

# Investissement

## Investment

CHARLES-EMMANUEL CÔTÉ

LE CANADA ET LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT EN 2020

L'année 2020 est naturellement marquée par la pandémie de COVID-19 et le Canada n'y échappe pas sur le plan du droit international de l'investissement. Alors qu'il a annoncé un resserrement de l'application de la *Loi sur Investissement Canada*<sup>1</sup> aux investissements étrangers dans le contexte de la pandémie, sa pratique conventionnelle a tourné au ralenti. Une seule sentence arbitrale est à signaler, dans l'affaire *Global Telecom Holding c Canada*,<sup>2</sup> mettant en cause la première réclamation contre le Canada fondée sur un accord autre que l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique (ALÉNA)*.<sup>3</sup> La Cour d'appel du Québec a par ailleurs rendu un arrêt attendu dans l'affaire *Ressources Strateco c Québec (PG)*,<sup>4</sup> qui met en lumière la protection offerte par le droit canadien aux investisseurs dans le secteur minier. Compte tenu de leur importance respective, ces deux décisions font l'objet d'une analyse détaillée dans la chronique cette année. Un tour d'horizon des principaux autres faits marquants de 2020 est d'abord effectué.

---

Charles-Emmanuel Côté, LLB (Laval), DCL (McGill); Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval; avocat, Québec, Canada (Charles-Emmanuel.Cote@fd.ulaval.ca).

<sup>1</sup> LRC (1985), c 28 (1<sup>er</sup> supp).

<sup>2</sup> *Global Telecom Holding c Canada*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB 16/16 (*APIE Canada-Égypte*, 27 mars 2020).

<sup>3</sup> 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> janvier 1994) [ALÉNA].

<sup>4</sup> 2020 QCCA 18 [*Ressources Strateco (CA)*], confirmant 2017 QCCS 2679 [*Ressources Strateco (CS)*]. Voir Charles-Emmanuel Côté, "Chronique de droit international économique en 2017: Investissement" (2017) 55 ACIDI 426 aux pp 431-33.

## PRATIQUE CONVENTIONNELLE DU CANADA

À l'image du ralentissement planétaire de la pratique conventionnelle en matière d'investissement causé par la pandémie de COVID-19,<sup>5</sup> peu de développements sont à signaler avec celle du Canada. Le Canada participe néanmoins avec une centaine d'autres membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) à la négociation d'un accord sur la facilitation de l'investissement pour le développement.<sup>6</sup> Cet accord multilatéral n'est pas censé dédoubler les accords internationaux sur l'investissement, puisqu'il ne porterait ni sur l'accès au marché, ni sur la protection des investissements, ni sur le règlement des différends entre investisseur et État (RDIE). Il viserait plutôt à prévenir ces différends en améliorant la transparence et la prévisibilité des mesures concernant les investissements, en simplifiant les procédures administratives et en renforçant la coopération internationale en matière d'investissement étranger. Le Canada participe également aux travaux du Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), qui se penche sur plusieurs aspects de la réforme du RDIE.<sup>7</sup> Parmi les sujets discutés figurent le financement par des tiers de réclamations, la création d'un centre consultatif sur le RDIE, l'adoption d'un code de conduite pour les arbitres, la création d'un mécanisme d'appel, la sélection des arbitres, les modes alternatifs de règlement des différends, les procédures multiples et l'interprétation des traités par les parties. Bien que de nombreuses délégations nationales ont rendu publiques des communications sur les travaux du Groupe de travail III, il semble que ce ne soit pas encore le cas pour le Canada, qui en assume la présidence.

*Accords de promotion et de protection des investissements étrangers*

Aucun nouvel accord de promotion et de protection des investissements étrangers (APIE) n'a été signé par le Canada en 2020, leur nombre en

<sup>5</sup> Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), "Investment Policy Response to the COVID-19 Pandemic," *Investment Policy Monitor*, n° spécial 4 (Mai 2020) 11, en ligne: <[unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d3\\_en.pdf](http://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d3_en.pdf)>.

<sup>6</sup> Voir Organisation mondiale du commerce (OMC), "Des progrès constants dans les négociations pour un accord sur la facilitation des investissements" (9 mars 2021), en ligne: <[www.wto.org/french/news\\_f/news21\\_f/infac\\_09mar21\\_f.htm](http://www.wto.org/french/news_f/news21_f/infac_09mar21_f.htm)>; OMC, *Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement* (22 novembre 2019), Doc OMC WT/L/1072/Rev.1; OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement* (13 décembre 2017), Doc OMC WT/MIN(17)/59.

<sup>7</sup> Voir Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), "Groupe de travail III: Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États," en ligne: <[uncitral.un.org/fr/working\\_groups/3/investor-state](http://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state)>.

vigueur demeurant à trente-six, avec des pays d'Europe (treize), d'Asie (neuf), d'Afrique (huit) et des Amériques (huit).<sup>8</sup> En revanche, la direction de la politique commerciale sur l'investissement d'Affaires mondiales Canada a publié son rapport de consultation sur la révision de l'APIE-type du Canada conduite en 2018–19 auprès des provinces, des représentants des peuples autochtones, des entreprises canadiennes, des organisations syndicales, des organisations non gouvernementales, de groupes de réflexion et d'universitaires.<sup>9</sup> Il s'agit de la première révision en profondeur de l'APIE-type du Canada depuis celle de 2003, qui avait tenu compte de la pratique arbitrale développée avec le chapitre 11 de l'ALÉNA.<sup>10</sup> Ottawa entend cette fois tabler sur la pratique conventionnelle la plus récente du Canada avec les chapitres sur l'investissement de l'*Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (AÉCG)*,<sup>11</sup> de l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*<sup>12</sup> et de l'*Accord entre le Canada, les États-Unis et*

<sup>8</sup> Voir Affaires mondiales Canada, *Accords sur le commerce et l'investissement*, en ligne: <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra)>. L'APIE Canada-Pérou et l'APIE Canada-Panama sont suspendus par les accords de libre-échange entre ces deux pays, portant à 38 le nombre total d'accords de promotion et de protection des investissements étrangers (APIE) conclus. *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, 29 mai 2009, RT Can 2009 n° 15, art 845 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> août 2009); *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Panama*, 14 mai 2010, RT Can 2013 n° 9, art 9.38 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> avril 2013).

<sup>9</sup> Affaires mondiales Canada, "Rapport de consultation et révision de l'APIE 2019" (5 juin 2020), en ligne: <[www.international.gc.ca/trade-commerce/consultations/fipa-apie/report-rapport.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/consultations/fipa-apie/report-rapport.aspx?lang=fra)>. Ottawa a publié le nouvel APIE-type du Canada en mai 2020 après la finalisation de la présente chronique. Il sera étudié en détails dans la prochaine livraison de l'*Annuaire*. Affaires mondiales Canada, *Modèle d'APIE: 2021 (sic)*, en ligne: <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021\\_model\\_fipa-2021\\_modele\\_apie.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=fra)>.

<sup>10</sup> L'APIE-type du Canada avait été rendu public en 2004, mais n'est plus disponible sur le site web d'Affaires mondiales Canada. Une version légèrement modifiée en 2014 de l'APIE-type a été rendue publique sur un site web privé, en anglais et en français. La version anglaise de l'APIE-type de 2004 est aussi disponible dans le portail de la CNUCED. Canada, *APIE-type* (25 août 2014), en ligne: [italaw.com/sites/default/files/files/italaw8237.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/files/italaw8237.pdf); Canada, *Model FIPA* (2004), en ligne: *Investment Policy Hub* <[investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download](http://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download)>.

<sup>11</sup> 30 octobre 2016 (application provisoire: 21 septembre 2017), en ligne: *Affaires mondiales Canada* <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra)> [AÉCG]. Pour une analyse du chapitre sur l'investissement de l'AÉCG, voir Charles-Emmanuel Côté, "Chronique de droit international économique en 2014: Investissement" (2014) 52 ACDI 387 aux pp 397–409; Charles-Emmanuel Côté, "Chronique de droit international économique en 2016: Investissement" (2016) 54 ACDI 464 aux pp 474–78.

<sup>12</sup> 8 mars 2018, art 1.1, incorporant l'*Accord de partenariat transpacifique*, art 9.18–9.30, en ligne: *Affaires mondiales Canada* <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=fra)>

le Mexique (ACÉUM),<sup>13</sup> tout en faisant fond sur la politique du gouvernement sur le commerce inclusif. De façon assez peu surprenante, les vues sont divisées sur le maintien ou non du RDIE dans l'APIE-type, les entreprises y étant favorables alors que la société civile exprime des réserves à son égard, tandis que les universitaires sont divisés sur la question. Il faut noter que l'idée de réintroduire la règle de l'épuisement des recours internes est soulignée à plus d'une reprise dans le rapport. L'existence d'obstacles empêchant les petites et moyennes entreprises (PME) de profiter véritablement des APIE fait consensus. L'intégration et le renforcement des dispositions sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE) dans les APIE, eux, divisent les organisations et les personnes consultées. L'importance de protéger le droit de légiférer dans l'intérêt public demeure une préoccupation largement partagée. Enfin, un soutien accru s'est exprimé envers l'intégration des aspects du commerce inclusif dans l'APIE-type, qu'il s'agisse de la protection des entreprises autochtones ou encore de la promotion de l'égalité entre les sexes.

#### *Accords de libre-échange comprenant un chapitre sur l'investissement*

Un nouvel accord de libre-échange a été conclu avec l'*Accord de continuité commerciale entre le Canada et le Royaume-Uni (ACC)*,<sup>14</sup> qui assure le maintien de l'application de l'*AÉCG* entre les deux pays après la fin de la période de transition suivant la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne (UE). Le texte de l'*AÉCG* est ainsi incorporé par renvoi et la négociation d'un nouvel accord de libre-échange doit débiter dans la première année suivant

---

[PTPGP]. Pour une analyse du chapitre sur l'investissement du *PTPGP*, voir Charles-Emmanuel Côté, "Chronique de droit international économique en 2015: Investissement" (2015) 53 *ACDI* 395 aux pp 408–26 [Chronique 2015]; Charles-Emmanuel Côté, "Chronique de droit international économique en 2018: Investissement" (2018) 56 *ACDI* 424 aux pp 425–27 [Chronique 2018].

<sup>13</sup> 30 novembre 2018, en annexe du *Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 30 novembre 2018, RT Can 2020 n° 5 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> juillet 2020), modifié par le *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 10 décembre 2019, RT Can 2020 n° 6 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> juillet 2020), en ligne: *Affaires mondiales Canada* <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra)> [ACÉUM]. Pour une analyse du chapitre sur l'investissement de l'ACÉUM, voir Chronique 2018, *supra* note 12 aux pp 432–44.

