

SÉRIE DE DOCUMENTS DE TRAVAIL

**LES ACCORDS SUR
LA PROTECTION DES
INVESTISSEMENTS
ÉTRANGERS :
LE POINT DE VUE
DU CANADA**

*Document de travail n° 14
Avril 1993*



**INVESTISSEMENT
CANADA**

**INVESTMENT
CANADA**



MANDAT

Investissement Canada a le mandat 1) d'encourager les investissements par des Canadiens et des non-Canadiens, 2) de faire de la recherche et de fournir des avis sur des questions liées à l'investissement, et 3) d'examiner les investissements étrangers importants afin de s'assurer qu'ils seront vraisemblablement à l'avantage net du Canada.

Les documents de travail d'Investissement Canada sont publiés par la Division de la recherche et des politiques sur l'investissement de l'Agence pour fournir de l'information et susciter des discussions. Cette division suit de près les tendances de l'investissement au Canada et à l'étranger, et étudie diverses questions reliées à l'investissement telles que la mondialisation et le comportement des entreprises multinationales. En outre, elle fournit au ministre responsable d'Investissement Canada des conseils et des analyses sur les politiques en matière d'investissement.

La série de documents de travail de l'Agence vise à renseigner les Canadiens intéressés sur des questions se rapportant à l'investissement, ainsi qu'à favoriser une meilleure compréhension du rôle et de l'importance des investissements internationaux au sein de l'économie canadienne.

DATE DUE - DATE DE RETOUR

HC5152/.159/1993/no.14
Power, E. Michael.
Foreign investment
protection agreements : a
BYX c. 2 aa IC

SÉRIE DE DOCUMENTS DE TRAVAIL

**LES ACCORDS SUR LA PROTECTION
DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS
LE POINT DE VUE DU CANADA**

*par E. Michael Power, ministre de la Justice,
Services juridiques d'Investissement Canada*

*Document de travail n° 14
Avril 1993*

Prière d'adresser tout commentaire à :

Emmy Verdun
Directrice du Groupe des politiques
sur l'investissement
Investissement Canada
C.P. 2800, succursale D
Ottawa (Ontario)
K1P 6A5
Téléphone: (613) 992-1532

Also available in English

Les opinions exprimées dans ces documents de travail ne reflètent pas nécessairement celles d'Investissement Canada ou du gouvernement fédéral. Vous trouverez à la fin du présent ouvrage des renseignements portant sur les documents de travail publiés dans le cadre de cette série, et sur la façon d'obtenir des exemplaires des titres qui sont encore disponibles.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
L'APIÉ DE RÉFÉRENCE DU CANADA	
(1) Principes et définitions	3
(2) Traitement général des investissements et exceptions	5
(3) Compensation, expropriation et transferts de fonds	7
(4) Subrogation	8
(5) Règlement des différends	9
(6) Autres accords, application et entrée en vigueur	10
ACCORDS SIGNÉS PAR LE CANADA JUSQU'À PRÉSENT	
(1) Définition des investissements	13
(2) Définition des investisseurs	13
(3) Traitement national	15
(4) Traitement NPF, traitement juste et équitable, exceptions	15
(5) Compensation	15
(6) Expropriation	15
(7) Transferts de fonds	15
(8) Subrogation	16
(9) Règlement des différends (entre un investisseur et l'État d'accueil) ..	16
(10) Règlement des différends (entre États)	17
PROCHAINS DÉVELOPPEMENTS DES APIÉ	19
CONCLUSION	23
ANNEXE A	25
SÉRIE DE DOCUMENTS DE TRAVAIL	37

INTRODUCTION

Les accords de protection des investissements étrangers (APIÉ) servent de plus en plus fréquemment à promouvoir et à protéger les investissements internationaux¹. En 1977, La Chambre de commerce internationale a recensé plus de 124 accords de ce genre², et à la fin de 1988 on en dénombrait plus de 309³. Comme leur nom l'indique, les APIÉ visent à protéger les intérêts des investisseurs d'un pays signataire sur le territoire de l'autre pays signataire. L'existence d'un APIÉ confère une certaine sécurité aux investissements et facilite donc largement la compréhension de l'un des fondements juridiques modernes du commerce extérieur et des investissements internationaux.

Le Canada n'a recours à ce mécanisme que depuis peu, et a conclu six traités depuis 1989⁴. En raison de cet engouement pour les APIÉ et de leur utilisation de plus en plus courante à l'échelle internationale, le présent document résume d'abord le but et la structure de ces accords. Il traite ensuite des différents éléments de l'APIÉ canadien de référence, ainsi que des variantes négociées jusqu'à présent. Enfin, on compare l'APIÉ de référence aux dispositions en matière d'investissement de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), conclu récemment.

Il faut éviter de confondre les APIÉ et les accords sur la garantie des investissements à l'étranger (AGIÉ), qui régissent les réclamations concernant les investissements canadiens assurés par la Société pour l'expansion des exportations. Les AGIÉ ne s'appliquent pas aux investissements non assurés. En outre, ils ne sont pas de nature bilatérale et ne s'appliquent pas rétroactivement aux investissements effectués avant leur entrée en vigueur. Le Canada a signé plus de 26 AGIÉ⁵, quoique certains d'entre eux ont été remplacés par des APIÉ.

¹ À l'étranger, ces accords sont plus couramment appelés traités d'investissement bilatéraux (TIB). L'Allemagne a conclu le premier TIB de l'ère moderne avec le Pakistan en 1959. Le rapport du Comité pour les investissements internationaux et les entreprises multinationales, intitulé *Intergovernmental Agreements Relating to Investment in Developing Countries* et publié par l'OCDE en 1985, présente l'historique des TIB et de leurs prédécesseurs, les traités FCN. Voir aussi l'article de Jeswald W. Salacuse, « *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries* », paru dans *International Lawyer* 1990, vol. 24, p. 655.

² MANN, F.A. « *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments* », dans *British Yearbook of International Law*, 1981, vol. 52, p. 242.

³ SALACUSE, Jeswald W. « *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries* », dans *International Lawyer*, 1990, vol. 24, p. 655. Voir la note 2 citant Pappas, « *References on Bilateral Investment Treaties* », dans *ICSID Review*, 1989, vol. 4 - *Foreign Investment Law Journal*, vol. 189, p. 194-203.

⁴ Des accords ont été signés avec l'Argentine, la Tchécoslovaquie, la Hongrie, la Pologne, l'Uruguay et l'ancienne Union soviétique.

⁵ CENTRE DES NATIONS UNIES SUR LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES. *Bilateral Investment Treaties*. Londres, Graham & Trotman Limited, 1988, p. 6.



L'APIÉ DE RÉFÉRENCE DU CANADA

L'accord de référence, qui figure à l'annexe A, constitue un court document renfermant 15 articles. Pour les besoins de notre étude, ces articles peuvent être répartis en six catégories :

- (1) Principes et définitions (articles I et II);
- (2) Traitement général des investissements et exceptions (articles III, IV et V);
- (3) Compensation, expropriation et transfert de fonds (articles VI, VII et VIII);
- (4) Subrogation (article IX);
- (5) Règlement des différends (articles X, XI et XII);
- (6) Autres accords, application et entrée en vigueur (articles XIII, XIV et XV).

(1) Principes et définitions

L'APIÉ de référence du Canada comporte certains principes en matière de promotion et de protection des investissements. Chacune des parties doit « encourager la création de conditions favorables, propres à inciter les investisseurs de l'autre partie contractante à effectuer des investissements sur son territoire »⁶ et « admettre les investissements effectués par les investisseurs de l'autre partie contractante ».⁷

Cette obligation n'empêche toutefois aucune des parties contractantes « de prescrire des lois et des règlements concernant » l'établissement de nouvelles entreprises commerciales ou l'acquisition d'entreprises commerciales. En outre, les décisions prises en vertu de ces lois et règlements ne sont pas assujetties aux dispositions de l'APIÉ sur le règlement des différends⁸. Du point de vue canadien, cette disposition est conçue pour protéger les activités d'examen d'Investissement Canada⁹, ce qui n'a rien d'inhabituel. Les APIÉ instaurés par d'autres pays exportateurs de capital renferment souvent une disposition précisant que ces accords s'appliquent uniquement aux investissements effectués avec l'approbation préalable du pays d'accueil et en conformité de ses lois¹⁰. Il faut toutefois souligner que ceci diffère du modèle américain de traité d'investissement

⁶ Paragraphe II(1).

