

Investissement

Investment

CHARLES-EMMANUEL CÔTÉ

LE CANADA ET LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT EN 2018

La politique juridique extérieure du Canada en matière d'investissement apparaît plus éclatée que jamais en 2018. À travers sa pratique conventionnelle, le Canada réussit à embrasser des positions en parfaite contradiction les unes par rapport aux autres en ce qui concerne le règlement des différends entre investisseur et État (RDIE). Il poursuit l'approche traditionnelle de l'arbitrage investisseur/État avec son programme d'accords de promotion et de protection des investissements étrangers (APIE), ainsi qu'avec le sauvetage de l'*Accord de partenariat transpacifique (PTP)*¹ au moyen d'un nouvel *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*.² Il remet parallèlement en question cette même approche avec l'Union européenne dans l'*Accord économique et commercial global (AÉCG)*,³ en mettant en place un système juridictionnel de RDIE et, de manière

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

¹ 4 février 2016, en ligne: <<http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (Australie, Brunei Darussalam, Canada, Chili, Etats-Unis, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour et Viêt-Nam; non en vigueur) [*PTP*].

² 8 mars 2018, en ligne: <<http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=fra>> (Australie, Brunei Darussalam, Canada, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour et Viêt-Nam; entrée en vigueur: 1^{er} décembre 2018) [*PTPGP*]. Par souci de clarté, la référence aux articles du *PTP* incorporés au *PTPGP* est indiquée comme une référence au *PTPGP*.

³ *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, 30 octobre 2016, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> (application provisoire: 21 septembre 2017) [*AÉCG*].

encore plus marquée avec l'Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACÉUM)⁴ issu de la renégociation de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA),⁵ en abandonnant toute forme de RDIE. L'abandon de l'arbitrage investisseur/État avec les États-Unis constitue un véritable changement de paradigme pour le Canada, puisque les réclamations des investisseurs américains sur la base du chapitre 11 de l'ALÉNA en ont fait un pionnier du RDIE et l'un des pays les plus poursuivis par des investisseurs étrangers. Le Canada adhère ainsi simultanément à toutes les grandes propositions de réforme du RDIE à l'échelle mondiale, épousant la position des parties avec lesquelles il négocie, sans ligne directrice claire, même entre pays développés.⁶ Pourtant, des pays comme l'Australie ou la Nouvelle-Zélande arrivent à suivre une approche relativement cohérente à l'égard du RDIE dans leur propre pratique conventionnelle. Sur le plan du contentieux d'investissement qui intéresse le Canada, une seule sentence sur le fond a été rendue en 2018 dans l'affaire *Mercer c Canada*,⁷ se soldant par une autre défaite pour un investisseur américain. Le chapitre sur l'investissement de l'ACÉUM et l'affaire *Mercer* font l'objet de développements particuliers dans la chronique cette année. Un tour d'horizon des principaux autres faits marquants de l'année est d'abord effectué.

PRATIQUE CONVENTIONNELLE DU CANADA

Après l'abandon du *PTP* par les États-Unis en 2017, les onze parties restantes, dont le Canada, sont convenues du *PTPGP* au début de 2018, lequel est entré en vigueur le 30 décembre entre six premières parties.⁸ Malgré la modification cosmétique apportée au titre avec l'ajout des mots "global et progressiste," le *PTPGP* est un accord comprenant seulement sept articles et une annexe unique, visant exclusivement à incorporer le

⁴ 30 novembre 2018, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> (non en vigueur) [ACÉUM].

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

⁶ Pour un panorama des tendances mondiales actuelles en matière de réforme du RDIE, voir Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking*, coll "IIA Issues Note," n° 1 (mars 2019), en ligne: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d3_en.pdf>.

⁷ Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/12/3 (ALÉNA, 6 mars 2018) [*Mercer*].

⁸ Il s'agit de l'Australie, du Canada, du Japon, du Mexique, de la Nouvelle-Zélande et de Singapour. Le *PTPGP* est aussi entré en vigueur pour le Vietnam le 14 janvier 2019.

PTP, sans lui ajouter de nouvelles dispositions, si ce n'est une réaffirmation dans le préambule de:

l'importance de promouvoir la responsabilité sociale des entreprises, l'identité et la diversité culturelles, la protection et la conservation de l'environnement, l'égalité des sexes, les droits des Autochtones, les droits dans le domaine du travail, le commerce inclusif, le développement durable et le savoir traditionnel, ainsi que l'importance de préserver [le] droit [des Parties] de régler dans l'intérêt public.⁹

Autrement, l'application de certaines dispositions du *PTP* visées par l'annexe du *PTPGP* est suspendue et quelques modifications bilatérales lui sont aussi apportées au moyen d'échanges de lettres. Ces modifications touchent entre autres au chapitre du *PTP* sur l'investissement, qui reprend essentiellement le modèle des États-Unis.¹⁰ Suivant ce modèle, le défunt *PTP* prévoyait deux autres causes d'action, en plus de la violation des règles matérielles du traité, soit la violation du contrat d'État ou celle de l'autorisation administrative d'investissement.¹¹ Ces causes d'action introduites à la demande des États-Unis sont suspendues — et non abrogées — par le *PTPGP*, les parties ayant préféré avec raison s'en tenir à l'approche traditionnelle du RDIE par souci de cohérence et de sécurité juridique.¹² Il peut être mis fin à cette suspension au moyen d'un accord à cet effet.

Dans un échange de lettres avec chacune des autres parties, le Canada a aussi retiré une concession qu'il avait faite aux États-Unis dans le domaine culturel.¹³ Il faut rappeler qu'il n'avait pas réussi à faire inscrire une exemption culturelle dans le *PTP*, contrairement à sa pratique conventionnelle habituelle. Il a plutôt dû se contenter de soustraire ce secteur sensible au moyen d'une réserve à certaines dispositions seulement du chapitre sur l'investissement, soit la clause de la nation la plus favorisée (NPF), la clause du traitement national (TN), la clause de liberté d'exploitation et la clause sur la nationalité du personnel clé.¹⁴ À la demande des États-Unis, le Canada avait cependant dû exclure de sa réserve les mesures imposant une

⁹ *PTPGP*, *supra* note 2, préambule.

¹⁰ Voir Charles-Emmanuel Côté, "Chronique de droit international économique en 2015 / Digest of International Economic Law in 2015 — Investissement" (2015) 53 *ACDI* 395 aux pp 408–26 [Côté 2015].

¹¹ *PTP*, *supra* note 1, art 9.19.

¹² *PTPGP*, *supra* note 2, art 2 et annexe au para 2.

¹³ Voir l'échange de lettres sur la culture du 8 mars 2018 avec chacune des dix autres parties, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/letters-lettres.aspx?lang=fra>.

¹⁴ *PTP*, *supra* note 1, annexe II–Canada–16.

contribution financière aux investisseurs du *PTP* pour le développement du contenu canadien, ou limitant l'accès au contenu audiovisuel étranger en ligne. Cette concession faite aux États-Unis est retirée du *PTPGP* par l'échange de lettres.

Certaines parties s'éloignent de manière significative de l'approche traditionnelle du RDIE dans le *PTPGP*. D'abord, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont reconduit l'abolition du RDIE dans leurs rapports mutuels, comme elles l'avaient fait au moment de la signature du *PTP*.¹⁵ Seules les règles matérielles du chapitre sur l'investissement s'appliquent, sans recours à l'arbitrage pour les investisseurs. La Nouvelle-Zélande fait maintenant de même avec le Pérou, dans un nouvel échange de lettres.¹⁶ Ensuite, elle innove en abandonnant la technique du consentement dissocié à l'arbitrage dans des échanges de lettres avec le Brunei Darussalam, la Malaisie et le Vietnam.¹⁷ Aucune offre d'arbitrage de la part de ces États ne peut être déduite de la clause d'arbitrage investisseur/État, le consentement des deux parties devant être obtenu spécifiquement après la naissance du différend. Cette approche constitue un changement de paradigme fondamental en droit international de l'investissement, en revenant à l'approche de l'arbitrage classique où la rencontre des consentements est normalement simultanée.

Bien que l'*AÉCG* soit appliqué provisoirement depuis le 21 septembre 2017, l'essentiel de son chapitre sur l'investissement ne l'est toujours pas en raison de la controverse l'entourant dans l'Union européenne.¹⁸ À la fin 2018, onze États membres l'ont ratifié, alors que l'arrêt de la Cour constitutionnelle d'Allemagne sur la compatibilité du RDIE avec la Constitution

¹⁵ *Échange de lettres entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie concernant le règlement des différends entre investisseur et État*, 8 mars 2018, en ligne: <www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/New-Zealand-Australia-ISDS-Trade-Remedies-and-Relationship-with-Other-Agreements.pdf>.

¹⁶ *Échange de lettres entre la Nouvelle-Zélande et le Pérou concernant le règlement des différends entre investisseur et État*, 8 mars 2018, en ligne: <www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/New-Zealand-Peru-ISDS.pdf>.

¹⁷ *Échange de lettres entre la Nouvelle-Zélande et le Brunei Darussalam concernant le règlement des différends entre investisseur et État*, 8 mars 2018, en ligne: <www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/New-Zealand-Brunei-ISDS.pdf>; *Échange de lettres entre la Nouvelle-Zélande et la Malaisie concernant le règlement des différends entre investisseur et État*, 8 mars 2018, en ligne: <www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/New-Zealand-Malaysia-ISDS.pdf>; *Échange de lettres entre la Nouvelle-Zélande et le Vietnam concernant le règlement des différends entre investisseur et État*, 8 mars 2018, en ligne: <www.mfat.govt.nz/assets/CPTPP/New-Zealand-Viet-Nam-ISDS.pdf>.