<sup>14</sup> 9 décembre 2020 (entrée en vigueur: 1<sup>er</sup> avril 2021), en ligne: *Affaires mondiales Canada* <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cuktca-accru/agreement\\_trade\\_continuityaccord\\_continuite\\_commerciale.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cuktca-accru/agreement_trade_continuityaccord_continuite_commerciale.aspx?lang=fra)>.

l'entrée en vigueur de l'ACC.<sup>15</sup> Le système juridictionnel de RDIE mis en place par l'AÉCG n'entre cependant pas en application et un processus d'examen exhaustif de ses dispositions est prévu dans un délai de trente mois suivant l'entrée en vigueur de l'ACC, pouvant être prolongé de trois ans.<sup>16</sup> Si cet examen n'est pas mené à terme dans ces délais, le système juridictionnel entre en application à condition que les dispositions correspondantes de l'AÉCG soient entrées en vigueur. Contrairement au régime d'application provisoire de l'AÉCG, toutes les règles de fond du chapitre sur l'investissement entrent en vigueur avec l'ACC, y compris donc la clause du traitement juste et équitable (TJE) et celle sur l'expropriation et ce, pour tous les investissements visés et non seulement pour les investissements directs.<sup>17</sup> Enfin, un instrument interprétatif commun analogue à celui de l'AÉCG accompagne aussi l'ACC, avec des dispositions visant le chapitre sur l'investissement afin de réaffirmer le droit de légiférer dans l'intérêt public.<sup>18</sup>

Alors que l'AÉCG continue de s'appliquer en partie provisoirement, son processus de ratification se poursuit, avec quinze ratifications sur vingt-sept par les États membres à la fin de l'année 2020.<sup>19</sup> Le comité mixte de l'AÉCG a néanmoins adopté deux décisions fixant les dispositions institutionnelles concernant le Tribunal d'appel et le régime d'adoption des interprétations obligatoires par les parties.<sup>20</sup> Le Tribunal d'appel est composé de six

<sup>15</sup> *Ibid*, arts I, IV. Les termes "Union européenne" et "État membre" sont remplacés par "Royaume-Uni" (*ibid*, Annexe A, Partie A au para 1a).

<sup>16</sup> *Ibid*, art V.

<sup>17</sup> *Ibid*. Sur l'application provisoire de l'AÉCG, voir Union européenne (UE), *Notification concernant l'application provisoire de l'accord économique et commercial global (AÉCG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, [2017] JOUE n° L 238/9; Canada, Décret CP 2017-1113, *Gaz Can II*, vol 151 à la p 169.

<sup>18</sup> *Instrument interprétatif commun concernant l'Accord de continuité commerciale entre le Royaume-Uni et le Canada* (9 décembre 2020) au para 6, en ligne: *Affaires mondiales Canada* <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cuktca-accru/jii-iic.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cuktca-accru/jii-iic.aspx?lang=fra)>.

<sup>19</sup> UE, Conseil européen et Conseil de l'Union européenne, *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part. Détails concernant la ratification*, en ligne: <[www.consilium.europa.eu/fr/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017](http://www.consilium.europa.eu/fr/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017)>. Il s'agit de l'Autriche, de la Croatie, du Danemark, de l'Espagne, de l'Estonie, de la Finlande, de la Lettonie, de la Lituanie, du Luxembourg, de Malte, du Portugal, de la République tchèque, de la Roumanie, de la Slovaquie et de la Suède. Ni l'UE, ni le Canada n'ont encore ratifié l'accord.

<sup>20</sup> Décision n° 001/2021 du Comité mixte de l'AÉCG du 29 janvier 2021 réglant les questions de nature administrative et organisationnelle concernant le fonctionnement du Tribunal d'appel, en ligne: *Affaires mondiales Canada* <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/appellate-tribunal-dappel.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/appellate-tribunal-dappel.aspx?lang=fra)>; Décision n° 002/2021 du Comité mixte de l'AÉCG du 29 janvier 2021

membres avec un mandat non renouvelable de neuf ans, ne siégeant pas à temps plein, avec le pouvoir de renvoyer une affaire au Tribunal de première instance si les faits sont insuffisants pour qu'il puisse régler le différend sur la base de ses conclusions de droit. Quant aux interprétations obligatoires, il est prévu que le comité mixte peut décider de fixer une date à partir de laquelle celles-ci ont une force obligatoire pour le Tribunal et le Tribunal d'appel. Enfin, bien que cela ne concerne pas directement l'AEÉCG, il faut signaler que la Belgique a introduit un nouveau recours à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur la conformité du RDIE intra-européen prévu par le *Traité sur la Charte de l'énergie*<sup>21</sup> avec le droit de l'UE.<sup>22</sup> La CJUE a déjà arrêté dans l'affaire *Slowakische Republik c Achmea*<sup>23</sup> que le RDIE intra-européen prévu par des traités bilatéraux est incompatible avec celui-ci.<sup>24</sup> Cette nouvelle contestation participe du climat hostile au RDIE dans plusieurs États membres de l'UE et pourrait avoir un effet sur le processus de ratification de l'AEÉCG et l'entrée en vigueur de son chapitre sur l'investissement.

Dernier développement à signaler, l'ACEUM est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2020, remplaçant l'ALÉNA et son célèbre chapitre 11 sur l'investissement. Il faut rappeler que l'ACEUM abolit le RDIE entre le Canada et les États-Unis, ce qui signifie que les nouveaux investissements réalisés entre ces pays depuis cette date n'en bénéficient plus et que ces investisseurs ne peuvent désormais se tourner que vers les tribunaux nationaux ou porter

---

portant adoption d'une procédure d'adoption d'interprétations conformément aux articles 8.31.3 et 8.44.3 a) de l'AEÉCG en tant qu'annexe de ses règles de procédure, en ligne: *Affaires mondiales Canada* <[www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/procedure-adoption-interpretations.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/procedure-adoption-interpretations.aspx?lang=fra)>.

<sup>21</sup> 17 décembre 1994, 2080 RTNU 95 (entrée en vigueur: 16 avril 1998) [*TCE*].

<sup>22</sup> Stefanie Schacherer, "Le futur incertain du Traité sur la Charte de l'énergie: la Belgique demande à la Cour de justice européenne de se prononcer sur la compatibilité du *TCE* modernisé avec le droit européen," *Investment Treaty News* (23 mars 2021), en ligne: *International Institute for Sustainable Development* <[www.iisd.org/itn/fr/2021/03/23/the-uncertain-future-of-the-energy-charter-treaty-belgium-asks-the-european-court-of-justice-to-rule-on-the-compatibility-of-the-modernized-ect-with-eu-law-stefanie-schacherer](http://www.iisd.org/itn/fr/2021/03/23/the-uncertain-future-of-the-energy-charter-treaty-belgium-asks-the-european-court-of-justice-to-rule-on-the-compatibility-of-the-modernized-ect-with-eu-law-stefanie-schacherer)>; Guillaume Croisant et Hannes Ingwersen, "Belgium Seeks CJEU's Opinion on the Future Interaction between a Modernised ECT and EU Law," *Kluwer Arbitration Blog* (10 décembre 2020), en ligne: <[arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/12/10/belgium-seeks-cjeu-opinion-on-the-future-interaction-between-a-modernised-ect-and-eu-law](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/12/10/belgium-seeks-cjeu-opinion-on-the-future-interaction-between-a-modernised-ect-and-eu-law)>.

<sup>23</sup> CJUE, *Slowakische Republik c Achmea*, C-284/16, 6 mars 2018, ECLI:EU:C:2017:699.

<sup>24</sup> Un accord intervenu en 2020 entre vingt-trois États membres a mis fin à tous les traités bilatéraux d'investissement (TBI) entre ceux-ci, tout en éteignant leur clause de survie. Il ne règle cependant pas le cas du *TCE. Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne*, 5 mai 2020, [2020] JOUE n° L 169/1 (entrée en vigueur: 29 août 2020).

le différend à l'attention de leur État de nationalité pour les fins de la protection diplomatique.<sup>25</sup> Un régime transitoire est toutefois prévu par l'ACÉUM afin de maintenir en vigueur le RDIE de l'ALÉNA pour une période de trois ans, soit jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2023, pour les investissements réalisés avant l'entrée en vigueur de l'ACÉUM.<sup>26</sup> Ce régime transitoire semble devoir être interprété comme visant tout différend pouvant naître pendant cette période additionnelle de trois ans, et non seulement les différends nés avant l'entrée en vigueur de l'ACÉUM, mais une certaine ambiguïté demeure et il est permis de penser que la question pourrait être débattue dans un éventuel arbitrage.<sup>27</sup> L'annulation du projet d'oléoduc transcontinental Keystone XL par la nouvelle administration Biden pourrait mettre en application ce régime transitoire de RDIE entre le Canada et les États-Unis,<sup>28</sup> puisque le refus précédent du projet par l'administration Obama avait conduit à une réclamation de US \$15 milliards dans l'affaire *TransCanada Corporation c États-Unis*,<sup>29</sup> avant son retrait en raison de l'autorisation subséquente par l'administration Trump.<sup>30</sup> Les pressions subies par Ottawa afin qu'elle intervienne dans ce dossier auprès de Washington mettent en lumière la repolitisation du règlement des différends relatifs à l'investissement qu'implique l'abandon du RDIE, bien que le régime transitoire s'appliquerait vraisemblablement en l'espèce.<sup>31</sup>

#### PRATIQUE CONTENTIEUSE DU CANADA ET DES INVESTISSEURS CANADIENS

L'entrée en vigueur de l'ACÉUM marque le début du compte à rebours de trois ans pour les Américains et les entreprises américaines désirant recourir au RDIE contre le Canada concernant leurs investissements antérieurs, alors qu'il sera toujours disponible pour les Mexicains et les entreprises

<sup>25</sup> ACÉUM, *supra* note 13, Annexe 14-D, Annexe 14-E.

<sup>26</sup> *Ibid*, Annexe 14-C.

<sup>27</sup> Des notes infrapaginales à l'ACÉUM précisent que les dispositions de l'ALÉNA s'appliquent aux différends concernant ces investissements antérieurs, malgré leur extinction, tandis que les États-Unis et le Mexique exigent que les différends concernant les investissements antérieurs qui sont admissibles au RDIE de l'ACÉUM soient soumis à ce dernier. ACÉUM, *ibid*, Annexe 14-C, n 21–22.

<sup>28</sup> Alexandre Shields, "Joe Biden révoque le permis accordé au projet Keystone XL," *Le Devoir* (21 janvier 2021), en ligne: <[www.ledevoir.com/economie/593635/tc-energie-suspend-le-chantier-du-pipeline-keystone-xl](http://www.ledevoir.com/economie/593635/tc-energie-suspend-le-chantier-du-pipeline-keystone-xl)>.

<sup>29</sup> Requête d'arbitrage, Aff CIRDI n° ARB/16/21 (ALÉNA, 15 juillet 2016).

<sup>30</sup> *TransCanada Corporation c États-Unis*, Ordonnance de la Secrétaire Générale prenant note de l'arrêt des procédures, Aff CIRDI n° ARB/16/21 (ALÉNA, 24 mars 2017).

