriation progressive de ses activités économiques¹⁰³.

⁹⁴ Peter D. Isakoff, *supra* note 22 à la p 195.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. La République du Costa Rica*, (2000), Case No. ARB/96/1, IIC 73, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements).

⁹⁸ Peter D. Isakoff, *supra* note 22 à la p 196.

⁹⁹ *Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique*, (2002), ARB(AF)/99/1, IIC 159, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) [*Feldman c. Mexique*].

¹⁰⁰ *Ibid* au para 9.

¹⁰¹ Une taxe d'accise est une taxe qui porte uniquement sur la quantité et non la valeur du produit, à la différence d'une taxe *ad valorem* comme c'est le cas de la taxe sur la valeur ajoutée. Une taxe d'accise est souvent utilisée sur la vente d'alcool (x\$ par hectolitre d'alcool vendu).

¹⁰² *Feldman c. Mexique*, *supra* note 99 aux para 7-10.

¹⁰³ Voir *Ibid* au para 101 « *By their very nature, tax measures, even if they are designed to and have the effect of an expropriation, will be indirect, with an effect that may be tantamount to expropriation. If the measures are implemented over a period of time, they could also be characterized as "creeping", which*

Il est intéressant de souligner que le tribunal a une nouvelle fois rejeté l'interprétation extensive du demandeur, en s'appuyant sur quatre moyens. Premièrement, il affirme que les questions commerciales ordinaires ne constituent pas une expropriation indirecte. Deuxièmement, l'*ALÉNA* et le droit coutumier international n'obligent en rien les États à autoriser l'importation ou l'exportation de cigarettes. Troisièmement, la réglementation en vigueur au Mexique ne garantit guère aux revendeurs de cigarettes le droit d'en exporter. Quatrièmement, le tribunal a soutenu qu'en dépit de cette nouvelle réglementation, l'investisseur Feldman a toujours gardé le contrôle de la totalité de ses investissements¹⁰⁴.

Pour tout ce qui précède, force est d'admettre que les tribunaux arbitraux ne jouent pas forcément le jeu des investisseurs étrangers face aux États d'accueil. D'autre part, ceux-ci limitent régulièrement les interprétations extensives de la notion d'expropriation indirecte. De même que les tribunaux d'arbitrages énoncent ou rappellent des critères objectifs, clairs et précis qui caractérisent cette notion. Or, même s'il est vrai que l'expropriation indirecte, contrairement à l'expropriation directe, est beaucoup plus complexe, celle-ci ne doit pas pour autant être considérée comme une menace permanente envers le pouvoir réglementaire des États. Les arbitres ont, d'une certaine façon, exercé un contrôle sur la consolidation du droit de propriété des investisseurs étrangers face au pouvoir réglementaire des États d'accueil. Cela prouve que l'évolution du droit international des investissements s'oriente vers un juste équilibre entre la poursuite de politiques légitimes, telle que la protection de l'environnement, et la protection des investissements étrangers. L'absence d'une définition claire et précise de l'expropriation indirecte au sein des *APIEs* laisse tout de même une place importante à son interprétation. D'où la nécessité d'un meilleur encadrement de cette notion dans les traités.

En somme, ce qui pose réellement problème, ce n'est pas la possibilité pour les investisseurs étrangers de revendiquer le droit à une indemnisation en cas

the Tribunal also believes is not distinct in nature from, and is subsumed by, the terms "indirect" expropriation or "tantamount to expropriation" in Article 1110(1). The Claimant has alleged "creeping expropriation" [...] The Restatement defines "creeping expropriation" in part as a state seeking "to achieve the same result [as an outright taking] by taxation and regulatory measures designed to make continued operation of a project uneconomical so that it is abandoned". [...] [T]he Tribunal believes that creeping expropriation, as defined in the Restatement [...] is a form of indirect expropriation, and may accordingly constitute measures "tantamount to expropriation" ».

¹⁰⁴ Voir *Ibid* au para 111 « *This Tribunal's rationale for declining to find a violation of Article 1110 can be summarized as follows: (1) As Azinian suggests, not every business problem experienced by a foreign investor is an expropriation under Article 1110; (2) NAFTA and principles of customary international law do not require a state to permit "gray market" exports of cigarettes; (3) at no relevant time has the IEPS law, as written, afforded Mexican cigarette resellers such as CEMSA a "right" to export cigarettes (due primarily to technical/legal requirements for invoices stating tax amounts separately and to their status as non-taxpayers); and (4) the Claimant's "investment," the exporting business known as CEMSA, as far as this Tribunal can determine, remains under the complete control of the Claimant, in business with the apparent right to engage in the exportation of alcoholic beverages, photographic supplies, contact lenses, powdered milk and other Mexican products—any product that it can purchase upon receipt of invoices stating the tax amounts—and to receive rebates of any applicable taxes under the IEPS law. While none of these factors alone is necessarily conclusive, in the Tribunal's view taken together they tip the expropriation/regulation balance away from a finding of expropriation ».*

d'expropriation indirecte, mais plutôt l'ambivalence tangible qui caractérise l'expropriation indirecte. En ce sens, le travail des arbitres a été de mettre en exergue certains aspects de l'expropriation indirecte, mais encore faut-il que celle-ci fasse l'objet d'une plus grande considération dans les *APIEs*, en vue d'améliorer la prévisibilité et la sécurité juridique tant pour les investisseurs étrangers que pour les États. Or, qu'en est-il de l'ambiguïté relative à la notion d'expropriation indirecte au sein de l'*AECG* et du *PTP*? Quelles solutions apportent ces deux accords méga-régionaux? C'est ce dont il sera question dans la deuxième partie de cette étude.

II. La réfutation d'une notion extensive de l'expropriation indirecte explicitée par les accords méga-régionaux

L'*AECG* et le *PTP* sont particulièrement intéressants à analyser, car ces accords mettent en lumière un certain nombre d'innovations. Tout d'abord, ils mentionnent de façon explicite le droit pour les gouvernements de réglementer dans l'intérêt général et mettent en valeur des normes plus précises et plus claires concernant la protection des investissements. Cela a pour but de restreindre l'ambivalence liée à l'expropriation indirecte et aux interprétations extensives de cette notion¹⁰⁵.

Dès l'énonciation du préambule, tant l'*AECG* que le *PTP* souhaitent rappeler que les États conservent leur droit d'assurer le bien-être public¹⁰⁶ et de poursuivre des objectifs légitimes en matière de politique environnementale¹⁰⁷. Pour autant, il est légitime de se demander si les définitions de l'expropriation indirecte telles qu'énoncées dans ces traités offrent de meilleures marges de manœuvre pour les États en matière de protection de l'environnement.

¹⁰⁵ CE, Commission, *Les dispositions relatives à l'investissement dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG)*, (2016), en ligne : [trade.ec.europa.eu <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151960.pdf>](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151960.pdf).

¹⁰⁶ « Les Parties au présent accord, ayant résolu : [de reconnaître] leur droit inhérent de réglementer et leur détermination à préserver la latitude des Parties d'établir des priorités législatives et réglementaires, d'assurer le bien-être public et de protéger les objectifs légitimes de bien-être public, par exemple la santé publique, la sécurité, l'environnement, la conservation des ressources naturelles épuisables biologiques ou non biologiques, l'intégrité et la stabilité du système financier et la moralité publique », dans *PTP*, *supra* note 3, préambule.

¹⁰⁷ « [L]es dispositions du présent accord maintiennent pour les Parties leur droit de fixer des règles sur leurs territoires et la latitude dont elles ont besoin pour réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que ceux visant la santé publique, la sécurité, l'environnement et la moralité publique ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle », dans CE, Commission, *Proposition de Décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, doc. COM (2016) 444 2016/0206(NLE) (2016), préambule, [Texte consolidé de l'*AECG*], en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0444&from=FR> [Voir *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*].

A. L'établissement de normes claires et précises : gage d'une plus grande prévisibilité juridique

Une des grandes fiertés pour les négociateurs de ces accords, c'est d'être parvenu à inscrire des normes plus claires et plus précises dans le but d'établir un meilleur cadre juridique au niveau de la protection des investissements. Cela se manifeste de plusieurs manières. Tout d'abord, ces traités énoncent de façon explicite le fait que les États ont le droit de réglementer et de poursuivre leurs objectifs légitimes de politique intérieure, telle que la protection de l'environnement. Ensuite, ces accords méga-régionaux mentionnent certaines restrictions au régime de protection des investissements étrangers, en vue de limiter les abus de procédure, d'augmenter la transparence et la prévisibilité juridique. Enfin, ces deux traités retiennent une définition restreinte de la notion d'expropriation indirecte.