⁷ Paragraphe II(2).

⁸ Paragraphe II(3).

⁹ Voir la *Loi sur Investissement Canada*, L.R.C. 1985, ch. 28 (1^{er} supplément), modifié par L.C. 1988, ch. 65.

¹⁰ Voir supra, note 5, p. 23.

bilatéral, qui prévoit l'application d'un traitement national, sous réserve d'une série de mesures auxquelles cette exigence ne s'applique pas¹¹.

Les investissements et les revenus de ces investissements doivent « bénéficier d'un traitement juste et équitable, en conformité avec les principes du droit international, et jouissent d'une protection et d'une sécurité pleines et entières »¹² sur le territoire concerné. L'expression « juste et équitable », à laquelle s'ajoute les mots « protection et (...) sécurité pleines et entières », peut être interprétée comme une norme minimale. Bien qu'il n'existe pas de norme objective, l'expression « en conformité avec les principes du droit international » précise sous quel angle il convient d'aborder la question. Cette norme minimale constitue un « seuil » pour faire en sorte que, même si le traitement appliqué à un investissement étranger peut être identique à celui dont profitent les investissements intérieurs, ce traitement ne peut être moins avantageux que ce qui est convenable en vertu du droit international. En d'autres mots, même si un gouvernement peut refuser de dédommager ses propres ressortissants dont les biens sont expropriés, il ne peut invoquer le « traitement national » (c'est-à-dire le fait que les étrangers soient traités de la même façon que ses propres ressortissants) pour justifier le refus de dédommager les investisseurs étrangers. Dans ces cas, la norme minimale de traitement *en conformité avec les principes du droit international* prévoit en effet un dédommagement.

Alors que les principes énoncent l'objet et le but de l'accord, les définitions contenues à l'article I établissent l'identité des bénéficiaires et la nature des investissements visés. L'APIÉ de référence du Canada ne renferme que quatre définitions : investissement, revenus, investisseur et territoire.

La définition d'*investissement*¹³ renferme une liste non exhaustive qui englobe « les biens meubles et immeubles », les participations, les crédits et les créances, la propriété intellectuelle, de même que le « droit » incorporel d'exercer une activité économique ou commerciale. Ce dernier élément semble s'appliquer aux licences ou aux concessions comme celles liées à l'exploration minière, pétrolière ou gazière. Cette définition générale des investissements diffère sensiblement des dispositions correspondantes figurant au chapitre 16 de l'Accord de libre-échange (ALÉ) entre le Canada et les États-Unis¹⁴. En effet, l'ALÉ ne couvre que la participation directe des actionnaires exerçant le contrôle. Il importe de souligner que le dernier élément de la définition porte sur l'altération d'un investissement et prévoit qu'aucun changement dans la forme d'un investissement n'en modifie la nature comme investissement. Cela confère

¹¹ Le traité d'investissement bilatéral États-Unis-Argentine en constitue un exemple. Voir l'article juridique intitulé « *Argentina/US Foreign Investment Protection and Promotion Treaty* », dans *International Business Lawyer*, 1992, vol. 20, p. 449.

¹² Paragraphe II(4).

¹³ Alinéa *la*).

¹⁴ Voir la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, L.C. 1988, ch. 65.

une protection accrue au cas où la nature de l'investissement devait évoluer avec le temps.

À la définition des investissements s'ajoute celle des *revenus*¹⁵, lesquels englobent « toutes les sommes produites par un investissement ». Ces revenus comprennent notamment « les bénéfices, les intérêts, les gains en capital, les dividendes, les redevances, les rémunérations ou les autres recettes courantes ». Les investisseurs ont des obligations, tant envers les actionnaires qu'envers les créanciers, et il va de soi qu'ils doivent tirer un certain rendement de leur investissement pour satisfaire à leurs propres engagements. Cette définition générale de revenus permet aux investisseurs de gérer leurs affaires de la manière qu'ils jugent indiquée, sans renoncer pour autant à la protection que leur accorde l'APIÉ.

Le terme *investisseur*¹⁶ comprend tant les personnes physiques, citoyens ou résidents permanents, que les personnes juridiques constituées sous le régime des lois de la partie contractante concernée. Pour déterminer qui a droit aux avantages conférés par l'APIÉ, il faut souligner que la définition d'« investissement » englobe à la fois les investissements directs et les investissements indirects effectués par l'entremise d'un investisseur d'un État tiers. Par conséquent, si un investisseur canadien constitue une filiale, disons aux Bermudes, et si cette filiale effectue par la suite un investissement dans un État qui a conclu un APIÉ avec le Canada, la filiale des Bermudes sera considérée comme une entité canadienne aux fins de l'APIÉ. Cependant, aucune disposition n'empêche les sociétés de façade, c'est-à-dire des sociétés qui n'ont guère de liens sur le territoire du pays où elles ont été constituées, de bénéficier des avantages de l'APIÉ.

Au niveau du Canada, le *territoire*¹⁷ englobe le plateau continental et la zone économique au large des côtes.

(2) Traitement général des investissements et exceptions

Deux normes générales s'ajoutent à celle du traitement « juste et équitable » prévue à l'article II : celle du traitement de la nation la plus favorisée (NPF), énoncée à l'article III, et celle du traitement national, décrite à l'article IV.

En vertu du traitement NPF, si une partie contractante accorde des conditions plus avantageuses à un État tiers, l'autre partie contractante de l'APIÉ pourra elle aussi bénéficier de ces conditions plus avantageuses. L'APIÉ de référence du Canada prévoit

¹⁵ Alinéa lc).

¹⁶ Alinéa lb).

¹⁷ Alinéa ld).

que le traitement NPF s'applique tant aux investissements et aux revenus qui en découlent¹⁸ qu'aux investisseurs¹⁹ quant à la gestion de leur investissement.

Dans *le seul cas* des investissements, l'APIÉ de référence prévoit en outre l'application du traitement national²⁰, sous réserve d'une exigence clé : en vertu de cette disposition, les parties conviennent que les investissements et les revenus qui en découlent recevront — dans la mesure du possible — un traitement au moins aussi avantageux que celui que chaque État contractant accorde à ses résidents. L'assujettissement de cette obligation aux lois et aux règlements de l'État d'accueil réduit fortement son efficacité du point de vue des investisseurs qui voudraient y recourir dans le cadre d'une procédure de règlement des différends. L'accord ne précise pas le traitement à appliquer aux entités en dessous du niveau fédéral. Si l'Alberta privilégie les sociétés albertaines par rapport à celles d'autres provinces, qu'en est-il des sociétés étrangères? Doivent-elles être traitées comme les sociétés de l'Alberta ou comme les autres sociétés canadiennes (non albertaines)?

L'APIÉ de référence prévoit trois cas de dérogation à ces deux normes de traitement : (1) les accords d'« association » entre États établissant une zone de libre-échange, une union douanière ou des accords plus généraux en matière d'intégration économique, (2) les accords visant à libéraliser le commerce des services et (3) les accords portant sur la double imposition²¹. Il s'agit d'éviter d'accorder des avantages qui ont été négociés, ou pourraient être négociés, dans le cadre d'une entente visée par l'une ou l'autre de ces catégories. La référence aux zones de libre-échange, qui permet de relever le seuil d'examen des investissements effectués par les États-Unis dans le cadre de l'Accord de libre-échange²², en constitue un exemple évident.

Dans certains accords de protection des investissements, les mesures spécifiques qui dérogent aux obligations liées au traitement national ou NPF figurent dans une annexe. C'est le cas de l'APIÉ de référence des États-Unis²³. Cependant, dans l'APIÉ de référence du Canada, l'assujettissement de l'obligation en matière de traitement national aux lois intérieures rend inutile la description de ces mesures. En vertu de l'article de l'accord sur le règlement des différends, les parties sont néanmoins tenues d'échanger des renseignements.

¹⁸ Paragraphe III(1).

¹⁹ Paragraphe III(2).

²⁰ Article IV.

²¹ Article V.