<sup>31</sup> Ashley Joannou et Lisa Johnson, "Kenney Calls on Federal Government to Impose Trade Sanctions If Biden Does Not Review Keystone XL Decision," *Edmonton Journal* (20 janvier 2021), en ligne: <[edmontonjournal.com/news/politics/alberta-biden-keystone](http://edmontonjournal.com/news/politics/alberta-biden-keystone)>.

mexicaines avec le *PTPGP*. L'attention devra ainsi être redéployée sur le contentieux fondé sur les autres accords de libre-échange du Canada et ses APIE.

### *Différends relatifs aux investissements avec le Canada*

Aucune nouvelle réclamation n'est présentée contre le Canada en 2020, mais une réclamation de 2019 est rendue publique dans l'affaire *Einarsson c Canada*.<sup>32</sup> Cette dernière met en cause la plainte de trois investisseurs américains propriétaires d'une entreprise canadienne offrant des services de relevés sismiques marins pour l'exploration gazière et pétrolière extra-côtière. Ils réclament US \$2,5 milliards en dommage au Canada en raison de la divulgation à des tiers de données leur appartenant par les gouvernements du Canada et de deux provinces. Fait à noter, les investisseurs ont d'abord épuisé leurs recours internes devant les tribunaux canadiens avant de se tourner vers le RDIE, invoquant la violation des clauses du TJE, de la liberté d'exploitation de l'entreprise (prescription de résultats) et d'expropriation indirecte. Leur tentative inusitée de faire exclure certains avocats de l'équipe de défense du Canada par la Cour fédérale, en raison d'un conflit d'intérêts, a essuyé un échec.<sup>33</sup> Le problème réside dans le fait que l'employeur précédent d'un membre de cette équipe est un fonds de financement de réclamations de RDIE avec lequel les investisseurs américains ont discuté de la présente affaire. La Cour fédérale est d'avis qu'il s'agit d'une question de nature privée et qu'il appartient au tribunal arbitral de la régler.

En plus de la sentence rendue dans l'affaire *Global Telecom Holding*, qui fait l'objet d'une analyse détaillée ci-dessous, une sentence a aussi constaté le règlement amiable intervenu dans l'affaire *Mobil Investment c Canada (II)*.<sup>34</sup> Cette affaire concerne l'indemnisation du nouveau préjudice causé par le maintien par le Canada d'une mesure trouvée incompatible avec l'*ALÉNA* en 2012 dans l'affaire *Mobil Investment c Canada (I)*.<sup>35</sup> La modification par le Canada d'une directive concernant le calcul des redevances dues pour la contribution au développement local dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador par les sociétés pétrolières américaines plaignantes avait été jugée

<sup>32</sup> Notification d'arbitrage, CNUDCI (*ALÉNA*, 18 avril 2019), en ligne: *italaw* <[www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11477.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11477.pdf)>.

<sup>33</sup> Voir *Geophysical Service Incorporated c Canada (PG)*, 2020 CF 984.

<sup>34</sup> Sentence, Aff CIRDI n° ARB/16/6 (*ALÉNA*, 4 février 2020).

<sup>35</sup> *Mobil Investments Canada c Canada (I)*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/07/4 (*ALÉNA*, 20 février 2015); *Mobil Investments Canada c Canada (I)*, Sentence sur la responsabilité et les principes du quantum, Aff CIRDI n° ARB(AF)/07/4 (*ALÉNA*, 22 mai 2012). Voir Chronique 2015, *supra* note 12 aux pp 400–01; Charles-Emmanuel Côté, "Chronique de droit international économique en 2012: Investissement" (2012) 50 *ACDI* 363 aux pp 382–94.



contraire à la clause de liberté d'exploitation de l'entreprise et aux réserves formulées par le Canada dans l'*ALÉNA*. L'investisseur retire sa réclamation et renonce à toute nouvelle contestation du calcul des redevances, en échange de leur plafonnement et d'un crédit de CA \$35 millions sur les redevances dues. Cette affaire met en lumière un aspect controversé du RDIE, soit la consécration d'une obligation implicite de cessation du fait internationalement illicite. Bien que le RDIE prévoit normalement que les tribunaux arbitraux ne peuvent qu'ordonner l'indemnisation du préjudice et non le retrait de la mesure contestée, en pratique, le maintien de la mesure illicite expose l'État à de nouvelles réclamations pour le nouveau préjudice ainsi causé.<sup>36</sup> Ce faisant, il se peut que la seule manière pour l'État de se prémunir contre de nouvelles réclamations soit ainsi de retirer ou modifier sa mesure, restaurant ainsi l'obligation coutumière de cessation normalement à charge de l'État responsable.<sup>37</sup> La CJUE s'est d'ailleurs longuement penchée sur cette question dans son *Avis 1/17* sur la compatibilité du système juridictionnel de RDIE avec le droit de l'UE.<sup>38</sup>

Au terme de l'année 2020, avec la nouvelle affaire *Einarsson*, cinq réclamations sont toujours pendantes contre le Canada, toutes présentées par des investisseurs américains sur la base de l'*ALÉNA*, dans les affaires *Lone Pine Resources c Canada*,<sup>39</sup> *Resolute Forest Products c Canada*,<sup>40</sup> *Tennant Energy c Canada*,<sup>41</sup> et *Westmoreland c Canada (II)*.<sup>42</sup> Avec l'extinction de l'*ALÉNA* et l'abolition du RDIE entre le Canada et les États-Unis par l'*ACÉUM*, après la période transitoire de trois ans pour les investissements antérieurs, le Canada perd graduellement le statut peu enviable de pays parmi les plus poursuivis au monde au titre du RDIE. Il se classe désormais au septième rang en nombre de réclamations (trente), *ex equo* avec la Pologne (trente), derrière l'Argentine (soixante-deux), le Venezuela (cinquante-trois),

<sup>36</sup> *ALÉNA*, *supra* note 3, art 1135. Voir Charles-Emmanuel Côté, "From Sea to Sea: Regulatory Space of Government in Canada under CPTPP and CETA Investment Chapters" (2019) 5 TDM 1 aux pp 32–33, en ligne: <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>.

<sup>37</sup> Voir Commission du droit international (CDI), "Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite," art 30, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol 2, 2<sup>e</sup> partie, Doc NU A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (2007) à la p 26 ["Projet d'articles"].

<sup>38</sup> CJUE, *Avis 1/17 (Accord ECG UE-Canada)*, 30 avril 2019, ECLI:EU:C:2019:341 aux paras 149–58. Voir Charles-Emmanuel Côté, "Chronique de droit international économique en 2019: Investissement" (2019) 57 ACDI 447 aux pp 463–65 [Chronique 2019].

<sup>39</sup> Notification d'arbitrage, Aff CIRDI n° UNCT/15/2 (*ALÉNA*, 6 septembre 2013).

<sup>40</sup> Décision sur la compétence et la recevabilité, Aff CPA n° 2016-13 (*ALÉNA*, 30 janvier 2018).

<sup>41</sup> Notification d'arbitrage, CNUDCI (*ALÉNA*, 1<sup>er</sup> juin 2017).

<sup>42</sup> *Westmoreland Mining Holdings c Canada*, Notification d'arbitrage, Aff CIRDI n° UNCT/20/3 (*ALÉNA*, 12 août 2019).

l'Espagne (cinquante-deux), la République tchèque (quarante), l'Égypte (trente-huit) et le Mexique (trente-cinq).<sup>43</sup>

### *Différends relatifs aux investissements canadiens à l'étranger*

La tendance inverse s'observe sur le plan des différends relatifs aux investissements canadiens à l'étranger, puisque les investisseurs provenant du Canada sont maintenant les sixièmes plus grands utilisateurs du RDIE au monde en nombre de réclamations (55), derrière les investisseurs américains (190), néerlandais (114), britanniques (87), allemands (71) et espagnols (59).<sup>44</sup> Quatre nouvelles réclamations d'investisseurs canadiens se sont ajoutées en 2020, dont une remontant à 2017 qui a été rendue publique. Dans l'affaire *ES Holdings c Mexique*,<sup>45</sup> les propriétaires canadiens d'une entreprise mexicaine réclament des dommages d'un montant inconnu en raison de mesures interférant avec une concession pour la fourniture de taximètres et d'une application mobile de taxi à Mexico. Une seconde réclamation de US \$80 millions par des investisseurs canadiens et d'autres nationalités concerne la saisie d'hôtels par les autorités municipales et fédérales dans l'affaire *Sastre c Mexique*.<sup>46</sup> Une réclamation de US \$100 millions d'investisseurs canadiens et américains contre la Roumanie se rapporte au refus de restitution en 2017 d'une compagnie de production cinématographique expropriée par le régime communiste en 1948, dans l'affaire *Sukyias c Roumanie*.<sup>47</sup> Enfin, l'affaire *Winshear c Tanzanie*<sup>48</sup> met en scène la première réclamation d'investisseurs canadiens contre un pays africain, concernant l'annulation de permis d'exploration minière.

Aucune sentence arbitrale ne semble avoir été rendue en 2020 dans les affaires soumises par des investisseurs canadiens, selon les informations rendues publiques. Parmi les dix-huit affaires pendantes à la fin de l'année, aucune ne vise les États-Unis, ce qui tend à indiquer que l'abolition du RDIE avec ce pays par l'ACÉUM ne changera pas de façon radicale le cours actuel des choses, alors que trois affaires visent le Mexique et que le RDIE sera

<sup>43</sup> CNUCED, *Investment Dispute Settlement Navigator, Countries*, en ligne: [Investment Policy Hub <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?id=35>](https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?id=35).

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Requête d'arbitrage, Aff CIRDI n° ARB/20/13 (*ALÉNA*, 11 mai 2020).

<sup>46</sup> Notification d'arbitrage, Aff CIRDI n° UNCT/20/2, CNUDCI (*ALÉNA*, *TBI Argentine-Mexique*, *TBI France-Mexique*, *TBI Mexique-Portugal*, 3 mars 2020).

<sup>47</sup> La notification d'arbitrage aurait été soumise en 2020 suivant le règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la base de l'*APIE Canada-Roumanie* et du *TBI États-Unis-Roumanie*. CNUCED, *Investment Dispute Settlement Navigator, Sukyias v Romania*, en ligne: [investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1061/sukyias-v-romania](https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1061/sukyias-v-romania).

<sup>48</sup> Requête d'arbitrage, Aff CIRDI n° ARB/20/25 (*APIE Canada-Tanzanie*, 27 juillet 2020).

toujours disponible avec ce pays en vertu du *PTPGP*.<sup>49</sup> Sept affaires visent des pays d'Amérique centrale ou du Sud,<sup>50</sup> portant toutes sur des différends miniers sauf une, alors que cinq affaires visent des pays européens,<sup>51</sup> dont quatre sont des États membres de l'UE. Enfin, deux affaires visent des pays d'Asie et une un pays d'Afrique,<sup>52</sup> concernant toutes des différends miniers.