¹⁸ 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] JO, L 238/9. Les dispositions du chapitre sur l'investissement s'appliquent à titre provisoire aux investissements étrangers directs, à l'exclusion notable de la clause du traitement juste et équitable (TJE), de la clause d'expropriation, ainsi que de l'ensemble du système juridictionnel de RDIE.

du pays n'a toujours pas été rendu, tout comme l'avis demandé par la Belgique à la Cour de justice de l'Union européenne sur la compatibilité du système juridictionnel de RDIE avec le droit de l'Union.¹⁹ Dans son avis rendu en 2018 dans l'affaire *Slowakische Republik c Achmea*,²⁰ la Cour de justice conclut à l'incompatibilité de l'arbitrage investisseur/État prévu par un accord bilatéral entre deux États membres. Malgré ces obstacles à la ratification de l'AECCG et l'inapplication de son système juridictionnel de RDIE, l'Union européenne poursuit ses initiatives visant à le mettre en œuvre. D'une part, une fuite a rendu public un projet de décision en vue de la création du tribunal d'appel, du code de conduite des juges ainsi que des règles de médiation au sein de ce système, dont les détails ne sont pas fixés par l'AECCG.²¹ D'autre part, le Conseil de l'Union européenne a adopté ses directives en vue de la négociation par la Commission européenne d'un accord établissant un tribunal multilatéral d'investissement, comme l'envisage l'AECCG en prévision du remplacement de son système juridictionnel.²²

Le nombre total d'APIE en vigueur pour le Canada s'élève à 38 à la fin de l'année 2018, plaçant toujours le Canada en queue de peloton des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à cet égard. Deux nouveaux APIE dits progressistes ont été signés en 2018 avec des pays européens, la Moldavie et le Kosovo, l'accord avec ce dernier étant aussi entré en vigueur à la fin de l'année.²³

¹⁹ Conseil de l'UE, *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, on the one part, and the European Union and its Member States, on the other part. Détails concernant la ratification*, en ligne: <www.consilium.europa.eu/fr/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017>. Il s'agit de la Croatie, du Danemark, de l'Espagne, de l'Estonie, de la Lettonie, de la Lituanie, de Malte, du Portugal, de la République tchèque, du Royaume-Uni et de la Suède.

²⁰ *Slowakische Republik c Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, 6 mars 2018.

²¹ AECCG, *supra* note 3, arts 8.28.7, 8.44.2, 8.44.3(c); Commission européenne, *Revised Draft Decision on the Appellate Tribunal, the Code of Conduct and the Rules for Mediation for the Implementation of the Investment Court System (ICS) under CETA as Sent to Canada*, Doc WK 9338/2018 INIT (25 juillet 2018), en ligne: <www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2018/drafteu-decision-appelltribunal_code-of-conduct_mediation-ics-ceta.pdf>.

²² AECCG, *supra* note 3, art 8.29; Conseil de l'UE, *Directives de négociation relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements*, Doc 12981/17 ADD 1 (20 mars 2018), en ligne: <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/fr/pdf>>.

²³ *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Moldova*, 12 juin 2018, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/moldova/fipa-apie/text-texte.aspx?lang=fra&_ga=2.86408600.1812585315.1562728164-839588530.1479575463>; *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Kosovo concernant la promotion et la protection des investissements*, 6 mars 2018, RT Can 2018 n° 18 (entrée en vigueur: 19 décembre 2018).

Ces accords sont dits progressistes en raison d'une déclaration conjointe des parties qui accompagne chacun d'eux, dans laquelle elles s'engagent de manière générale à collaborer afin de

rendre les politiques internationales sur le commerce et les investissements plus progressistes et plus inclusives afin de permettre à tous les membres de la société, particulièrement les femmes, d'avoir une incidence positive sur la croissance économique ainsi que d'aider à réduire les inégalités et la pauvreté.²⁴

En outre, les parties réitèrent explicitement dans leurs déclarations le droit des États de légiférer et elles reconnaissent le rôle important joué par la société civile dans les questions entourant le RDIE, de même que le besoin d'éviter les conflits d'intérêts et celui d'assurer un meilleur accès au RDIE pour les petites et moyennes entreprises (PME). Il faut cependant noter que la clause sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE) typique des APIE du Canada n'est pas reprise dans l'accord avec la Moldavie. Les négociations d'un APIE avec les Émirats arabes unis ont aussi été couronnées de succès en 2018, l'accord n'étant cependant toujours pas signé à la fin de l'année. S'il voit finalement le jour, cet accord signifiera que l'un des plus anciens fonds souverains au monde, l'Abu Dhabi Investment Authority (ADIA), qui gère des actifs de 696,7 milliards \$US, aura désormais un accès et une protection accrues dans l'économie canadienne.²⁵

DIFFÉRENDS IMPLIQUANT LE CANADA OU DES INVESTISSEURS CANADIENS

En plus de la sentence sur le fond rendue dans l'affaire *Mercer*, deux autres sentences impliquant le Canada dans lesquelles le tribunal arbitral a affirmé sa compétence ont été rendues en 2018. Dans l'affaire *Mobil Investments c Canada (II)*,²⁶ le tribunal a rejeté les arguments du Canada qui tentait de faire valoir que la réclamation de l'investisseur américain était

²⁴ Déclaration conjointe du gouvernement du Canada et du gouvernement de la République de Moldova concernant le commerce et les investissements progressifs et inclusifs, non datée, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/moldova/fipa-apie/declaration.aspx?lang=fra&_ga=2.146046004.1812585315.1562728164-839588530.1479575463>; Déclaration conjointe du Gouvernement du Canada et du Gouvernement de la République du Kosovo concernant le commerce et les investissements progressifs et inclusifs, non datée, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/kosovo/fipa-apie/declaration.aspx?lang=fra>.

²⁵ Sovereign Wealth Funds Institute (SWFI), *Abu Dhabi Investment Authority (ADIA)*, en ligne: <www.swfinstitute.org/profile/598cdaa50124e9fd2do5a79b>.

²⁶ Décision sur la compétence et la recevabilité, Aff CIRDI n° ARB/16/6 (*ALÉNA*, 13 juillet 2018).

prescrite et frappée de la *res judicata*, puisque sa réclamation identique a été victorieuse en 2012 dans l'affaire *Mobil Investments c Canada (I)*.²⁷ Comme le Canada a indemnisé l'investisseur sans retirer pour autant sa mesure, le tribunal a jugé qu'il était compétent et que la nouvelle réclamation de la société pétrolière était recevable concernant le préjudice postérieur à 2012. Le maintien de la mesure a fait débiter un nouveau délai de prescription pour la seconde réclamation et la première affaire n'a pas réglé définitivement l'indemnisation du préjudice subi après 2012. La responsabilité du Canada demeurant établie par l'affaire *Mobil Investments (I)*, il reste au tribunal arbitral à se prononcer sur l'indemnisation du nouveau préjudice.

Dans l'affaire *Resolute Forest Products c Canada*,²⁸ le tribunal rejette également la plupart des arguments du Canada qui conteste sa compétence et la recevabilité de la réclamation d'une société papetière américaine détenant une usine de papier satiné au Québec, en raison des mesures de soutien accordées par la Nouvelle-Écosse à l'endroit d'une usine concurrente dans cette province. Le tribunal arbitral se penche longuement sur la question de savoir s'il s'agit de mesures "concernant" un investisseur ou un investissement au sens de l'article 1101(1) de l'ALÉNA, pour conclure par l'affirmative en adoptant le test de la connexion juridique significative ("*legally significant connection*") développé dans l'affaire *Methanex c États-Unis*.²⁹ Il rejette aussi l'argument du Canada suivant lequel la clause du TN lorsqu'appliquée à la mesure d'une province ne peut viser que des investisseurs étrangers établis dans celle-ci. Le tribunal donne cependant raison au Canada qui invoque l'exclusion des mesures fiscales de l'article 2103 de l'ALÉNA, en déclinant compétence à l'égard des mesures de cette nature prises par la Nouvelle-Écosse.

Une nouvelle réclamation de 470 millions \$CA a été introduite en 2018 contre le Canada en lien avec la fermeture programmée des centrales thermiques au charbon en Alberta, dans l'affaire *Westmoreland c Canada*.³⁰ L'investisseur américain estime que le Canada a violé les clauses du TN et celle du traitement juste et équitable (TJE) parce que la province l'aurait exclu du plan d'indemnisation pour les entreprises touchées par cette mesure. Le nombre d'affaires pendantes contre le Canada s'élève à sept

²⁷ Décision sur la responsabilité et les principes de quantum, Aff CIRDI n° ARB(AF)/08/4 (ALÉNA, 22 mai 2012). Voir Charles-Emmanuel Côté, "Chronique de droit international économique en 2012 / Digest of International Economic Law in 2012 — Investissement" (2012) 50 ACIDI 363 aux pp 382–94.

²⁸ Décision sur la compétence et la recevabilité, Aff CPA n° 2016-13 (ALÉNA, 30 janvier 2018).

²⁹ Sentence partielle, CNUDCI (ALÉNA, 7 août 2002) au para 147.

³⁰ "Notification d'arbitrage," CNUDCI (ALÉNA, 19 novembre 2018).

à la fin 2018, dont six sont fondées sur l'ALÉNA, dans un contexte où les investisseurs américains perdront leur recours à l'arbitrage après l'entrée en vigueur de l'ACEUM. Il s'agit des affaires *Clayton/Bilcon c Canada*,³¹ *Lone Pine Resources c Canada*,³² *Mobil Investments (II)*, *Resolute Forest Products* et *Tennant Energy c Canada*.³³ La Cour fédérale a rejeté la demande d'annulation de la sentence arbitrale qui a établi la responsabilité du Canada dans l'affaire *Clayton/Bilcon*, au motif qu'aucune erreur de compétence n'a été commise par le tribunal arbitral, permettant à l'arbitrage de se poursuivre afin d'établir le quantum des dommages.³⁴ Seule l'affaire *Global Telecom Holding c Canada*³⁵ est fondée sur un autre accord, soit l'APIE Canada-Égypte.

Quant aux différends impliquant des investisseurs canadiens, aucune sentence sur le fond n'a été rendue en 2018. Le tribunal arbitral a affirmé sa compétence dans l'affaire *Lion Mexico Consolidated c Mexique*,³⁶ où le Mexique contestait que le financement du projet de développement immobilier à l'origine du différend constitue un investissement au sens de l'article 1139 de l'ALÉNA. Le tribunal conclut que le prêt hypothécaire en l'espèce constitue bien un tel investissement. Quatre nouvelles réclamations ont été introduites au cours de l'année par des investisseurs canadiens contre des États étrangers, sur la base de l'APIE Canada-Serbie dans l'affaire *Rand Investments c Serbie*,³⁷ qui met en cause un différend concernant une entreprise agricole, ainsi que sur la base de l'accord de libre-échange entre le Canada et la Colombie avec trois différends miniers dans les affaires *Red Eagle Exploration c Colombie*,³⁸ *Galway Gold c Colombie*³⁹ et *Gran Colombia Gold Corp c Colombie*.⁴⁰ Les dix autres affaires pendantes impliquant des investisseurs canadiens portent aussi sur des différends miniers,

³¹ Sentence sur la compétence et la responsabilité, Aff CPA n° 2009-04 (ALÉNA, 17 mars 2015). Voir Côté 2015, *supra* note 10 aux pp 426–34.

