

II. Investissement

CHARLES-EMMANUEL CÔTÉ

LE CANADA ET LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT EN
2014

L'année 2014 a été marquée surtout par la publication du texte complet de l'accord de principe intervenu entre les négociateurs de l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*¹ (AECG), dont le chapitre sur l'investissement retiendra particulièrement l'attention de la chronique. Un tour d'horizon des principaux faits intéressant le Canada en matière d'investissement étranger sera d'abord réalisé en ce qui concerne sa pratique conventionnelle, avant d'aborder les différends relatifs aux investissements et la politique gouvernementale.

PRATIQUE CONVENTIONNELLE DU CANADA EN MATIÈRE
D'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Le gouvernement fédéral a poursuivi la politique d'expansion africaine de son réseau d'accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) par la signature de cinq

Charles-Emmanuel Côté est vice-doyen et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval.

¹ *Texte de l'AECG consolidé* (5 août 2014) MAECD, en ligne à <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> [AECG]. Ce texte convenu aux termes des négociations entre le Canada et l'Union européenne fait actuellement l'objet d'une révision juridique et d'une mise en forme. Une fois cette étape complétée, il entrera en vigueur lorsque chacune des parties aura mené à bien son processus de ratification.

nouveaux accords avec le Cameroun,² le Nigeria,³ le Sénégal,⁴ le Mali⁵ et la Côte d'Ivoire.⁶ En ajoutant l'APIE signé avec la Serbie en 2014,⁷ sept APIE signés par le Canada n'étaient toujours pas entrés en vigueur au 31 décembre 2014. À la même date, le nombre total d'APIE conclus par le Canada qui étaient entrés en vigueur s'élevait à vingt-huit, y compris l'APIE Canada-Koweït,⁸ l'APIE Canada-Bénin,⁹ et l'APIE Canada-Chine,¹⁰ tous trois entrés

² *Accord entre le Canada et la République du Cameroun concernant la promotion et la protection des investissements*, mars 2014 (non en vigueur), MAECD, en ligne à <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/cameroon-agreement-cameroun.aspx?lang=fra>>.

³ *Accord entre le Canada et la République fédérale du Nigeria concernant la promotion et la protection des investissements*, 5 mai 2014 (non en vigueur), MAECD, en ligne à <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/nigeria-agreement-nigerie.aspx?lang=fra>>.

⁴ *Accord entre le Canada et la République du Sénégal concernant la promotion et la protection des investissements étrangers*, 27 novembre 2014 (non en vigueur), MAECD, en ligne à <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/senegal-agreement.aspx?lang=fra>>.

⁵ *Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements étrangers*, 28 novembre 2014 (non en vigueur), MAECD, en ligne à <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/mali-agreement.aspx?lang=fra>>.

⁶ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Côte d'Ivoire concernant la promotion et la protection des investissements*, 30 novembre 2014 (non en vigueur), MAECD, en ligne à <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/cote-divoire-agreement.aspx?lang=fra>>.

⁷ *Accord entre le Canada et la République de Serbie concernant la promotion et la protection des investissements*, 1^{er} septembre 2014 (non en vigueur au 31 décembre 2014), MAECD, en ligne à <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/republic-of-serbia-text-republique-de-serbie.aspx?lang=fra>>.

⁸ *Accord entre le Canada et l'État du Koweït concernant la promotion et la protection des investissements*, 26 septembre 2011, RT Can 2014 n° 5 (entrée en vigueur: 19 février 2014).

⁹ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Bénin concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, 8 janvier 2013, RT Can 2014 n° 13 (entrée en vigueur: 12 mai 2014).

¹⁰ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, 9 septembre 2012, RT Can 2014 n° 26 (entrée en vigueur: 1^{er} octobre 2014). Sur l'APIE Canada-Chine, voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2012.

en vigueur en 2014.¹¹ Il faut souligner que l'entrée en vigueur de l'APIE Canada-Chine de 2012 a été retardée par les procédures judiciaires entreprises devant la Cour fédérale par une petite communauté autochtone de l'île de Vancouver, dans l'affaire *Première Nation des Hupacasath c Canada (Affaires étrangères)*,¹² qui alléguait que la Couronne avait manqué à son obligation de consultation envers elle en signant l'accord. Ottawa a décidé de ne pas attendre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans cette affaire pour compléter les formalités d'entrées en vigueur du traité, fort du jugement de première instance qui a rejeté l'action. Fin 2014, la répartition régionale des APIE du Canada entrés en vigueur était de dix en Europe,¹³ neuf en Amérique centrale et du Sud,¹⁴ six en Asie¹⁵ et trois en Afrique.¹⁶

En plus des six nouveaux APIE signés en 2014, il faut également mentionner la signature en 2014 d'un important accord de libre-échange (ALÉ) avec la Corée du Sud,¹⁷ qui comporte un chapitre sur l'investissement, alors que le Canada n'avait pas conclu d'APIE avec cet État. L'ALÉ Canada-Honduras¹⁸ est pour sa part entré en

¹¹ Voir Canada, ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement, *Accords sur la promotion et la protection des investissements (APIE)*, MAECD, en ligne à <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>>.

¹² 2013 CF 900, 438 FTR 210. Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2013.

¹³ Pologne (1990), Union des républiques socialistes soviétiques (1991), Hongrie (1993), Ukraine (1995), Arménie (1999), Croatie (2001), Lettonie (2011), Roumanie (2011), République slovaque (2012) et République tchèque (2012). L'année entre parenthèses est celle de l'entrée en vigueur de l'APIE.

¹⁴ Argentine (1993), Trinité-et-Tobago (1996), Barbade (1997), Équateur (1997), Panama (1998), Venezuela (1998), Costa Rica (1999), Uruguay (1999) et Pérou (2007). L'année entre parenthèses est celle de l'entrée en vigueur de l'APIE.

¹⁵ Philippines (1996), Thaïlande (1998), Liban (1999), Jordanie (2009), Chine (2014) et Koweït (2014). L'année entre parenthèses est celle de l'entrée en vigueur de l'APIE.

¹⁶ Égypte (1997), Tanzanie (2013) et Bénin (2014). L'année entre parenthèses est celle de l'entrée en vigueur de l'APIE.

¹⁷ 22 septembre 2014 (non en vigueur au 31 décembre 2014), MAECD, en ligne à <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/korea-coree/toc-tdm.aspx?lang=fra>>.

¹⁸ *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Honduras*, 5 novembre 2013, RT Can 2013 n° 9 (entrée en vigueur: 1^{er} octobre 2014).

vigueur en 2014, ce qui portait à cinq le nombre de ces accords comportant un chapitre sur l'investissement conclus par le Canada au 31 décembre 2014. Chose intéressante à noter, la totalité de ces accords avait été conclue avec des États des Amériques jusqu'à maintenant.¹⁹

DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS IMPLIQUANT LE CANADA OU DES INVESTISSEURS CANADIENS

Si aucune sentence n'a été rendue dans une affaire impliquant le Canada en 2014, des sentences ont été rendues dans trois affaires concernant des réclamations d'investisseurs canadiens contre des États tiers sur la base d'accords sur l'investissement conclus par celui-ci.