1. LES INNOVATIONS DE L'*AECG* ET DU *PTP* IMPACTANT INDIRECTEMENT LA NOTION D'EXPROPRIATION INDIRECTE

Les objectifs principaux de l'*AECG* sont d'accroître les flux commerciaux et d'investissement entre le Canada et l'UE, et de contribuer à la croissance économique, en stimulant la compétitivité extérieure des entreprises canadiennes et européennes¹⁰⁸. Cet accord n'a toutefois pas vocation à instaurer un nouveau régime de protection de l'environnement de part et d'autre de l'Atlantique, mais il est bon de souligner qu'il ne néglige pas pour autant le développement durable et qu'il garantit aux États le droit de réglementer en faveur de la protection de l'environnement. D'ailleurs, son annexe II¹⁰⁹ indique clairement la possibilité pour les États d'adopter de nouvelles mesures, parfois plus restrictives à l'avenir¹¹⁰. C'est un geste important concédé au pouvoir réglementaire des États, surtout par rapport aux secteurs économiques sensibles ou encore vis-à-vis de l'établissement de zones protégées, même si cela défavorise les investisseurs étrangers¹¹¹. Ainsi, « les pouvoirs publics peuvent faire usage de cette flexibilité, non seulement sur la base des lois et réglementations en vigueur, mais aussi par le biais d'éventuelles lois et réglementations futures¹¹² ».

Le Canada n'a signé aucun accord bilatéral comportant des obligations en matière d'investissement avec l'Australie, Brunei, le Japon, la Malaisie, la Nouvelle-Zélande, Singapour ou encore avec le Viêt Nam. De fait, le *PTP* permet au Canada d'obtenir de ces pays des engagements visant à libéraliser les investissements, tout en préservant le droit des gouvernements d'adopter de nouvelles réglementations dans

¹⁰⁸ CE, Commission, *L'AECG – Synthèse des résultats définitifs des négociations*, (2016) à la p 1, en ligne : [trade.ec.europa.eu <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/february/tradoc_153082.pdf>](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/february/tradoc_153082.pdf).

¹⁰⁹ CE, *Annexe à la proposition de décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, COM (2016) 443 final (2016), en ligne : Commission européenne <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2016:443:FIN>>.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *L'AECG – Synthèse des résultats définitifs des négociations*, *supra* note 108 à la p 10.

¹¹² *Ibid* à la p 10.

l'intérêt public et pour protéger l'environnement¹¹³.

Le pouvoir réglementaire des États en matière de protection de l'environnement fait effectivement l'objet d'une attention particulière au sein du *PTP*. L'article 9.16 de ce traité est même intégralement consacré à la relation entre « investissement et objectifs en matière d'environnement¹¹⁴ ». Il indique précisément qu'aucune des dispositions du chapitre sur l'investissement « n'est interprétée de manière à empêcher une partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer toute mesure¹¹⁵ » relative à la protection de l'environnement.

De plus, la recherche du « juste équilibre¹¹⁶ » entre le respect du pouvoir réglementaire des gouvernements et la garantie d'un haut niveau de protection des investissements caractérise profondément l'*AECG* et le *PTP*. L'article 8.9 de l'*AECG* énonce précisément l'étendue du pouvoir réglementaire des États et exprime ce que les parties à l'accord entendent par objectifs légitimes des politiques nationales, dont la protection de l'environnement fait partie¹¹⁷.

Ainsi, les précisions énoncées à la fois par l'*AECG* et le *PTP*, à l'égard du pouvoir réglementaire des États, constituent des éléments importants visant à garantir un niveau élevé de prévisibilité juridique. Les investisseurs étrangers ne peuvent désormais ignorer le fait qu'aucune indemnisation ne leur sera accordée, si la politique menée est de bonne foi et qu'elle répond à un des objectifs légitimes mentionnés. L'absence de définition du terme « l'environnement » est tout de même regrettable. Qu'est-ce que cela comprend? Est-ce la protection de « la vie des personnes et des animaux ou [...] la préservation des végétaux¹¹⁸ » ou encore « la préservation des ressources naturelles épuisables biologiques ou non biologiques¹¹⁹ »? Seuls les tribunaux pourront donc trancher la question, ce qui laisse place à une nouvelle incertitude.

Lorsque mis en comparaison avec le *PTP*, c'est tout de même l'*AECG* qui va le plus loin dans l'expression des garanties du pouvoir réglementaire des États. Cet accord mentionne effectivement qu'une réglementation ayant des effets défavorables sur un investissement, comprenant également les attentes de l'investisseur étranger en matière de profits générés, ne constitue pas une violation des engagements de l'État

¹¹³ Gouvernement du Canada, *Que signifie le PTPGP pour le secteur de l'investissement*, en ligne : Affaires mondiales Canada <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/sectors-secteurs/investment-investissement.aspx?lang=fra>>.

¹¹⁴ *PTP*, *supra* note 3 art 9.16.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ CE, *Fiche d'information*, *supra* note 31 à la p 1.

¹¹⁷ « Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle », dans *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107, art 8.9(1).

¹¹⁸ *PTP*, *supra* note 3, art 9.10(3)d) ; *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107, art 21.2(2).

¹¹⁹ *PTP*, *supra* note 3, art 9.10(3)d).

vis-à-vis de l'accord¹²⁰. De la même manière, ce traité souligne que les gouvernements peuvent modifier leurs lois, même si cela « affecte les anticipations des investisseurs en termes de bénéfices¹²¹ ». Enfin, il est entendu qu'aucune des dispositions énoncées dans l'*AECG* n'empêcherait « une Partie de mettre fin à l'octroi d'une subvention ou de demander son remboursement lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour se conformer aux obligations internationales¹²² ». Ce pourrait être le cas notamment d'un arrêt ou d'une diminution des subventions à l'égard de l'industrie des énergies fossiles, pour lutter contre le réchauffement climatique.

Par ailleurs, que l'*AECG* et le *PTP* vont encore plus loin dans les restrictions pour limiter notamment la multiplication des recours entre un investisseur et un État. En effet, il est important de préciser que pour se voir reconnaître la qualité d'investisseur, il est nécessaire de mener une « activité commerciale réelle sur le territoire de l'une des parties¹²³ » ou dans le cadre du *PTP* : « une activité commerciale substantielle sur le territoire de toute Partie¹²⁴ ». Là encore, les similitudes entre les deux traités sont tangibles. Par conséquent, la protection allouée aux investisseurs ne peut être accordée que lorsque l'investisseur a engagé en acte des ressources substantielles dans l'État d'accueil, et non lorsqu'il prévoit seulement de le faire¹²⁵. De plus, l'article 8.7(4) révèle que l'*AECG* n'autorise point les investisseurs à « importer » et utiliser des dispositions procédurales issues d'autres accords, tels que ceux conclus par des États membres de l'UE avec des États tiers¹²⁶. Le *PTP* est également assez

¹²⁰ « [L]e simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section », dans *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, supra note 107, art 8.9(2).

¹²¹ *Les dispositions relatives à l'investissement dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG)*, supra note 105 à la p 2.

¹²² *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, supra note 107, art 8.9(4).

¹²³ *Les dispositions relatives à l'investissement dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG)*, supra note 105 à la p 3.

¹²⁴ *PTP*, supra note 3, art 9.15(1)b).

¹²⁵ « [Un] investissement désigne tout type d'actif qu'un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement, et qui présente les caractéristiques d'un investissement, y compris une certaine durée ainsi que d'autres caractéristiques telles que l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits, ou l'acceptation du risque », dans *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, supra note 107, art 8.1 ; « investissement désigne tout actif qu'un investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement et qui a les caractéristiques d'un investissement, y compris l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de bénéfices ou la prise en charge de risques », dans *PTP*, supra note 3, annexe 9.1.