³² "Notification d'arbitrage," Aff CIRDI n° UNCT/15/2 (ALÉNA, 6 septembre 2013).

³³ "Notification d'arbitrage," CNUDCI (ALÉNA, 1^{er} juin 2017).

³⁴ *Canada (PG) c Clayton/Bilcon*, 2018 CF 436.

³⁵ "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/16/16 (APIE Canada-Égypte, 6 juin 2016).

³⁶ Décision sur la compétence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/15/2 (ALÉNA, 30 juillet 2018).

³⁷ "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/18/8 (APIE Canada-Serbie, 22 mars 2018) (non publiée).

³⁸ "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/18/12 (ALÉ Canada-Colombie, 18 avril 2018) (non publiée).

³⁹ "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/18/13 (ALÉ Canada-Colombie, 18 avril 2018) (non publiée).

⁴⁰ "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/18/23 (ALÉ Canada-Colombie, 2 juillet 2018) (non publiée).

à l'exception de l'affaire *Air Canada c Venezuela*⁴¹ qui concerne un différend dans le domaine du transport aérien. Il s'agit des affaires *Alhambra c Kazakhstan*,⁴² *Gold Pool c Kazakhstan*,⁴³ *World Wide Minerals c Kazakhstan*,⁴⁴ *Stans Energy c Kirghizstan (II)*,⁴⁵ *Eco Oro c Colombie*,⁴⁶ *Zamora Gold c Équateur*,⁴⁷ *Infinito Gold c Costa Rica*,⁴⁸ *Lumina Copper c Pologne*⁴⁹ et *Gabriel Resources c Roumanie*.⁵⁰

LE CHAPITRE SUR L'INVESTISSEMENT DE L'ACÉUM

La difficile renégociation de l'ALÉNA s'est soldée par la signature de l'ACÉUM le 30 novembre 2018, nouvel accord de libre-échange nord-américain destiné à remplacer le premier lorsqu'il entrera en vigueur. Les parties n'ont pas encore ratifié l'accord à la fin de l'année 2018 et certains obstacles politiques barrent toujours la voie à une ratification rapide. Ces obstacles n'ont toutefois pas de rapport particulier avec l'investissement, contrairement aux difficultés que connaît la ratification de l'AÉCG. L'ACÉUM comporte toujours un chapitre sur l'investissement, mais celui-ci connaît des modifications fondamentales. S'il prescrit toujours des règles matérielles sur l'admission et la protection des investissements étrangers, le chapitre abandonne toute forme de RDIE en ce

⁴¹ "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB(AF)/17/1 (*APIE Canada-Venezuela*, 13 janvier 2017) (non publiée).

⁴² "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/16/12 (*TBI Pays-Bas-Kazakhstan*, 5 avril 2016) (non publiée).

⁴³ "Notification d'arbitrage," Aff CPA n° 2016-23 (*APIE Canada-URSS*, 22 mars 2016) (non publiée).

⁴⁴ "Notification d'arbitrage," CNUDCI (*APIE Canada-URSS*, 16 décembre 2013) (non publiée).

⁴⁵ Sentence sur la compétence, Aff CPA n° 2015-32 (*Convention CEI*, 25 janvier 2017) (non publiée). Le tribunal arbitral affirmerait sa compétence.

⁴⁶ "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/16/41 (*ALÉ Canada-Colombie*, 8 décembre 2016).

⁴⁷ Aucun document de procédure n'a été publié concernant cet arbitrage fondé sur l'APIE Canada-Équateur. Voir CNUCED, *Investment Policy Hub*, en ligne: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/405>>.

⁴⁸ Décision sur la compétence, Aff CIRDI n° ARB/14/5 (*APIE Canada-Costa Rica*, 4 décembre 2017). Le tribunal rejette certaines objections préliminaires à sa compétence et réserve sa décision sur les autres objections pour les traiter dans sa sentence sur le fond.

⁴⁹ Aucun document de procédure n'a été publié concernant cet arbitrage fondé sur l'APIE Canada-Pologne. Voir CNUCED, *Investment Policy Hub*, en ligne: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/769>>.

⁵⁰ "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/15/31 (*APIE Canada-Roumanie et TBI Royaume-Uni-Roumanie*, 21 juillet 2015).

qui concerne le Canada, alors qu'il maintient l'arbitrage investisseur/État entre les États-Unis et le Mexique.

Ces modifications ont été apportées à la demande des États-Unis, l'administration Trump n'ayant pas caché son aversion pour le RDIE, spécialement entre pays développés. La défunte poursuite de 500 milliards \$US de TransCanada Corporation contre les États-Unis, en lien avec le blocage initial du projet de pipeline Keystone XL, ne serait pas étrangère à cette position tranchée.⁵¹ Le Canada revient ainsi à l'approche du premier accord de libre-échange avec les États-Unis, qui contenait aussi un chapitre sur l'investissement prescrivant des règles matérielles, sans prévoir de recours pour les investisseurs lésés.⁵² Le chapitre sur l'investissement de l'accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis représente un autre exemple d'accord sur l'investissement prévoyant des règles matérielles sans clause de RDIE.⁵³ Il prévoit toutefois que les parties doivent entrer en consultation sur l'opportunité d'introduire une telle clause dans l'accord si les circonstances devaient changer à ce sujet, ce que l'ACÉUM ne fait pas.⁵⁴

LE MAINTIEN DE L'ACQUIS DU *PTPGP* SUR LE PLAN DES RÈGLES MATÉRIELLES

Les règles matérielles de l'*ALÉNA* sur l'admission et la protection des investissements étrangers sont reconduites dans l'*ACÉUM*, avec quelques innovations juridiques mineures s'inspirant surtout du *PTPGP*.

Champ d'application

Le champ d'application du chapitre sur l'investissement de l'*ACÉUM* est très proche de celui de l'*ALÉNA*. La définition de la notion d'"investissement" abandonne l'approche exhaustive fondée sur l'entreprise habituellement suivie par le Canada, au profit d'une approche objective fondée sur les actifs à l'instar de l'*AÉCG* et du *PTPGP*.⁵⁵ Si l'essentiel des opérations d'investissement est assurément capté par les deux approches, il est possible que le recoupement ne soit pas parfait, la nouvelle définition ouverte introduisant un élément d'incertitude additionnel. La notion

⁵¹ Voir *TransCanada Corporation c États-Unis*, Ordonnance du Secrétaire général prenant note de l'abandon des procédures, Aff CIRDI n° ARB/16/21 (*ALÉNA*, 24 mars 2017).

⁵² *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, 22 décembre 1987, RT Can 1989 n° 3, arts 1601–11.

⁵³ *Australia–United States Free Trade Agreement*, 18 mai 2004, arts 11.1–11.17, en ligne: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta/final-text>> [*ALÉ Australie-États-Unis*].

⁵⁴ *Ibid*, art 11.16.

⁵⁵ *ACÉUM*, *supra* note 4, art 14.1, *sub verbo* "investissement"; *PTPGP*, *supra* note 2, art 9.1, *sub verbo* "investissement"; *AÉCG*, *supra* note 3, art 8.1, *sub verbo* "investissement."

d'“investisseur” désigne toujours une personne physique, une personne morale ou un État, mais une nouvelle disposition inspirée de l'ACÉUM apporte des précisions au sujet des doubles nationaux et des résidents permanents: seule la nationalité dominante et effective compte pour le double national, alors que le résident permanent d'une partie qui est aussi le national d'une autre partie est réputé n'être que le ressortissant de son État de nationalité.⁵⁶ Cette disposition codifie la solution trouvée par les arbitres dans l'affaire *Feldman c Mexique*,⁵⁷ elle vise à préserver l'extension de la protection du chapitre aux résidents permanents d'une partie provenant d'un État tiers, tout en empêchant de permettre que les ressortissants d'une partie puissent bénéficier de la protection du chapitre contre celle-ci en raison de leur résidence permanente dans une autre partie.

L'ACÉUM s'applique toujours à la phase pré- et post-investissement, conformément à la pratique habituelle du Canada et des États-Unis, par l'application des clauses NPF et du TN aux deux phases.⁵⁸ Une innovation du PTPGP est reprise dans l'ACÉUM, exigeant que des démarches concrètes aient été faites par l'investisseur, comme une demande de permis ou l'affectation de ressources en vue d'établir une présence commerciale, afin de pouvoir bénéficier de la protection de l'accord à la phase pré-investissement.⁵⁹

Les services financiers ainsi que les industries culturelles sont toujours exclus du champ d'application de l'accord, uniquement en ce qui concerne le Canada et moyennant le droit des autres parties d'adopter des mesures de rétorsion dans le dernier cas.⁶⁰ Les exceptions générales de l'ACÉUM sont toujours inapplicables au chapitre sur l'investissement, comme dans l'ALÉNA et le PTPGP, mais contrairement aux autres accords du Canada.⁶¹ Le Canada n'aura pas réussi à convaincre les États-Unis de permettre la justification des mesures autrement incompatibles avec le chapitre lorsqu'elles poursuivent un objectif d'intérêt général comme la protection de la santé ou de l'environnement. En revanche, les exceptions de l'ACÉUM en matière de sécurité, de fiscalité et de balance des paiements demeurent applicables au chapitre sur l'investissement.⁶² Une nouvelle exception au

⁵⁶ ACÉUM, *supra* note 4, art 1.4, *sub verbo* “ressortissant” et art 14.1, *sub verbo* “investisseur”; AÉCG, *supra* note 3, art 1.1, *sub verbo* “ressortissant” et art 8.1, *sub verbo* “investisseur.”

⁵⁷ Décision intérimaire sur les questions de compétence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/99/1, 18 ICSID Rev 469 (ALÉNA, 6 décembre 2000) aux paras 30–35.

⁵⁸ ACÉUM, *supra* note 4, arts 14.4–14.5.

⁵⁹ *Ibid*, art 14.1, *sub verbo* “investisseur d'un État tiers,” n 3; PTPGP *supra* note 2, art 9.1, *sub verbo* “investisseur d'un État tiers,” n 12.

⁶⁰ ACÉUM, *supra* note 4, arts 14.3, 32.6.

⁶¹ *Ibid*, art 32.1; PTPGP, *supra* note 2, art 29.1; ALÉNA, *supra* note 5, art 2101.