La première affaire met en cause la frontière parfois ténue entre un différend commercial et un différend relatif à l'investissement. Dans *Apotex Holdings c États-Unis*,²⁰ un groupe pharmaceutique canadien contestait la fermeture soudaine du marché américain aux médicaments génériques qu'il produisait dans deux usines situées en Ontario, suite à une inspection sur place des autorités américaines. Apotex Holding et Apotex inc. détenaient une autorisation de mise en marché émise par la Food and Drug Administration (FDA) des États-Unis, qui permettait à leur filiale américaine Apotex Corp. d'importer ses médicaments génériques et de les distribuer sur le marché américain. Le groupe Apotex réclamait entre 1 et 1,5 milliards de dollars américains en raison de cette fermeture de deux ans du marché américain, qui violait selon lui la clause de la nation la plus favorisée (clause NPF), la clause du traitement national et la clause du traitement juste et équitable (clause du TJE) prévues par le chapitre 11 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*²¹ (ALÉNA). Les investisseurs canadiens utilisaient en outre la clause NPF afin d'invoquer la violation de la clause du TJE du traité bilatéral sur l'investissement (TBI) États-Unis-Jamaïque, au motif que la clause

¹⁹ Honduras (2014), Panama (2013), Colombie (2011), Pérou (2009), Chili (1997), États-Unis et Mexique (1994). Les ALÉ conclus avec la Jordanie (2012), l'Association européenne de libre-échange (AELE) (2009), Costa Rica (2002) et Israël (1997) ne comportent pas de chapitre sur l'investissement. L'année entre parenthèses est celle de l'entrée en vigueur de l'ALÉ.

²⁰ Sentence, CIRDI Aff n° ARB(AF)/12/1 (Chapitre 11 ALÉNA, 25 août 2014) (arbitres: V.V. Veeder, prés, J. William Rowley et John R. Crook).

²¹ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 art 102-5 (entrée en vigueur: 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

du TJE prévue par celui-ci allait au-delà de la norme minimale de traitement prévue par le droit international coutumier, à laquelle se limite le chapitre 11 de l'ALÉNA. Le tribunal arbitral a décidé à la majorité qu'il n'avait pas compétence sur la réclamation d'Apotex inc. ni sur les aspects de la réclamation d'Apotex Holding qui touchaient à l'autorisation de mise en marché émise par la FDA, en raison d'une sentence arbitrale rendue antérieurement sur une réclamation analogue d'Apotex inc., qui avait déterminé que cette dernière n'était pas un investisseur au sens du chapitre 11.²² Ce faisant le tribunal arbitral a jugé que l'article 1136 de l'ALÉNA prévoyant le caractère obligatoire des sentences pour les parties comprenait nécessairement la règle de l'autorité de la chose jugée, ou *res judicata*. Il a aussi rejeté sur le fond les aspects de la réclamation d'Apotex Holding sur lesquels il s'est déclaré compétent. Enfin, le tribunal arbitral n'a pas eu à se prononcer sur la question importante de savoir si le TJE accru offert par un autre accord sur l'investissement pouvait être importé dans le chapitre 11 de l'ALÉNA au moyen de la clause NPF, laissant ainsi la question ouverte.²³

Les deux autres affaires concernent des réclamations de sociétés canadiennes fondées sur l'APIE Canada-Venezuela.²⁴ Dans *Nova Scotia Power Incorporated (Canada) c Venezuela*,²⁵ une société énergétique canadienne avait conclu un contrat d'approvisionnement en charbon avec une société-écran incorporée à Aruba et détenue par le Venezuela. Après la résiliation unilatérale du contrat par la partie étatique, Nova Scotia Power Incorporated a présenté une réclamation en vertu de l'APIE Canada-Venezuela, mais le tribunal arbitral a décidé qu'il n'était pas compétent pour connaître cette réclamation, en raison du défaut de qualité d'investisseur de la société plaignante. Quant à elle, l'affaire *Gold Reserve c Venezuela*²⁶ mettait

²² *Ibid* au para 7.9. Voir *Apotex Inc. c États-Unis*, Sentence sur la compétence et l'admissibilité, CNUDCI (Chapitre 11 ALÉNA, 14 juin 2013) (arbitres: Toby T. Landau, prés., Fern M. Smith et Clifford M. Davidson).

²³ *Apotex Holdings c. États-Unis*, *supra* note 20 au para 9.71.

²⁴ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Venezuela concernant la promotion et la protection des investissements*, 1^{er} juillet 1996, RT Can 1998 n° 20 (entrée en vigueur: 28 janvier 1998).

²⁵ Sentence, CIRDI Aff n° ARB(AF)/11/1 (APIE Canada-Venezuela, 30 avril 2014) (arbitres: Hans Van Houtte, prés., David AR Williams et Raúl Emilio Vinuesa).

²⁶ Sentence, CIRDI Aff n° ARB(AF)/09/1 (APIE Canada-Venezuela, 22 septembre 2014) (arbitres: Piero Bernardini, prés., Pierre-Marie Dupuy et David A.R. Williams).

en cause la réclamation d'une société minière canadienne contre les mesures des autorités vénézuéliennes qui l'ont empêchée d'exploiter le gisement aurifère du projet Brisas, pour lequel elle détenait des concessions. Les faits de cette affaire étaient compliqués par l'enchevêtrement de la structure corporative en cause, puisque Gold Reserve Corp, la société mère américaine, a cédé à sa filiale canadienne Gold Reserve inc. la propriété de Gold Reserve du Venezuela, sa filiale vénézuélienne titulaire de la concession minière. En l'absence d'une clause de refus des avantages dans l'APIE, le tribunal arbitral a dû se reconnaître compétent, malgré le fait que la société canadienne était une société-écran qui avait été créée dans le but évident de profiter de la protection de l'APIE Canada-Venezuela en l'absence d'un TBI entre les États-Unis et la république bolivarienne.²⁷ Le tribunal arbitral a condamné le Venezuela à verser la somme colossale de 713 millions de dollars américains à l'investisseur canadien, en raison de la violation particulièrement caractérisée de la clause du TJE par son comportement dans le projet Brisas. Ce montant semble être le plus important jamais octroyé à des investisseurs sur la base d'un APIE du Canada. L'affaire *Gold Reserve* devrait convaincre les États qui en doutaient encore de l'importance de prévoir une clause de refus des avantages dans leur TBI.

Une nouvelle plainte contre le Canada a été soumise à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA en 2014, impliquant encore une fois la mesure d'une province canadienne. Dans l'affaire *Longyear c Canada*,²⁸ une société américaine conteste le traitement fiscal discriminatoire dont ferait l'objet la société canadienne qu'elle possède. Cette dernière avait acquis une terre forestière en Ontario, mais s'était vue refuser le bénéfice d'un programme d'avantages fiscaux de la province pour l'industrie forestière. La réclamation de l'investisseur américain s'élève à 12 millions de dollars canadiens en dommages-intérêts. Cette affaire porte à cinq le nombre de réclamations faites contre le Canada en raison de mesures provinciales qui étaient pendantes au 31 décembre 2014, avec les affaires *Mesa Power Group c. Canada*,²⁹ *Mercer International*

²⁷ *Ibid* aux para 252–55.