²² Voir les chapitres 16 (Investissement) et 17 (Services financiers) de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, qui ont donné lieu à des modifications à la *Loi sur Investissement Canada* pour permettre le relèvement des seuils d'examen des investissements, et à divers autres textes législatifs fédéraux touchant les institutions financières.

²³ Le mémoire juridique mentionné à la note 11 présente le traité bilatéral entre les États-Unis et l'Argentine sur les investissements comme un exemple de cette approche.

(3) Compensation, expropriation et transferts de fonds

Les dispositions de l'article VI traitant de la compensation pour pertes — par opposition à l'expropriation — créent deux obligations en faveur des investisseurs. La première disposition, énoncée au paragraphe VI(1), consiste à appliquer le traitement le plus avantageux entre le traitement national et le traitement NPF « en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la compensation ou autre règlement » en cas de perte imputable à un conflit armé, un état d'urgence nationale ou une catastrophe naturelle. La deuxième disposition, qui figure au paragraphe VI(2), vise à protéger les investissements et les revenus, en prévoyant « une compensation prompte, adéquate et effective » pour les pertes causées par des troubles civils ou par l'« appropriation » par les autorités, dans tous les cas sauf celui d'un conflit armé. Comme on peut le voir, le paragraphe VI(1) n'accorde pas un droit absolu à une compensation, mais juste une protection contre un traitement discriminatoire. En revanche, le paragraphe VI(2) accorde un tel droit à une compensation.

La *dépossession* correspond en règle générale au retrait des biens²⁴. La définition générale de l'expropriation figurant dans l'APIÉ de référence du Canada reconnaît que la saisie des biens peut s'effectuer autrement que par l'expropriation, puisqu'il est question de « mesures de nationalisation ou d'expropriation ou de toute autre mesure ayant des effets équivalents »²⁵. Bien que le droit international confère aux États le droit souverain d'exproprier des biens, ce droit doit être exercé à des fins d'utilité publique, d'une manière non discriminatoire, conformément aux voies de droit régulières et moyennant compensation²⁶. En ce qui a trait à la nature et au délai de versement de la compensation, presque tous les traités d'investissement bilatéraux prévoient que la compensation doit être effective, adéquate et prompte. L'APIÉ de référence du Canada reprend cette formulation succincte en stipulant que l'expropriation n'est pas autorisée, « si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que cette expropriation soit conforme aux voies de droit régulières, qu'elle soit appliquée d'une manière non discriminatoire et qu'elle s'accompagne du versement d'une compensation prompte, adéquate et effective »²⁷.

²⁴ Le retrait du droit à la propriété peut revêtir diverses formes. À titre d'exemple, citons la *confiscation* (mesure pénale); la *spoliation* (saisie de biens sans compensation); la *réquisition* ou la *séquestration* (mesure temporaire habituellement appliquée en temps de guerre ou en situation d'urgence nationale); la *collectivisation* (qui s'applique au secteur agricole) et l'*indigénisation* (cession des biens aux citoyens du pays hôte). Ces exemples ne comprennent pas la nationalisation indirecte, cachée ou larvée. Voir la note 5 ci-dessus, p. 69.

²⁵ Paragraphe VII(1).

²⁶ Voir SCHACHTER, Oscar. « *Compensation for Expropriation* », dans *American Journal of International Law*, 1984, vol. 78, p. 121. Voir aussi Memorial of the United Kingdom in Anglo-American Oil Co. Case (*United Kingdom v. Iran*), 1952 I.C.J., p. 93 et Oscar CHINN (*United Kingdom v. Belgium*) 1934 P.C.I.J. (ser. A/B) n° 63 (12 décembre).

²⁷ Voir le rapport du Comité pour les investissements internationaux et des entreprises multinationales, intitulé *Intergovernmental Agreements Relating to Investment in Developing Countries* et publié par l'OCDE en 1985, p. 18. La norme de « compensation prompte, adéquate et effective » est attribuée au secrétaire d'État américain Hull et date des années 1930.

En ce qui concerne le montant de la compensation, l'APIÉ de référence du Canada prévoit qu'il :

« correspond à la valeur réelle de l'investissement ayant fait l'objet d'une expropriation, valeur qui avait cours immédiatement avant l'expropriation ou au moment où celle-ci est devenue de notoriété publique, selon l'éventualité qui survient la première. »²⁸

Bien que l'expression *valeur réelle* préserve une marge de manœuvre qui peut s'avérer nécessaire compte tenu des circonstances d'un cas précis — surtout lorsqu'il n'existe pas de marché —, celle-ci peut néanmoins faire l'objet d'une interprétation qui correspond ou non à la valeur marchande, qu'il soit précisé ou non que cette valeur doit être « juste ». L'expropriation, réelle ou imminente, entraîne une perte de valeur de l'investissement parce que celui-ci ne peut être vendu à aucun autre acquéreur, réel ou apparent. Cette situation est admise, et on la corrige dans une certaine mesure en précisant à quel moment la valeur doit être déterminée : la date de l'expropriation ou la date à laquelle celle-ci est devenue de notoriété publique, selon la première éventualité.

L'intérêt doit être payé « selon un taux d'intérêt commercial normal », expression plus favorable à l'investisseur qu'une simple mention de l'obligation de verser un intérêt. Enfin, l'APIÉ de référence prévoit que l'investisseur a droit à un examen de l'expropriation ou de l'évaluation par une autorité indépendante²⁹.

Pour que des investissements soient effectués ou, au besoin, qu'une compensation soit versée, on doit pouvoir transférer librement des fonds à partir du pays d'accueil. L'APIÉ de référence garantit le libre transfert des investissements et des revenus, y compris les sommes destinées au remboursement de prêts, le produit de la liquidation de tout investissement, les compensations et la rémunération des employés³⁰. La norme spécifique de traitement prévoit que les transferts de fonds seront effectués (i) promptement, (ii) en monnaie convertible et (iii) au taux de change applicable à la date du transfert. Ces trois critères sont essentiels au transfert de fonds³¹.

(4) Subrogation

La subrogation correspond au remplacement d'une personne par une autre, relativement à une créance ou à un droit³². Elle intervient habituellement dans le

²⁸ Ibid.

²⁹ Paragraphe VII(2).

³⁰ Paragraphe VIII(1).

³¹ Paragraphe VIII(2).

³² *Black's Law Dictionary*, 6^e édition. St. Paul (Minnesota), West Publishing Co., 1990, p. 1427.

cadre d'une assurance, lorsque l'assureur prend la place de l'assuré ou fournit des instructions à ce dernier dans une procédure intentée contre la partie qui a causé le sinistre donnant lieu à la réclamation d'assurance initiale. Les traités d'investissement renferment souvent une disposition de subrogation³³, comme l'article IX de l'APIÉ de référence du Canada. De façon générale, cette disposition vise à faire en sorte que, si un investisseur obtient une assurance contre les « risques politiques » dans le pays d'origine à l'égard d'un investissement dans le pays d'accueil pour ensuite présenter une réclamation, les droits de l'assureur sont reconnus lorsqu'il sollicite un dédommagement.

La disposition de subrogation impose deux obligations aux parties contractantes. Premièrement, elles doivent reconnaître la validité de la subrogation, en faveur de l'assureur, « de tout droit ou titre » détenu par l'investisseur³⁴. Deuxièmement, l'assureur jouit des mêmes droits que l'investisseur en ce qui concerne les investissements et les revenus qui en découlent. Ces droits peuvent être exercés par l'assureur ou par l'investisseur, si l'assureur l'y autorise³⁵.

(5) Règlement des différends

Les traités sur la protection des investissements prévoient deux types de mécanismes pour le règlement des différends : ceux qui lient les parties contractantes elles-mêmes et ceux qui lient l'État d'accueil et les investisseurs de l'autre partie contractante.

Les différends entre un investisseur et l'État d'accueil portant sur « la gestion, l'utilisation, la jouissance et l'aliénation » d'un investissement — surtout les mesures portant sur l'expropriation ou le transfert de fonds — peuvent être soumis à l'arbitrage³⁶ suivant la procédure de la CNUDCI³⁷. L'emploi des règles de la CNUDCI dans l'APIÉ de référence du Canada tient au fait que le Canada n'a pas signé la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États de 1965 (la « Convention CIRDI »)³⁸. La Convention CIRDI a pris effet en octobre 1966, et on dénombrait 96 pays signataires en 1987. C'est

³³ Voir la note 5 ci-dessus, page 94.