⁶² ACÉUM, *supra* note 4, arts 32.2–32.4.

profit des droits des peuples autochtones est enfin introduite, permettant aux parties de justifier les mesures autrement incompatibles prises en exécution de leurs obligations juridiques envers les peuples autochtones, ce qui comprend pour le Canada les obligations découlant de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶³ ou d'accords d'autonomie gouvernementale.⁶⁴ Cette nouvelle exception "autochtone" rappelle une disposition équivalente dans le *PTPGP* applicable exclusivement à la Nouvelle-Zélande;⁶⁵ elle rompt avec l'approche antérieure du Canada qui consistait à formuler une réserve à l'égard de certaines clauses seulement concernant les droits des peuples autochtones, approche qu'il maintient parallèlement à l'exception dans l'*ACÉUM*.⁶⁶ L'approche de l'exception "autochtone" vise maintenant toutes les obligations de l'accord pour toutes les parties. Elle s'inscrit aussi dans le sillage de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, qui estime que ces droits présentent un "caractère international" et doivent être "reconnus et effectivement appliqués" par les États.⁶⁷

Règles de fond soumises à des réserves

Comme dans l'*ALÉNA* et tous les autres accords du Canada, les principales règles de fond du chapitre sur l'investissement de l'*ACÉUM* se divisent en deux catégories, soit celles qui sont soumises à des réserves, offrant ainsi une libéralisation prospective, et celles qui offrent une protection juridique immédiate sans pouvoir faire l'objet de réserve. Dans la première catégorie se trouvent les clauses NPF, du TN, de liberté d'exploitation (interdisant certaines prescriptions de résultats) et sur le personnel-clé.⁶⁸ Ces règles de fond sont assujetties aux habituelles réserves, protégeant certaines mesures incompatibles existantes au moyen de clauses d'antériorité, dont toute la législation des provinces canadiennes et des États américains et mexicains, ainsi que préservant le droit des parties d'adopter ou de maintenir des mesures incompatibles dans une série de secteurs jugés sensibles.⁶⁹ Une innovation opportune du *PTPGP* est reprise dans l'*ACÉUM* en ce qui concerne la clarification de la notion de "circonstances similaires,"

⁶³ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

⁶⁴ *ACÉUM*, *supra* note 4, art 32.5.

⁶⁵ *PTPGP*, *supra* note 2, art 29.6.

⁶⁶ *ACÉUM*, *supra* note 4, annexe II, réserve II-C-1.

⁶⁷ Rés AG 61/295, Doc off AG NU, 61^e sess, supp n° 49, Doc NU A/61/49 (Vol III) (2007) 16, préambule, 14^e para et art 37.

⁶⁸ *ACÉUM*, *supra* note 4, arts 14.4–14.5, 14.10–14.11.

⁶⁹ *Ibid*, art 14.12 et annexes I–II.

qui délimite la portée de l'obligation de garantir le traitement NPF et le traitement national.⁷⁰ L'ACÉUM précise ainsi que pour établir la similitude des circonstances dans lesquelles se trouvent des investisseurs ou leurs investissements, il faut examiner l'ensemble des circonstances, y compris si une distinction est établie "en fonction d'objectifs légitimes de bien-être public."⁷¹ Il s'agit d'une codification de la pratique arbitrale développée sous l'ALÉNA, notamment dans l'affaire *Pope & Talbot c Canada*,⁷² afin de permettre la prise en compte du droit de l'État de légiférer dans l'intérêt général en l'absence d'exceptions générales.

Une dernière innovation est apportée à la clause NPF afin de limiter son utilisation. Les accords récents du Canada prévoient systématiquement que la clause NPF ne permet pas de bénéficier des dispositions plus favorables d'autres accords en matière de règlement des différends, afin de ne pas élargir les conditions d'accès au RDIE comme le tribunal arbitral l'a fait dans l'affaire *Maffezini c Espagne*.⁷³ La question de savoir si la clause NPF permet d'invoquer les dispositions de fond plus favorables d'autres accords demeure ouverte dans l'ALÉNA, même si certains tribunaux arbitraux ont estimé que seule une discrimination concrète fondée sur un accord plus favorable avec un État tiers peut être invoquée, et non la disposition de fond plus favorable d'un tel accord dans l'abstrait.⁷⁴ L'AÉCG est le premier accord du Canada à avoir codifié cette solution dans la clause NPF, puisqu'il précise que les obligations de fond d'un accord conclu avec un État tiers ne constituent pas en soi un "traitement" au sens de la clause NPF en l'absence de mesures adoptées au titre de ces obligations.⁷⁵ L'ACÉUM reprend ces deux limites concernant les règles de fond et de RDIE dans les accords conclus avec un État tiers; cependant, elles ne sont pas fixées dans la clause NPF elle-même, mais uniquement pour les fins de la clause de RDIE entre les États-Unis et le Mexique.⁷⁶ Ces limites semblent clairement ne viser que le RDIE, puisqu'il est mentionné qu'elles valent

⁷⁰ *PTPGP*, *supra* note 2, art 9.4, n 14; voir aussi *Drafters' Note on Interpretation of "In Like Circumstances" under Article 9.4 (National Treatment) and Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment)*, en ligne: <www.mfat.govt.nz/assets/Trans-Pacific-Partnership/Other-documents/Interpretation-of-In-Like-Circumstances.pdf>.

⁷¹ ACÉUM, *supra* note 4, arts 14.4.4, 14.5.4.

⁷² Sentence sur le fond de la deuxième phase, CNUDCI (ALÉNA, 10 avril 2001) aux paras 78–79.

⁷³ Décision sur les objections à la compétence, Aff CIRDI n° ARB/97/7 (*TBI Argentine-Espagne*, 25 janvier 2000) au para 39. Voir par ex *PTPGP*, *supra* note 2, art 9.5.3.

⁷⁴ Voir par ex *UPS c Canada*, Sentence sur le fond, Aff CIRDI n° UNCT/02/1 (ALÉNA, 24 mai 2007) au para 184 [UPS].

⁷⁵ AÉCG, *supra* note 3, art 8.7.4.

⁷⁶ ACÉUM, *supra* note 4, annexe 14-D, art 14.D.3, n 22 et annexe 14-E, para 2, n 30.

“pour l’application du présent paragraphe.”⁷⁷ Cela semble devoir signifier que la clause NPF elle-même n’est pas ainsi limitée et que les dispositions plus favorables prévues par un accord avec un État tiers pourraient être invoquées par une partie dans un différend interétatique, mais qu’elles ne pourraient pas l’être par un investisseur américain ou mexicain dans un arbitrage mixte. Par souci de clarté et de cohérence, il aurait été préférable de fixer ces limites directement dans la clause NPF, comme le Canada le fait habituellement.

Règles de fond non soumises à des réserves

Dans la seconde catégorie de règles de fond se trouvent les clauses TJE, d’expropriation, de liberté de transfert et de traitement en cas de conflit armé, offrant une protection immédiate et sans réserve aux investisseurs étrangers.⁷⁸ Ces clauses codifient la pratique conventionnelle subséquente à l’ALÉNA concernant la clause TJE, dont les *Notes d’interprétation de certaines dispositions du chapitre 11* de l’ALÉNA adoptées par la Commission du libre-échange nord-américain en 2001.⁷⁹ Ainsi le TJE se limite-t-il à la norme minimale de traitement des étrangers de la coutume internationale et la violation d’une obligation internationale ne constitue pas en soi une violation du TJE.⁸⁰ En outre, les innovations mineures apportées à la clause TJE par le *PTPGP* sont toutes reprises dans l’*ACÉUM*: confirmation de l’inclusion du déni de justice et de la nécessité d’offrir le niveau de protection policière requis par la coutume internationale; confirmation de l’exclusion de la protection des attentes des investisseurs; annexe sur la compréhension commune des parties de la notion de “droit international coutumier.”⁸¹ Comme le *PTPGP*, la clause sur le traitement en cas de conflit armé ajoute à l’obligation d’offrir un traitement non discriminatoire en cas de pertes subies dans un tel contexte une obligation additionnelle d’indemnisation en cas de réquisition ou de destruction non nécessaire de l’investissement par les autorités d’une partie.⁸² Il faut noter que l’*ACÉUM* comme l’*ALÉNA* et le *PTPGP* excluent le traitement en cas de catastrophe naturelle de cette clause, contrairement aux autres accords du Canada qui

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*, arts 14.6–14.9.

⁷⁹ En ligne: <www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/dispatch-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=fra>.

⁸⁰ *ACÉUM*, *supra* note 4, art 14.6.

⁸¹ *Ibid.*, art 14.6, annexe 14-A; *PTPGP*, *supra* note 2, art 9.6.

⁸² *ACÉUM*, *supra* note 4, art 14.7; *PTPGP*, *supra* note 2, art 9.7.

l'incluent habituellement.⁸³ La clause d'expropriation de l'*ACÉUM* est enfin assortie de l'annexe interprétative sur l'expropriation indirecte que l'on retrouve dans tous les accords récents du Canada, afin de clarifier cette notion et de rappeler la doctrine des pouvoirs de police de l'État.⁸⁴ À nouveau, l'*ACÉUM* suit l'approche du *PTPGP* à cet égard, plutôt que celle de l'*AÉCG*, qui ajoute un test de proportionnalité entre l'objectif d'intérêt général poursuivi par la mesure et son effet sur l'investissement dans l'application de la doctrine des pouvoirs de police.⁸⁵

Comme le *PTPGP*, l'*ACÉUM* réaffirme le droit de l'État de légiférer dans l'intérêt général, non seulement en matière environnementale comme le fait l'*ALÉNA*, mais aussi en matière de santé, de sécurité ou d'autres "objectifs réglementaires."⁸⁶ Par contre, cette réaffirmation demeure faible puisqu'elle est limitée par la condition que les mesures prises à ce titre soient conformes aux obligations du chapitre sur l'investissement, ce qui vide à toute fin pratique la clause de son sens. En comparaison, l'affirmation du droit de légiférer par l'*AÉCG* apparaît plus musclée puisqu'elle n'est pas soumise à une telle limite.⁸⁷ L'*ACÉUM* comprend enfin l'habituelle clause de refus des avantages, que l'on retrouve aussi dans l'*ALÉNA*, mais elle l'élargit pour viser aussi le cas de l'investisseur national qui utiliserait une société-écran d'une autre partie pour investir dans son État d'origine.⁸⁸ L'*ACÉUM* ajoute une nouvelle dimension à la clause de refus des avantages en permettant même à une partie de refuser l'accès au RDIE à tout investisseur détenu par une personne provenant d'un État tiers n'ayant pas une économie de marché, ce qui semble *a priori* viser la Chine.⁸⁹ La clause usuelle de subrogation en matière d'assurance-investissement publique est aussi prévue, alors qu'elle ne l'était pas dans l'*ALÉNA*, de même que celle plus récente sur la RSE, dans laquelle il est convenu d'encourager les investisseurs à respecter les principes internationalement reconnus en la matière.⁹⁰

⁸³ Voir par ex *AÉCG*, *supra* note 3, art 8.11.