¹²⁶ « Il est entendu que le "traitement" mentionné aux paragraphes 1 et 2 n'englobe pas les procédures de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États prévues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux. Les obligations de fond contenues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux ne constituent pas en elles-mêmes un "traitement", et ne peuvent donc pas donner lieu à une violation du présent article, en l'absence de mesures adoptées ou maintenues par une Partie au titre de ces obligations », dans *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, supra note 107 art 8.7(4).

précis quant au droit applicable en cas de règlement des différends¹²⁷. Il est tout de même admis que si les règles de droit ne sont pas précisées dans l'accord d'investissement, le tribunal appliquera le droit du défendeur et les règles de droit international¹²⁸.

L'article 8.18 de l'*AECG* concerne le champ d'application d'un règlement des différends entre un investisseur et un État¹²⁹. Il précise que « seuls des problèmes spécifiques peuvent être soumis dans le cadre d'un règlement des différends¹³⁰ ». De fait, ce sont uniquement les recours concernant à la fois le traitement non discriminatoire¹³¹ et la protection des investissements¹³² qui peuvent faire l'objet d'un règlement des différends entre un investisseur et un État¹³³. Toute autre disposition telle que le refus d'admission d'un investisseur étranger « ne peut être contesté[e] que par l'UE et le Canada, et non par les investisseurs¹³⁴ ». Enfin, les investisseurs ne peuvent déposer une plainte devant le tribunal, si « l'investissement a été effectué à la suite de déclarations frauduleuses, de dissimulation, de corruption ou d'une conduite équivalant à un abus de procédure¹³⁵ ». Ainsi, en dépit de nombreuses critiques, l'*AECG* est loin d'être un accord permissif et se contente de faire respecter les « dispositions de protection des investissements qui consacrent des principes fondamentaux¹³⁶ ».

Le *PTP* impose également des restrictions aux recours abusifs et exige que le demandeur et le défendeur cherchent d'abord « à résoudre le différend par la consultation et la négociation¹³⁷ ». En ce sens, il privilégie le « recours à des procédures non contraignantes faisant intervenir un tiers¹³⁸ », tel que la conciliation et la médiation.

¹²⁷ « [L]e tribunal applique les règles de droit applicables à l'autorisation d'investissement pertinente ou précisées dans l'autorisation d'investissement ou l'accord d'investissement pertinent ou autrement convenues par les parties contestantes », dans *PTP*, *supra* note 3 art 9.25(2)a).

¹²⁸ *Ibid.*, art. 9.25(2)b).

¹²⁹ *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107 art 8.18.

¹³⁰ Les dispositions relatives à l'investissement dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (*AECG*), *supra* note 105 à la p 3.

¹³¹ *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107, section C du chapitre sur les investissements de l'*AECG*.

¹³² *Ibid.*, section D du chapitre sur les investissements de l'*AECG*.

¹³³ « Sans préjudice des droits et obligations des Parties au titre du chapitre Vingt-neuf (Règlement des différends), un investisseur d'une Partie peut déposer devant le Tribunal institué en vertu de la présente section une plainte selon laquelle l'autre Partie a violé une obligation prévue, selon le cas : a) à la section C, en ce qui concerne l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou disposition de son investissement visé; b) à la section D, si l'investisseur affirme avoir subi une perte ou un dommage en raison de la violation alléguée », dans *ibid.* art 8.18(1).

¹³⁴ *Les dispositions relatives à l'investissement dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG)*, *supra* note 105 à la p 3.

¹³⁵ *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107, art 8.18(3).

¹³⁶ Parmi celles-ci résident « la non-discrimination, l'expropriation uniquement à des fins publiques et moyennant une indemnisation appropriée, et le traitement juste et équitable [dont il sera question un peu plus loin dans le développement], et aux cas dans lesquels un investisseur donné a subi des dommages », dans *Les dispositions relatives à l'investissement dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG)*, *supra* note 105 à la p 4.

¹³⁷ *PTP*, *supra* note 3 art 9.18(1).

¹³⁸ *Ibid.*

L'arbitrage représente quant à lui l'ultime recours possible¹³⁹.

Il n'est donc « pas possible de recourir au mécanisme de règlement des différends en matière d'investissements simplement parce qu'une action a des répercussions sur les bénéfices des investisseurs¹⁴⁰ ». Il semble pertinent d'illustrer le fait que le *PTP* et l'*AECG* réfutent à travers différents moyens la possibilité pour les investisseurs d'exposer les États à un certain nombre de recours. En effet, il existe plusieurs arguments contredisant l'éventuel « *regulatory chill effect* » qu'occasionneraient ces accords méga-régionaux, en matière de protection environnementale.

En définitive, ces deux traités réaffirment à la suite des décisions arbitrales analysées dans la première partie de l'étude que le pouvoir réglementaire des États demeure un principe et non une exception en matière d'investissement international. Cela devrait donc apporter un certain nombre de réponses aux critiques dont ces accords font l'objet. Or, qu'en est-il plus précisément de la notion d'expropriation indirecte?

2. LES DÉFINITIONS DE L'EXPROPRIATION INDIRECTE DANS L'*AECG* ET LE *PTP* : L'ILLUSTRATION DE TRÈS GRANDES SIMILITUDES

Force est de constater que les Parties à l'*AECG* et au *PTP* ont également fait l'effort d'établir des définitions claires et précises vis-à-vis de l'expropriation indirecte. Tout d'abord, au sein de l'*AECG*, c'est l'article 8.12 qui énonce l'interdiction pour les Parties d'exproprier un investissement, sauf si cela s'effectue pour des raisons « d'intérêt public, en conformité avec la loi, de manière non discriminatoire et moyennant le paiement d'une indemnité prompte, adéquate et effective¹⁴¹ ». Ce sont bien entendu des éléments cumulatifs. En outre, cet article renvoie à une interprétation approfondie, située à l'annexe 8-A et c'est précisément au sein de cette annexe que l'*AECG* différencie les cas d'expropriation directe et indirecte¹⁴².

Donc, l'expropriation indirecte se produit seulement dans les cas où l'investisseur est privé substantiellement de ses droits fondamentaux de propriété associés à son investissement, y compris lorsqu'il est privé de son « droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement¹⁴³ ». Par ailleurs, l'annexe 8-A ne se limite pas à une simple définition de l'expropriation indirecte, car elle donne des instructions claires au tribunal et mentionne très précisément, mais de manière non exhaustive, les

¹³⁹ *Ibid.*, art 9.19(1).

¹⁴⁰ *Les dispositions relatives à l'investissement dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG)*, *supra* note 105 à la p 4.

¹⁴¹ *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107, art 8.12(1).

¹⁴² *Ibid.*, annexe 8-A.

¹⁴³ « [U]ne expropriation indirecte se produit lorsqu'une mesure ou une série de mesures d'une Partie ont un effet équivalent à une expropriation directe, en ce qu'elles privent substantiellement l'investisseur des attributs fondamentaux de la propriété de son investissement, y compris du droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, sans qu'il y ait transfert formel d'un titre de propriété ou saisie pure et simple » dans *ibid.*, annexe 8-A(1)b).

éléments à prendre en compte. Il sera notamment question de ces éléments dans la section de l'étude qui traite de l'application du *Penn Central Test*. Cependant, dans les cas où la réglementation en question porterait sur l'environnement, l'expropriation indirecte ne pourrait plus être démontrée, car le but poursuivi légitimerait l'action du gouvernement.

Les normes visant la protection de l'environnement ne constituent guère, selon l'*AECEG*, une expropriation indirecte, sauf dans des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire, lorsque ces mesures sont manifestement excessives au regard des objectifs poursuivis par le gouvernement¹⁴⁴. Également, l'effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit point pour demander une indemnisation à l'État.

L'article 9.8 du *PTP*, tout comme l'article 8.12 de l'*AECEG* énonce l'interdiction générale d'exproprier un investissement que ce soit de façon directe ou indirecte, sauf si cela s'opère à des fins publiques, de manière non discriminatoire, et que la réglementation se réalise dans le respect de la loi et moyennant une indemnisation prompte, adéquate et effective¹⁴⁵. Là aussi, il s'agit d'éléments cumulatifs. En outre, l'article 9.8 du *PTP* est rédigé quasiment dans les mêmes termes que l'article 8.9 de l'*AECEG*, notamment en ce qui a trait à la décision d'une Partie de ne pas accorder, renouveler ou maintenir une subvention ou une contribution¹⁴⁶.