²⁸ *Longyear c Canada*, "Notification d'arbitrage," CNUDCI (Chapitre 11 ALÉNA, 20 mai 2014).

²⁹ "Notification d'arbitrage," CNUDCI (Chapitre 11 ALÉNA, 4 octobre 2011). Cette réclamation de 775 millions de dollars canadiens vise une mesure de l'Ontario.

c Canada,³⁰ *Windstream Energy c Canada*,³¹ et *Lone Pine Resources c Canada*.³² Le total cumulatif de ces réclamations s'élevait à plus de 1,5 milliard de dollars canadiens, ce qui devrait mettre de la pression sur Ottawa et les provinces pour qu'elles aménagent de manière plus prévisible la gestion et la responsabilité financière de telles réclamations, à l'instar de ce qu'a fait récemment l'UE avec ses États membres.³³

Trois autres réclamations étaient pendantes en 2014 contre le Canada en raison de mesures fédérales, avec l'affaire *Ely Lilly c Canada*³⁴ qui vise l'interprétation faite par les tribunaux canadiens de la législation fédérale sur les droits de propriété intellectuelle, l'affaire *Detroit International Bridge Company c Canada*³⁵ qui concerne la législation fédérale sur les ponts internationaux, ainsi que l'affaire *Clayton/Bilcon c Canada*.³⁶ qui vise le processus conjoint du fédéral et de la Nouvelle-Écosse pour la révision des impacts environnementaux d'un projet d'exploitation d'une carrière de ciment et d'un terminal portuaire dans la province de l'Atlantique. Le total cumulatif de ces réclamations pendantes contre des mesures fédérales s'élève à plus de 4 milliards de dollars américains, auxquels il faut ajouter les 1,5 milliard de dollars canadiens de réclamation contre des mesures provinciales, ce qui donne la somme considérable de plus de 6 milliards de dollars canadiens en réclamations d'investisseurs américains pendantes contre le Canada au 31 décembre 2014.

³⁰ "Requête," CIRDI Aff n° ARB(AF)/12/3 (Chapitre 11 ALÉNA, 30 avril 2012). Cette réclamation de 250 millions de dollars canadiens vise une mesure de la Colombie-Britannique.

³¹ "Notification d'arbitrage," CNUDCI (Chapitre 11 ALÉNA, 20 janvier 2013). Cette réclamation de 475 millions de dollars canadiens vise une mesure de l'Ontario.

³² "Notification d'arbitrage," CNUDCI (Chapitre 11 ALÉNA, 6 septembre 2013). Cette réclamation de 250 millions de dollars vise une mesure du Québec.

³³ Voir *CE, Règlement (CE) 912/2014 du Parlement européen et du Conseil 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie*, [2004] JO L 257 à la p 121.

³⁴ "Notification d'arbitrage," CNUDCI (Chapitre 11 ALÉNA, 12 septembre 2013). Cette réclamation s'élève à 500 millions de dollars canadiens.

³⁵ "Notification d'arbitrage," CNUDCI (Chapitre 11 ALÉNA, 29 avril 2011). Cette réclamation s'élève à 3,5 milliards de dollars américains.

³⁶ "Notification d'arbitrage," CNUDCI (Chapitre 11 ALÉNA, 26 mai 2008). Cette réclamation s'élève à 188 millions de dollars américains.

De nouveaux développements sont aussi survenus dans l'affaire *Mobil Investments Canada c Canada*,³⁷ où la majorité du tribunal arbitral avait trouvé le Canada responsable de la violation de ses obligations sur les contraintes d'exploitation prévues par le chapitre 11 de l'ALÉNA en raison de ses exigences de soutien au développement local de Terre-Neuve. Le tribunal arbitral avait laissé le soin aux investisseurs américains lésés de soumettre une nouvelle réclamation lorsqu'ils seraient en mesure d'évaluer leurs dommages futurs, ce qu'ils sont en voie de faire puisqu'ils ont signifié au Canada leur intention de soumettre une plainte à l'arbitrage à cet égard, la mesure illicite n'ayant toujours pas été abrogée.³⁸ Le tribunal arbitral demeurerait toutefois saisi de la demande de réparation des dommages subis avant qu'il ait rendu sa sentence, dans l'attente que les investisseurs en fassent la preuve devant lui.

Parallèlement à ces réclamations portées contre le Canada, six réclamations d'investisseurs canadiens étaient pendantes au 31 décembre 2014 contre des États tiers avec lesquels le Canada a conclu un accord sur l'investissement. En plus des affaires *Crystallex International Corporation c Venezuela*,³⁹ *Rusoro Mining c Venezuela*,⁴⁰ et *World Wide Minerals c Kazakhstan*,⁴¹ trois nouvelles réclamations ont été soumises à l'arbitrage au CIRDI par des investisseurs canadiens, ce qui constitue les trois premiers cas de recours à la convention de Washington depuis son entrée en vigueur pour le Canada.⁴²

³⁷ Sentence sur la responsabilité et les principes de quantum, CIRDI Aff n° ARB(AF)/07/4 (Chapitre 11 ALÉNA, 22 mai 2012) (Arbitres: Hans Van Houtte, prés., Merit E Janow et Philippe Sands). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2012.

³⁸ *Mobil Investments Canada c Canada*, "Notification d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage" (Chapitre 11 ALÉNA, 16 octobre 2014); *Murphy Oil Corporation c Canada*, "Notification d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage" (Chapitre 11 ALÉNA, 16 octobre 2014).

³⁹ "Requête d'arbitrage," CIRDI Aff n° ARB(AF)/11/2 (APIE Canada-Venezuela, 9 mars 2011) [non publiée].

⁴⁰ "Requête d'arbitrage," CIRDI Aff n° ARB(AF)/12/5 (APIE Canada-Venezuela, 1^{er} août 2012) [non publiée].

⁴¹ "Notification d'arbitrage" (CNUDCI) (APIE Canada-URSS, 16 décembre 2013) [non publiée]. Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2013.

⁴² *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 160, RT Can 2013 n° 24 (entrée en vigueur pour le Canada: 1^{er} décembre 2013). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2013.

Dans l'affaire *Infinito Gold c Costa Rica*,⁴³ une société minière canadienne réclame 94 millions de dollars américains sur la base de l'APIE Canada-Costa Rica en raison des jugements contradictoires de la plus haute juridiction costaricaine concernant sa concession pour l'exploitation du gisement aurifère de Las Crucitas. L'affaire *Bear Creek Mining Corporation c Pérou*⁴⁴ met aussi en cause la réclamation d'une société minière canadienne contre un État d'Amérique latine, mais peu de détails concernant la réclamation ont été rendus publics, si ce n'est qu'elle se fonde sur l'ALÉ Canada-Pérou. Enfin, l'affaire *Eurogas c République slovaque*⁴⁵ soulève la question délicate de l'invocation de la responsabilité d'un État membre de l'UE par un investisseur canadien, Belmont Resources inc., sur la base de l'APIE conclu par le Canada avec la république d'Europe centrale, en lien avec l'exploitation d'une mine de talc. Ici encore, très peu de détails ont été rendus publics sur cette réclamation.