⁸⁴ *ACÉUM*, *supra* note 4, art 14.8, annexe 14-B.

⁸⁵ *AÉCG*, *supra* note 3, annexe 8-A, para 3; *PTPGP*, *supra* note 2, annexe 9-B, para 3.

⁸⁶ *ACÉUM*, *supra* note 4, art 14.16; *ALÉNA*, *supra* note 5, art 1114.

⁸⁷ *AÉCG*, *supra* note 3, art 8.9.1.

⁸⁸ *ACÉUM*, *supra* note 4, art 14.14; *ALÉNA*, *supra* note 5, art 1113.

⁸⁹ *ACÉUM*, *supra* note 4, annexe 14-D, art 1. Deux critères cumulatifs sont prévus pour identifier les États tiers n'ayant pas une économie de marché: la partie les identifiait comme tels dans sa législation sur les recours commerciaux le 30 novembre 2018; la partie n'avait conclu aucun accord de libre-échange avec cet État tiers à la même date.

⁹⁰ *Ibid.*, arts 14.15, 14.17.

LE MAINTIEN PARTIEL DE L'ARBITRAGE INVESTISSEUR/ÉTAT ENTRE LES ÉTATS-UNIS ET LE MEXIQUE

La clause de RDIE aurait été partiellement maintenue entre les États-Unis et le Mexique à la demande du gouvernement mexicain sortant, afin d'éviter l'annulation d'importantes réformes effectuées dans ce pays dans certains secteurs-clés de l'économie. Par ailleurs, l'historique chargé du traitement des biens américains au Mexique au début du siècle dernier explique sans doute aussi ce maintien partiel. L'ACÉUM prévoit ainsi un régime général et un régime sectoriel de RDIE entre les deux pays, tous deux plus limités que le régime prévu par l'ALÉNA. Une nouvelle restriction à l'accès aux deux régimes est introduite par l'ACÉUM en ce qui concerne les réclamations concernant la dette publique, s'inspirant du PTPGP et de l'AÉCG.⁹¹

Régime général de RDIE

Le régime général de RDIE de l'ACÉUM reprend essentiellement le modèle de l'ALÉNA, offrant aux investisseurs le choix entre les mêmes règles d'arbitrage, soit la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI)*,⁹² le mécanisme supplémentaire du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), avec l'ajout de tout autre règlement d'arbitrage avec le consentement de l'État défendeur.⁹³ La possibilité de demander la jonction de plaintes est toujours prévue, tandis que de nouvelles dispositions sur la conduite de l'arbitrage et la transparence de la procédure codifient la pratique développée sous le régime de l'ALÉNA en ce qui concerne par exemple le droit du tribunal arbitral de recevoir des mémoires d'*amicus curiae* et la publicité des documents et des audiences.⁹⁴ La portée matérielle du régime général est cependant fortement limitée par rapport à l'ALÉNA, puisque la réclamation de l'investisseur ne peut porter que sur la violation de la clause NPF et de la clause TN et ce, à l'exclusion de la phase préinvestissement, ainsi que sur celle de la clause d'expropriation et ce, à l'exclusion de l'expropriation indirecte.⁹⁵ Cette exclusion du RDIE à la phase

⁹¹ *Ibid*, annexe 14-D, appendice 2; PTPGP, *supra* note 2, annexe 9-G; AÉCG, *supra* note 3, annexe 8-B.

⁹² 18 mars 1965, 575 RTNU 160 (entrée en vigueur: 14 octobre 1966).

⁹³ ACÉUM, *supra* note 4, annexe 14-D, art 14.D.3.

⁹⁴ *Ibid*, arts 14-D-7-14-D-8, 14-D-12.

⁹⁵ *Ibid*, art 14-D-3.

préinvestissement rappelle la position prise par le Canada dans l'*AÉCG*; elle rendra cruciale l'identification par le tribunal arbitral de la phase à laquelle l'investisseur se trouvait lors de la naissance du différend.⁹⁶

Régime sectoriel de RDIE

En plus de ce régime général, un second régime de RDIE permet à l'investisseur de faire une réclamation concernant la violation de toutes les règles de fond du chapitre sur l'investissement, comme dans l'*ALÉNA*, mais uniquement dans certains secteurs précis de l'économie et à la condition que son investissement soit gouverné par un contrat d'État.⁹⁷ Les secteurs ainsi visés sont le pétrole et le gaz, l'électricité, les télécommunications, les services de transport et les infrastructures de transport routier, ferroviaire et les canaux et barrages.⁹⁸ De plus, ce régime sectoriel n'est ouvert que si la partie visée par la réclamation demeure liée par au moins un autre accord sur l'investissement prévoyant le RDIE.

L'ABANDON DU RDIE PAR LE CANADA ET SES CONSÉQUENCES

Le Canada est complètement soustrait au RDIE dans l'*ACÉUM*, tant dans ses rapports avec les États-Unis qu'avec le Mexique.⁹⁹ Un régime transitoire de trois ans est prévu afin de maintenir temporairement l'accès au RDIE pour les investissements réalisés avant l'extinction de l'*ALÉNA* et qui existeront encore lors de l'entrée en vigueur de l'*ACÉUM*.¹⁰⁰ Il faut rappeler que le RDIE demeure applicable dans les relations entre le Canada et le Mexique en vertu du chapitre sur l'investissement du *PTPGP*. Le véritable changement réside donc dans les rapports entre le Canada et les États-Unis. Il s'agit *a priori* d'un gain pour le Canada puisqu'il ne sera plus exposé aux réclamations des investisseurs américains, lui qui a été poursuivi vingt-sept fois par ceux-ci sur la base de l'*ALÉNA* depuis 1994. Bien sûr les investisseurs canadiens aux États-Unis perdent également leur recours au RDIE. Son abandon risque fort bien de ne pas signifier la fin des différends entre les investisseurs américains et le Canada, ou les investisseurs canadiens et les États-Unis, puisque le fait économique de l'investissement entre les deux pays va continuer d'exister. La voie directe du RDIE entre ces investisseurs et le Canada ou les États-Unis n'existant plus, c'est

⁹⁶ *AÉCG*, *supra* note 3, art 8.2.4.

⁹⁷ *ACÉUM*, *supra* note 4, annexe 14-E.

⁹⁸ *Ibid*, para 6.

⁹⁹ *Ibid*, annexe 14-D, art 14.D.1, *sub verbo* "Partie à l'annexe."

¹⁰⁰ *Ibid*, annexe 14-C. Ce régime transitoire vise aussi les rapports entre les États-Unis et le Mexique en ce qui concerne les investissements qui échapperont au régime général ou sectoriel de RDIE de l'*ACÉUM* (*ibid*, para 1, n 21).

la manière dont ces différends se manifestent qui changera. Il est ainsi possible d'imaginer plusieurs nouvelles voies pour la manifestation et le règlement de ces différends.

Le recours au “treaty shopping”

Les investisseurs américains ou canadiens pourraient structurer ou restructurer leur investissement de manière à bénéficier du RDIE prévu par un accord conclu par le Canada ou les États-Unis avec un État tiers. L'investissement par le truchement d'une société-écran ou d'une filiale établie dans un tel État leur permettrait ainsi de se placer sous la protection d'un accord prévoyant le RDIE. Certaines limites sont toutefois posées à ce “*treaty shopping*” en droit international de l'investissement. D'abord, il est bien établi qu'une restructuration corporative postérieure à la naissance du différend constitue un abus de droit qui empêche l'investisseur de bénéficier du RDIE.¹⁰¹ Ensuite, les accords du Canada et des États-Unis comportent habituellement une clause de refus des avantages qui vise précisément à freiner le “*treaty shopping*” en permettant à l'État défendeur de refuser aux sociétés-écran l'accès au RDIE: seules les sociétés qui mènent des activités économiques substantielles sur le territoire de l'État où elles sont constituées peuvent bénéficier du RDIE. La clause de refus des avantages ne permettrait donc pas de bloquer l'investissement réalisé par le truchement d'une filiale menant de telles activités sur le territoire de cet autre État.

Le recours au règlement interétatique des différends

Comme l'ACÉUM prévoit toujours des règles de fond en matière d'investissement, le Canada ou les États-Unis pourraient aussi déposer eux-mêmes une plainte l'un contre l'autre dans le cadre du mécanisme interétatique de règlement des différends de l'accord.¹⁰² Cette “*repolitisation*” du règlement des différends relatifs à l'investissement soulève toutefois une série de questions juridiques quant à son application, dont celle de savoir si les recours internes de l'investisseur lésé doivent être préalablement épuisés. La rare pratique arbitrale sur la question répond par l'affirmative

¹⁰¹ Voir *Philip Morris Asia c Australie*, Sentence sur la compétence et la recevabilité, Aff CPA n° 2012-12 (*TBI Australie-Hong Kong*, 17 décembre 2015) aux paras 585–88.

¹⁰² ACÉUM, *supra* note 4, arts 31.1–31.22. L'ALÉ *Australie-États-Unis*, qui ne prévoit également pas le RDIE dans son chapitre sur l'investissement, comprend une disposition qui confirme explicitement que rien n'empêche le recours au mécanisme interétatique de règlement des différends concernant ce chapitre, ni celui à l'arbitrage par l'investisseur dans la mesure permise par le droit national de l'État visé par la réclamation. ALÉ *Australie-États-Unis*, *supra* note 53, art 11.16.2.

lorsqu'une partie endosse la réclamation de son investisseur.¹⁰³ Une autre question qui se pose est celle de savoir si le mécanisme interétatique de règlement des différends d'un accord de libre-échange comme l'*ACÉUM* permet la réclamation de dommages-intérêts ou s'il ne se limite pas plutôt à la demande de mise en conformité avec l'accord ou la compensation mutuellement acceptable au moyen d'une nouvelle concession tarifaire, à l'instar du mécanisme de l'OMC. Le mécanisme interétatique de l'*ACÉUM* ne semble pas fermer totalement la porte à l'indemnisation financière, puisque les parties doivent s'efforcer "de convenir d'une solution au différend" et qu'elles peuvent convenir "d'une autre réparation" que le retrait de la mesure ou la compensation mutuellement acceptable.¹⁰⁴ Enfin, il n'est pas clair si l'*ACÉUM* prévoit le principe de l'exclusivité de son mécanisme interétatique de règlement des différends, ou si les parties pourraient soumettre leur réclamation à un autre forum, comme la Cour permanente d'arbitrage ou la Cour internationale de Justice.