L'autre grande similitude entre le *PTP* et l'*AECEG* réside dans le fait que l'expropriation indirecte est définie plus précisément en annexe, notamment au sein de l'annexe 9-B du *PTP*¹⁴⁷. C'est à ce niveau qu'est définie l'expropriation indirecte, presque de manière identique dans les deux traités. Le *PTP* définit, par exemple, l'expropriation indirecte telles une action ou une série d'actions d'une Partie ayant un effet qui équivaut à l'expropriation directe, « sans transfert formel de titre ou saisie pure et simple¹⁴⁸ ». Par ailleurs, le *PTP* au niveau de l'annexe 9-B(3)a), comme l'*AECEG*, établit la marche à suivre pour le tribunal arbitral, lorsqu'il s'agit d'examiner l'existence d'une expropriation indirecte, et ce, en des termes similaires¹⁴⁹.

Au demeurant, les seules différences notables entre le *PTP* et l'*AECEG* au niveau de la définition de l'expropriation indirecte sont d'une part dans la prise en compte de la durée de la mesure et d'autre part vis-à-vis du contrôle de proportionnalité, ces deux éléments étant énoncés par l'*AECEG* et absents du *PTP*¹⁵⁰. En revanche, ces deux traités rappellent que la protection de l'environnement constitue une exception à

¹⁴⁴ *Ibid*, annexe 8-A (3).

¹⁴⁵ *PTP*, *supra* note 3 art 9.8(1).

¹⁴⁶ *Ibid*, art 9.8(6).

¹⁴⁷ *Ibid*, annexe 9-B.

¹⁴⁸ *Ibid*, annexe 9-B(3)a).

¹⁴⁹ « [Une] enquête fondée sur les faits, au cas par cas, qui prend en compte, entre autres, les facteurs suivants : (i) les effets économiques de l'action du gouvernement, même si le fait que l'action ou la série d'actions d'une Partie a un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement n'établit pas à lui seul qu'il y a eu expropriation indirecte; (ii) la mesure dans laquelle l'action du gouvernement porte atteinte aux attentes distinctes et raisonnables sous-tendant l'investissement; (iii) le caractère de l'action gouvernementale » dans *ibid*, annexe 9-B(3).

¹⁵⁰ Il en sera question un peu plus en profondeur dans la section 2.2 de ce travail de recherche.

l'expropriation indirecte¹⁵¹. Étant donné l'ambivalence relative à la notion d'expropriation indirecte, l'octroi d'une définition claire et précise restreint l'interprétation extensive de cette notion. Force est donc d'admettre que l'*AECG* et le *PTP* codifient et limitent l'étendue de la notion d'expropriation indirecte en se basant sur la pratique arbitrale, tout en allant plus loin que cette dernière, notamment en matière de protection de l'environnement.

B. Définitions claires et précises en matière d'expropriation indirecte : une réelle avancée?

Comme il en a été question, les dispositions relatives à l'expropriation indirecte apportent un meilleur encadrement à l'égard des réclamations qui peuvent être faites contre les États, et ce, de façon beaucoup plus significative que dans la majorité des traités existants en matière d'investissement¹⁵². Même si ces dispositions restreignent l'étendue de l'expropriation indirecte, il n'en demeure pas moins que le tribunal conserve toujours un large pouvoir d'appréciation. C'est donc une évolution qui mérite d'être nuancée. Il serait alors judicieux d'approfondir davantage la question de la réduction du pouvoir discrétionnaire du juge ou de l'arbitre que ce soit au niveau de l'*AECG* ou du *PTP*, ou éventuellement au niveau du *Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI)*¹⁵³ entre les États-Unis et l'UE, si toutefois les négociations survivent à la présidence Trump. La chancelière allemande Angela Merkel a d'ailleurs déclaré lors de la dernière visite de Barack Obama en Europe en tant que président des États-Unis, que l'accord de libre-échange *TTIP* ne pouvait être conclu en l'état, « alors que l'élection de Donald Trump laisse présager une politique commerciale protectionniste¹⁵⁴ ».

Les apports de l'*AECG* et du *PTP* en matière d'expropriation indirecte méritent d'être nuancés, du fait de plusieurs facteurs. Tout d'abord, l'utilisation du terme « bonne foi¹⁵⁵ », employé à mainte reprise dans la section ou le chapitre consacré à l'investissement de l'*AECG* ou du *PTP* et qui prouve en quelque sorte la licéité et la légitimité d'une nouvelle réglementation, laisse toujours la voie à l'interprétation. Ensuite, l'application du *Penn Central Test* met en valeur certaines limites. Enfin, il s'avère que le contrôle de proportionnalité, nécessaire dans certaines circonstances au sein de l'*AECG*, souligne la persistance de zones d'ombre et renforce finalement le pouvoir discrétionnaire du tribunal.

¹⁵¹ « Sauf dans de rares circonstances, ne constituent pas une expropriation indirecte les actions réglementaires non discriminatoires d'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 » dans *PTP*, *supra* note 3, annexe 9-B(3)b).

¹⁵² Caroline Henckels, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », (2016) 19 : 1 *J Intl Econ L* 27 à la p 27.

¹⁵³ *Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement*, en ligne : Commission européenne <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_fr.htm> [*PTCI*].

¹⁵⁴ AFP et Le Figaro, « Merkel admet que le TTIP ne peut être conclu », (17 novembre 2016), *Le Figaro*, en ligne : <<http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2016/11/17/97002-20161117FILWWW00291-merkel-admet-que-l-accord-de-libre-echange-ue-etats-unis-ne-peut-etre-conclu.php>>.

¹⁵⁵ *PTP*, *supra* note 3; *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne* *supra* note 107.

1. « LA BONNE FOI » : UN VECTEUR DE LICÉITÉ ET DE LÉGITIMITÉ SUJET À INTERPRÉTATION

La question de la cohabitation entre la protection des investissements et le pouvoir réglementaire des États n'est pas forcément développée au sein des traités internationaux sur les investissements¹⁵⁶. Comme il en a été fait mention dans la première partie de cette étude, à travers les différentes sentences arbitrales et particulièrement celles relatives à l'*ALÉNA*, ces dispositions donnent aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire important¹⁵⁷. Par conséquent, il est difficile de déterminer les critères d'évaluation utilisés par un tribunal pour approuver ou rejeter l'indemnisation de l'investisseur lésé.

Il faut néanmoins reconnaître que ces dernières années, plusieurs tribunaux d'investissement ont montré une grande réceptivité au droit des États de réglementer en faveur de la santé publique ou de la protection de l'environnement¹⁵⁸. En cela, il est pertinent de citer, notamment, les sentences relatives aux lois australiennes et uruguayennes de lutte antitabac, ou encore celle concernant la décision de l'Allemagne d'éliminer progressivement l'utilisation du nucléaire¹⁵⁹.

Afin de lutter contre l'ambivalence liée à la notion d'expropriation indirecte, les parties à l'*AECG* et au *PTP* ont démontré leur attachement à la sauvegarde du pouvoir réglementaire des États pour la promotion du bien-être public¹⁶⁰. Cependant, ces dispositions continuent d'accorder tant au niveau de l'*AECG* que du *PTP*, un large pouvoir discrétionnaire aux tribunaux de par l'utilisation d'un langage évasif tel que : « un cas d'arbitraire manifeste¹⁶¹ », « rares circonstances¹⁶² », « semblent manifestement excessives¹⁶³ » et « nécessaire¹⁶⁴ ».

Selon le droit international coutumier, une expropriation est licite dans le cas où elle est réalisée dans un but public, si elle n'est pas arbitraire ni discriminatoire, si elle respecte les principes d'une procédure régulière et enfin si elle indemnise l'investisseur de façon prompte et adéquate¹⁶⁵. La doctrine coutumière des pouvoirs de police comme vue supra dans la première partie, autorise les États à réglementer ou à prendre d'autres mesures affectant de manière significative un investissement, sans que celle-ci soit considérée comme une expropriation indirecte. C'est le cas notamment, lorsque l'État poursuit un objectif légitime d'intérêt public¹⁶⁶. En principe, l'État n'a

¹⁵⁶ Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 28.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid* à la p 28; voir également Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Martin Dietrich Brauch, « The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark », (2014) The International Institute for Sustainable Development 1, en ligne : iisd.org <<http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-II-leaving-german-public-dark-en.pdf>>.

¹⁶⁰ Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 28.

¹⁶¹ *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne, supra* note 107 art 8.10(1)c).

¹⁶² *Ibid.*, annexe 8-A(3).

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*, art 8.9.

¹⁶⁵ Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 40.