#### COVID-19 ET APPLICATION DE LA *LOI SUR INVESTISSEMENT CANADA*

En plus de ralentir les flux d'investissements mondiaux et la conclusion de traités bilatéraux ou régionaux, la pandémie de COVID-19 a amené de nombreux États à introduire de nouvelles contraintes aux investissements étrangers sur leur territoire.<sup>53</sup> Elles se sont manifestées surtout par des restrictions accrues à l'admission des investissements ou encore par l'imposition de prescriptions de résultats aux entreprises nationales et étrangères sur leur territoire, afin de réorienter leur production vers les besoins de la lutte contre la pandémie. La suspicion envers l'investissement public étranger s'est aussi renforcée, elle qui existait déjà avant même la pandémie. Le Canada n'échappe pas au mouvement, mais il se limite à resserrer l'application de l'examen des investissements étrangers en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*, au moyen d'un énoncé de politique ministérielle publié le 18 avril 2020.<sup>54</sup> Ce resserrement vise d'une part à empêcher la prédation des entreprises canadiennes devenues vulnérables en raison de la pandémie et, d'autre part, à maintenir la propriété canadienne dans le secteur sensible de la santé et des équipements médicaux.

Dans son énoncé de politique, le ministre de l'Innovation, de la Science et de l'Industrie annonce que l'examen de certains investissements étrangers sera approfondi, tant que l'économie canadienne ne se sera pas remise des effets de la pandémie. Il précise qu'Ottawa considère que la sécurité nationale englobe la santé et la sécurité des Canadiens, ce qui semble canaliser le resserrement annoncé surtout dans le mécanisme d'examen de sécurité nationale. La question est importante puisque l'autre mécanisme d'examen

<sup>49</sup> Il s'agit des affaires précitées *ES Holdings c Mexique*, *supra note 45*, *Sastre c Mexique*, *supra note 46* et de l'affaire *Lion Mexico Consolidated c Mexique*.

<sup>50</sup> Il s'agit des affaires *Galway Gold c Colombie*, *Gran Colombia c Colombie*, *Eco Oro c Colombie*, *Red Eagle c Colombie*, *Air Canada c Venezuela*, *Infinito Gold c Costa Rica* et *Zamora Gold c Equateur*.

<sup>51</sup> Il s'agit de l'affaire précitée *Sukyias c Roumanie*, *supra note 47* et des affaires *Korsgaard c Croatie*, *Rand Investment c Serbie*, *Gabriel Resource c Roumanie* et *Lumina Copper c Pologne*.

<sup>52</sup> Il s'agit de l'affaire précitée *Winshear c Tanzanie*, *supra note 48* et des affaires *Stans Energy c Kirghizstan (II)* et *Alhambra c Kazakhstan*.

<sup>53</sup> CNUCED, *supra note 5* aux pp 7–9.

<sup>54</sup> Canada, Ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie, *Énoncé de politique sur l'examen des investissements étrangers et COVID-19* (18 avril 2020), en ligne: <[www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/fra/lk81224.html](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/fra/lk81224.html)>.

prévu par la *Loi sur Investissement Canada*, concernant l'avantage net pour l'économie canadienne, ne porte pas sur les aspects sécuritaires. La licéité de ce dernier au regard du droit d'admission des investisseurs étrangers octroyé par les accords du Canada est garantie par une clause d'antériorité inscrite dans les réserves à ces accords.<sup>55</sup> Tout resserrement des conditions d'application du mécanisme de l'examen pour avantage net ne saurait être justifié par l'exception de sécurité nationale prévue par ces accords, mais son application plus zélée à l'intérieur des conditions existantes est naturellement licite. Pour mémoire, les conditions d'application du mécanisme d'examen pour sécurité nationale sont beaucoup plus souples que celles de l'examen de l'avantage net, qui se limite aux acquisitions d'entreprises canadiennes au-delà d'un certain seuil monétaire.<sup>56</sup> Le ministre indique dans son énoncé que les acquisitions d'entreprises canadiennes dans le secteur de la santé ou dans la "fourniture de biens et services essentiels aux Canadiens ou au gouvernement" feront l'objet d'une attention particulière, sans égard à leur valeur ou à la prise de contrôle de l'entreprise par l'investisseur étranger. Si la première catégorie d'entreprise peut assez aisément être circonscrite, il n'en est pas de même pour la seconde, qui manque de transparence et de prévisibilité pour les investisseurs étrangers. De plus, les investissements par des entreprises d'État étrangères ou des investisseurs privés étroitement liés à des gouvernements étrangers seront aussi soumis à un examen sans égard à leur valeur. Enfin, les délais prévus pour l'examen de sécurité nationale ont été prolongés exceptionnellement au moyen d'un arrêté ministériel, afin de permettre aux autorités de le mener de manière rigoureuse.<sup>57</sup>

Une mise à jour des lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale a aussi été faite, afin de préciser que l'investissement étranger dans certains domaines soulève des préoccupations de sécurité nationale en raison de la vulnérabilité accrue des entreprises canadiennes causée par la pandémie.<sup>58</sup> Il s'agit des domaines des données personnelles sensibles, de certaines technologies sensibles qui s'inscrivent dans des chaînes d'approvisionnement cruciales, de minéraux critiques et des investissements réalisés par des investisseurs relevant d'État étranger ou influencés par celui-ci.

<sup>55</sup> Voir par ex *ALÉNA*, *supra* note 3, arts 1102, 1108(1)a, 2102 et Annexe I.

<sup>56</sup> Voir Canada, Avis (Ministère de l'Industrie), *Montants pour l'année 2021*, (2021) Gaz C I 445 (*Loi sur Investissement Canada*).

<sup>57</sup> *Arrêté sur les délais et autres périodes prévus sous le régime de certaines lois et de certains règlements relevant du ministre de l'Industrie (COVID-19)*, (2020) Gaz C I, Éd spéciale du 12 août 2020, 1 (*Loi sur les délais et autres périodes (COVID-19)*).

<sup>58</sup> Canada, Ministre de l'Innovation, de la Science et de l'Industrie, *Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements* (24 mars 2021), en ligne: <[www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/fra/lk81190.html](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/fra/lk81190.html)>.

LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS MINIERS EN DROIT CANADIEN:  
L'AFFAIRE *RESSOURCES STRATECO C QUÉBEC (PG)*

La Cour d'appel du Québec a rendu son arrêt en début d'année dans l'affaire *Ressources Strateco c Québec (PG)*, confirmant le jugement de la Cour supérieure qui avait rejeté la réclamation de CA \$200 millions d'une société minière québécoise s'étant vue refusée un permis d'exploration. La trame factuelle de cette affaire est typique des différends miniers soumis au RDIE par des investisseurs étrangers, mais elle met en lumière la protection offerte par le droit canadien aux investisseurs nationaux, plutôt que celle offerte par le droit international aux investisseurs étrangers. Avec l'abolition du RDIE par l'*ACEUM* dans les rapports entre le Canada et les États-Unis, la question de l'équivalence entre ces droits se pose avec plus d'acuité, puisque les investisseurs américains devront désormais se tourner eux aussi devant les tribunaux canadiens en cas de litige avec les autorités gouvernementales.

L'ACCEPTABILITÉ SOCIALE D'UN PROJET MINIER EN QUESTION

Ressources Strateco détient des claims miniers qu'elle entendait mettre à profit en exploitant une mine d'uranium dans le projet Matoush, qui a été un fleuron du Plan Nord du gouvernement du Québec. Le site du projet est situé en territoire autochtone et soumis à la fois à la législation fédérale et provinciale et au processus de consultation de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois (CBJNQ)*.<sup>59</sup> À l'issue de ces consultations, le Grand Conseil des Cris a appelé à un moratoire permanent sur l'exploitation de l'uranium sur ses terres, alors que la Commission canadienne de la sécurité nucléaire a autorisé le projet aux termes de la législation fédérale. Un moratoire sur la filière uranifère a finalement été imposé et le ministre de l'Environnement du Québec a refusé d'autoriser le projet en raison du manque d'acceptabilité sociale chez les communautés autochtones touchées. La société minière allègue que le ministre n'a pas respecté la législation québécoise et qu'il a donné un droit de veto aux Cris sur le projet, alors que le Québec rappelle qu'il n'a fait aucune promesse à la demanderesse et que la prise en considération de l'acceptabilité sociale est prévue par la loi. La demanderesse allègue aussi que la décision ministérielle équivaut à une expropriation déguisée de ses claims miniers et que le ministre a manqué à son devoir de cohérence en imposant un moratoire après avoir encouragé les investissements dans le cadre du Plan Nord.

<sup>59</sup> 11 novembre 1975, en ligne: *Publications du Québec* <[www3.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/produits/conventions/lois/loi/pages/page1.fr.html](http://www3.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/produits/conventions/lois/loi/pages/page1.fr.html)>.

LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC CONFIRME LE REJET DE LA  
RÉCLAMATION

Avant d'examiner les questions de fond pour rejeter l'action de la société minière, la Cour supérieure s'est penchée sur l'immunité relative du ministre dans la prise de décisions de politique générale fondamentale, comme en matière d'environnement. Le juge du procès a conclu que le ministre jouit d'une large discrétion à cet égard et qu'une preuve claire et convaincante de mauvaise foi est exigée afin que la décision soit illégale et donne droit à réparation.<sup>60</sup> Le juge a d'abord conclu que le ministre devait prendre en considération l'acceptabilité sociale du projet en vertu de la législation québécoise et du régime de la *CBJNQ* et que son absence chez les communautés autochtones touchées est avérée par la preuve.<sup>61</sup> Il conclut que la demanderesse n'a pas prouvé la mauvaise foi du ministre dans sa prise de décision, qui s'est fondée sur les critères prévus par la loi et a fait l'objet d'un examen approfondi, ayant permis à toutes les parties intéressées de s'exprimer.<sup>62</sup> Le juge considère aussi qu'aucune fausse attente n'a été créée envers la demanderesse, si cet aspect de la bonne foi et du devoir de cohérence devait s'appliquer en matière extracontractuelle, puisque le ministre a toujours indiqué que l'acceptabilité sociale du projet était indispensable à son autorisation.<sup>63</sup> Enfin, le juge du procès conclut qu'aucune expropriation directe ou déguisée des claims n'a eu lieu, puisque la société minière n'en a pas été dépossédée et peut toujours les utiliser afin d'explorer d'autre minerais que l'uranium.<sup>64</sup>

Dans son arrêt rendu le 13 janvier 2020, la Cour d'appel du Québec rejette l'appel de la société minière et confirme le jugement de la Cour supérieure rejetant la réclamation. La Cour relève d'abord une erreur du juge du procès dans son analyse de l'immunité relative de l'État: elle souligne que la distinction entre décision de politique générale fondamentale et décision opérationnelle n'est pas stricte mais se situe plutôt sur un continuum qui sert de guide pour déterminer si la réclamation contre l'État peut être soumise aux tribunaux.<sup>65</sup> Ainsi, une décision qui ne relève pas clairement de la politique générale fondamentale peut néanmoins bénéficier de l'immunité relative, si le décideur demeure à l'intérieur de sa discrétion et que celle-ci est exercée de manière raisonnable. La Cour d'appel considère néanmoins que la décision du ministre bénéficie en l'espèce de l'immunité relative, même si

<sup>60</sup> *Ressources Strateco* (CS), *supra* note 4 aux paras 413, 429.