POLITIQUE CANADIENNE SUR L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Le gouvernement fédéral a rendu publique à la fin de 2014 sa stratégie améliorée en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE) dans le secteur minier, intitulée *Le modèle d'affaires canadien: Stratégie de promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger*.⁴⁶ Cette dernière résulte de l'évaluation de la première stratégie du Canada en la matière qui avait été lancée en 2009. Cet exercice de révision a révélé la nécessité d'élaborer et de promouvoir des outils pour favoriser la RSE, ainsi que celle d'offrir des conseils et de l'assistance en la matière à l'industrie extractive canadienne.

⁴³ "Requête d'arbitrage," CIRDI Aff n° ARB/14/5 (APIE Canada-Costa Rica, 6 février 2014).

⁴⁴ "Requête d'arbitrage," CIRDI Aff n° ARB/14/21 (ALÉ Canada-Pérou, 18 août 2014) [non publiée].

⁴⁵ "Requête d'arbitrage," CIRDI Aff n° ARB/14/14 (APIE Canada-République slovaque, 8 juillet 2014) [non publiée].

⁴⁶ Canada, ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement, *Le modèle d'affaires canadien: Stratégie de promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger* (14 novembre 2014), MAECD, en ligne à <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Strategie_RSE_amelioree_FRA.pdf>.

La stratégie améliorée clarifie notamment les attentes du gouvernement fédéral à l'égard de l'industrie, qu'il souhaite voir faire la promotion à l'étranger des "valeurs canadiennes" et se comporter selon les "plus hauts standards éthiques." Les entreprises canadiennes devraient surpasser les exigences du droit national en matière environnementale et sociale. Le gouvernement fédéral s'engage à faire la promotion des lignes directrices internationales en matière de RSE auprès des entreprises canadiennes, par le truchement du Bureau du conseiller en RSE de l'industrie extractive, y compris les nouveaux instruments élaborés depuis 2009: les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*; les *Principes directeurs des Nations Unies sur l'entreprise et les droits de l'homme*; les *Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme*; les *Critères de performance de la Société financière internationale (SFI) sur la durabilité sociale et environnementale*; le *Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour les chaînes d'approvisionnement responsable en minerais provenant de zones de conflits ou à haut risque*; l'*Initiative mondiale sur les rapports de performance*. Il s'engage également à faire de même avec les lignes directrices suivantes élaborées au Canada: *Guide sur l'exploration et l'exploitation minière pour les collectivités autochtones*; *Responsabilité sociale des entreprises: Guide de mise en œuvre à l'intention des entreprises canadiennes*; *e3 Plus*; *Vers le développement minier durable*.

Afin de répondre au besoin de conseil et d'assistance de l'industrie extractive canadienne, la Stratégie améliorée prévoit un soutien accru aux initiatives de RSE de la part du réseau des missions diplomatiques du Canada à l'étranger, ainsi que la formation des délégués commerciaux et du personnel des missions diplomatiques en matière de RSE, afin de mieux les outiller pour détecter les problèmes et les solutionner.

Deux innovations intéressantes sont prévues sur le plan de la résolution des situations problématiques en matière de RSE des entreprises extractives canadiennes à l'étranger. D'une part, le Conseiller en RSE devra renvoyer les situations portées à son attention au Point de contact national du Canada, chargé de résoudre les conflits en vertu des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*. D'autre part, la sanction en cas de non-respect des lignes directrices de RSE sera le retrait du soutien commercial du gouvernement fédéral dans les marchés internationaux, ce qui constitue une innovation tout à fait intéressante et digne de mention.

LE CHAPITRE SUR L'INVESTISSEMENT DE L'AECC

Ottawa et Bruxelles ont annoncé la conclusion des négociations de l'AECC et ont rendu public le texte de l'accord de principe intervenu à l'automne 2014.⁴⁷ Techniquement, le texte formel du traité n'a pas encore été adopté par les parties, qui en sont encore à le finaliser, ce qui signifie qu'au regard du droit des traités, l'AECC n'a pas encore été signé.⁴⁸ Une disposition prévoit cependant qu'après l'avoir signé, les parties pourraient convenir de le rendre applicable provisoirement en attendant son entrée en vigueur formelle.⁴⁹ Ce procédé n'est pas inconnu en droit international économique, puisqu'il avait été prévu pour l'application de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce⁵⁰ (GATT de 1947), ainsi que pour le Traité sur la Charte de l'énergie⁵¹ (TCE), mais il soulève des difficultés juridiques qui sont d'ailleurs actuellement étudiées par la Commission du droit international (CDI).⁵² Les APIE actuellement en vigueur entre le Canada et des États membres de l'Union européenne (UE) seront remplacés par l'AECC lors de son entrée en vigueur,

⁴⁷ AECC, *supra* note 1. Ce texte a été précédé par la publication d'un résumé technique en 2013 lors de l'annonce de la conclusion des négociations. Canada, *Résumé technique des résultats finaux de la négociation. Accord économique et commercial global Canada-Union européenne. Accord de principe* (18 octobre 2013) aux pp 13-16, MAECD, en ligne à <<http://plandaction.gc.ca/sites/default/files/pdfs/aecg-resumetechnique.pdf>>. Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2013.

⁴⁸ Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354 art 9-10 (entrée en vigueur: 27 janvier 1980).

⁴⁹ AECC, *supra* note 1 c34 art X.06 (3).

⁵⁰ 30 octobre 1947, 55 RTNU 187, RT Can 1947 n° 27, 4 IBDD (1969) 1; *Protocole d'application provisoire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 1 IBDD (1952) 77.

⁵¹ 17 décembre 1994 33 ILM 382 art 45.