³⁴ Paragraphe IX(1).

³⁵ Paragraphe IX(2).

³⁶ Paragraphes X(1) et X(2). Si un différend n'est pas réglé à l'amiable dans les six mois de sa survenance, l'investisseur peut le soumettre à l'arbitrage.

³⁷ Règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

³⁸ Publiée par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) entre États et ressortissants d'autres États sous le code ICSID/2. Voir la note 5 ci-dessus, p. 99.

pourquoi la plupart des accords de protection des investissements s'en inspirent et s'appuient sur les règles de la CIRDI³⁹.

Les différends entre le Canada et un État signataire d'un APIÉ concernant l'interprétation ou l'application de l'accord doivent d'abord faire l'objet de consultations. S'ils ne peuvent être résolus, ils sont soumis à un tribunal d'arbitrage spécial⁴⁰. Chaque tribunal compte trois membres. Chaque État en désigne un, et le troisième membre est nommé par les deux premiers⁴¹. Ce troisième membre, qui doit être un ressortissant d'un État tiers, préside le tribunal. Chaque tribunal établit ses propres règles de procédure et doit rendre ses conclusions, lesquelles lient les signataires de l'APIÉ, dans les six mois suivant la nomination du président⁴².

Comme il est mentionné précédemment, la tenue de consultations constitue la première étape du mécanisme de règlement des différends. L'APIÉ canadien prévoit que ces consultations doivent se tenir promptement à la demande de l'une ou l'autre partie. À cela s'ajoute une exigence plus générale couvrant l'échange officiel de renseignements sur l'*impact* que toute mesure, qu'il s'agisse des lois, des pratiques et des procédures administratives ou des politiques, pourrait avoir sur les investissements visés par l'accord⁴³.

(6) Autres accords, application et entrée en vigueur

En vertu de l'APIÉ de référence, un investisseur bénéficie du régime le plus favorable, établi soit par l'accord de protection des investissements, soit par tout autre accord international signé par les deux parties contractantes⁴⁴. Dans ce cas, l'investisseur doit choisir le régime de procédures à appliquer, de façon à déterminer les procédures de règlement des différends⁴⁵. Le texte ne précise cependant pas le délai d'exercice de ce choix.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Paragraphes XII(1) et XII(2).

⁴¹ Paragraphe XII(3).

⁴² Paragraphe XII(5).

⁴³ Article XI.

⁴⁴ Paragraphe XIII(1).

⁴⁵ Article XIII(2).

L'APIÉ de référence du Canada prévoit que l'accord s'applique à *tout investissement* d'un investisseur effectué *avant ou après l'entrée en vigueur* de l'accord⁴⁶. Cette protection étendue favorise clairement ceux qui ont effectué des investissements avant l'entrée en vigueur de l'accord et ne se retrouve pas dans tous les accords de protection des investissements⁴⁷.

Enfin, l'APIÉ prend effet lorsque chaque partie contractante indique par écrit à l'autre partie que toutes ses obligations constitutionnelles pertinentes sont remplies, la date de la dernière notification étant celle de la prise d'effet⁴⁸. L'accord demeure en vigueur tant que l'un des États contractants ne donne pas formellement un avis par écrit de son intention d'y mettre fin. Dans ce cas, l'accord prend fin un an après la réception de l'avis. Toutefois, en ce qui a trait aux investissements effectués avant la date de cessation et aux engagements à investir pris avant cette date, les modalités de l'accord continuent de s'appliquer pour une période de 15 ans⁴⁹. Cette disposition assure une certaine continuité aux investisseurs en ce qui concerne la planification de leurs investissements dans le pays d'accueil.

⁴⁶ Article XIV.

⁴⁷ Voir la note 5 ci-dessus, p. 28. L'accord de référence du Canada suit le prototype américain des accords bilatéraux à ce chapitre. Par contre, l'APIÉ de référence des Pays-Bas de 1987 ne renferme aucune disposition d'application rétroactive. En outre, certains accords de l'Allemagne ne peuvent s'appliquer de façon rétroactive que si les investissements effectués avant l'entrée en vigueur de l'accord passent par une procédure d'admission dans un pays d'accueil.

⁴⁸ Paragraphe XV(1).

⁴⁹ Paragraphe XV(2).

ACCORDS SIGNÉS PAR LE CANADA JUSQU'À PRÉSENT

Comme il est mentionné dans l'introduction, le Canada a conclu six accords de protection des investissements depuis 1989 (voir le tableau 1). En quoi ceux-ci diffèrent-ils de l'APIÉ de référence du Canada? Ces nuances sont-elles appréciables? Il sera question ici des divers accords signés à ce jour. Pour chaque critère donné, on ne discutera que des APIÉ très différents de l'APIÉ de référence du Canada.

Aux fins d'analyse, chaque accord comporte 10 critères essentiels :

(1) Définition des investissements

Cette définition demeure essentiellement la même dans les six accords et l'APIÉ de référence du Canada. L'APIÉ conclu entre le Canada et la Pologne est légèrement différent puisqu'il précise que les investisseurs profitent également des avantages prévus par l'accord en fonction de leur « participation indirecte » lorsque ces investissements sont effectués par le biais d'entités juridiques qui ne sont pas visées par la définition d'« investisseur » prévue à l'entente. La disposition cadre de l'APIÉ de référence précise clairement qu'un investissement correspond également à un avoir investi par l'intermédiaire d'un investisseur d'un État tiers. Ce libellé ne figure pas dans l'APIÉ entre le Canada et la Pologne, mais est « ajouté » à la fin de la définition.

(2) Définition des investisseurs

L'uniformité qui caractérise la définition des investissements ne se retrouve plus dans les accords lorsqu'il s'agit de la définition du terme « investisseur ».

Dans l'APIÉ conclu entre le Canada et l'Uruguay, la définition d'« investisseur » ne s'applique pas aux personnes physiques qui sont des ressortissants ou des citoyens des deux parties contractantes. Cela empêche le ressortissant d'un pays d'intenter une procédure internationale d'arbitrage contre son propre gouvernement. L'accord Canada-Uruguay englobe aussi un protocole permettant de déterminer si un bien est détenu indirectement par un investisseur. Un investisseur peut détenir un bien indirectement, par l'entremise d'une « personne juridique dont il est propriétaire ou qu'il contrôle » ou, dans d'autres circonstances, si le gouvernement du pays d'accueil reconnaît par écrit que l'investisseur en question y a effectué un investissement.

Tableau 1
Comparaison entre les accords de protection des investissements
et l'APIÉ de référence du Canada

	<u>Argentine</u>	<u>Tchécoslovaquie</u>	<u>Hongrie</u>	<u>Pologne</u>	<u>Uruguay</u>	<u>URSS</u>
Définition des investissements	Même	Même	Même	Même, avec des ajouts	Même	Même
Définition des investisseurs	Même	Même, mais avec des réserves	Même, avec des ajouts	Même	Modifié en vertu d'un protocole	Même
Traitement national	Même	Même	Même	Même; vaut aussi pour les investisseurs	Même	Même
Traitement NPF	Même	Même	Même	Même	Même	Même
Traitement juste et équitable	Même	Même	Même	Même	Même	Même
Exceptions	Même	Même	Même	Même	Même	Même
Compensation	Par. 1, mais non 2	Par. 1, mais non 2	Par. 1, mais non 2	Par. 1, mais non 2	Par. 1, mais non 2	Par. 1, mais non 2
Expropriation	Même	Même	Même	Modifié	Même	Modifié
Transferts de fonds	Même	Même	Même	Différent	Même	Différent
Subrogation	Même	Même	Même	Même	Même	Même
Règlement des différends (Investisseur)	Différent; option pour les règles du CIRDI	Même	Différent; règles du CIRDI si les deux parties signent la Convention de Washington	Même	Différent; règles du CIRDI si les deux parties signent la Convention de Washington	Même
Règlement des différends (État)	Même	Même	Même	Même	Même	Même
Date de signature	5 nov. 1991	15 nov. 1990	3 oct. 1991	6 avr. 1990	16 mai 1991	20 nov. 1989
Prise d'effet				22 nov. 1990		27 juin 1991

Terminologie :
Même : Le libellé de l'APIÉ est identique, ou presque, à celui de l'APIÉ de référence.
Modifié : Certains éléments du libellé de l'APIÉ diffèrent suffisamment de celui de l'APIÉ de référence pour ne pas être considérés comme identiques.
Différent : Le libellé de l'APIÉ est nettement différent de celui de l'APIÉ de référence.