¹⁶⁶ *Ibid.*

donc pas « obligation d'indemniser l'investisseur dont les intérêts ont été lésés à raison de l'édiction d'une législation ou d'une réglementation d'utilité publique¹⁶⁷ ».

Il semble que la définition d'un objectif légitime d'intérêt public ne demeure point à l'abri des interprétations du tribunal. Dans le cadre du *PTP*, le chapitre sur l'investissement ne propose aucune énumération exhaustive en ce qui concerne l'objectif légitime d'intérêt public et se contente d'une illustration chétive au sein de l'annexe 9-B : « par exemple en matière de santé publique, de sécurité ou d'environnement¹⁶⁸ ». L'*AECG* ne propose pas non plus de liste exhaustive, même si les exemples qu'il énonce sont un peu plus élaborés. L'énumération de ces exemples se trouve à l'article 8.9(1) de l'*AECG* et regroupe la protection de la santé publique, la sécurité, l'environnement, la moralité publique, la protection sociale et des consommateurs, et enfin la promotion et la protection de la diversité culturelle¹⁶⁹.

Les éléments à prendre en considération par les tribunaux pour déterminer le fondement d'une expropriation indirecte s'inspirent vraisemblablement de l'*US BIT Model* de 2004¹⁷⁰ (mis à jour en 2012), en ce qui concerne le *PTP*, et du Modèle canadien des traités bilatéraux d'investissement de 2004¹⁷¹ (Modèle canadien des TBI), en ce qui concerne l'*AECG*¹⁷². En effet, tous ces textes sont sensiblement

¹⁶⁷ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, 5^e éd, Paris, Dalloz, 2013 à la p 575.

¹⁶⁸ *PTP*, supra note 3, annexe 9-B(3)b).

¹⁶⁹ *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, supra note 107 art 8.9(1).

¹⁷⁰ « *The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; (ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action* », dans *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Treaty between the Government of the United States Of America and the Government of [Country] concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, en ligne: The Office of the United States Trade Representative (USTR) <<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>>, annexe B (4)a).

¹⁷¹ « *The Parties confirm their shared understanding that: a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure; b) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: i) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred; ii) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations; and iii) the character of the measure or series of measures; c) Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation* », dans *Agreement between Canada and for the Promotion and Protection of Investments*, [Modèle canadien des TBI de 2004], en ligne: itlaw.com <<http://www.itlaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>> annexe B.13(1).

¹⁷² Mark A. Clodfelter, « *Future Direction of Investment Agreements in the European Union* » (2014) 12:1 *Santa Clara J Intl L* 159 à la p 170.

identiques, du moins en ce qui concerne l'expropriation¹⁷³. Par exemple, ces deux traités obligent les tribunaux à entreprendre une étude approfondie au cas par cas, en tenant compte des mêmes éléments¹⁷⁴. En ce sens, comme le soulignent les professeurs Gilbert Gagné¹⁷⁵ et Jean-Frédéric Morin¹⁷⁶, il existe une certaine convergence des modèles relatifs à la protection des investissements à l'échelle internationale et plus particulièrement au niveau de l'expropriation indirecte¹⁷⁷. Il est constaté que le modèle des traités bilatéraux d'investissement (TBI) des États-Unis propose la même formulation que le *PTP* vis-à-vis de l'énumération des objectifs légitimes d'intérêt public¹⁷⁸.

Ces critères découlent d'une fameuse affaire américaine : *Penn Central Transportation Co. c. New York City*¹⁷⁹, où il était question du maintien du patrimoine culturel et architectural de la ville de New York. Le *Penn Central Test* apporte davantage de précision, mais là encore, la bonne foi du gouvernement semble jouer un rôle important dans la prise de décision du tribunal. Force est donc de constater que ce critère demeure relativement subjectif, au même titre que le contrôle de proportionnalité tel qu'énoncé dans l'*AECG*.

2. L'APPLICATION DU *PENN CENTRAL TEST* : L'ILLUSTRATION D'IMPRÉCISIONS PERSISTANTES

En vertu de la *Loi sur la préservation des sites historiques de New York*, dite loi *Landmarks*, qui a été promulguée pour protéger les sites historiques et les quartiers

¹⁷³ Tel que le mentionne le Modèle canadien des TBI : « Sauf dans de rares circonstances, par exemple lorsqu'une mesure ou une série de mesures sont si sévères compte tenu de leur but qu'elles ne peuvent raisonnablement être considérées comme ayant été adoptées et appliquées de bonne foi, des mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées pour protéger les objectifs légitimes de bien-être public, tels que la santé, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte » (traduit de l'anglais), dans Chaire de recherche du Canada en économie politique internationale, *TRade & ENvironment Database [TREND]*, en ligne : Chaire de recherche du Canada en ÉPI <<http://www.chaire-epi.ulaval.ca/fr/trend>>.

¹⁷⁴ Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 40.

¹⁷⁵ Gilbert Gagné est professeur titulaire au Département d'études politiques et internationales de l'Université Bishop's et spécialise dans l'économie politique internationale, les organisations internationales, la politique étrangère canadienne et les relations Canada-États-Unis. Il est aussi le Directeur du Groupe de recherche sur l'intégration continentale à l'UQAM depuis 2003.

¹⁷⁶ Jean-Frédéric Morin est professeur agrégé en économie politique internationale et en relations internationales à l'Université Laval. Il est titulaire de la Chaire du Canada en économie politique internationale.

¹⁷⁷ Gilbert Gagné, et Jean-Frédéric Morin, « The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT », (2006) 9:2 J Intl Econ L 357.

¹⁷⁸ « *Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations* », dans *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Treaty between the Government of the United States Of America and the Government of [Country] concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, *supra* note 170, annexe B(4)b), voir également Mark A. Clodfelter, *supra* note 172 aux pp 165-167, voir également Gilbert Gagné, et Jean-Frédéric Morin, *supra* note 177.

¹⁷⁹ *Penn Central Transportation Co. c. New York City* (No. 77-444), 438 U.S. 104, (1978), en ligne : Cornell University Law School <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/438/104>>.

de la ville, face à des investisseurs qui souhaitent détruire ou modifier fondamentalement leur apparence, la ville de New York s'est dotée d'une nouvelle réglementation permettant de désigner un immeuble comme un « édifice historique¹⁸⁰ » ou une zone comme étant un « quartier historique¹⁸¹ ». Le propriétaire du bâtiment désigné devra préserver l'esthétique originale de son bâtiment et l'entretenir en l'état. De plus, avant toute construction ou réhabilitation impliquant l'esthétique de l'édifice, le propriétaire devra obtenir l'approbation de la Commission responsable de faire respecter cette loi¹⁸².

Dans l'affaire de la *Penn Central Transportation Co.*, la société du même nom (Penn Central), propriétaire de la gare ferroviaire new-yorkaise Grand Central Terminal, qui fut désignée comme étant un bâtiment historique, s'est opposée à cette décision municipale¹⁸³. Or, la société Penn Central a conclu un bail avec *UGP Properties* qui devait construire une tour de bureaux au-dessus de la gare¹⁸⁴. Ce projet a été rejeté par la Commission, car il allait complètement modifier l'apparence du bâtiment et détruire les caractéristiques historiques de la gare. Penn Central a donc intenté une action devant le tribunal de l'État de New York, en faisant valoir que l'application de la loi *Landmarks* l'avait privé de la jouissance de sa propriété, sans aucune compensation financière¹⁸⁵. La Cour d'appel de New York a conclu, en deuxième instance, qu'il n'y avait pas eu de privation de propriété, puisque la loi *Landmarks* n'avait nullement transféré le contrôle de la propriété à la ville de New York, mais qu'elle avait simplement limité l'exploitation du droit de propriété de l'appelant¹⁸⁶. La Cour d'appel a par ailleurs déclaré qu'en dépit de cette réglementation la société Penn Central pouvait continuer de jouir de son droit de propriété, car la loi n'avait aucune incidence sur l'utilisation de la gare et qu'il n'avait point été démontré que l'appelant ne pouvait pas obtenir un rendement raisonnable de ses investissements¹⁸⁷. Par l'entremise de cette affaire, le juge de la Cour d'appel de New York a dressé un certain nombre de critères permettant de vérifier l'existence d'une expropriation indirecte. Premièrement, le tribunal doit vérifier l'impact économique sur la propriété¹⁸⁸. Deuxièmement, celui-ci doit tenir compte de l'interférence de la réglementation sur les attentes de l'investisseur¹⁸⁹. Troisièmement, le tribunal doit déterminer le caractère de l'action gouvernementale¹⁹⁰. Ce sont des critères assez vagues qui pourraient être à l'origine d'incertitudes. Que prévoient donc l'*AECEG* et le *PTP*, sachant que le *Penn Central Test* porte uniquement sur le droit américain et ne justifie en rien son application par analogie au droit international de l'investissement?