Le recours au compromis d'arbitrage

Il demeurerait également possible pour l'investisseur s'estimant lésé et l'État auteur de la mesure de consentir à soumettre un différend à l'arbitrage moyennant un compromis spécifique à cette fin. L'abandon du RDIE signifie simplement que l'*ACÉUM* ne contient plus d'offre unilatérale d'arbitrage de la part du Canada et des États-Unis dans leurs rapports réciproques. La fin du consentement dissocié à l'arbitrage ne devrait pas empêcher l'investisseur et l'État de consentir à l'arbitrage après la naissance du différend. Ils pourraient choisir le chapitre sur l'investissement de l'*ACÉUM* comme droit applicable, avec par exemple le CIRDI comme forum d'arbitrage. Ce consentement au cas par cas à l'arbitrage mixte pourrait être une voie intéressante pour l'État afin d'éviter la politisation du différend qu'impliquerait le recours au mécanisme interétatique de règlement des différends par l'État d'origine de l'investisseur. Ce retour à la philosophie originelle de l'arbitrage mixte et de la *Convention CIRDI* apparaît d'ailleurs dans la pratique récente de la Nouvelle-Zélande avec certains États dans le cadre du *PTPGP*.¹⁰⁵

Le recours aux juridictions internes

L'investisseur s'estimant lésé conserve naturellement ses recours devant les juridictions internes du Canada ou des États-Unis. Il se pourrait même

¹⁰³ Voir *Italie c Cuba*, Sentence préliminaire (*TBI Cuba-Italie*, 15 mars 2005) aux paras 88–91, en ligne: <www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0434_0.pdf>.

¹⁰⁴ *ACÉUM*, *supra* note 4, art 31.18.

¹⁰⁵ Voir ci-dessus la note 17 et le texte correspondant.

que cela redevienne le recours privilégié des investisseurs, conformément à la philosophie du droit international général, qui pose la condition de l'épuisement des recours internes à l'exercice de la protection diplomatique par l'État de nationalité de la personne privée lésée.¹⁰⁶ Cette voie de recours implique cependant que le droit applicable sera le droit de l'État d'accueil de l'investissement et non le chapitre sur l'investissement de l'ACÉUM. Ce dernier prévoit incidemment, comme l'ALÉNA, qu'il ne peut être invoqué directement devant les tribunaux des parties afin de fonder une réclamation.¹⁰⁷ Ce recours éventuel aux tribunaux internes soulève la question du caractère suffisant de la protection offerte par le droit national. Ainsi, au Canada, il n'existe pas de protection constitutionnelle du droit de propriété et l'affaire *AbitibiBowater c Canada*¹⁰⁸ montre qu'une province peut adopter une loi spéciale d'expropriation directe d'un investissement étranger sans offrir d'indemnisation.¹⁰⁹ En revanche, les accords sur l'investissement comme l'ACÉUM pourraient être utilisés dans l'interprétation du droit national, en matière d'expropriation par exemple.¹¹⁰

Le recours à la clause NPF

Enfin, l'investisseur s'estimant lésé pourrait tenter d'utiliser la clause NPF afin d'invoquer le RDIE offert dans des accords avec des États tiers. Bien que l'ACÉUM exclue l'invocation de règles de procédure d'autres accords dans le régime général et sectoriel de RDIE entre les États-Unis et le Mexique,¹¹¹ la pratique internationale montre que les investisseurs étrangers ne reculent devant aucune interprétation créative de la clause NPF afin de tenter d'accéder au RDIE. Dans l'affaire *Menzies Middle East and Africa S.A. c Sénégal*,¹¹² l'investisseur a utilisé sans succès la clause NPF

¹⁰⁶ Voir Commission du droit international (CDI), "Projet d'articles sur la protection diplomatique," art 14, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, Doc NU A/CN.4/SER.A/2006/Add.1, vol 2, 2^e partie, New York, Nations Unies, 2012 à la p 22.

¹⁰⁷ ACÉUM, *supra* note 4, art 31.21; ALÉNA, *supra* note 5, art 2021.

¹⁰⁸ Sentence rendue d'accord des parties, Aff CIRDI n° UNCT/10/1 (ALÉNA, 15 décembre 2010).

¹⁰⁹ Le droit de propriété est protégé au Canada par des lois ordinaires de nature dite quasi-constitutionnelle, qui signifie que le législateur peut y déroger mais seulement de manière expresse. Voir par ex *Déclaration canadienne des droits*, LC 1960, c 44, art 12; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, arts 6, 52.

¹¹⁰ Voir *R c Hape*, [2007] 2 RCS 292 au para 53.

¹¹¹ Voir ci-dessus la note 80 et le texte correspondant.

¹¹² Sentence, Aff CIRDI n° ARB/15/21 (*TBI Pays-Bas-Sénégal, TBI Royaume-Uni-Sénégal*, AGCS, 5 août 2016).

de l'*Accord général sur le commerce des services*¹¹³ pour invoquer le RDIE en l'absence de tout accord applicable. Dans l'affaire *Power Rental Asset Co Two c Australie*,¹¹⁴ un investisseur américain a tenté apparemment sans succès d'utiliser la clause NPF de l'accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis pour invoquer le RDIE offert par l'Australie dans ses accords avec des États tiers.¹¹⁵ Bien que ces tentatives d'utilisation créative de la clause NPF seront vraisemblablement vaines, elles peuvent néanmoins occasionner une perte de temps et de ressources pour l'État visé.

Les conséquences politiques de l'abandon du RDIE

Sur le plan politique, l'abandon par le Canada du RDIE avec les États-Unis risque de résonner en Europe dans les parlements nationaux saisis de la ratification de l'*AÉCG* et de son controversé chapitre sur l'investissement. Comment expliquer que le RDIE n'est pas souhaitable avec un pays développé comme les États-Unis, mais le demeure avec les vingt-huit États membres de l'Union européenne? Ensuite, le besoin de dépolitisation des différends relatifs à l'investissement, à l'origine de l'institution du RDIE, pourrait finir par se faire sentir dans les rapports entre le Canada et les États-Unis. Avec l'abandon du RDIE, les problèmes des investisseurs canadiens aux États-Unis pourraient se transformer en problèmes pour le Canada, si l'investisseur lésé devait ne pas obtenir réparation devant les tribunaux américains. L'affaire *TransCanada c États-Unis* concernant le projet d'oléoduc Keystone XL offre un bon exemple du type de différend politiquement sensible qu'Ottawa est sans doute heureux de ne pas avoir à porter sur le plan interétatique auprès de Washington. La même chose est sans doute vraie pour les déboires de plusieurs sociétés minières canadiennes au Venezuela, qui utilisent le RDIE pour tenter d'obtenir réparation et dont Ottawa n'a pas à endosser les réclamations. L'abandon pur et simple du RDIE comme réponse aux préoccupations le concernant pourrait en dernière analyse être une solution plus néfaste que bénéfique si elle devait s'étendre. Le système est assurément perfectible, mais les problèmes à l'origine de sa création ne manqueront pas de réapparaître s'il n'existe plus, à commencer par la repolitisation du règlement des différends relatifs à l'investissement et les risques de détérioration de la paix et de la sécurité internationales que cela peut entraîner.

¹¹³ Annexe 1B de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3 (entrée en vigueur: 1^{er} janvier 1995).

¹¹⁴ "Notification d'arbitrage," CNUDCI (*ALÉ Australie-États-Unis*, 30 novembre 2016).

¹¹⁵ Christopher Knaus, "US Company's Attempt to Sue Australian Government Collapses," *The Guardian* [Londres] (19 avril 2019), en ligne: <www.theguardian.com/australia-news/2019/apr/20/us-companys-attempt-to-sue-australian-government-collapses>.

ARBITRAGE ÉNERGÉTIQUE ET SOCIÉTÉ D'ÉTAT: *MERCER C CANADA*

Un total de six réclamations ont été lancées sur la base de l'*ALÉNA* contre des mesures provinciales dans le secteur de l'énergie, dont trois contre l'Ontario et son programme de tarif de rachat garanti d'électricité, ou "feed-in tariff" (FIT).¹¹⁶ À ce jour, les investisseurs américains ont eu gain de cause dans une affaire et mordu la poussière dans deux autres, tandis que trois affaires sont toujours pendantes.¹¹⁷ L'affaire *Mercer* est la dernière en date dont le Canada sort victorieux. En plus de mettre à nouveau en cause une mesure énergétique provinciale, domaine d'activité hautement réglementé, cette affaire soulève plusieurs questions juridiques intéressantes, dont celles de l'attribution au Canada des agissements d'une société d'État, de la portée de l'exclusion des marchés publics, ainsi que de la protection contre la discrimination offerte par la clause TJE de l'*ALÉNA*.

LES TRANSACTIONS D'ARBITRAGE DE BC HYDRO ET L'ÉCHEC DU PROJET DE MERCER

Les transactions d'arbitrage dans le secteur de l'énergie visent à permettre à un producteur d'électricité de tirer avantage des écarts temporaires de prix entre différentes sources d'énergie, en achetant à bas prix de l'électricité tout en vendant à prix plus élevé sa propre production. La British Columbia Hydro and Power Authority (BC Hydro) est la société d'État de la Colombie-Britannique spécialisée dans la production et la distribution d'électricité. Elle s'adonne à des transactions d'arbitrage avec des producteurs privés d'électricité dans la province, notamment afin d'encourager la production d'énergie renouvelable par les usines de pâte à papier au moyen de la biomasse forestière. Ainsi BC Hydro conclut-elle des contrats avec ces usines, dans lesquels elle s'engage à acheter une partie de leur production d'électricité verte en échange d'un approvisionnement en électricité à un tarif préférentiel.