L'APIÉ conclu entre le Canada et la Tchécoslovaquie précise qu'un investisseur doit, sous le régime des lois de son propre pays, être habilité à investir dans l'État d'accueil. L'APIÉ conclu entre le Canada et la Hongrie prévoit qu'un investisseur peut profiter des revenus d'une participation indirecte par l'entremise d'une personne juridique, mais renonce clairement aux avantages conférés par cet accord si l'État d'accueil réclame le règlement d'un différend en vertu d'un autre accord d'investissement.

(3) Traitement national

Cette disposition est identique dans les six accords. L'APIÉ Canada-Pologne prévoit que l'obligation vaut non seulement pour les investissements, mais aussi pour les investisseurs, ainsi que la gestion, l'utilisation, la jouissance et l'aliénation de leurs investissements.

(4) Traitement NPF, traitement juste et équitable, exceptions

À quelques nuances près, le libellé de ces trois dispositions est identique dans les six accords et l'APIÉ de référence.

(5) Compensation

Tous les APIÉ en vigueur sont uniformes : ils utilisent uniquement le paragraphe VI(1) de l'ALIÉ de référence. Aucun accord ne renferme le paragraphe VI(2), qui traite de la compensation à payer en cas de troubles civils que les autorités ne maîtrisent pas adéquatement, sans que la situation ne dégénère en conflit armé.

(6) Expropriation

Selon l'APIÉ Canada-Pologne, la compensation pour expropriation doit être versée dans les deux mois qui suivent la date de l'expropriation, après quoi l'intérêt court jusqu'à la date du paiement au taux dont l'État d'accueil et l'investisseur ont convenu. Ce taux ne peut être inférieur au taux interbancaire offert à Londres (TIOL). L'APIÉ Canada-URSS prévoit également le versement de la compensation dans les deux mois.

(7) Transferts de fonds

L'APIÉ Canada-Pologne n'accorde aucun privilège de transfert de fonds qui ne soit sujet à restrictions. Cet APIÉ précise clairement que les revenus approuvés par la

Pologne représenteront au moins 15 % des revenus annuels, et que l'expression « transfert prompt » signifie que le transfert doit être effectué dans un délai de deux mois. En cas de difficultés exceptionnelles touchant la balance des paiements, les transferts peuvent toutefois être effectués au prorata pendant une période de 18 mois, mais la période totale de transfert ne peut dépasser cinq ans. Les transferts bénéficient du traitement NPF. Le libellé de l'APIÉ Canada-URSS est presque identique, sauf que l'expression « transfert prompt » signifie que le transfert doit être effectué dans un délai de deux ans.

(8) Subrogation

Tous les accords utilisent le même libellé, ou presque, en ce qui touche la subrogation et les droits des assureurs.

(9) Règlement des différends (entre un investisseur et l'État d'accueil)

L'APIÉ Canada-Argentine diffère de l'APIÉ de référence, car il stipule qu'un différend entre un investisseur et l'État doit, en fait, être examiné d'abord par les tribunaux du pays d'accueil. Le différend peut être soumis à l'arbitrage (i) lorsque le gouvernement du pays d'accueil et l'investisseur en conviennent, (ii) si le tribunal met plus de 18 mois à se prononcer ou (iii) lorsque le tribunal rend sa décision mais que l'une des parties est en désaccord. Il s'agit là d'une variante de la « doctrine de Calvo »⁵⁰.

Il importe de souligner le fait que, puisque le traité bilatéral entre les États-Unis et l'Argentine permet à un investisseur de recourir immédiatement à l'arbitrage international, l'Argentine commence à délaisser la doctrine de Calvo⁵¹. On pourrait soutenir que les investisseurs canadiens peuvent profiter du traité États-Unis-Argentine en vertu des modalités de traitement NPF de l'APIÉ Canada-Argentine. La nouvelle position de l'Argentine, qui est conforme à ses politiques en matière d'économie et

⁵⁰ La doctrine de Calvo exige au préalable que les investisseurs étrangers acceptent de renoncer à des droits ou à des privilèges dont les ressortissants du pays ne peuvent profiter eux-mêmes et de confier le règlement de tout litige aux tribunaux nationaux. L'Argentin Carlos Calvo (1824-1906) a formulé cette doctrine en 1868. Depuis lors, elle a été intégrée au cadre politique et juridique des rapports entre l'État et les investisseurs partout en Amérique latine. L'une des conséquences de l'utilisation de la doctrine de Calvo et des « dispositions de Calvo » dans le texte des accords est le rejet des grands principes du droit international au profit du droit national. À titre d'exemple, citons le rejet du principe d'une norme minimale de traitement selon le droit international, quoique cela laisse supposer que les systèmes judiciaires des pays d'Amérique latine ne correspondent pas aux normes nord-américaines et européennes. La doctrine de Calvo est examinée plus en détail par Paul C. Szasz dans un article intitulé « *The Investment Disputes Convention and Latin America* », paru dans *Virginia Journal of International Law*, 1971, vol. 11, p. 256. La note intitulée « *General Principles of Law in International Commercial Arbitration* », parue dans *Harvard Law Review*, 1988, vol. 101, p. 1816, fournit une introduction aux grands principes de droit appliqués à l'arbitrage international.

⁵¹ Voir la note 11 ci-dessus.

d'investissement, fournira un sujet de discussion supplémentaire si l'APIÉ Canada-Argentine devait être renégocié ultérieurement.

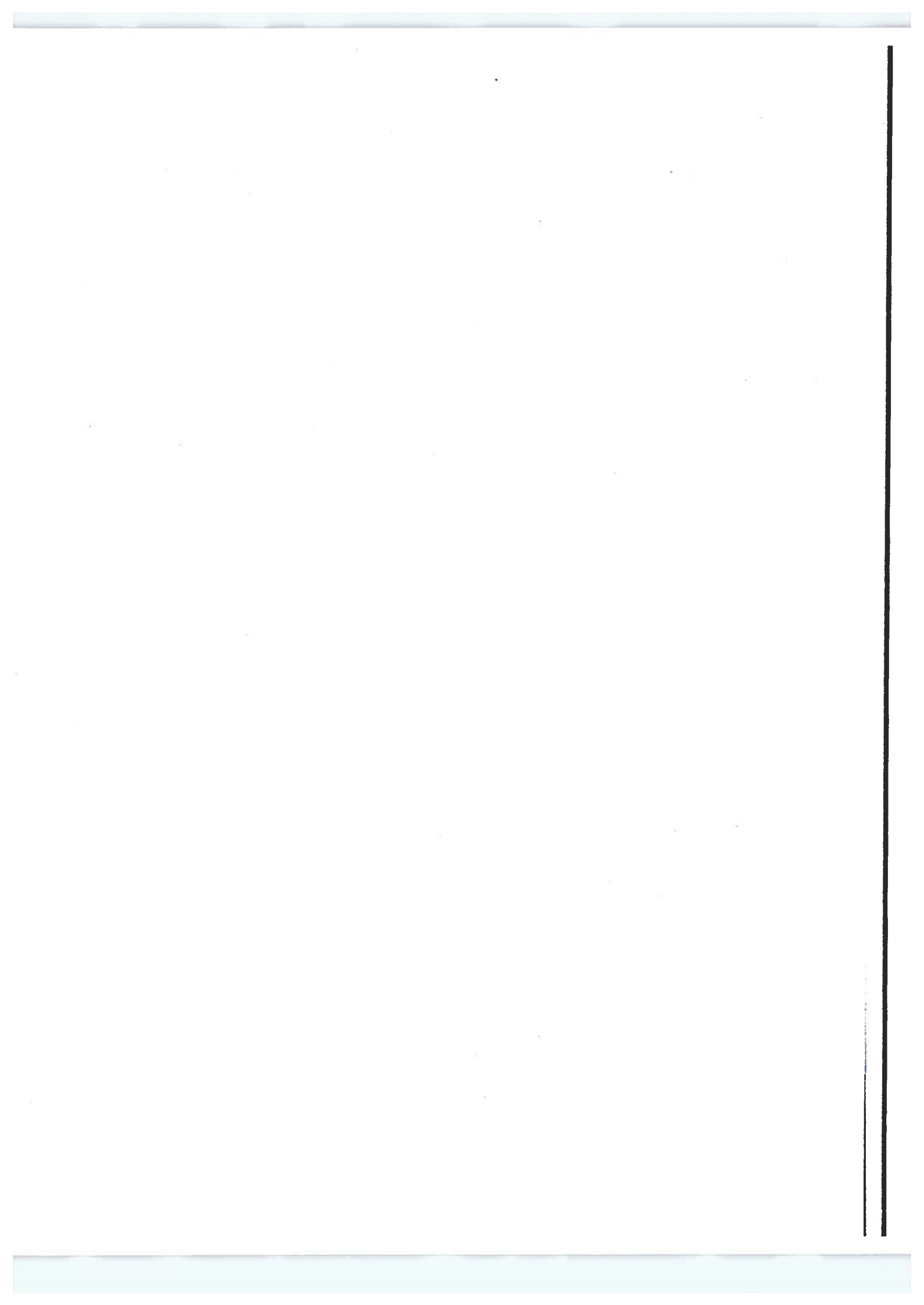
De plus, l'APIÉ Canada-Argentine prévoit l'application soit du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, soit des règles de la CNUDCI, ces dernières étant retenues si aucune procédure d'arbitrage n'est choisie. Si les deux pays sont liés par la Convention CIRDI, les règles de cet organisme s'appliquent.