⁵² Voir CDI, *Premier rapport sur l'application à titre provisoire des traités. Établi par Juan Manuel Gómez-Robledo, Rapporteur spécial*, Doc. NU A/CN.4/664 (2013), CDI, en ligne à <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/352/48/PDF/N1335248.pdf?OpenElement>>; CDI, *Deuxième rapport sur l'application à titre provisoire des traités. Établi par Juan Manuel Gómez-Robledo, Rapporteur spécial*, Doc NU A/CN.4/675 (2014), CDI, en ligne à <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/425/45/PDF/N1442545.pdf?OpenElement>>.

ou encore suspendus si l'*AECG* devait d'abord être appliqué provisoirement.⁵³

La transparence des parties doit être saluée, avec la publication du texte de leur accord de principe. L'*AECG* constitue à plusieurs égards le banc d'essai pour les autres grandes négociations régionales actuellement en cours entre l'Union européenne (UE) et les États-Unis, avec le *Transatlantic Trade and Investment Partnership*⁵⁴ (TTIP), ou encore entre plus d'une dizaine d'États de la région pacifique — à l'exclusion notable de la Chine — avec le *Partenariat transpacifique*⁵⁵ (PTP). En ce qui concerne plus spécialement l'investissement, l'*AECG* constitue le second exercice par Bruxelles de sa nouvelle compétence exclusive en la matière, après la conclusion avec Singapour d'un accord de libre-échange comprenant un chapitre sur l'investissement. Il permet de voir quelle forme prendra la pratique conventionnelle de l'UE en matière d'investissement, elle qui succède à la pratique intensive de ses États membres en la matière. De façon générale, le chapitre sur l'investissement de l'*AECG* indique que Bruxelles a choisi de s'éloigner de la pratique conventionnelle européenne pour suivre plutôt celle de l'Amérique du Nord, plus favorable à la libéralisation des flux d'investissements. En revanche, il serait simpliste de conclure qu'avec l'*AECG*, l'UE entraîne ses États membres dans un néolibéralisme débridé ou une américanisation rampante en matière de promotion et de protection des investissements. Une analyse plus fine de l'accord révèle plusieurs innovations juridiques, qui résultent de la rencontre entre les approches nord-américaine et européenne ainsi que d'une préoccupation commune pour le rééquilibrage du droit international de l'investissement.

⁵³ *AECG*, *supra* note 1 c 34, annexe Y, art X.07. Il s'agit des APIE conclus avec la Croatie, la Hongrie, la Lettonie, la République tchèque, la Pologne, la Roumanie et la Slovaquie, ainsi que de l'accord d'assurance-investissement conclu avec Malte.

⁵⁴ UE, Commission européenne, *In Focus: Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Commission européenne, en ligne à <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>; États-Unis, Mission des États-Unis auprès de l'UE, *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Mission des États-Unis auprès de l'UE, en ligne à <http://useu.usmission.gov/ttip.html>.

⁵⁵ Canada, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, *Négociations de libre-échange du Partenariat transpacifique (PTP)*, MAECD, en ligne à <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/index.aspx?lang=fra>.

Le sort que connaîtra l'*AECG* demeure toutefois incertain. Même lorsque les parties auront formellement adopté le texte final de l'accord, celui-ci devra être ratifié par chacune d'elle.⁵⁶ Si la ratification du traité par le Canada ne devrait pas poser de problème particulier puisqu'elle relève exclusivement de la prérogative du gouvernement fédéral suivant la pratique, celle de la partie européenne pourrait s'avérer beaucoup plus ardue. Si l'*AECG* devait être qualifié de traité mixte au regard du droit de l'UE, la ratification par ses 28 États membres serait nécessaire, ce qui prendrait plusieurs années et comporterait même le risque que la ratification soit bloquée, empêchant l'accord de voir le jour.⁵⁷ Un recours envisagé par la Commission européenne auprès de la Cour de justice de l'Union européenne sur la question de la qualification de l'ALÉ UE-Singapour au regard du droit de l'UE scellera d'ailleurs le sort de l'*AECG*, puisque la décision de la Cour sur le caractère mixte ou non d'un ALÉ avec un chapitre sur l'investissement déterminera s'il doit ou non être ratifié par les 28 États membres.⁵⁸

Le chapitre sur l'investissement, et plus spécialement l'arbitrage entre investisseur et État, fait l'objet de vives critiques de la part de la société civile européenne et même du gouvernement d'États membres aussi importants que l'Allemagne ou la France.⁵⁹ Ces critiques ne manquent pas de surprendre de la part d'États qui ont été parmi les principaux instigateurs du droit international de l'investissement et de l'arbitrage entre investisseur et État. En réalité, la pratique conventionnelle des États membres de l'UE épousait

⁵⁶ *AECG*, *supra* note 1 c 34, art X.06 (1)–(2).

⁵⁷ Voir CE, *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée)*, [2007] JO, C 326, 26, à la p 47, art 216–19; voir également Marc Bungenberg, "EU Investment Treaty-Making after Lisbon" dans Kurt Hübner, dir, *Europe, Canada and the Comprehensive Economic and Trade Agreement*, Oxford, Routledge, 2011, 226.

⁵⁸ Marcel Sangsari, "CETA's Fate may hinge on outcome of EU-Singapour trade ratification," *The Globe and Mail* (1^{er} décembre 2014); UE, Commission européenne, "Singapore: The Commission to Request a Court of Justice Opinion on the Trade Deal," Communiqué (30 octobre 2014).

⁵⁹ France, ministère des Affaires étrangères et du Développement international, "Négociations commerciales. Déclaration commune de Sigmar Gabriel, Matthias Machnig et Matthias Fekl," Communiqué (21 janvier 2015); Cécile Barbière, "Paris et Berlin veulent réviser l'accord UE-Canada," *Euractiv.fr* (26 janvier 2015), *Euractiv.fr*, en ligne à <<http://www.euractiv.fr/sections/commerce-industrie/paris-et-berlin-veulent-reviser-laccord-ue-canada-311550>>.

essentiellement des flux d'investissement nord-sud, ce qui est illustré par le fait que très peu d'entre eux, particulièrement les États membres d'Europe de l'Ouest, ont fait l'objet de réclamation de la part d'investisseurs étrangers jusqu'à maintenant. La perspective de voir des investisseurs canadiens attirer l'UE ou un État membre devant un tribunal arbitral pour un manquement au chapitre de l'*AECG* sur l'investissement explique sans doute cette soudaine inquiétude en Europe envers l'arbitrage entre investisseur étranger et État, sans parler de l'obtention possible par les investisseurs américains d'un tel droit avec le TTIP.

LE CHAMP D'APPLICATION DU CHAPITRE SUR L'INVESTISSEMENT DE L'*AECG*

Suivant l'approche nord-américaine, le chapitre sur l'investissement de l'*AECG* s'applique tant aux investissements réalisés qu'aux investissements envisagés, c'est-à-dire qu'il vise à la fois les phases pré et post investissement. Ceci découle entre autres de la définition du terme "investisseur," qui s'entend de la personne physique ou morale d'une partie qui "cherche à effectuer," qui "effectue" "ou qui "a effectué" un investissement sur le territoire de l'autre partie.⁶⁰ Cet élargissement du champ d'application du chapitre par rapport à l'approche européenne, qui tendait à ne viser que la phase post investissement, doit toutefois être nuancé à plusieurs égards. D'abord, la portée des obligations applicables à la phase pré investissement est restreinte par de nombreuses réserves qui la découpent de manière chirurgicale afin de préserver l'espace réglementaire voulu par les parties dans les domaines sensibles pour elles. Ensuite, les obligations qui ne sont pas assorties de réserve ne s'appliquent pas à la phase pré investissement. Enfin, cette phase n'est pas visée par l'arbitrage entre investisseur et État. Ces trois aspects montrent qu'au-delà d'une adhésion de principe à l'approche nord-américaine, le champ d'application du chapitre de l'*AECG* marie en réalité les approches nord-américaine et européenne, pour aboutir à une nouvelle approche préservant davantage la souveraineté étatique que l'approche nord-américaine habituelle.