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*

La définition de l'expropriation indirecte au sein de l'*AECG* et du *PTP* s'est fortement inspirée du modèle nord-américain qui énonce les critères d'évaluation devant être opérés par le tribunal, à quelques nuances près. En effet, l'*AECG* oblige les tribunaux à tenir compte de la durée de la mesure pour déterminer son incidence sur l'investisseur étranger¹⁹¹. Les dispositions de cet accord renvoient également à l'objet, au contexte et à l'intention de la mesure¹⁹². De plus, les dispositions de l'annexe 8A(2)(c) de l'*AECG* et de l'annexe 9-B(3)a)ii exigent que soit évaluée « l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes spécifiques¹⁹³ » à l'égard « des attentes distinctes et raisonnables sous-tendant l'investissement¹⁹⁴ ». Néanmoins, comment délimiter les attentes spécifiques et raisonnables qui sous-tendent l'investissement, si ce n'est dans le fait de se référer aux témoignages de l'investisseur étranger?

Rédigés de cette façon, l'*AECG* et le *PTP* laissent volontairement la possibilité que les attentes subjectives du demandeur soient pertinentes pour déterminer si une expropriation a eu lieu¹⁹⁵. À ce niveau, il faut admettre que ces deux traités laissent la part belle au bon discernement du tribunal. De fait, tel que l'affirme Caroline Henckels¹⁹⁶, il serait particulièrement judicieux de penser à la possibilité de mettre en œuvre une assurance gouvernementale, laquelle exigerait par exemple que les investisseurs étrangers indiquent de façon écrite et avant tout engagement de leur part, les attentes et les objectifs qu'ils possèdent à l'égard de leur investissement¹⁹⁷. Ce serait une sorte d'engagement contractuel entre un investisseur étranger et un État d'accueil. Il faudrait également que cet engagement contractuel ait un caractère contraignant. En somme, l'examen au cas par cas ne diminue aucunement l'imprévisibilité juridique qui découle du *Penn Central Test*¹⁹⁸.

En comparant l'*AECG*, le *PTP* et le *PTCI*, il est possible de remarquer que c'est l'*AECG* qui définit le plus précisément l'examen auquel doit se livrer le tribunal, pour identifier l'existence d'une expropriation indirecte¹⁹⁹. Si sont comparés les articles

¹⁹¹ Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 41.

¹⁹² « Pour déterminer si une mesure ou une série de mesures d'une Partie, dans une situation de fait spécifique, constituent une expropriation indirecte, il est nécessaire de procéder à un examen au cas par cas fondé sur les faits, qui tient compte, entre autres, des facteurs suivants : [...] la nature de la mesure ou de la série de mesures, notamment leur objet, contexte et but », dans *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107, annexe 8-A(2)(0).

¹⁹³ *Ibid*, annexe 8-A(2)c).

¹⁹⁴ *PTP*, *supra* note 3, annexe 9-B(3)a)ii).

¹⁹⁵ Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 41.

¹⁹⁶ Caroline Henckels est maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université Monash. Elle se spécialise dans les domaines de droit international public, particulièrement en droit économique international, et de droit public comparé. Elle est la rédactrice adjointe du *Journal of World Investment and Trade* et membre de comités de rédaction de plusieurs revues scientifiques sur le droit économique international.

¹⁹⁷ *Ibid*.

¹⁹⁸ « *Criticism of the Penn Central approach has been vociferous. Much of this has gone to the vagueness and malleableness of the test and the unpredictability that the test invites* », dans Anthony B. Sanders, « *Of All Things Made in America Why Are We Exporting the Penn Central Test?* », (2010) 30 : 2 *Nw J Intl L & Bus* 339 aux pp 354-355.

¹⁹⁹ Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 42.

et les annexes qui définissent l'expropriation indirecte du *PTP*²⁰⁰, de l'*AECG* et du *PTCI*²⁰¹, il est possible de constater que le *PTP* ne prend pas en compte la durée d'application des réglementations mises en cause dans le cadre d'un règlement des différends entre un investisseur et un État ni n'exige le recours à un contrôle de proportionnalité comme le mentionne l'*AECG*²⁰². Alors que le *PTCI* ne précise pas que l'interférence causée par une nouvelle réglementation à l'égard des attentes d'un investisseur, y compris au niveau des profits, ne constitue pas en soi, une expropriation indirecte, l'*AECG* et le *PTP* l'indiquent clairement. Néanmoins, les autres critères énoncés dans l'*AECG* à l'annexe 8-A(2) affirmant notamment la nécessité d'effectuer un examen approfondi et en procédant à une évaluation « au cas par cas²⁰³ », font également partie des critères d'évaluation de l'expropriation indirecte tant au niveau du *PTP*, que du *PTCI*²⁰⁴. Il en est de même lorsqu'il s'agit de vérifier l'impact économique de la mesure, la durée de celle-ci, l'étendue de l'atteinte portée par la mesure et la nature de cette dernière²⁰⁵, ainsi que les exceptions relatives aux objectifs légitimes de politique.

²⁰⁰ « Le deuxième cas dont traite l'article 9.8.1 (Expropriation et indemnisation) est l'expropriation indirecte, lorsqu'une action ou une série d'actions d'une Partie a un effet équivalent à l'expropriation directe sans transfert formel de titre ou saisie pure et simple. a) La décision selon laquelle une action ou une série d'actions d'une Partie, dans une situation de fait déterminée, constitue ou non une expropriation indirecte exige une enquête fondée sur les faits, au cas par cas, qui prend en compte, entre autres, les facteurs suivants : (i) les effets économiques de l'action du gouvernement, même si le fait que l'action ou la série d'actions d'une Partie a un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement n'établit pas à lui seul qu'il y a eu expropriation indirecte; (ii) la mesure dans laquelle l'action du gouvernement porte atteinte aux attentes distinctes et raisonnables sous-tendant l'investissement; (iii) le caractère de l'action gouvernementale. b) Sauf dans de rares circonstances, ne constituent pas une expropriation indirecte les actions réglementaires non discriminatoires d'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 », dans *PTP*, *supra* note 3 annexe 9-B(3) et art 9.8.

²⁰¹ « *The determination of whether a measure or series of measures by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: (a) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred; (b) the duration of the measure or series of measures by a Party; (c) the character of the measure or series of measures, notably their object and content. 3. For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity do not constitute indirect expropriations* », dans *PTCI*, *supra* note 153 annexes I(2) et (3).

²⁰² Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 42.

²⁰³ *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107 annexe 8-A(2).

²⁰⁴ Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 42.

²⁰⁵ Les facteurs à vérifier par le tribunal en cas de règlement des différends entre un investisseur et un État sont : « a) l'impact économique de la mesure ou de la série de mesures, même si le seul fait qu'une mesure ou série de mesures d'une Partie aient un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à établir qu'il y a eu expropriation indirecte ; b) la durée de la mesure ou de la série de mesures d'une Partie; c) l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes spécifiques et raisonnables sous-tendant l'investissement; d) la nature de la mesure ou de la série de mesures, notamment leur objet, contexte et but », dans *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107 annexe 8-A(2).

En somme, bien que l'*AECG* fasse partie des accords qui délimitent le mieux le pouvoir discrétionnaire du tribunal, les zones d'ombres qui persistent démontrent que ces considérations ne sont pas exhaustives et qu'il est nécessaire d'approfondir davantage la délimitation et la clarté de la définition de ce qu'une expropriation indirecte représente. D'autre part, il serait également utile d'orienter les tribunaux quant à l'importance à donner à ces facteurs d'évaluation²⁰⁶. Or, quels sont aujourd'hui les liens véritables qui astreignent le tribunal à aller dans le sens de l'évolution du droit international coutumier en matière d'expropriation²⁰⁷?