L'APIÉ Canada-Uruguay ressemble à celui conclu entre le Canada et l'Argentine. Les différends sont d'abord soumis à un tribunal national du pays d'accueil. De même, la question peut être soumise à l'arbitrage (i) lorsque le gouvernement du pays d'accueil et l'investisseur en conviennent, (ii) si le tribunal met plus de 18 mois à se prononcer ou (iii) lorsque le tribunal rend sa décision mais que l'une des parties est en désaccord. Dans ce dernier cas, le tribunal doit être d'avis que la partie demandant l'arbitrage avait raison d'y recourir. L'APIÉ prévoit également l'application des règles du CIRDI (lorsque les deux parties sont liées par la Convention CIRDI) ou de la CNUDCI, ces dernières étant retenues si aucune procédure d'arbitrage n'est choisie. L'immunité diplomatique ne peut être invoquée à moins que le pays d'accueil n'omette de verser une compensation accordée en vertu de la procédure d'arbitrage international.

En vertu de l'APIÉ Canada-Hongrie, les différends liés à l'expropriation peuvent, à la demande de l'investisseur, être réglés selon la procédure appliquée aux différends entre un investisseur et l'État. Les différends portant sur un manquement à une obligation prévue par l'accord peuvent être soumis à l'arbitrage si le pays d'accueil et l'investisseur y consentent. Toute procédure d'arbitrage sera assujettie aux règles de la CNUDCI tant que la Hongrie et le Canada n'auront pas tous deux adhéré à la Convention CIRDI, après quoi les parties pourront choisir d'appliquer les règles du CIRDI.

(10) Règlement des différends (entre États)

En ce qui a trait aux différends opposant des signataires d'un APIÉ, les six accords conclus à ce jour sont identiques, ou presque, à l'APIÉ de référence.



PROCHAINS DÉVELOPPEMENTS DES APIÉ

Les traités bilatéraux modernes en matière d'investissement ont évolué depuis leur création, il y a plus de 30 ans, et cette tendance se poursuivra. Bien que l'APIÉ de référence du Canada soit récent, il conviendrait sans doute d'envisager la prochaine génération d'APIÉ à la lumière de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) conclu récemment entre le Canada, les États-Unis et le Mexique.

Tous les APIÉ conclus jusqu'à présent lient des pays *importateurs* de capital. L'ALÉNA est une entente globale qui traite des liens entre les signataires dans un certain nombre de domaines, y compris l'investissement⁵². Ses modalités en matière d'investissement ressemblent davantage à des traités bilatéraux, y compris aux APIÉ signés par le Canada, que celles contenues dans l'ALÉ signé antérieurement par le Canada et les États-Unis. En fait, grâce à l'ALÉNA, le Canada a négocié son premier traité « bilatéral » avec un pays *exportateur* de capital dont il reçoit des sommes importantes sous forme d'investissements. Ce fait soulève une question importante au sujet de l'avenir des APIÉ du Canada : La prochaine série d'accords devrait-elle reprendre quelques-uns des principes auxquels le Canada a souscrit dans l'ALÉNA, voire tous? Pour voir cette question sous un angle approprié, il faudrait examiner en détail les dispositions en matière d'investissement contenues dans l'ALÉNA, ce qui sort du cadre de cette étude. Par contre, on peut formuler des observations préliminaires au sujet des éléments communs.

Il existe effectivement des différences appréciables entre l'ALÉNA et l'APIÉ de référence du Canada. Selon l'ALÉNA, la définition d'« investissement » est vaste, mais moins vaste que celle prévue dans les APIÉ du Canada; la définition de l'ALÉNA comporte certaines exclusions⁵³. L'ALÉNA prévoit le retrait des avantages lorsqu'une entité juridique est organisée dans un pays membre de l'ALÉNA, ce qui en fait un « investisseur », mais ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de ce pays⁵⁴.

L'ALÉNA impose l'obligation suivante en matière de traitement national :

Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements⁵⁵.

⁵² Voir le chapitre 11 de l'ALÉNA (Investissement) et ses annexes traitant des restrictions appliquées aux obligations en matière de traitement.

⁵³ Voir l'article 1138 de l'ALÉNA.

⁵⁴ Voir le paragraphe 1113(2) de l'ALÉNA.

⁵⁵ Voir l'article 1102 de l'ALÉNA.

Par contre, l'APIÉ de référence du Canada renferme l'obligation suivante :

Chaque Partie contractante accorde, dans la mesure du possible et en conformité avec ses lois et règlements, aux investissements ou revenus des investisseurs de l'autre partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements ou revenus de ses propres investisseurs⁵⁶. [caractères gras en sus]

La disposition de l'ALÉNA est beaucoup plus contraignante que celle des APIÉ, nuancée par les mots « dans la mesure du possible ». Cette différence au chapitre des normes constitue une distinction fondamentale entre les deux mécanismes et traduit des approches différentes à l'égard de la protection des investissements. En raison de cette norme nuancée, l'APIÉ de référence ne doit pas être aussi détaillée que l'ALÉNA. Par exemple, aux fins de la procédure d'examen appliquée par Investissement Canada⁵⁷ la définition d'« investisseur » est suffisamment large dans les deux cas pour appliquer également les seuils d'examen les plus élevés aux investisseurs de l'extérieur de l'Amérique du Nord. L'ALÉNA et l'APIÉ de référence corrigent ce problème de deux façons différentes. Le premier prévoit que les seuils de préférence concernant l'examen effectué par Investissement Canada ne sont pas visés par l'obligation relative au traitement national. L'APIÉ de référence ne nécessite pas cette exonération parce que l'obligation qu'il impose à l'égard du traitement national est déjà assujettie à des lois et règlements nationaux qui privent les investisseurs non américains des avantages qui en découlent, dans le cas de l'ALÉ, et qui priveront de la même façon les investisseurs de l'extérieur de l'Amérique du Nord une fois que l'ALÉNA sera en vigueur.

En ce qui concerne l'obligation en matière de traitement national, les parties à l'ALÉNA ont dressé la liste des mesures fédérales à l'endroit desquelles ces parties émettent des réserves⁵⁸. Les gouvernements nationaux et provinciaux ont deux ans à compter de l'entrée en vigueur de l'ALÉNA pour produire la liste des mesures d'exception. Cette approche a été adoptée pour des raisons de transparence, afin que chacun des signataires puisse facilement relever les mesures appliquées par les autres signataires, mesures qui limitent la capacité d'investir des investisseurs. Vu l'ampleur de la liste établie par le Canada pour les besoins d'un accord avec son plus important partenaire en matière de commerce et d'investissement, la question devient la suivante : les accords entre le Canada et les autres pays devraient-ils prévoir l'établissement de ces listes? Bien que cela ne soit peut-être pas nécessaire compte tenu de l'obligation

⁵⁶ Voir l'article IV de l'APIÉ de référence.