Conformément à l'approche nord-américaine, la portée du chapitre est circonscrite aux mesures "concernant" un investisseur ou son investissement, notion qui a engendré la doctrine *Methanex*,

⁶⁰ *AECG*, *supra* note 1 c 10, art X.3 "Investisseur."

qui y voit une limite aux mesures ayant une “*legally significant connection*” avec l’investisseur ou son investissement.⁶¹ La notion d’investissement est définie de manière hybride, combinant une longue liste indicative des opérations économiques visées, avec une définition générale plus synthétique, suivant laquelle les caractéristiques de l’investissement sont notamment “l’engagement de capitaux ou d’autres ressources, l’attente de gains ou de profits ou l’acceptation du risque” et qu’il doit être “d’une durée définie.”⁶²

Le champ d’application du chapitre est aussi protégé contre les abus par la clause de refus des avantages, typique de l’approche nord-américaine qui permet d’empêcher les investisseurs d’un État tiers de profiter de la protection juridique de l’accord en créant une société-écran ayant la nationalité d’une partie afin de couvrir leur nationalité effective.⁶³ Il faut finalement souligner que tout le chapitre est assujéti à l’exception de sécurité nationale et à l’exception fiscale applicable à l’ensemble de l’*AECCG*, qui permettent à l’État hôte de justifier une mesure autrement incompatible lorsqu’elle vise la protection de ses intérêts de sécurité essentiels ou l’application d’une convention fiscale.⁶⁴

LA PROTECTION JURIDIQUE PROSPECTIVE DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS ET DE LEURS INVESTISSEMENTS

Le chapitre sur l’investissement de l’*AECCG* embrasse la distinction typique de l’approche nord-américaine entre engagements immédiats et engagements prospectifs. La protection juridique prospective se caractérise par des engagements dont la pleine application est un objectif à atteindre dans le futur, en raison des nombreuses réserves dont ils font l’objet. Afin de bien comprendre la portée des engagements des parties et la protection réellement offerte aux investisseurs étrangers et à leurs investissements, il est indispensable de lire ces obligations de concert avec les annexes détaillées

⁶¹ *Ibid*, c 10 art X.1 (1). Voir *Methanex Corporation c États-Unis*, Sentence sur la compétence, CNUDCI au para 147 (Chapitre 11 ALÉNA, 7 août 2002); Charles-Emmanuel Côté, “Looking for Legitimate Claims: Scope of NAFTA Chapter 11 and Limitation of Responsibility of Host State,” dans Andrew Byrnes, Mika Hayashi et Christopher Michaelson, dir, *International Law in the New Age of Globalization*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2008, 389 aux pp 404–22.

⁶² *AECCG*, *supra* note 1 c 10, art X.3 “Investissement.”

⁶³ *Ibid*, art X.15.

⁶⁴ *Ibid* c 32, art X.05–06.

qui les accompagnent et qui donnent à ces obligations l'apparence d'un véritable fromage gruyère.

D'abord, l'*AECG* reconnaît le droit d'établissement dans une partie des investisseurs provenant de l'autre partie. Ce droit important signifie qu'en principe, l'accès aux opportunités d'investissements par les investisseurs étrangers ne doit pas être limité de quelque façon que ce soit, sous réserve des contraintes exigées par la législation sur la concurrence ou encore de la législation sur l'environnement.⁶⁵ Par définition, ce droit d'établissement ne peut s'exercer qu'à la phase pré investissement. Conformément à l'approche nord-américaine, l'*AECG* interdit également toute une série de contraintes d'exploitation d'un investissement étranger qui ne peuvent être imposées par l'État hôte, comme l'obligation d'exporter sa production, ou encore celle de s'approvisionner auprès de fournisseurs locaux.⁶⁶ Les prescriptions de résultats prohibées dépassent les obligations prévues par les accords de l'OMC en la matière, restreignant davantage la souveraineté étatique.

Les clauses de non-discrimination typiques de tout accord sur l'investissement font également partie des engagements prospectifs de l'*AECG*. Elles comprennent une clause du traitement national, une clause de la nation la plus favorisée (NPF) et une clause sur la nationalité des cadres supérieurs et des membres du conseil d'administration des entreprises.⁶⁷ L'application de ces engagements prospectifs à la phase pré investissement est conforme à l'approche nord-américaine, mais constitue une libéralisation accrue par rapport à l'approche européenne habituelle. Des innovations juridiques doivent être soulignées en ce qui concerne la clause NPF, qui ne peut permettre d'invoquer les procédures de règlement des différends plus avantageuses qui pourraient être prévues par un autre accord sur l'investissement de l'État hôte.⁶⁸ Encore plus intéressant, les règles de fond prévues par un tel accord ne peuvent pas non plus être invoquées en tant que telles, "en l'absence de mesures adoptées par une Partie conformément à de telles obligations."⁶⁹ La seule existence d'une obligation plus avantageuse

⁶⁵ *Ibid*, art X.4.

⁶⁶ *Ibid*, art X.5.

⁶⁷ *Ibid*, art X.6–X.8.

⁶⁸ *Ibid*, art X.7 (4).

⁶⁹ *Ibid*.

pour l'investisseur étranger dans un accord avec un État tiers ne pourrait donc fonder une réclamation; il faudrait pour ce faire que l'État hôte ait en pratique accordé ce traitement plus avantageux à un investisseur étranger de cet État tiers.

Ces engagements prospectifs sont aussi limités par l'exclusion complète des services audiovisuels et des industries culturelles de leur portée.⁷⁰ Ils ne s'appliquent pas non plus aux mesures liées aux services aériens ou "aux activités réalisées dans l'exercice d'un pouvoir public," c'est-à-dire aux activités qui ne sont exercées "ni sur une base commerciale ni en concurrence avec un ou plusieurs opérateurs économiques," mais uniquement en ce qui concerne la phase préinvestissement.⁷¹ Sans exemple concret, il est cependant assez difficile de cerner la portée de cette limitation nouvelle quant à l'exercice d'un pouvoir public.

Les limites les plus importantes à ces obligations sont toutefois celles qui sont inscrites dans les annexes de l'*AECC*. Une clause d'antériorité permet aux parties de maintenir toute mesure autrement incompatible qui est spécifiquement désignée à cette fin; à cet égard, une innovation juridique importante est que les mesures des provinces canadiennes ne sont plus couvertes par une clause d'antériorité générale, mais sont pour la première fois désignées spécifiquement, à l'instar des mesures fédérales.⁷² Cela signifie que la libéralisation des mesures provinciales est accrue par rapport aux accords antérieurs du Canada, ce qui constitue un gain pour les investisseurs européens. L'inventaire exhaustif de ces réserves serait beaucoup trop fastidieux aux fins de cette chronique, mais elles comprennent les réserves habituelles du Canada en ce qui concerne par exemple l'approbation des acquisitions d'entreprises canadiennes par Investissement Canada, la privatisation de sociétés d'État, la propriété ou le contrôle étranger des sociétés par actions ou des coopératives canadiennes, la propriété étrangère dans les secteurs sensibles du pétrole brut et du gaz naturel, des télécommunications et des mines d'uranium. Une clause de sauvegarde permet en outre aux parties de maintenir ou d'adopter de nouvelles mesures autrement incompatibles

⁷⁰ *Ibid*, art X.1 (3).