3. QUAND LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DE L'*AECG* MET EN EXERGUE DES ZONES D'OMBRE

Le cas où dans de « rares circonstances²⁰⁸ » les mesures prises par le gouvernement constituent une expropriation indirecte, en dépit du fait qu'elles ne soient pas discriminatoires et qu'elles poursuivent des « objectifs légitimes de bien-être public²⁰⁹ », est particulièrement riche de sens. En effet, les dispositions de l'*AECG* exigent dans de telles circonstances que le juge effectue un contrôle de proportionnalité, reflétant certaines similarités avec d'autres traités d'investissement conclus récemment²¹⁰. Toutefois, à quoi se réfèrent les termes : « rares circonstances » et « si grave au regard de leur but » inscrit à l'annexe 8-A(3) de l'*AECG*²¹¹?

Cette formulation suggère que le tribunal juge de l'importance de l'objectif poursuivi par le gouvernement, lors de la mise en œuvre de la réglementation en question. Cela ne revient-il pas finalement à demander au tribunal d'effectuer un jugement de valeur²¹²? L'*AECG* ne donne aucune précision, ni sur les questions que doit se poser le tribunal pour effectuer son contrôle de proportionnalité ni sur la méthodologie à employer pour juger objectivement des intérêts des Parties²¹³. En comparaison avec les tribunaux administratifs nationaux, lesquels en l'absence de critères clairs et précis se réfèrent à la jurisprudence, il est possible de constater qu'il existe, en droit international des investissements, un ensemble de décisions qui ne contraignent nullement les arbitres.

²⁰⁶ Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 42

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107 annexe 8-A(3).

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Voir notamment l'annexe 11-B (3)a)iii) et (3) b) de l'*Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Corée* entré en vigueur en 2012 ou encore l'annexe 811 (2)b) de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et la Colombie* entré en vigueur en 2011, dans Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 43.

²¹¹ « Il est entendu que, sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte », dans *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107 annexe 8-A(3).

²¹² Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 43.

²¹³ *Ibid.*

Le terme « manifestement » apparaissant dans l'annexe 8-A(3) de l'*AECG* suggère tout de même que le seuil de violation du droit des investisseurs soit suffisamment élevé pour constater la présence d'une expropriation indirecte²¹⁴, même s'il ne matérialise aucunement la manière dont les tribunaux devraient l'appliquer. Pour remédier à cette zone grise, certains États d'Afrique de l'Est et du Sud²¹⁵, ainsi que certains pays d'Asie²¹⁶, regroupés au sein d'un accord économique global²¹⁷, ont opté pour la simplicité. Ils ont effectivement décidé qu'en dépit des circonstances qui peuvent survenir, toutes les mesures réglementaires non discriminatoires conçues et appliquées pour atteindre des objectifs légitimes de politiques publiques ne constituent pas une expropriation indirecte²¹⁸.

Plusieurs autres accords commerciaux comprenant un chapitre sur les investissements indiquent également que les réglementations non discriminatoires et mises en œuvre de bonne foi dans le but de protéger l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte. À l'heure actuelle, pas moins d'une cinquantaine d'accords commerciaux à travers le monde référencés par la Chaire de recherche du Canada en économie politique internationale (ci-après Chaire) sont dénombrés²¹⁹, principalement des accords bilatéraux à l'image de l'*Accord de libre-échange entre la Colombie et Israël*²²⁰. Celui-ci indique explicitement que la protection de l'environnement constitue une exception à l'expropriation indirecte. Toutefois, il faut souligner une certaine timidité dans l'expression utilisée, certainement pour ne pas

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ « Consistent with the right of states to regulate and the customary international law principles on police powers, bona fide regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation under this Article », dans *Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area*, Burundi, Comores, La République Démocratique du Congo, Djibouti, Egypte, Eritrée, Ethiopie, Kenya, Libye, Madagascar, Malawi, La République de Maurice, Rwanda, Seychelles, Sudan, Swaziland, Uganda, Zambie, Zimbabwe, 23 mai 2007, art 20(8), (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2010), en ligne : [investmentpolicyhub.unctad.org <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3092>](http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3092).

²¹⁶ « *Non-discriminatory measures of a Member State that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute an expropriation* », dans *Asean Comprehensive Investment Agreement*, Le Sultanat de Brunei Darussalam, Le Royaume du Cambodge, La République d'Indonésie, La République démocratique populaire lao, La République de l'Union du Myanmar, La République des Philippines, La République de Singapour, Le Royaume de Thaïlande et La République socialiste du Viêt Nam, 26 février 2009, annexe 2(4) (entré en vigueur : 29 mars 2012), en ligne : [investmentpolicyhub.unctad.org <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3095>](http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3095).

²¹⁷ Par « global », l'auteur entend un accord qui intègre également un chapitre sur la protection et la promotion des investissements et non un accord qui se contente d'édicter une politique commerciale.

²¹⁸ Caroline Henckels, *supra* note 152 à la p 43.

²¹⁹ Chaire de recherche du Canada en économie politique internationale, *supra* note 173.

²²⁰ « *A measure or a series of measures adopted to protect public purposes including inter alia, the protection of public health, safety and the protection of the environment, do not necessarily constitute an effect equivalent to nationalization or expropriation* », dans *Free Trade Agreement between The State of Israel and The Republic of Colombia*, 30 septembre 2013, art. 10.7(3)d), en ligne : [mof.gov.il <http://www.mof.gov.il/chiefecon/internationalconnections/doclib1/colombia.pdf>](http://www.mof.gov.il/chiefecon/internationalconnections/doclib1/colombia.pdf).

« fermer de portes ». C'est pourquoi est présente dans le *PTP*²²¹ et l'*AECG*²²² la possibilité que malgré tout, bien que la réglementation soit légitime et non discriminatoire, elle puisse tout de même soulever dans certaines circonstances, un cas d'expropriation indirecte. Dans l'*Accord de libre-échange entre la Colombie et Israël*, ce refus catégorique d'imposer la protection environnementale, comme limite absolue à l'expropriation indirecte, est exprimé de manière distincte avec l'usage des termes « ne constitue pas nécessairement²²³ ». Il existe tout de même quelques rares exceptions au sein des traités référencés par ladite Chaire.

Quelques accords se distinguent effectivement, en indiquant formellement que toute réglementation non discriminatoire en vue de protéger l'environnement ne constitue guère une expropriation indirecte, et ce, quelles que soient les circonstances²²⁴. Ces exceptions s'illustrent dans les traités suivants : *Agreement Establishing The Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area*, *Malaysia-Australia Free Trade Agreement*, *Comprehensive Economic Cooperation Agreement Between The Government of Malaysia and The Government of The Republic of India*²²⁵, *Free Trade Agreement Between New Zealand and The Republic of Korea*²²⁶. Ils instaurent la protection de l'environnement comme limite à laquelle l'expropriation indirecte ne peut déroger. Nonobstant ces quelques exceptions, la protection de l'environnement peine encore à s'afficher comme limite absolue de l'expropriation indirecte, au sein des traités.

²²¹ « Sauf dans de rares circonstances, ne constituent pas une expropriation indirecte les actions réglementaires non discriminatoires d'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 », dans *PTP*, *supra* note 3, annexe 9-B(3)b).

²²² *Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne*, *supra* note 107, annexe 8-A(3).

²²³ *Free Trade Agreement between The State of Israel and The Republic of Colombia*, *supra* note 220, art 10.7.

²²⁴ Chaire de recherche du Canada en économie politique internationale, *supra* note 173.

²²⁵ « *Non-discriminatory regulatory actions as well as actions and awards by judicial bodies by a Party that are designed and applied to achieve legitimate public welfare objectives, such as the protection of public health, safety, and the environment do not constitute indirect expropriation* », dans *Comprehensive Economic Cooperation Agreement Between The Government of Malaysia and The Government of The Republic of India*, 18 février 2011, annexe 10-1(4) (entrée en vigueur : 11 juillet 2011) en ligne : investmentpolicyhub.unctad.org <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2629>>; dans *Agreement Establishing The Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area*, 27 février 2009 (entrée en vigueur : janvier 2010) [*AANZFTA*] en ligne : [Asean.org](http://www.asean.org) <<http://www.asean.org/storage/images/archive/22260.pdf>>, annexe sur l'expropriation et la compensation (4) [*Notre traduction*] ; dans *Malaysia-Australia Free Trade Agreement*, 22 mai 2012, en ligne : *Australian Government – Department of Foreign Affairs and Trade* <<http://dfat.gov.au/trade/agreements/mafta/Documents/Malaysia-Australia-Free-Trade-Agreement.pdf>>, annexe sur l'expropriation (4) [*Notre traduction*].