Mercer est une société américaine qui possède une filiale canadienne, Celgar, opérant une usine de pâte à papier à Castlegar en Colombie-Britannique. La région où est située l'usine est desservie par un fournisseur

¹¹⁶ Il s'agit des affaires *Westmoreland* (mesure de l'Alberta), *Tennant Energy* (mesure de l'Ontario), *Lone Pine* (mesure du Québec), *Windstream Energy* (mesure de l'Ontario), *Mercer* (mesure de la Colombie-Britannique) et *Mesa Power* (mesure de l'Ontario).

¹¹⁷ L'investisseur a eu gain de cause dans *Windstream Energy* et a perdu dans *Mercer* et *Mesa Power*. *Windstream Energy c Canada*, Sentence, Aff CPA n° 2013-22 (*ALÉNA*, 27 septembre 2016) [*Windstream Energy*]; *Mesa Power c Canada*, Sentence, Aff CPA n° 2012-07 (*ALÉNA*, 24 mars 2016) [*Mesa Power*]. Pour une analyse des affaires énergétiques ontariennes, voir Charles-Emmanuel Côté, "Chronique de droit international économique en 2016 / Digest of International Economic Law in 2016 — Investissement" (2016) 54 *ACDI* 464 aux pp 478–87.

privé d'électricité, FortisBC, plutôt que par BC Hydro. Le projet de Mercer consistait à conclure une transaction d'arbitrage avec BC Hydro, afin de profiter de son tarif préférentiel pour s'approvisionner en électricité, tout en vendant plus cher sa propre production d'électricité issue de la biomasse. L'organisme provincial de régulation des services publics, la British Columbia Utilities Commission (BCUC), a pris une décision en 2009 dans laquelle elle exige que le tarif préférentiel ne soit accordé aux producteurs privés d'électricité que si ces derniers subviennent d'abord à leurs propres besoins énergétiques avant de revendre leur électricité à des tiers (le critère "*net-of-load*"). Pour déterminer le niveau des besoins énergétiques d'un producteur privé, un seuil doit être fixé lors des négociations avec BC Hydro (le "*generator baseline*" ou GBL). Le contrat passé en 2009 entre la société d'État et la filiale canadienne de Mercer, puis approuvé par BCUC la même année, a fixé ce seuil au niveau de ses besoins énergétiques de 2007, empêchant Mercer de bénéficier du tarif préférentiel puisque sa production d'électricité est insuffisante pour dépasser ce seuil. Or BC Hydro a fixé des seuils différents pour d'autres usines de pâtes à papier de propriété canadienne ou étrangère dans la province, leur permettant de bénéficier du tarif préférentiel d'électricité. Le contrat contient aussi une clause d'exclusivité interdisant à la filiale de Mercer de vendre l'électricité qu'elle produit à des tiers avant d'avoir subvenu à ses propres besoins énergétiques.

LA PROCÉDURE D'ARBITRAGE AU CIRDI

Mercer a introduit une requête d'arbitrage contre le Canada suivant le mécanisme supplémentaire du CIRDI en 2012, dans laquelle elle réclame 250 millions \$ CA en réparation du préjudice qu'elle et sa filiale canadienne auraient subi en raison des agissements de BCUC et BC Hydro. L'investisseur américain allègue que le Canada a violé les clauses TN et NPF, prévues par les articles 1102 et 1103 de l'*ALÉNA*, en raison des transactions d'arbitrage plus avantageuses convenues avec d'autres usines de pâte à papier en Colombie-Britannique. Il allègue aussi que le Canada a violé la clause sur les entreprises d'État prévue par l'article 1503(2). Il allègue enfin que le Canada a violé la clause TJE prévue par l'article 1105(1) en raison de l'opacité du processus décisionnel de BCUC et BC Hydro en ce qui concerne l'accès au tarif préférentiel d'électricité. Le Canada considère que la réclamation est sans fondement et concerne plutôt une transaction d'arbitrage qui n'a pas livré les fruits escomptés par l'investisseur américain.

Le tribunal arbitral a été constitué le 9 octobre 2012 sous la présidence de V.V. Veeder, avec les arbitres Francisco Orrego Vicuña et Zachary Douglas. Il a rendu une sentence unique sur sa compétence et sur le fond le 6 mars 2018, dans laquelle il rejette entièrement la réclamation de

Mercer, mais l'arbitre Vicuña est dissident sur certains points. Le domaine de la réclamation de Mercer a été réduit de manière significative par les arbitres, puisqu'au final, ce sont uniquement les agissements de BCUC qui sont examinés au regard des clauses TN et NPF, en plus de l'examen de la conformité de ses agissements et de ceux de BC Hydro avec la clause TJE. Compte tenu de l'échec de sa réclamation, Mercer se voit condamnée à supporter les frais juridiques du Canada, s'élevant à 9 millions \$ CA, chaque partie assumant à part égale les frais d'arbitrage compte tenu du succès de l'investisseur sur certains points touchant à la compétence du tribunal.¹¹⁸ La méthodologie et la clarté du raisonnement du tribunal laissent parfois à désirer, ce qui explique sans doute pourquoi l'investisseur a demandé sans succès une décision supplémentaire, afin que le tribunal se prononce sur un aspect de sa réclamation qu'il considérerait ne pas avoir été réglé dans la sentence.¹¹⁹

LA RÉDUCTION DU DOMAINE DE LA RÉCLAMATION

Le Canada soulève trois moyens de défense visant spécifiquement la transaction d'arbitrage entre BC Hydro et la filiale canadienne de Mercer. Il considère que le délai de prescription de trois ans est échu à l'égard de ce contrat, que ce type de transaction tombe dans l'exclusion des marchés publics des clauses TN et NPF et enfin que les agissements reprochés à la société d'État ne lui sont pas attribuables parce qu'ils ne relèvent pas de l'exercice de la puissance publique. Le tribunal arbitral refuse de trancher la question de savoir s'il s'agit de questions touchant à sa compétence ou à la recevabilité de la réclamation, jugeant que la distinction est sans objet en l'espèce.¹²⁰

La prescription partielle de la réclamation

Les articles 1116(2) et 1117(2) fixent à trois ans le délai pour que l'investisseur fasse une réclamation en son nom ou au nom de son entreprise, à partir de la date à laquelle il "a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi." Comme la requête a été introduite au CIRDI le 30 avril 2012, Mercer et sa filiale canadienne ne devaient pas avoir connaissance de la violation de l'ALÉNA et de leur préjudice avant le 30 avril 2009. La première question qui se pose est celle de savoir qui de l'investisseur, Mercer, ou de l'investissement, sa filiale canadienne Celgar, doit avoir eu connaissance du manquement

¹¹⁸ Mercer, *supra* note 7 aux paras 9.10–9.11, 9.14–9.15.

¹¹⁹ Mercer c Canada, Décision supplémentaire, Aff CIRDI n° ARB(AF)/12/3 (ALÉNA, 10 décembre 2018).

¹²⁰ *Ibid* au para 6.2.

et du préjudice. Le tribunal juge que seule la connaissance par la filiale est pertinente en l'espèce, compte tenu des liens étroits entre les entités de la structure corporative de Mercer.¹²¹ Il considère que la date d'entrée en vigueur de la transaction d'arbitrage est le 27 janvier 2009, plus de trois ans avant la réclamation de Mercer. Par conséquent, le tribunal considère que Celgar avait déjà connaissance à ce moment de la manière dont BC Hydro s'y est prise pour fixer son seuil de besoins énergétiques et il conclut que la réclamation est prescrite en ce qui concerne tous le processus décisionnel de BC Hydro ayant conduit à la fixation de ce seuil.¹²²

En revanche, Celgar ne pouvait pas avoir connaissance des conditions des transactions d'arbitrage entre BC Hydro et les autres usines de pâte à papier dans la province, puisque ces informations n'étaient pas dans le domaine public, tandis que certains contrats ont même été signés après le 30 avril 2009.¹²³ Ainsi le tribunal arbitral conclut-il que la réclamation de Mercer n'est pas prescrite en ce qui concerne les allégations de discrimination concernant la transaction d'arbitrage de sa filiale avec BC Hydro.¹²⁴ Bien que le tribunal n'indique pas qu'il tire cette conclusion à la majorité, l'arbitre Vicuña semble se désolidariser du raisonnement du tribunal un peu plus loin dans la sentence, affirmant que l'investisseur aurait dû se voir accorder le bénéfice du doute quant à sa connaissance du manquement et du préjudice.¹²⁵

L'applicabilité de l'exclusion des marchés publics

L'article 1108(7)(a) de l'ALÉNA exclut totalement les marchés publics de la portée des clauses TN et NPF. L'expression "marché public" ne figure pas dans la version française de l'accord, qui vise les "achats effectués par une Partie ou par une entreprise d'État," tandis que la version anglaise utilise l'expression "*procurement by a Party or a state enterprise.*" Il faut souligner que cette exclusion est plus large que celle que l'on retrouve dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), puisqu'elle ne se limite pas aux achats du gouvernement en tant que consommateur final, comme l'affaire *Mesa Power* l'a déjà mis en lumière.¹²⁶ Le tribunal arbitral considère que l'exclusion doit recevoir une interprétation large et vise l'achat de biens et services par ou pour l'État ou une entreprise d'État, y compris

¹²¹ *Ibid* au para 6.9.

¹²² *Ibid* aux paras 6.16–6.17.

¹²³ *Ibid* au para 6.21.

¹²⁴ *Ibid* au para 6.25.

¹²⁵ *Ibid* aux paras 6.66–6.67.

¹²⁶ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 RTNU 187 (entrée en vigueur: 1^{er} janvier 1948), art III:8(a); *Mesa Power*, *supra* note 117 aux paras 411–14, 431–38, 465.

les provinces canadiennes.¹²⁷ Pour la majorité du tribunal arbitral, la transaction d'arbitrage constitue bien un marché public puisque BC Hydro y agit comme un acheteur de biens ou de services et que le seuil de besoins énergétiques ainsi que la clause d'exclusivité font parties intégrantes du contrat.¹²⁸ Par conséquent, le tribunal conclut à la majorité qu'il n'est pas compétent pour connaître de la réclamation concernant la violation des clauses TN et NPF par la transaction d'arbitrage avec BC Hydro.¹²⁹

Le raisonnement du tribunal est difficile à suivre. Il considère que le seuil de besoins énergétiques remplit une double fonction, d'abord contractuelle, en définissant l'obligation de BC Hydro d'acheter l'électricité de Celgar, puis réglementaire, en définissant l'obligation de BC Hydro de fournir de l'électricité à Celgar par le truchement du fournisseur privé FortisBC.¹³⁰ Mais le tribunal conclut à la majorité que la fonction réglementaire du seuil n'a pas pour effet d'effacer sa fonction contractuelle et ne l'empêche donc pas de considérer qu'il tombe dans l'exclusion des marchés publics. Enfin, les motifs de la dissidence de l'arbitre Vicuña ne sont pas exposés clairement dans la sentence, rendant incompréhensibles les éléments sur lesquels il ne partage pas les vues de la majorité. Il semble confondre la question de l'attribution au Canada des agissements de BC Hydro, qui relève des règles secondaires du droit de la responsabilité de l'État, avec celle de l'interprétation de l'exclusion des marchés publics, qui relève des règles primaires prescrites par l'ALÉNA, rendant difficile de suivre son raisonnement sur les liens qui unissent ces questions.¹³¹ L'affaire *Mesa Power* a déjà montré la difficulté pour les arbitres de s'entendre sur l'applicabilité de l'exclusion des marchés publics, aussi est-il regrettable que leur raisonnement ne soit pas expliqué plus clairement dans *Mercer*.