⁷¹ *Ibid*, art X.1 (2)–X.3 "Activités réalisées dans l'exercice des pouvoirs publics."

⁷² *Ibid*, art X.14 (1) et c 35, annexe I. Les mesures autrement incompatibles des administrations locales sont quant à elles protégées par une clause d'antériorité générale.

dans certains secteurs ou activités jugés sensibles et désignés spécifiquement à cette fin.⁷³ Le Canada a inscrit ici ses réserves habituelles, ainsi que pour la première fois les provinces canadiennes, en raison de leur engagement de libéralisation accru à l'égard de ces obligations prospectives. Le Canada se réserve ainsi le droit de maintenir son système de gestion de l'offre de certains produits agricoles, les préférences accordées aux minorités défavorisées et aux Autochtones, les restrictions à la propriété étrangère des terrains en bord de mer, etc.

Une dernière limite importante à ces engagements prospectifs est leur assujettissement aux exceptions générales de l'article XX du *GATT de 1994*,⁷⁴ qui sont incorporées dans l'*AECG*.⁷⁵ Ces exceptions permettent de justifier des mesures autrement incompatibles lorsqu'elles visent par exemple la protection de la moralité publique, de la santé ou encore la conservation des ressources naturelles non renouvelables. Il s'agit donc d'un recul pour la souveraineté étatique par rapport à la pratique canadienne antérieure, qui soumettait l'ensemble des obligations de ses accords sur l'investissement aux exceptions générales; mais il est vrai que cette pratique canadienne demeurerait très peu suivie par les autres États.

LA PROTECTION JURIDIQUE IMMÉDIATE DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS ET DE LEURS INVESTISSEMENTS

Outre cette protection juridique prospective, le chapitre sur l'investissement de l'*AECG* offre également une protection juridique immédiate aux investisseurs étrangers. Une altération de la pratique du Canada — déjà signalée — fait toutefois en sorte que les exceptions générales de l'article XX du *GATT de 1994* ne sont plus applicables aux engagements immédiats des parties, tandis que l'exception de sécurité nationale et l'exception fiscale le demeurent.⁷⁶ Cette protection juridique immédiate concerne les habituelles clauses du traitement juste et équitable

⁷³ *Ibid*, c 10, art X.14 (2); chapitre 35, annexe II.

⁷⁴ *Accord général sur les tarifs et le commerce de 1994*, dans *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 75, annexe 1A.

⁷⁵ *AECG*, *supra* note 1, c 32, art X.02.

⁷⁶ *Ibid* c 32 art X.02, X.05–X.06.

et de protection et sécurité intégrales (TJE),⁷⁷ sur l'expropriation,⁷⁸ sur l'indemnisation non discriminatoire des pertes en cas de conflit armé ou d'autres situations extraordinaires,⁷⁹ ainsi que sur la liberté de transfert de capitaux.⁸⁰ L'influence européenne se fait ici sentir dans la clause du TJE, qui comporte plusieurs innovations, alors que l'influence canadienne est perceptible avec l'absence de clause de stabilisation ou de clause "parapluie," plus fréquente dans la pratique conventionnelle des États membres de l'UE.⁸¹ Pour mémoire, la clause de stabilisation consiste à protéger les investisseurs étrangers contre les modifications de la législation nationale applicable à leur investissement, ce qui se révèle particulièrement appréciable dans le secteur énergétique où les opérations économiques s'étendent souvent sur de longues périodes. La clause "parapluie," elle, consiste à revêtir les contrats d'investissement de la protection juridique du traité, transformant les obligations contractuelles en obligations conventionnelles internationales.

Alors que la pratique nord-américaine, et spécialement celle du Canada, consiste à limiter strictement la clause du TJE à la norme minimale de traitement de la personne et des biens étrangers prévue par la coutume internationale, l'*AECG* s'écarte de cette pratique. Une liste exhaustive de mesures incompatibles avec le TJE est dressée, sans référence à la coutume internationale.⁸² Cette liste vise le déni de justice; le manquement essentiel à l'application régulière de la loi, y compris le manquement essentiel sur le plan de la transparence dans le cadre d'une procédure criminelle

⁷⁷ *Ibid* c 10 art X.9.

⁷⁸ *Ibid* c10 art X.11. L'annexe X.11 comporte la précision typique de l'approche nord-américaine selon laquelle une mesure générale visant un but légitime de protection du bien-être public ne constitue normalement pas une expropriation indirecte.

⁷⁹ *Ibid* c 10, art X.10. Les autres situations extraordinaires visées sont le conflit social, l'état d'urgence et les catastrophes naturelles.

⁸⁰ *Ibid* c10, art X.12.

⁸¹ Voir *Traité sur la Charte de l'énergie*, *supra* note 51, art 10 (1); Allemagne, *Germany Model BIT* (2008), art 7 (2), Italaw.com, en ligne à <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>; France, *France Model BIT* (2006), art 9, Italaw.com, en ligne à <http://www.italaw.com/documents/ModelTreaty-France2006.pdf>; Italie, *Italy Model BIT* (2003), art XII (3), Italaw.com, en ligne à <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ITALY%202003%20Model%20BIT%20.pdf>.

⁸² *AECG*, *supra* note 1 c10, art X.9 (2).

ou administrative; l'acte manifestement arbitraire; la discrimination ciblée pour des motifs manifestement injustifiés, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses; le traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement. Une innovation intéressante prévue par la clause du TJE est le mécanisme de veille de l'évolution du contenu de la clause qui est institué: les parties s'engagent à passer en revue son contenu régulièrement ou à la demande de l'une d'elles, cette veille pouvant éventuellement amener les parties à prendre une décision sur la question. Il reste à voir si les parties appliqueront cette obligation. Il est en outre précisé que lorsqu'un tribunal arbitral applique la clause du TJE, il "peut" tenter de déterminer si une représentation particulière de l'État hôte a pu susciter chez l'investisseur étranger une attente légitime, sur laquelle ce dernier aurait fondé sa décision de faire un investissement ou de le maintenir.⁸³ Cette précision semble indiquer que la clause du TJE ne protège pas les investisseurs étrangers contre la frustration de leurs attentes légitimes en soi, mais que celle-ci peut servir à établir la violation d'un des aspects précités de la clause. Une deuxième précision indique que la "protection et la sécurité intégrale" à laquelle se réfère la clause du TJE concernent la "sécurité physique" des investisseurs et de leurs investissements.⁸⁴ Enfin, la clause comporte aussi la précision, usuelle dans la pratique nord-américaine, selon laquelle la violation d'une obligation internationale par l'État hôte n'entraîne pas automatiquement la violation de la clause.