<sup>61</sup> *Ibid* aux paras 435–36, 448, 467, 469.

<sup>62</sup> *Ibid* aux paras 471, 487, 493, 501, 505–06, 534.

<sup>63</sup> *Ibid* aux paras 514–16, 521, 523.

<sup>64</sup> *Ibid* aux paras 543–44, 558.

<sup>65</sup> *Ressources Strateco* (CA), *supra* note 4 aux paras 67–77.

elle ne relève selon elle pas clairement de la catégorie des décisions de politique générale fondamentale.<sup>66</sup> Pour que l'immunité du ministre soit levée, la demanderesse devait établir que le ministre a agi de mauvaise foi en refusant le permis, ce qu'elle n'a pas établi, puisque la Cour d'appel confirme que la prise en considération de l'acceptabilité sociale du projet était conforme à la législation applicable et que le processus décisionnel a été sérieux et rigoureux.<sup>67</sup> L'inexistence d'une expropriation déguisée est aussi confirmée par la Cour d'appel, puisque la société minière n'a pas été dépossédée de ses claims et que le moratoire et le refus du permis ne constituent pas une négation absolue de l'exercice du droit de propriété.<sup>68</sup> Enfin, à supposer que le devoir de cohérence s'applique en matière de responsabilité extracontractuelle, ce que la Cour d'appel refuse de trancher, elle considère de toute façon que le gouvernement et le ministre n'y ont pas manqué puisqu'aucune promesse d'obtention du permis n'a été faite à la société minière.<sup>69</sup>

#### LES LEÇONS À TIRER DE L'AFFAIRE SUR LE PLAN DU DROIT CANADIEN

La comparaison entre l'affaire *Ressources Strateco* et le RDIE est fascinante. Les faits de l'affaire ne sont pas sans rappeler la célèbre affaire *Clayton/Bilcon c Canada*,<sup>70</sup> dans laquelle le Canada a vu sa responsabilité internationale engagée en raison du refus d'octroyer un permis d'exploitation d'une cimenterie et d'un terminal portuaire en Nouvelle-Écosse en raison du défaut d'acceptabilité sociale du projet. La question de savoir si ce motif était conforme ou non à la législation applicable a divisé le tribunal arbitral et la majorité y a vu une violation de la clause du TJE de l'ALÉNA. Par ailleurs, le critère de la mauvaise foi permettant la levée de l'immunité relative de l'État en droit québécois rappelle le seuil élevé de la norme minimale de traitement de la coutume internationale visé par la clause du TJE, alors que la discussion sur le devoir de cohérence en matière extracontractuelle fait écho au débat sur la place des attentes signifiées dans la clause du TJE. L'affaire met aussi en lumière la protection offerte par le droit québécois contre l'expropriation déguisée, qui se concentre aussi sur le critère de la dépossession de l'exercice du droit de propriété. Une étude a avancé que la plupart des réclamations soumises par des investisseurs

<sup>66</sup> *Ibid* aux paras 86–87, 89.

<sup>67</sup> *Ibid* aux paras 104–06.

<sup>68</sup> *Ibid* aux paras 113–24.

<sup>69</sup> *Ibid* aux paras 130–36.

<sup>70</sup> Sentence sur les dommages, Aff CPA n° 2009-04, CNUDCI (ALÉNA, 10 janvier 2019); *Clayton/Bilcon c Canada*, Sentence sur la compétence et la responsabilité, Aff CPA n° 2009-04, CNUDCI (ALÉNA, 17 mars 2015). Voir Chronique 2019, *supra* note 38 aux pp 452–54; Chronique 2015, *supra* note 12 aux pp 426–34.

américains contre le Canada en vertu de l'ALÉNA n'avait pas de recours correspondant en droit canadien.<sup>71</sup> L'absence de protection constitutionnelle contre l'expropriation est particulièrement visée, l'affaire *AbitibiBowater c Canada*<sup>72</sup> ayant montré qu'une loi spéciale provinciale peut contourner le droit commun et permettre une expropriation directe sans indemnisation. Naturellement, la possibilité de faire appel n'existe pas avec le RDIE, mais les délais ne sont pas spécialement plus longs devant les tribunaux québécois, si l'on compare l'affaire *Ressources Strateco* (six ans et deux mois entre le refus du permis et l'arrêt de la Cour d'appel) et l'affaire *Clayton/Bilcon* (sept ans et quatre mois entre le refus du permis et la sentence sur la responsabilité, voire onze ans et quatre mois si l'on considère la sentence sur les dommages). Des questions demeurent toutefois sur le plan du droit à l'égalité des entreprises étrangères au Canada, de même que sur l'incidence de l'immunité relative de l'État sur leurs recours, ainsi que le montant des dommages pouvant être réclamés devant un juge canadien.

En dernière analyse, la question de l'équivalence du droit canadien avec le droit international de l'investissement demeure, et l'affaire *Ressource Strateco* n'offre qu'un éclairage partiel sur celle-ci. Une autre affaire risque de contribuer davantage à clarifier la question avec la réclamation de la société albertaine Questerre Energy contre le Québec, elle qui s'estime lésée par le moratoire imposé sur l'exploitation du gaz de schiste dans la vallée du fleuve St-Laurent.<sup>73</sup> Cette mesure fait aussi l'objet d'une réclamation d'un investisseur américain sur la base de l'ALÉNA, dans l'affaire précitée *Lone Pine Resources*, offrant ainsi un laboratoire de droit comparé d'un grand intérêt. Finalement, deux nouvelles réclamations contre le Québec viennent de s'ajouter, concernant le blocage de projets d'exploration et d'exploitation pétrolières, cette fois en Gaspésie.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Voir Armand de Mestral et Robin Morgan, "Does Canadian Law Provide Remedies Equivalent to NAFTA Chapter 11 Arbitration?" dans Armand de Mestral, dir, *Second Thoughts: Investor State Arbitration between Developed Democracies*, Waterloo (ON), Centre for International Innovation Governance, 2017, 155.

<sup>72</sup> Sentence rendue par consentement, CNUDCI (ALÉNA, 15 décembre 2010).

<sup>73</sup> Alexandre Shields, "Gaz de schiste: une gazière poursuit Québec," *Le Devoir* (12 novembre 2018).

<sup>74</sup> Alexandre Shields, "Une pétrolière albertaine réclame 32 millions de dollars au Québec," *Le Devoir* (28 avril 2021) à la p A5; Joane Bérubé, "Un premier test en cour pour la Loi sur les hydrocarbures," *Radio-Canada* (2 mars 2021), en ligne: <[ici.radio-canada.ca/nouvelle/1774536/loi-hydrobarbure-poursuite-gaspe-energies-ministre-jonatan-julien-forage-petrole](http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1774536/loi-hydrobarbure-poursuite-gaspe-energies-ministre-jonatan-julien-forage-petrole)>. L'entreprise albertaine dans la première affaire est la société Pieridae Energy, qui a acquis la québécoise Petrolia, détenant de nombreux permis d'exploration en Gaspésie. La seconde affaire met en cause la société Gaspé Énergies, filiale de Ressources Utica, détenue par des intérêts autrichiens, concernant le refus d'un permis de forage près de Gaspé.



*GLOBAL TELECOM HOLDING: PREMIER ARBITRAGE CONTRE LE CANADA NON FONDÉ SUR L'ALÉNA*

L'affaire *Global Telecom Holding* est d'un grand intérêt pour le Canada à plus d'un égard. Premier arbitrage dans une affaire contre celui-ci fondée sur un traité autre que l'ALÉNA, elle met en lumière les risques posés par ses APIE de première ou deuxième génération pour le droit de légiférer dans l'intérêt public. Ces anciens traités ont été conclus avec des pays européens alors en transition vers l'économie de marché ou des pays en développement, perçus comme destinataires d'investissements canadiens, plutôt que comme des sources de capitaux pour le Canada. Il apparaît urgent que le Canada entreprenne la révision de ces anciens APIE, afin de les mettre au diapason de sa pratique conventionnelle actuelle. Cette affaire soumet aussi pour la première fois l'opération du mécanisme d'examen des investissements étrangers de la *Loi sur Investissement Canada* à l'arbitrage international, alors que le Canada tente normalement de soustraire à toute obligation internationale cette pièce maîtresse de sa législation économique. Il s'agit aussi du premier arbitrage d'investissement portant sur le secteur des télécommunications au Canada, historiquement fermé à la propriété étrangère. Ce faisant, l'affaire *Global Telecom Holding* illustre l'importance des exclusions de mesures et de secteurs sensibles dans les traités du Canada, ainsi que les difficultés d'interprétation et d'application qu'elles soulèvent.

Cette affaire met ainsi en cause un investisseur égyptien qui a tenté sans succès de s'implanter dans le marché des télécommunications au Canada. Celui qu'on a surnommé le "pharaon des télécoms,"<sup>75</sup> Naguib Sawiris, première fortune d'Afrique, s'est imposé dans le marché arabo-musulman de la téléphonie mobile, étendant ses activités jusqu'en Corée du Nord.<sup>76</sup> Après avoir été entravé dans ses projets d'affaires dans les faits à l'origine du cas d'espèce, Sawiris a essuyé un second revers avec le blocage par Ottawa de l'acquisition de la société manitobaine MTS Allstream par sa société Accelero Capital Holdings, au terme d'un autre examen de sécurité nationale où ses activités dans la dictature asiatique auraient fait l'objet de préoccupations.<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Marianne Meunier, "Le pharaon des télécoms," *Jeune Afrique* (14 décembre 2008), en ligne: <[www.jeuneafrique.com/207240/archives-thematique/le-pharaon-des-t-l-coms/](http://www.jeuneafrique.com/207240/archives-thematique/le-pharaon-des-t-l-coms/)>.

<sup>76</sup> Le groupe de Sawiris a aussi eu maille à partir avec l'Algérie, contre laquelle il a fait une réclamation infructueuse au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) sur la base cette fois du TBI entre ce pays et l'Union économique belgo-luxembourgeoise, rejetée au motif qu'elle était irrecevable parce que le préjudice a été causé à l'investissement et non à l'investisseur. Voir *Orascom TMT Investments c Algérie*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/12/35 (*TBI Algérie-UEBL*, 31 mai 2017); *Orascom TMT Investments c Algérie*, Décision sur l'annulation, Aff CIRDI n° ARB/12/35 (*TBI Algérie-UEBL*, 17 septembre 2020) (Comité *ad hoc*).