²²⁶ « *Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, and real estate price stabilisation (through, for example, measures to improve the housing conditions for low-income households), do not constitute indirect expropriations* », dans *Free Trade Agreement Between New Zealand and The Republic of Korea*, 23 mars 2015, annexe 10-B (5) (entrée en vigueur : 20 décembre 2015) en ligne : *New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade* <https://www.mfat.govt.nz/assets/_securedfiles/FTAs-agreed-not-signed/Korea-FTA/NZ-Korea-FTA-consolidated-text.pdf>.

En définitive, l'*AECG* et le *PTP* énoncent des règles claires et précises au niveau de l'expropriation indirecte qui limitent les interprétations extensives de la notion d'expropriation indirecte. Cependant, il existe encore certaines failles que les parties à l'accord pourraient combler dans les années à venir, afin de garantir de meilleures marges de manœuvre pour les États, en vue de protéger leur environnement.

En conclusion, l'expropriation indirecte est une notion complexe. Tout d'abord, elle soulève la question de l'interprétation qui en est faite, et donc de la définition que lui donne le droit international de l'investissement. La définition de plus en plus précise qui lui est réservée est en partie due au travail des tribunaux chargés du règlement des différends investisseur-État, et grâce à l'initiative des États eux-mêmes. L'*AECG* et le *PTP* illustrent parfaitement la volonté des États d'offrir un meilleur encadrement de l'expropriation indirecte, en vue d'établir un juste équilibre entre les intérêts des investisseurs étrangers et ceux des États d'accueil.

L'identification d'une expropriation indirecte a posé un certain nombre de problèmes en droit international, puisque cette notion peut impliquer « une obligation de compensation financière de l'investisseur à la charge de l'État²²⁷ ». Or, les approches centrées exclusivement, soit sur l'impact de la réglementation à l'égard de la propriété des investisseurs, soit sur les caractères de la mesure, ne sont guère satisfaisantes²²⁸. En effet, pour identifier l'existence d'une expropriation indirecte plusieurs paramètres entrent en ligne de compte et doivent être analysés comme un ensemble. L'impact sur la propriété de l'investisseur et les caractères de la mesure étatique doivent être confrontés, afin de juger si l'atteinte portée à l'investisseur doit faire l'objet d'une compensation²²⁹.

[Un] État ne peut être tenu responsable pour une atteinte normale à la propriété de l'investisseur étranger, étant entendu que cette qualification dépend du rapprochement entre l'atteinte portée à la propriété et l'objectif de la norme étatique qui l'a provoqué²³⁰.

Encore faut-il que l'objectif de la norme soit licite en droit international²³¹. Par conséquent, une évaluation qualitative doit s'accompagner de l'examen quantitatif visant notamment à déterminer l'atteinte portée à l'investisseur étranger²³². Tel que le souligne Arnaud de Nanteuil : « tout dépendra de l'objectif poursuivi par la mesure, et des sacrifices en termes d'atteinte au droit de propriété et/ou à l'investissement qui sont

²²⁷ Arnaud de Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Éditions Pedone, 2014 à la p 585.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.* à la p 586.

nécessaires pour atteindre cet objectif²³³ ». L'*AECG* et le *PTP* mentionnent de façon explicite qu'une mesure légitime de politique telle que la protection de l'environnement ne devrait pas entraîner de compensation financière, sauf dans des circonstances exceptionnelles.

Cette étude a mis en valeur le fait que les tribunaux arbitraux ne jouent pas forcément le jeu des investisseurs étrangers face aux États d'accueil, car « le droit de l'expropriation indirecte est un régime qui porte en lui-même²³⁴ » la sauvegarde du pouvoir réglementaire des États et la garantie des droits des investisseurs étrangers²³⁵. Les tribunaux limitent régulièrement les tentations des investisseurs étrangers à interpréter de manière extensive, et à leur profit, la notion d'expropriation indirecte. Cela prouve que l'évolution du droit international des investissements s'orienterait vers un juste équilibre entre la poursuite de politiques légitimes et la protection des investissements étrangers.

Il est pertinent de souligner la précision et la clarté des clauses relatives à l'expropriation indirecte, présentes au sein de l'*AECG* et du *PTP*, bien qu'il reste encore un certain nombre d'améliorations possibles, à apporter. Toutefois, les précisions énoncées à la fois par l'*AECG* et le *PTP* permettent de garantir un niveau élevé de prévisibilité juridique.

Les seules différences notables entre le *PTP* et l'*AECG* au niveau de la définition de l'expropriation indirecte, demeurent d'une part dans la prise en compte de la durée de la mesure, et d'autre part, concernent le contrôle de proportionnalité, tous deux effectivement énoncés par l'*AECG* et notablement absents du *PTP*. En revanche, ces deux traités rappellent que la protection de l'environnement constitue une exception à l'expropriation indirecte²³⁶.

Pour répondre à la problématique de ce travail de recherche, il est donc possible d'affirmer que l'*AECG* et le *PTP* ne restreignent nullement le pouvoir réglementaire des États en matière de protection de l'environnement. Bien au contraire, celui-ci est garanti dans les clauses relatives à l'expropriation indirecte. D'autre part, ces accords n'ouvrent pas non plus la voie à davantage de réclamations de la part des investisseurs étrangers, contre les États qui démontreraient une exigence plus élevée en matière de protection de l'environnement.

Nonobstant ces aspects prometteurs et rassurants pour l'opinion publique, il est utile de s'interroger sur le devenir de l'*AECG* et du *PTP*. En dépit de l'application partielle de l'*AECG*, concernant uniquement les éléments appartenant à la compétence exclusive de l'UE et le retrait des États-Unis du *PTP*, il paraît clair de se ranger derrière Jules Renard, lequel déclarait, non sans une certaine audace, que « le projet est le

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ « Sauf dans de rares circonstances, ne constituent pas une expropriation indirecte les actions réglementaires non discriminatoires d'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 » dans *PTP*, *supra* note 3 annexe 9-B(3)b).

brouillon de l'avenir. Parfois, il faut à l'avenir des centaines de brouillons²³⁷ ».

Plusieurs éléments devraient tout de même servir de leçon en cas d'échec. Tout d'abord, un accord trop ambitieux, tant au niveau des mesures envisagées que de son champ d'application, peut conduire ce dernier dans l'impasse. Ensuite, les disparités entre les Parties peuvent jouer en défaveur d'un accord multilatéral sur les investissements. Enfin, il s'avère pertinent de tenir compte des critiques adressées à l'égard de l'*AECG* et du *PTP*, en vue notamment d'améliorer la définition de l'expropriation indirecte. Malheureusement, les questions ne sont bien souvent posées que d'un point de vue technique, comme si les termes du débat n'illustraient pas un conflit d'intérêts intrinsèque à la libéralisation des flux commerciaux et d'investissements, et qu'il suffisait d'être pragmatique et rationnel pour réaliser une bonne politique.

Pourtant, il s'avère que le conflit d'intérêts est au centre de la vie en société. Afin de maintenir une certaine cohésion sociale, il semblerait donc important que les accords méga-régionaux soient approuvés socialement par une majorité de la population. Or, qu'en est-il de la représentation de la société civile ou de la participation démocratique, lors des négociations de ces accords? La protection de l'environnement et de l'investissement dépasse bien évidemment la simple question des bénéficiaires et des pertes pour les investisseurs, et correspond davantage à un projet sociétal.

Au demeurant, le droit de l'expropriation indirecte soulève des questions relatives aux conflits d'intérêts qui sollicitent des réponses beaucoup plus larges que celles proposées par cette étude. Toutefois, il est bon de retenir que l'expropriation indirecte telle qu'énoncée par l'*AECG* et le *PTP* ne permet pas aux investisseurs étrangers d'obtenir une réparation pour des pertes qui sont essentielles à la satisfaction de l'intérêt général²³⁸.

²³⁷ Frédéric Jézégou, « Journal, 2 février 1902 de Jules Renard », *Le Monde* (2018), en ligne : [Le Monde.fr <http://dicocitations.lemonde.fr/reference_citation/13918/Journal_2_fevrier_1902.php>](http://dicocitations.lemonde.fr/reference_citation/13918/Journal_2_fevrier_1902.php).

²³⁸ Arnaud de Nanteuil, *supra* note 227 à la p 590.