La clause du TJE du chapitre sur l'investissement de l'AGCE a le mérite de s'attaquer à l'un des aspects les plus controversés du droit international de l'investissement, soit la portée de ce traitement juste et équitable. Ce faisant, elle semble codifier le contenu contemporain de la norme minimale de traitement, tel qu'exposé dans la formule souvent reprise du tribunal arbitral dans l'affaire *Waste Management II*:

[T]he minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety — as might be the case with a manifest

⁸³ *Ibid* chapitre 10 art X.9 (4).

⁸⁴ *Ibid* chapitre 10 art X.9 (5).

*failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.*⁸⁵

La volonté des parties d'assurer une meilleure prévisibilité juridique au contenu de cette clause est évidente, mais il reste à voir comment les tribunaux arbitraux l'interpréteront, particulièrement en l'absence de toute référence à la coutume internationale. Il est à prévoir que la portée qui sera donnée à la clause du TJE sera plus grande que celle de la norme minimale de traitement du droit international coutumier, ce qui signifie que la protection juridique immédiate offerte par l'*AECG* aux investisseurs étrangers sera accrue par rapport aux accords antérieurs du Canada, réduisant par conséquent davantage sa souveraineté étatique à l'égard des investisseurs européens.

L'ARBITRAGE ENTRE INVESTISSEUR ÉTRANGER ET ÉTAT DANS L'*AECG*

La grande innovation du chapitre sur l'investissement de l'*AECG* quant à l'arbitrage entre investisseur et État est que celui-ci est ouvert uniquement en ce qui concerne la phase post investissement.⁸⁶ Il s'agit d'un écart notable par rapport à l'approche nord-américaine, qui s'explique certainement par l'acceptation par l'UE de l'extension de la portée du traité à la phase pré investissement. La violation des engagements des parties à l'égard du droit d'établissement et des contraintes d'exploitation, ainsi que des clauses de non-discrimination, lorsqu'elles visent un projet d'investissement, ne peuvent pas faire l'objet d'une réclamation privée. Une telle violation pourra seulement faire l'objet d'une plainte de la partie d'où provient l'investisseur, suivant le système général de règlement des différends de l'*AECG*.⁸⁷ La question de savoir si la plainte d'une partie peut comprendre une réclamation en dommages-intérêts demeure toutefois ouverte, le texte de l'*AECG* n'étant pas clair à cet égard.

⁸⁵ *Waste Management v Mexico*, CIRDI Aff n° ARB(AF) 00/3 au para 98 (Chapitre 11 ALÉNA, 30 avril 2004).

⁸⁶ *AECG*, *supra* note 1 c 10, art X.17 (1).

⁸⁷ *Ibid*, c 33.

Une autre innovation de l'*AECG* est son insistance accrue sur la prévention des différends entre investisseur et État, au moyen d'une procédure de consultation préalable entre les parties, ainsi que d'une procédure optionnelle de médiation.⁸⁸ Quelques dispositions nouvelles visent à discipliner davantage les investisseurs dans l'exercice de leur droit d'action. Ceux-ci sont dépouillés de ce droit si leur investissement a été fait au moyen d'une déclaration frauduleuse, de dissimulation, de corruption ou d'une conduite équivalant à un abus de droit.⁸⁹ Le tribunal arbitral est par ailleurs obligé de suspendre les procédures et de se prononcer avant sa première séance sur toute objection de la partie visée par la plainte quant à son défaut manifeste de fondement juridique, ou encore de se prononcer immédiatement sur toute objection quant au fait que la plainte n'est pas fondée en droit.⁹⁰

D'autres innovations procédurales sont dignes de mention. L'investisseur peut proposer que le tribunal arbitral soit constitué d'un arbitre unique, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une petite ou moyenne entreprise ou que le montant des dommages est peu élevé.⁹¹ Une tentative timide est faite de coordonner les réclamations semblables en vertu d'accords différents, avec l'obligation du tribunal arbitral de suspendre ses procédures ou de veiller à prendre en considération l'instance engagée parallèlement.⁹² Les normes de transparence habituelle dans la pratique nord-américaine sont prévues dans l'*AECG*, avec la publicité obligatoire des audiences, ainsi que la divulgation au public des renseignements relatifs aux différends.⁹³

La portée du droit d'action des investisseurs est finalement limitée par l'exclusion habituelle de toute réclamation visant une décision prise par le Canada en application de sa législation sur l'autorisation des investissements étrangers.⁹⁴ Elle l'est aussi

⁸⁸ *Ibid.*, c art X.18–X.19.

⁸⁹ *Ibid.*, c 10, art X.17 (3).

⁹⁰ *Ibid.*, c 10, art X.29–X.30.

⁹¹ *Ibid.*, c 10, art X.22 (5).

⁹² *Ibid.*, c 10, art X.23.

⁹³ *Ibid.*, c 10, art X.33.

⁹⁴ *Ibid.*, annexe X.43.1, c 10, art X.43. Cette exclusion insérée par mimétisme dans l'*AECG* n'était sans doute pas nécessaire compte tenu de l'exclusion générale de toute réclamation visant une mesure appliquée à la phase pré investissement.

à l'égard des réclamations qui naîtraient dans le contexte de la restructuration négociée d'une dette souveraine.⁹⁵

ASPECTS INSTITUTIONNELS DE L'AECCG

Comme tout accord de libre-échange, l'AECCG prévoit la création d'institutions plus développées que dans simple APIE. Un Comité des services et de l'investissement est institué afin de permettre aux parties de se consulter sur toute question relative au chapitre sur l'investissement, y compris la possibilité de créer une procédure d'appel des sentences arbitrales.⁹⁶ Le Comité est aussi chargé de l'approbation d'une liste des arbitres, de l'élaboration d'un code de déontologie pour les arbitres, ainsi que de la recommandation au Comité des échanges commerciaux de l'AECCG de l'adoption d'une interprétation obligatoire du chapitre, liant les tribunaux arbitraux. Cette référence à un Comité des échanges commerciaux semble être une coquille, puisqu'un tel comité n'est pas institué par l'AECCG; il s'agit vraisemblablement du Comité mixte de l'AECCG, qui est coprésidé par le ministre canadien et le commissaire européen responsables du commerce international.⁹⁷

Il convient aussi de rappeler que le système général de règlement des différends de l'AECCG demeure applicable au chapitre sur l'investissement.⁹⁸ Ce système, uniquement ouvert au Canada et à l'UE, ne peut toutefois être utilisé pour un litige qui fait l'objet d'une réclamation privée par un investisseur, à moins que la partie visée par la réclamation omette d'exécuter la sentence arbitrale.⁹⁹

⁹⁵ *Ibid*, annexe X, c 10, art X.17.

⁹⁶ *Ibid*, c 10, art X.42; c 30, art X.02 (1) b). Le Comité des services et de l'investissement sera coprésidé par un représentant de chacune des parties et se réunira normalement une fois par année.

⁹⁷ *Ibid*, c 30, art X.01.

⁹⁸ *Ibid*, c 33.

⁹⁹ *Ibid*, c 10, art X.40.