<sup>77</sup> "Egyptian Tycoon Done with Canada after Allstream Rejection," *CBC News* (16 octobre 2013), en ligne: <[www.cbc.ca/news/business/egyptian-tycoon-done-with-canada-after-allstream-rejection-1.2074296](http://www.cbc.ca/news/business/egyptian-tycoon-done-with-canada-after-allstream-rejection-1.2074296)>.

Dans sa requête d'arbitrage soumise au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) le 28 mai 2016, Global Telecom Holding (GTH), une société de portefeuille égyptienne, allègue que les agissements des autorités fédérales canadiennes à son égard contreviennent à l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République arabe d'Égypte pour l'encouragement et la protection des investissements (APIE Canada-Égypte)*.<sup>78</sup> GTH, dont le principal actionnaire est Naguib Sawiris, réclame la somme colossale de US \$1,8 milliards en dommages. Plus particulièrement, l'investisseur égyptien estime que le Canada a violé la clause du TJE,<sup>79</sup> la clause autonome de protection et de sécurité des investissements,<sup>80</sup> la clause du traitement national (TN),<sup>81</sup> ainsi que la clause de liberté de transfert de fonds.<sup>82</sup> Le Canada s'oppose à la compétence et à la recevabilité de la réclamation de GTH. Le tribunal arbitral, composé du président Georges Affaki et des coarbitres Gary Born et Vaughan Lowe, a rendu une sentence unique le 27 mars 2020, rejetant toutes les objections du Canada, sauf une, de même que la réclamation de GTH sur le fond. Compte tenu de ce résultat, les parties se partagent également les frais d'arbitrage et supportent chacune leurs autres frais juridiques.<sup>83</sup> L'arbitre Gary Born a joint son opinion dissidente sur une des objections du Canada à la compétence du tribunal. Le 11 août 2020, les deux parties ont introduit parallèlement des demandes d'annulation partielle de la sentence arbitrale auprès du CIRDI.<sup>84</sup> Les aspects de la sentence dont l'annulation est demandée demeurent inconnus, puisque le texte de ces demandes n'a pas encore été rendu public.

#### L'OUVERTURE DU MARCHÉ CANADIEN DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE À LA CONCURRENCE ET LES EMBÛCHES RENCONTRÉES PAR GTH

Le marché des télécommunications et de la téléphonie mobile étant concentré entre les mains de trois opérateurs, Ottawa a voulu l'ouvrir à la

<sup>78</sup> 13 novembre 1996, RT Can 1997 n° 31 (entrée en vigueur: 11 mars 1997) [*APIE Canada-Égypte*].

<sup>79</sup> *Ibid.*, art II(2)(1) (ou II(2)(a) dans la version anglaise). Il faut souligner que la méthode de numérotation des articles de l'APIE diffère parfois entre la version anglaise et française, ce qui peut rendre confuse la lecture de la sentence arbitrale. Par souci de clarté, la numérotation de la version anglaise est ajoutée entre parenthèse après la mention de la numérotation de la version française lorsqu'elles diffèrent.

<sup>80</sup> *Ibid.*, art II(2)(2) (ou II(2)(b) dans la version anglaise).

<sup>81</sup> *Ibid.*, art IV(1).

<sup>82</sup> *Ibid.*, art XI(I).

<sup>83</sup> *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 au para 725.

<sup>84</sup> CIRDI, "Cases Database. Global Telecom Holding S.A.E. v Canada (ICSID Case no. ARB/16/16)," en ligne: <[icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/16](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/16/16)>.

concurrence pour le bénéfice de l'économie canadienne et des consommateurs en permettant l'établissement de nouveaux joueurs. Les restrictions à la propriété étrangère dans le secteur des télécommunications demeuraient néanmoins, tout comme les mécanismes d'examen des investissements étrangers pour l'avantage net de l'économie canadienne et pour la sécurité nationale prévus par la *Loi sur Investissement Canada*. GTH s'est associée à une société canadienne pour faire l'acquisition indirecte de la société canadienne de téléphonie mobile Wind Mobile et profiter de l'ouverture du marché canadien. Au terme d'enchères réservées aux nouveaux venus, Wind Mobile a obtenu en 2009 une trentaine de licences du spectre de radiofréquences d'une durée de dix ans, assorties d'une série de conditions. Tout transfert des licences était soumis à l'approbation du ministre de l'Industrie et il était interdit de les transférer à une entreprise titulaire de licences au cours des cinq premières années.

Wind Mobile a fait l'objet d'un examen par les autorités fédérales afin de s'assurer que la société respectait bien les exigences de contrôle et de propriété canadiens fixées par la législation sur les télécommunications et la radiocommunication. Celle-ci exigeait alors que les actions votantes des opérateurs soient détenues à 80 pour cent par des Canadiens, alors que les étrangers ne pouvaient pas détenir plus du tiers des actions votantes de la société de portefeuille détenant un opérateur de télécommunications. Conformément à la législation, GTH ne détenait que 20 pour cent des actions votante de Wind Mobile, mais il était prévu qu'elle pourrait prendre le contrôle de l'opérateur si les règles devaient être assouplies. Avant d'émettre les licences, Industrie Canada s'est assurée du respect des règles de propriété et de contrôle canadiens, mais le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a révisé cette décision en 2009 pour conclure que les règles n'étaient pas respectées, en raison du contrôle effectif de l'investisseur égyptien sur l'opérateur canadien. Après une intervention du gouvernement fédéral en faveur de Wind Mobile et des recours judiciaires exercés par d'autres nouveaux joueurs dans la téléphonie mobile, la conformité avec les règles de contrôle et de propriété canadiens a finalement été confirmée par les tribunaux en 2012.

La législation canadienne rend l'itinérance obligatoire entre les opérateurs de téléphonie mobile et exige que les entreprises établies partagent leurs pylônes d'antennes, le tout devant être négocié à des conditions commerciales. Les nouveaux joueurs comme Wind Mobile se sont toutefois butés à des difficultés dans leurs négociations. Ottawa est finalement intervenue en 2013 et 2014 pour bannir certaines pratiques des entreprises titulaires et imposer l'arbitrage en cas d'impasse dans les négociations, mais trop tard pour GTH qui avait déjà pris la décision de quitter le marché canadien.

Les règles de propriété et de contrôle canadiens ont été assouplies en 2012, afin d'y soustraire les opérateurs de télécommunications détenant

moins de 10 pour cent du marché canadien. Sur la base de ces modifications, GTH a exercé son option de convertir ses actions non-votantes en actions votantes, mais cette tentative de prise de contrôle de Wind Mobile a néanmoins dû être soumise à un examen pour l'avantage net et pour la sécurité nationale aux termes de la *Loi sur Investissement Canada* (les détails et le résultat de ces examens sont caviardés dans la sentence arbitrale rendue publique).

Enfin, les conditions de transfert de licence par les nouveaux joueurs ont été révisées par Industrie Canada en 2013, afin d'éviter que leur transfert aux entreprises titulaires à l'expiration de la période de cinq ans ne résulte en une concentration accrue du marché de la téléphonie mobile. La nécessité d'une approbation ministérielle pour tout transfert a été réaffirmée, de même que la possibilité de l'assortir de conditions. Après des discussions avec les autorités canadiennes, GTH a compris qu'il lui serait difficile de vendre Wind Mobile à une entreprise titulaire (voire impossible, mais la sentence est caviardée sur ce point). Elle s'est résolue en 2014 à vendre ses parts à un autre nouveau joueur, la société canadienne qui détenait le contrôle de Wind Mobile, avec l'approbation d'Industrie Canada.

#### LES OBJECTIONS INFRUCTUEUSES DU CANADA À LA COMPÉTENCE ET LA RECEVABILITÉ

Le Canada s'est objecté sans succès à la compétence du tribunal arbitral et à la recevabilité de la réclamation de GTH, à l'exception importante de l'exclusion du domaine des télécommunications de la clause du TN, qui a convaincu la majorité du tribunal arbitral.<sup>85</sup>

#### *La qualité d'investisseur égyptien de GTH*

Le Canada a âprement disputé la qualité d'investisseur égyptien de GTH au sens de l'APIE, en raison de la définition particulière de "personne morale," qui exige qu'elle soit constituée en conformité avec la législation égyptienne et qu'elle ait le droit de résidence permanente en Égypte.<sup>86</sup> Le tribunal arbitral considère que ces conditions sont cumulatives et que la première est aisément remplie, puisque la preuve démontre que GTH a été constituée en personne morale suivant la législation égyptienne.<sup>87</sup> La condition de résidence permanente doit s'apprécier au regard de l'APIE et non de la législation égyptienne et le tribunal considère que la personne morale peut avoir plus d'une résidence permanente, en l'absence d'une disposition

<sup>85</sup> *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 au para 447.

<sup>86</sup> *APIE Canada-Égypte*, *supra* note 78, art I(6) (art I(f) dans la version anglaise).

<sup>87</sup> *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 aux paras 287, 289.

contraire.<sup>88</sup> Il se satisfait de l'extrait du registre commercial indiquant l'établissement de GTH en Égypte comme preuve de sa résidence dans ce pays, refusant de lire dans l'APIE une exigence de considérer uniquement le siège réel de la personne morale plutôt que son siège statutaire, ce qui reviendrait selon le tribunal à s'adapter au lit de Procuste.<sup>89</sup>

*L'exclusion du mécanisme d'examen pour sécurité nationale du RDIE*

La clause de l'APIE *Canada-Égypte* qui vise à soustraire du RDIE le mécanisme d'examen des investissements étrangers est rédigée en termes anormalement généraux, comparé à la pratique conventionnelle habituelle du Canada, et cela s'avère fatal pour son objection en l'espèce. Aucune référence à la *Loi sur Investissement Canada* n'est faite et sont uniquement soustraites les décisions refusant d'autoriser l'établissement d'une nouvelle entreprise ou l'acquisition d'une entreprise existante.<sup>90</sup> La majorité du tribunal considère que la pratique conventionnelle habituelle du Canada n'est d'aucun secours pour interpréter les termes de l'APIE, qui ne vise clairement pas toutes les décisions prises dans le cadre de l'examen des investissements étrangers en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*.<sup>91</sup> En l'espèce la conversion par GTH de ses actions non-votantes en actions votantes ne constitue pas une nouvelle acquisition au sens de l'APIE et l'examen pour sécurité nationale à laquelle elle a été soumise échappe à l'exclusion du RDIE.<sup>92</sup> L'APIE ne parle que de propriété et non de prise de contrôle et la majorité du tribunal refuse d'employer la *Loi sur Investissement Canada* pour éclaircir le sens du terme "acquisition."<sup>93</sup> L'interprétation téléologique de l'APIE commande d'ailleurs une interprétation stricte de l'exclusion du RDIE selon les arbitres majoritaires, puisqu'il vise à encourager l'investissement.<sup>94</sup>

L'arbitre dissident sur ce point, qui demeure anonyme, considère que l'examen pour sécurité nationale de la conversion de ses actions par GTH serait couvert par l'exclusion et ainsi soustrait au RDIE.<sup>95</sup> Pour lui la notion d'acquisition d'une entreprise concerne une entité économique et non juridique, ce qui inclut la prise de contrôle. Par ailleurs, l'objet et le but de l'APIE ne se limite pas à l'encouragement de l'investissement mais vise

<sup>88</sup> *Ibid* aux paras 290, 292.