La question de l'attribution au Canada des agissements de BC Hydro

En droit international général, les agissements d'une entreprise d'État sont attribuables à cet État si l'entreprise agit comme déléataire de puissance publique, ou si elle agit sous la direction ou le contrôle de l'État.¹³² L'effet juridique de la clause sur les entreprises d'État de l'ALÉNA divise la pratique arbitrale. L'article 1503(2) prévoit que l'État doit faire en sorte par des mesures de contrôle ou de surveillance que ses entreprises

¹²⁷ *Mercer*, *supra* note 7 aux paras 6.35, 6.37.

¹²⁸ *Ibid* aux paras 6.47, 6.49.

¹²⁹ *Ibid* au para 6.50.

¹³⁰ *Ibid* aux paras 6.43–6.44.

¹³¹ *Ibid* aux paras 6.64–6.65.

¹³² CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite," arts 5, 8, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, Doc NU A/CN.4/SER.A/2001/Add.1, vol 2, 2^e partie, New York, Nations Unies, 2007 à la p 26.

d'État agissent d'une manière qui n'est pas incompatible avec le chapitre sur l'investissement lorsqu'elles exercent des prérogatives de la puissance publique. Si les arbitres y ont d'abord vu une *lex specialis* imposant une simple obligation de moyens à l'État dans l'affaire *UPS c Canada*,¹³³ la pratique arbitrale a évolué pour y voir désormais une réflexion de la *lex generalis* dans les affaires *Winstream Energy* et *Mesa Power*.¹³⁴

Malheureusement, le raisonnement discutable du tribunal arbitral dans la présente affaire fait en sorte qu'il rate de nouveau une occasion de contribuer au développement du droit. En raison de sa division sur la question de savoir si BC Hydro a agi comme délégataire de puissance publique en concluant la transaction d'arbitrage, le tribunal arbitral décide de ne pas se prononcer et présume que ses agissements sont attribuables au Canada.¹³⁵ Comme il rejette la réclamation de Mercer sur le fond, le tribunal est à l'aise de présumer de sa compétence et de poursuivre l'examen au fond, plutôt que de vider d'abord la question de sa compétence.

LA CONFORMITÉ AVEC LES CLAUSES TN ET NPF

L'exclusion des marchés publics ne visant que la transaction d'arbitrage conclue avec BC Hydro, les clauses TN et NPF demeurent applicables aux agissements de BCUC entourant cette transaction et spécialement sa décision de 2009 ayant requis que les producteurs privés subviennent à leurs propres besoins énergétiques. Mercer allègue que l'organisme de régulation l'a traité de manière moins favorable que deux autres usines de pâte à papier dans la province, soit celles de Port Mellon, de propriété étrangère, et de Skookumchuck, de propriété canadienne. Le tribunal arbitral considère que ces deux usines ne sont pas dans des circonstances similaires à celles de Mercer et qu'il ne s'agit donc pas de bons comparateurs pour établir un traitement moins favorable.¹³⁶ Afin d'établir le test de similarité des circonstances, il se fonde sur l'affaire *Cargill c Mexique*¹³⁷ où le tribunal a jugé qu'il fallait tenir compte de l'objectif poursuivi par la mesure en question.¹³⁸ En s'appuyant sur la preuve de l'expert du Canada, il constate que la différence de traitement entre les usines résulte des circonstances différentes dans lesquelles elles se trouvent, tenant notamment à l'existence ou

¹³³ *UPS*, *supra* note 74 aux paras 59–63.

¹³⁴ *Winstream Energy*, *supra* note 117 au para 233; *Mesa Power*, *supra* note 117 aux paras 362, 377.

¹³⁵ *Mercer*, *supra* note 7 aux paras 6.58, 7.83.

¹³⁶ *Ibid* au para 7.45.

¹³⁷ Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/05/2 (*ALÉNA*, 18 septembre 2009) au para 206 [*Cargill*].

¹³⁸ *Mercer*, *supra* note 7 au para 7.20.

non d'anciens contrats avec BC Hydro.¹³⁹ De plus Mercer n'allègue pas de préjudice distinct résultant des agissements de BCUC en sus de la transaction d'arbitrage avec BC Hydro.¹⁴⁰ Enfin, le tribunal est convaincu par le fait que l'objectif poursuivi par BCUC est de défendre l'intérêt général en évitant que des transactions d'arbitrage dommageables soient conclues. Le Canada a donc agi en conformité avec les clauses TN et NPF.¹⁴¹

LA CONFORMITÉ AVEC LA CLAUSE TJE

Le tribunal arbitral considère que les allégations de discrimination entourant la transaction d'arbitrage doivent aussi être examinées au regard de la clause TJE. Par ailleurs, si les autres allégations de violation de la clause sont prescrites en ce qui concerne la transaction d'arbitrage de BC Hydro, celles visant le comportement de l'organisme de régulation BCUC ne le sont pas.

Les allégations de discrimination au regard de la clause TJE

En acceptant d'examiner les allégations de discrimination entourant la transaction d'arbitrage au regard de la clause TJE, le tribunal arbitral soulève la question de savoir si la protection offerte par cette clause chevauche celle offerte par les clauses TN et NPF. Il conclut avec raison que la clause TJE ne vise pas la discrimination fondée sur la nationalité, puisque ce type de discrimination est déjà visé par les clauses TN et NPF.¹⁴² Le tribunal s'appuie sur l'affaire *Methanex c États-Unis*,¹⁴³ où les arbitres ont jugé que le sens ordinaire des mots et l'absence de mention explicite de la discrimination soutiennent cette interprétation.¹⁴⁴ De plus, cette conclusion est la seule qui puisse donner un effet utile aux dispositions de l'*ALÉNA*, puisque les investisseurs pourraient autrement facilement contourner l'exclusion des marchés publics en invoquant la violation de la clause du TJE plutôt que de celle de la clause du TN et de la clause NPF.¹⁴⁵ Comme Mercer soulève les mêmes arguments de discrimination fondée sur la nationalité que ceux qu'il avance concernant la violation des clauses TN et NPF, le tribunal conclut que le Canada a agi en conformité avec la clause TJE à cet égard. L'arbitre Vicuña est à nouveau dissident sur certains aspects du

¹³⁹ *Ibid* aux paras 7.29–7.33.

¹⁴⁰ *Ibid* au para 7.40.

¹⁴¹ *Ibid* aux paras 7.43–7.44.

¹⁴² *Ibid* au para 7.58.

¹⁴³ Sentence finale sur la compétence et le fond, CNUDCI, Partie IV-C (*ALÉNA*, 3 août 2005) aux paras 14–27.

¹⁴⁴ *Mercer*, *supra* note 7 au para 7.58.

¹⁴⁵ *Ibid* au para 7.61.

raisonnement de la majorité au sujet de la portée de la protection contre la discrimination offerte par la clause TJE, mais ses brefs commentaires ne permettent pas de comprendre s'il est en désaccord avec le refus d'inclure la protection contre la discrimination fondée sur la nationalité.¹⁴⁶

Le tribunal arbitral n'aborde pas la question de savoir si d'autres types de discrimination sont visés par la clause TJE. Il semble qu'il faille indiscutablement répondre par l'affirmative puisque l'énonciation du contenu de la norme minimale de traitement des étrangers du droit international coutumier vise habituellement la discrimination raciale, à laquelle il faut ajouter la discrimination fondée sur le genre ou la religion. La formulation dans l'affaire *Waste Management c Mexique*¹⁴⁷ a été maintes fois reprise par les tribunaux arbitraux: "[C]onduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and *exposes claimant to sectional or racial prejudice*, or involves lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety."¹⁴⁸ La codification du TJE (autonome de la coutume internationale) dans l'*AÉCG* indique aussi qu'il vise la discrimination fondée sur des "motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses."¹⁴⁹

Les autres allégations de violation du TJE

Mercer allègue enfin que BCUC a violé la clause TJE autrement que par la discrimination fondée sur la nationalité, dans le processus entourant la transaction d'arbitrage, avec sa décision de 2009 exigeant que son usine subvienne à ses propres besoins énergétiques. Le tribunal rejette rapidement cette allégation, au motif que la preuve n'établit pas du tout que les agissements de l'organisme de régulation ont été irrationnels, injustes, arbitraires, ou en violation de l'application régulière de la loi au sens de la norme minimale de traitement du droit international coutumier.¹⁵⁰ Il se fonde pour ce faire sur la formulation de la norme faite dans l'affaire *Merrill & Ring c Canada*,¹⁵¹ qui cite elle-même l'affaire *Waste Management*. Le tribunal s'appuie en outre sur l'affaire *Cargill* pour rejeter l'existence d'une obligation de transparence dans la norme minimale de traitement, mais sans aucune autre démonstration.¹⁵² Il conclut donc que BCUC a agi en conformité avec la clause TJE lors de la prise de sa décision en 2009.

¹⁴⁶ *Ibid* aux paras 7.88–7.90.

¹⁴⁷ Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/00/3 (*ALÉNA*, 30 avril 2004).

¹⁴⁸ *Ibid* au para 98 [nos italiques].

¹⁴⁹ *AÉCG*, *supra* note 3, art 8.10.2(d).

¹⁵⁰ *Mercer*, *supra* note 7 au para 7.76.

¹⁵¹ Sentence, Aff CIRDI n° UNCT/07/1 (*ALÉNA*, 31 mars 2010) au para 208.

¹⁵² *Mercer*, *supra* note 7 au para 7.77; *Cargill*, *supra* note 137 aux paras 290, 294.