⁵⁷ Aux termes de l'ALÉNA, le seuil d'examen, qui détermine si la valeur d'une entreprise canadienne acquise nécessite une demande d'examen ou un simple avis d'investissement sera de 150 millions de dollars CAN de 1992 et sera rajusté annuellement en fonction de l'inflation et du taux de croissance de l'économie. Dans le cas des investisseurs d'autres pays, le seuil d'examen en vertu de la *Loi sur Investissement Canada* est maintenu à 5 millions de dollars CAN. Voir la rubrique sur Investissement Canada, Liste tarifaire du Canada, annexe I.

⁵⁸ Voir la liste pour le Canada contenue dans l'ALÉNA, annexes I et II; la liste pour les États-Unis, annexes I et II; et la liste pour le Mexique, annexes I, II et III.

assouplie en matière de traitement national dans le cadre des APIÉ, cette transparence accrue pourrait aider les investisseurs canadiens à prendre des décisions en matière d'investissement.

L'obligation en matière de traitement NPF contenue dans l'APIÉ de référence ne comporte pas la réserve des « circonstances analogues » qui caractérise l'ALÉNA⁵⁹. En outre, contrairement à l'APIÉ de référence, l'ALÉNA n'étend pas l'obligation en matière de traitement NPF aux accords signés antérieurement ou aux accords ultérieurs dans certains secteurs⁶⁰.

L'ALÉ et l'ALÉNA abordent tous deux la prescription de résultats⁶¹. L'ALÉ y accorde moins d'importance, mais les deux ententes insistent davantage sur ce point que les APIÉ du Canada, qui ne renferment aucune exigence de cette nature. Il faut donc se demander si le Canada, qui est prêt à solliciter et à remplir de vastes obligations liées à la prescription de résultats avec son principal partenaire commercial, devrait interdire l'établissement de telles exigences dans le cadre des APIÉ.

Les dispositions de l'ALÉNA sur le règlement des différends entre un État et un investisseur sont beaucoup plus détaillées que celles de l'APIÉ de référence du Canada. Elles permettent, pour la première fois, de soumettre à l'arbitrage un litige auquel des Canadiens sont impliqués, en vertu du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI. Les principales différences par rapport à l'APIÉ de référence du Canada sont les suivantes : le dépôt d'une plainte se limite à une période de trois ans⁶², un investisseur peut déposer une plainte au nom d'une entreprise⁶³, et on retrouve des dispositions précises touchant les procédures consolidées⁶⁴. En outre, aux termes de l'ALÉNA, les décisions visant à interdire ou à restreindre l'acquisition d'un investissement pour des raisons de sécurité nationale sont sans appel⁶⁵. L'APIÉ de référence ne fait mention ni de cet aspect du règlement des différends, ni des autres. Devrait-on modifier l'APIÉ de référence en fonction de la procédure prévue par l'ALÉNA? Étant donné que les négociations effectuées individuellement avec les divers pays engendrent des

⁵⁹ Voir l'article 1103 de l'ALÉNA.

⁶⁰ Les secteurs suivants figurent dans la liste pour le Canada contenue dans l'ALÉNA, annexe IV : l'aviation, les pêches, les affaires maritimes, notamment les opérations de sauvetage, et les télécommunications.

⁶¹ Voir l'article 1603 de l'ALÉ Canada-États-Unis ainsi que l'article 1106 de l'ALÉNA.

⁶² Voir le paragraphe 1116(2) de l'ALÉNA.

⁶³ Voir l'article 1117 de l'ALÉNA. Un « investissement » ne peut présenter une plainte en vertu du mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et un État.

⁶⁴ Voir l'article 1125 de l'ALÉNA.

⁶⁵ Voir le paragraphe 1137(1) de l'ALÉNA.

différences, devrait-on prévoir deux mécanismes de règlement des différends, l'un dans l'ALÉNA et l'autre dans les APIÉ du Canada?

On peut aussi bien justifier le fait de favoriser que celui de freiner un rapprochement entre les APIÉ et les obligations en matière d'investissement contenues dans l'ALÉNA. Il faut néanmoins admettre que les signataires potentiels des APIÉ souhaiteront des obligations moins contraignantes que celles de l'ALÉNA. Les différences entre les dispositions de l'ALÉNA et celles des APIÉ en matière d'investissement soulèvent donc ces questions, ainsi que d'autres, et il conviendrait d'y donner suite.

CONCLUSION

Le Canada mise beaucoup sur ses investissements à l'étranger. À la fin de 1991, les avoirs des Canadiens à l'étranger ont atteint un sommet de 220,3 milliards de dollars, dont 60 % sous forme d'investissements directs et 18 % sous forme de participations (actions et obligations)⁶⁶. Le présent document visait à donner un aperçu des accords de protection des investissements étrangers du Canada et des dispositions précises susceptibles d'avantager les investisseurs qui détiennent ces avoirs.

Pour qu'un APIÉ fonctionne avec succès, on doit notamment tenir compte des politiques des signataires en matière d'investissement, de leur capacité respective de s'acquitter des obligations prévues par l'accord et, à toutes fins utiles, de la mesure dans laquelle les investisseurs souhaitent bénéficier de cette protection. Ces facteurs, et surtout le dernier, influencent l'ordre de priorité des pays avec lesquels ces APIÉ sont négociés. Cette étape s'avère nécessaire en raison de la popularité croissante de ces accords comme mécanisme visant à attirer les investisseurs étrangers.

Il faut préciser que les dispositions en matière d'investissement font partie d'accords internationaux plus vastes⁶⁷ et ne se limitent pas aux APIÉ bilatéraux avec les pays en voie de développement. Il faudra décider de l'évolution des APIÉ en ce qui concerne les accords avec les pays exportateurs de capital, en plus de se demander si les APIÉ du Canada devraient mieux refléter les obligations que prévoit l'ALÉNA.

Jusqu'ici, on a difficilement pu mesurer l'efficacité des APIÉ du Canada parce que les dispositions de règlement des différends n'ont pas été invoquées. La conclusion à tirer pourrait être négative, c'est-à-dire que l'on évite les litiges en raison de la faiblesse des normes de traitement national, ou au contraire positive, c'est-à-dire que l'existence de l'accord explique l'absence de litiges. On ne sera fixé sur cette question que lorsque les premiers tribunaux d'arbitrage commenceront à rendre leurs décisions.

Abstraction faite de la notion d'efficacité, la multiplication des APIÉ, tant au Canada qu'à l'étranger, engendre une nouvelle source de jurisprudence de droit international en ce qui touche le traitement des investissements. Les normes établies dans ces accords facilitent l'élaboration de règles de droit international coutumier ou peuvent servir à prouver leur existence. À cet égard, les APIÉ constituent un atout pour les investisseurs canadiens actifs à l'étranger.

⁶⁶ Les 22 % qui restent se composent d'instruments monétaires des milieux financiers et des réserves de l'État. Source : Fiche de renseignements d'Investissement Canada n° 8:1, le 8 septembre 1992.

⁶⁷ À titre d'exemple, citons l'ALÉ et l'ALÉNA, de même que la Charte énergétique européenne en cours de négociation. En outre, l'OCDE examine la faisabilité d'un mécanisme d'investissement plus vaste à l'échelle multilatérale.



ANNEXE A
L'ACCORD DE RÉFÉRENCE



**ACCORD
ENTRE
LE GOUVERNEMENT DU CANADA
ET
LE GOUVERNEMENT DE,
SUR L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS**

Le gouvernement du Canada et le gouvernement de,
appelés ci-après les « Parties contractantes »,

Reconnaissant que l'encouragement et la protection des investissements d'investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante sont propres à stimuler les initiatives commerciales et à renforcer la coopération économique entre les deux Parties,

Sont convenus de ce qui suit :

ARTICLE I

Définitions

Aux fins du présent Accord :

- a) le terme « investissement » désigne les avoirs de toute nature, possédés ou investis soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'un investisseur d'un État tiers, par un investisseur de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante, en conformité des lois de cette dernière Partie, et plus particulièrement mais non exclusivement :
- (i) les biens meubles et immeubles et tous droits de propriété s'y rapportant comme les hypothèques, privilèges ou nantissements;
 - (ii) les actions, titres, obligations et obligations non garanties ou toutes autres formes de participation à une société ou à une coentreprise;
 - (iii) les crédits, les créances et les droits à prestations contractuelles ayant valeur financière;
 - (iv) les droits de propriété intellectuelle, ce qui comprend les droits d'auteur, les brevets, les marques et noms déposés, les dessins industriels, la clientèle, les secrets commerciaux ainsi que le savoir-faire;
 - (v) les droits, accordés par la loi ou en vertu d'un contrat, nécessaires pour entreprendre toute activité économique et commerciale, et relatifs notamment à la prospection, à la culture, à l'extraction ou à l'exploitation de ressources naturelles.