<sup>89</sup> *Ibid* aux paras 295–296.

<sup>90</sup> APIE *Canada-Égypte*, *supra* note 78, art II(4) (2) (art II(4) (b) dans la version anglaise).

<sup>91</sup> *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 au para 326.

<sup>92</sup> *Ibid* aux paras 328, 334.

<sup>93</sup> *Ibid* au para 332.

<sup>94</sup> *Ibid* au para 333.

<sup>95</sup> *Ibid* au para 336.

aussi la préservation du droit de légiférer dans l'intérêt public, un argument qui convainc davantage que l'interprétation téléologique de la majorité.

*L'exclusion du domaine des télécommunications de la clause du TN*

La question de l'exclusion de certains secteurs sensibles de la clause du TN est névralgique pour le Canada et lui permet de préserver son droit de légiférer dans l'intérêt public. La majorité du tribunal arbitral accueille cette fois l'objection du Canada, puisqu'il juge que le domaine des télécommunications est entièrement soustrait à la clause du TN.<sup>96</sup> Bien que le Canada caractérise cette objection comme ayant trait à la compétence du tribunal, ce dernier considère avec raison qu'il s'agit plutôt d'une question de recevabilité, voire de fond, mais il considère que cette caractérisation est sans importance pratique en l'espèce.<sup>97</sup> Or la question n'est pas que théorique, puisqu'elle peut emporter des conséquences significatives dans le cadre d'une demande d'annulation, où les décisions sur le fond ne sont pas annulables contrairement aux décisions sur la compétence.<sup>98</sup> L'*APIE Canada-Égypte* s'écarte à nouveau de la pratique conventionnelle habituelle du Canada, car l'exclusion des secteurs sensibles est rédigée en termes vagues et étonnamment généraux.<sup>99</sup> Les parties ont le droit "d'établir ou de maintenir en vigueur des exceptions dans les secteurs ou sujets énumérés à l'Annexe" de l'*APIE*. La difficulté réside dans la question de savoir si ce droit de faire une réserve requiert ou non une action additionnelle à l'indication de ces secteurs sensibles dans ladite Annexe. La majorité du tribunal considère que le texte de l'*APIE* n'impose aucune action supplémentaire de la part du Canada pour qu'il puisse bénéficier de l'exclusion.<sup>100</sup> Dans l'Annexe, le Canada mentionne notamment les services sociaux et "les services dans tout autre secteur" et les arbitres majoritaires n'ont aucune difficulté à conclure que cette seconde catégorie d'exclusion vise les télécommunications.<sup>101</sup> Bien que cette exclusion soit très vaste, ils considèrent avec raison qu'il ne leur appartient pas de juger des choix faits par les parties à cet égard.<sup>102</sup> Enfin, il est clair pour eux que les télécommunications sont

<sup>96</sup> *Ibid* au para 380.

<sup>97</sup> *Ibid* au para 365.

<sup>98</sup> Voir *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 160, art 52(1)(b) (entrée en vigueur: 14 octobre 1966).

<sup>99</sup> *APIE Canada-Égypte*, *supra* note 78, art IV(2)(4), Annexe (art IV(2)(d) dans la version anglaise).

<sup>100</sup> *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 au para 369.

<sup>101</sup> *Ibid* au para 376.

<sup>102</sup> *Ibid* au para 378.

un secteur de services, comme GTH le reconnaît elle-même dans la description de ses activités comme fournisseur de services de téléphonie mobile.<sup>103</sup>

Dans son opinion dissidente, l'arbitre Gary Born prend le contrepied de la majorité du tribunal de manière peu convaincante. Il considère que l'APIE exigeait que le Canada pose une action positive supplémentaire pour exercer son droit de soustraire un secteur des services à la clause du TN, en notifiant spécifiquement la mesure exclue à l'Égypte, malgré l'absence de toute disposition à cet effet.<sup>104</sup> Born s'émeut du caractère très étendu de l'exclusion si elle devait ne pas imposer une obligation de notification spécifique des mesures réservées, or il omet de rappeler que de nombreux traités d'investissement, y compris des APIE du Canada, assujettissent la clause du TN à toute la législation nationale dans tous les secteurs et pas seulement celui des services.<sup>105</sup> La clause du TN demeure une des restrictions les plus significatives au droit de légiférer dans l'intérêt public et il ne faut pas s'étonner que les États la concède avec circonspection, selon le partenaire avec lequel ils traitent. L'arbitre dissident estime par ailleurs et de manière franchement surprenante que les télécommunications ne sont pas un secteur des services au sens de l'Annexe, qui viserait plutôt seulement d'autres secteurs des services sociaux que ceux énumérés sous la rubrique "services sociaux."<sup>106</sup> L'Annexe n'exclurait pas des secteurs entiers de services, mais simplement des mesures réglementant des services dans les secteurs visés.<sup>107</sup> Enfin, il se base sur la Classification type des industries de Statistique Canada, à laquelle l'APIE se réfère certes mais pour les fins exclusives des titres d'État et, de toute façon, de manière erronée puisque la version officielle française du document montre sans l'ombre d'un doute que les télécommunications sont considérées comme un secteur des services!<sup>108</sup> Ainsi, l'arbitre dissident aurait conclu que les télécommunications sont visées par la clause du TN et que GTH a droit à une indemnisation

<sup>103</sup> *Ibid* au para 379.

<sup>104</sup> *Global Telecom Holding c Canada*, Opinion dissidente de Gary Born, Aff CIRDI n° ARB/16/16 aux paras 18–19, 23 (*APIE Canada-Égypte*, 27 mars 2020).

<sup>105</sup> *Ibid* aux paras 16, 38. Voir par ex *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de l'Union des république socialistes soviétiques sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, 20 novembre 1989, RT Can 1991 n° 31, art III(4) (entrée en vigueur: 27 juin 1991).

<sup>106</sup> *Global Telecom Holding*, Opinion dissidente de Gary Born, *supra* note 104 au para 54. Born souligne cependant avec raison qu'il apparaît superflu d'avoir d'abord exclu les services sociaux pour ensuite exclure tous les secteurs de services (au para 57). Cela pourrait s'expliquer par les aléas de la négociation, ou encore la volonté de s'assurer spécialement de l'exclusion des services sociaux en plus des services davantage ouverts à l'entreprise privée.

<sup>107</sup> *Ibid* au para 51.

<sup>108</sup> *Ibid* au para 66. La majorité du tribunal rejette à bon droit cette utilisation de la Classification type des industries. *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 au para 379, n 540. Voir

puisque que le Canada n'a pas produit de défense sur le fond concernant la violation de cette clause.<sup>109</sup>

### *La prescription de la réclamation*

Le tribunal arbitral rejette l'objection du Canada quant à la prescription de certains aspects de la réclamation de GTH qui concernent des faits remontant à plus de trois ans avant sa requête d'arbitrage. L'APIE exige en effet que GTH ait eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la violation alléguée et de son préjudice jusqu'à un maximum de trois années avant sa réclamation présentée en 2016.<sup>110</sup> Or certains des agissements reprochés au Canada, soit l'examen de propriété et de contrôle canadiens par le CRTC et l'inaction du gouvernement concernant l'accès à l'itinérance et aux antennes de pylônes, sont antérieurs à 2013. Comme GTH allègue que ces agissements ne sont pas visés en tant que tels mais comme éléments d'un fait composite postérieur à 2013, le tribunal est satisfait pour les fins de sa compétence par la constatation que l'investisseur a eu connaissance du fait composite allégué et de son préjudice après 2013, sans avoir à se prononcer sur le fond.<sup>111</sup>

### *L'intérêt juridique à agir de GTH*

Le tribunal arbitral rejette enfin la dernière objection du Canada, cette fois à la recevabilité de la réclamation de GTH parce qu'elle viserait le préjudice subi par Wind Mobile et non par elle-même. L'APIE envisage que l'investisseur peut faire une réclamation pour le préjudice subi par lui-même ou par son investissement, mais des procédures distinctes d'appliquent alors.<sup>112</sup> Le tribunal arbitral considère que Wind Mobile est effectivement un investissement de GTH au Canada, mais que sa réclamation ne concerne pas des pertes par ricochet subies par Wind Mobile mais plutôt son propre préjudice comme investisseur.<sup>113</sup> Il ne s'agit pas selon lui d'une négation du principe dégagé dans la célèbre *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*,<sup>114</sup> empêchant l'État de nationalité des actionnaires d'une

---

Statistique Canada, "Classifications des industries," en ligne: <[www.statcan.gc.ca/fra/concepts/industrie](http://www.statcan.gc.ca/fra/concepts/industrie)>.

<sup>109</sup> *Global Telecom Holding*, Opinion dissidente de Gary Born, *supra* note 104 au para 11.

<sup>110</sup> *APIE Canada-Égypte*, *supra* note 78, art XIII(3)(4) (art XIII(3)(d) dans la version anglaise).

<sup>111</sup> *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 aux paras 406, 411-12. Voir "Projet d'articles," *supra* note 37, art 15.

<sup>112</sup> *APIE Canada-Égypte*, *supra* note 78, arts XIII(1), XIII(12).

<sup>113</sup> *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 aux paras 442-43.

<sup>114</sup> *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c Espagne)*, Deuxième phase, [1970] CIJ Rec 3.



société lésée d'exercer la protection diplomatique, mais plutôt d'une application de l'APIE qui définit largement l'investissement comme comprenant les actions et les créances détenues indirectement.<sup>115</sup> GTH n'avait donc pas à suivre les procédures applicables à la réclamation au nom de son investissement et à l'intérêt juridique suffisant pour agir.<sup>116</sup>

#### LA LICÉITÉ DU COMPORTEMENT DU CANADA À L'ÉGARD DE GTH

Les trois violations alléguées de l'APIE qui subsistent, après le rejet de celle sur la clause du TN, sont toutes rejetées sur le fond par le tribunal arbitral.<sup>117</sup> Ce faisant, il jette un éclairage utile sur la portée de la clause du TJE et la clause autonome de protection et de sécurité dans certains anciens APIE du Canada, différentes et plus larges que dans sa pratique conventionnelle habituelle.

#### *La conformité avec la clause du TJE*

La clause du TJE de l'APIE *Canada-Égypte* parle d'un "traitement juste et équitable, en conformité avec les principes du droit international,"<sup>118</sup> sans se référer explicitement à la norme minimale de traitement de la coutume internationale, contrairement à la pratique conventionnelle usuelle du Canada.<sup>119</sup> Le tribunal arbitral conclut que cela signifie que la portée de la clause est plus large que la norme minimale de traitement et qu'elle ne se limite pas au seuil élevé de la conduite "*grossly unfair or unjust*," mais correspond au standard du TJE dégagé dans l'affaire *Tecmed c Mexique*,<sup>120</sup> interdisant les mesures arbitraires, protégeant les attentes légitimes des investisseurs, comprenant un devoir de transparence et exigeant l'application régulière de la loi (*due process*).<sup>121</sup>

GTH allègue d'abord que le blocage du transfert de sa licence à une entreprise titulaire constitue une violation de la clause du TJE sous trois aspects, soit qu'il frustré ses attentes légitimes et qu'il constitue un traitement arbitraire et un manquement à leur devoir de transparence de la part des autorités canadiennes. Le tribunal arbitral rappelle que pour violer ses attentes légitimes, l'État doit avoir fait des représentations à l'investisseur, ce dernier doit avoir fondé sa décision d'investir sur ces représentations et

<sup>115</sup> *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 au para 445.

<sup>116</sup> *Ibid* au para 446.

<sup>117</sup> *Ibid* au para 708.

<sup>118</sup> APIE *Canada-Égypte*, *supra* note 78, art II(2)(1) (art II(2)(a) dans la version anglaise).

<sup>119</sup> Voir ALÉNA, *supra* note 3, art 1105(1); Canada, APIE-type, *supra* note 10, art 6(1).

<sup>120</sup> Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/00/2 au para 154 (*TBI Espagne-Mexique*, 29 mai 2003).

<sup>121</sup> *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 aux paras 484, 487-91.

l'État doit s'en être écarté.<sup>122</sup> Or le tribunal conclut sans difficulté que le Canada n'a jamais fait de représentations à GTH selon lesquelles il jouirait de la liberté de transférer les licences de Wind Mobile à une entreprise titulaire, ou encore que le ministre approuverait un tel transfert.<sup>123</sup> Au contraire, la législation, les documents gouvernementaux et la pratique ministérielle indiquent systématiquement que de tels transferts sont soumis à l'approbation du ministre. Le tribunal note au passage que les conseils trompeurs prodigués à cet égard par des consultants privés à GTH ne peuvent être imputés au Canada.<sup>124</sup> Quant au traitement arbitraire allégué, il applique le standard dégagé dans l'affaire *Crystallex c Venezuela*,<sup>125</sup> suivant lequel la conduite de l'État doit être fondée non pas sur le droit mais plutôt sur un abus de discrétion, un préjugé, une préférence personnelle, ou sur des motifs réels distincts de ceux affichés.<sup>126</sup> Il rappelle aussi qu'en l'absence d'un engagement de stabilisation du cadre réglementaire de la part de l'État, sa modification pour répondre à l'évolution du marché ne constitue pas un traitement arbitraire.<sup>127</sup> En l'espèce, le tribunal estime que GTH n'a pas fait la preuve que le Canada avait pris un tel engagement ou que son cadre pour le transfert de licences est arbitraire.<sup>128</sup> Enfin, il ne voit aucun manquement au devoir de transparence dans ce cadre, qui expose clairement les conditions de transfert des licences; le tribunal souligne au passage que le devoir de transparence n'exige pas de l'État qu'il corrige la mauvaise compréhension de la réglementation que peut avoir l'investisseur étranger.<sup>129</sup>

GTH allègue ensuite que l'examen pour sécurité nationale qu'il a subi viole la clause du TJE à nouveau sous trois aspects, soit qu'il s'agit d'un traitement arbitraire, ainsi que d'un manquement au devoir de transparence et à l'exigence de l'application régulière de la loi. Il faut souligner à grand trait qu'il s'agit de la première fois que l'application de la *Loi sur Investissement Canada* fait l'objet d'un arbitrage et que cela découle de l'interprétation restrictive de l'exclusion pertinente du RDIE par la majorité du tribunal arbitral. Le tribunal note d'entrée de jeu que GTH ne pouvait ignorer que la propriété étrangère des opérateurs de téléphonie mobile au Canada était soumise à des restrictions et que la *Loi sur Investissement Canada* ne pouvait être écartée par un simple arrangement

<sup>122</sup> *Ibid* au para 539.

<sup>123</sup> *Ibid* aux paras 540, 555.

<sup>124</sup> *Ibid* au para 556.

<sup>125</sup> Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/11/2 au para 578 (*APIE Canada-Venezuela*, 4 avril 2016).

<sup>126</sup> *Global Telecom Holding, supra note 2* au para 561.

<sup>127</sup> *Ibid* au para 563.

<sup>128</sup> *Ibid* aux paras 564, 568.

<sup>129</sup> *Ibid* au para 570.

contractuel sur la conversion d'actions non-votantes en actions votantes.<sup>130</sup> Le devoir de transparence de l'État doit s'adapter à la réalité des questions de sécurité nationale, qui sont sensibles et exigent une confidentialité accrue.<sup>131</sup> L'exigence d'application régulière de la loi est satisfaite si l'investisseur se voit offrir une opportunité réelle de pouvoir défendre ses intérêts, sur des questions clairement identifiées et en temps opportun avant que le décideur ne se prononce sur la base de facteurs objectifs.<sup>132</sup> En l'espèce le tribunal conclut que le Canada a satisfait à ces deux aspects de la clause du TJE.<sup>133</sup> Il considère aussi que la conduite du Canada n'a pas été arbitraire et qu'elle était guidée par des préoccupations de sécurité nationale légitimes, préoccupations qui sont caviardées dans la sentence rendue publique.<sup>134</sup>

L'investisseur égyptien allègue enfin que la conduite générale du Canada à son égard, de son entrée sur le marché à son départ, a été contraire à la clause du TJE. Ce fait composite allégué du Canada ne doit pas nécessairement révéler une intention malicieuse, mais simplement converger vers un résultat contraire au standard dégagé par l'affaire *Tecmed*.<sup>135</sup> Le tribunal arbitral conclut que les agissements des différents organismes gouvernementaux qui sont intervenus dans les affaires de GTH s'expliquent séparément par leur mandat respectif et ne convergent pas vers une violation agrégée de la clause du TJE.<sup>136</sup> Aucun dénominateur commun qui établirait un fait composite du Canada ne relie les agissements de ces organismes distincts.

#### *La conformité avec la clause autonome de protection et de sécurité*

Contrairement à la pratique conventionnelle habituelle du Canada, la clause de protection et de sécurité des investissements et des revenus des investisseurs est séparée et autonome de la clause du TJE.<sup>137</sup> En se fondant sur la pratique arbitrale concernant les traités bilatéraux d'investissement d'autres États et sur l'inclusion dans la notion d'investissement d'actifs intangibles, le tribunal arbitral conclut que la clause autonome de protection et de sécurité de l'*APIE Canada-Égypte* ne vise pas seulement la sécurité

<sup>130</sup> *Ibid* aux paras 603, 606.

<sup>131</sup> *Ibid* au para 608.

<sup>132</sup> *Ibid*.

<sup>133</sup> *Ibid* au para 612.

<sup>134</sup> *Ibid* aux paras 616–17.

<sup>135</sup> *Ibid* au para 641.

<sup>136</sup> *Ibid* aux paras 643–47.

<sup>137</sup> *Ibid* au para 662. Voir *ALÉNA*, *supra* note 3, art 1105(1); Canada, *APIE-type*, *supra* note 10, art 6(1).

physique mais aussi la sécurité juridique des investissements et des revenus.<sup>138</sup> Il tire une conclusion discutable de la pratique récente du Canada qui consiste à préciser explicitement que cette clause, intégrée à la clause du TJE limitée à la norme minimale de traitement, vise uniquement la sécurité physique, en estimant que cela démontre qu'en l'absence de cette précision la portée de la clause serait plus large.<sup>139</sup> Or la conclusion contraire pourrait être tirée de cette précision, qui ne viserait qu'à expliciter le sens de la clause, par souci de clarté, comme le fait l'annexe interprétative sur l'expropriation indirecte incluse dans la pratique conventionnelle récente du Canada.<sup>140</sup> Toutefois, en s'appuyant sur l'*Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*,<sup>141</sup> le tribunal considère que cette clause n'impose pas une obligation de résultat à l'État mais plutôt une obligation de moyens, soit celle d'exercer une diligence raisonnable pour assurer pleinement la protection et la sécurité des investissements et des revenus des investisseurs étrangers.<sup>142</sup>

Appliquant la clause aux faits de l'espèce, le tribunal constate que GTH n'a pas allégué de faits différents la concernant par rapport à ceux allégués sans succès pour la violation de la clause du TJE.<sup>143</sup> Or si ces faits sont insuffisants pour établir une violation de la clause du TJE, ils le sont *a fortiori* pour établir un manquement par le Canada à son devoir de diligence raisonnable à l'égard de Wind Mobile.<sup>144</sup> Au demeurant, il considère que le Canada s'est conduit d'une manière conforme à la législation applicable et connue par GTH au moment où il a fait son investissement, ce qui signifie qu'il n'a pas manqué à la clause de protection et de sécurité.<sup>145</sup>

#### *La conformité avec la clause de liberté de transfert de fonds*

Le dernier argument de GTH concernant la violation de la clause de liberté de transfert de fonds connaît le même sort. Le tribunal arbitral rejette prestement cet argument, fondé sur une lecture erronée de la clause par l'investisseur égyptien.<sup>146</sup> Ce dernier l'invoque afin de contester le blocage

<sup>138</sup> *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 aux paras 664–65.

<sup>139</sup> *Ibid* au para 666. Voir ACÉUM, *supra* note 13, art 14.6(2)(b); PTPGP, *supra* note 12, art 9.6(2)(b); AÉCG, *supra* note 11, art 8.10(5).

<sup>140</sup> Canada, *APIE-type*, *supra* note 10, art 10(1), Annexe B.10. Voir *Philip Morris c Uruguay*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/10/7 au para 301 (*TBI Suisse-Uruguay*, 8 juillet 2016).

<sup>141</sup> *Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (*États-Unis c Italie*), [1989] CIJ Rec 15 au para 108.

<sup>142</sup> *Global Telecom Holding*, *supra* note 2 aux paras 667–68.

<sup>143</sup> *Ibid* au para 675.

<sup>144</sup> *Ibid* aux paras 667, 682.

<sup>145</sup> *Ibid* au para 681.

<sup>146</sup> *Ibid* au para 702.

du transfert de ses licences à une entreprise établie au Canada, alors que la clause vise plutôt le transfert de fonds à l'extérieur du Canada, afin de permettre à l'investisseur étranger de rapatrier les fruits de son investissement ou le produit de sa liquidation vers son pays d'origine ou un pays tiers.<sup>147</sup>

<sup>147</sup> *Ibid* aux paras 703–05.