Toute modification de la forme d'un investissement n'affecte pas sa qualification en tant qu'investissement.

- b) le terme « investisseur » désigne :
- (i) soit toute personne physique qui est citoyen ou résident permanent de l'une des Parties contractantes conformément à la législation de cette Partie contractante,
 - (ii) soit toute personne juridique — société, société de personnes, société de fiducie, société en participation, organisation, association ou entreprise régulièrement constituée conformément aux lois de cette Partie contractante,
- qui effectue l'investissement;

- c) le terme « revenus » désigne toutes les sommes produites par un investissement, et plus particulièrement mais non exclusivement, les bénéfices, les intérêts, les gains en capital, les dividendes, les redevances, les rémunérations ou les autres recettes courantes;
- d) le terme « territoire » désigne :
- (i) en ce qui concerne le Canada, son territoire, ainsi que les zones maritimes, y compris les fonds marins et le sous-sol adjacents à la limite extérieure de la mer territoriale, sur lesquelles le Canada exerce des droits souverains, en conformité avec le droit international, aux fins de prospection et d'exploitation des ressources naturelles présentes dans ces zones;
 - (ii) en ce qui concerne

ARTICLE II

Encouragement et protection des investissements

- (1) Chaque Partie contractante encourage la création de conditions favorables, propres à inciter les investisseurs de l'autre Partie contractante à effectuer des investissements sur son territoire.
- (2) Sous réserve de ses lois et règlements, chaque Partie contractante admet les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie contractante.
- (3) Le présent Accord n'empêche aucune des Parties contractantes de prescrire des lois et des règlements concernant l'établissement de nouvelles entreprises commerciales ou l'acquisition d'entreprises commerciales sur son territoire, à condition que ces lois et règlements soient appliqués également à tous les investisseurs étrangers. Les décisions prises en vertu de ces lois et règlements ne sont pas assujetties aux dispositions des articles X ou XII du présent Accord.
- (4) Les investissements et les revenus des investisseurs de l'une des Parties contractantes bénéficient en tout temps d'un traitement juste et équitable en conformité avec les principes du droit international et jouissent d'une protection et d'une sécurité pleines et entières sur le territoire de l'autre Partie contractante.

ARTICLE III

Dispositions relatives à la nation la plus favorisée

- (1) Chaque Partie contractante accorde, sur son territoire, aux investissements ou revenus des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements ou revenus des investisseurs de tout État tiers.
- (2) Chaque Partie contractante accorde, sur son territoire, aux investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne la gestion, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de leurs investissements ou revenus, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investisseurs de tout État tiers.

ARTICLE IV

Traitement national

Chaque Partie contractante accorde, dans la mesure du possible et en conformité avec ses lois et règlements, aux investissements ou revenus des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements ou revenus de ses propres investisseurs.

ARTICLE V

Exceptions

Les dispositions du présent Accord n'ont pas pour effet d'obliger une Partie contractante à accorder aux investisseurs de l'autre Partie contractante les avantages de tout traitement, de toute préférence ou de tout privilège découlant d'un accord bilatéral ou multilatéral, actuel ou futur :

- a) établissant une zone de libre-échange ou une union douanière;
- b) libéralisant le commerce des services;
- c) prévoyant une assistance économique mutuelle, l'intégration ou la coopération;
- d) portant sur l'imposition.

ARTICLE VI

Compensation pour pertes

(1) Les investisseurs de l'une des Parties contractantes qui subissent des pertes du fait d'un préjudice causé à leurs investissements ou revenus sur le territoire de l'autre Partie contractante par un conflit armé, un état d'urgence nationale ou une catastrophe naturelle survenus sur ce territoire, se voient accorder par cette dernière Partie contractante, en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la compensation ou autre règlement, un traitement conforme au droit international et non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout État tiers.

(2) Les investisseurs de l'une des Parties contractantes, qui subissent des pertes liées à un préjudice causé à leurs investissements ou revenus sur le territoire de l'autre Partie contractante en raison de troubles civils que les autorités gouvernementales ne neutralisent pas adéquatement ou en raison de la réquisition ou de la destruction de leurs biens par les forces ou les autorités de l'autre Partie contractante dans des circonstances qui n'équivalent pas à un conflit armé reçoivent une compensation prompte, adéquate et effective.

ARTICLE VII

Expropriation

(1) Les investissements ou revenus des investisseurs de l'une des Parties contractantes ne peuvent pas faire l'objet, sur le territoire de l'autre Partie contractante, de mesures de nationalisation ou d'expropriation ou de toute autre mesure ayant des effets équivalents (ci-après appelées « expropriation », si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que cette expropriation soit conforme aux voies de droit régulières, qu'elle soit appliquée d'une manière non discriminatoire et qu'elle s'accompagne du versement d'une compensation prompte, adéquate et effective dont le montant correspond à la valeur réelle de l'investissement ayant fait l'objet d'une expropriation, valeur qui avait cours immédiatement avant l'expropriation ou au moment où celle-ci est devenue de notoriété publique, selon l'éventualité qui survient la première. La compensation, effectivement réalisable et librement transférable, est payable sans délai à compter de la date d'expropriation selon un taux d'intérêt commercial normal.

(2) L'investisseur concerné a droit, en vertu de la législation de la Partie contractante qui procède à l'expropriation, à une révision prompte de son cas et de l'évaluation de son investissement, conformément aux principes énoncés dans le présent article, par une autorité judiciaire ou une autre autorité indépendante de cette Partie.

ARTICLE VIII

Transfert de fonds

(1) Chaque Partie contractante garantit à l'investisseur de l'autre Partie contractante le transfert sans restrictions d'investissements et de revenus. Sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, chaque Partie contractante garantit également à l'investisseur le transfert sans restrictions :

- a) des sommes destinées au remboursement de prêts directement liés à un investissement particulier;
- b) du produit de la liquidation totale ou partielle de tout investissement;
- c) des salaires et autres rémunérations revenant aux citoyens de l'autre Partie contractante qui ont été autorisés à travailler sur le territoire de l'autre Partie contractante dans le cadre d'un investissement;
- d) de toute compensation due à un investisseur en vertu des articles VI ou VII du présent Accord.

(2) Les transferts sont effectués promptement en monnaie convertible dans laquelle le capital a été investi au départ ou en toute autre monnaie convertible sur laquelle se sont entendus l'investisseur et la Partie contractante en cause. À moins qu'un autre arrangement ne soit accepté par l'investisseur, les transferts sont effectués au taux de change applicable à la date du transfert.

ARTICLE IX

Subrogation

(1) Si une Partie contractante ou un organisme de celle-ci verse un paiement à l'un de ses investisseurs en vertu d'une garantie ou d'un contrat d'assurance conclu à l'égard d'un investissement, l'autre Partie contractante reconnaît la validité de la subrogation en faveur de la première Partie contractante ou de l'organisme de celle-ci de tout droit ou titre détenu par l'investisseur.

(2) La Partie contractante ou un organisme de celle-ci qui, par subrogation, devient titulaire des droits d'un investisseur conformément au paragraphe (1) du présent article jouit en toutes circonstances des mêmes droits que l'investisseur en ce qui concerne l'investissement visé et les revenus qui en découlent. Ces droits peuvent être exercés par la Partie contractante, par un organisme de celle-ci ou par l'investisseur si la Partie contractante ou un organisme de celle-ci l'y autorise.

ARTICLE X

Règlement des différends entre un investisseur et la Partie contractante d'accueil

- (1) Tout différend entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante relatif aux effets d'une mesure prise par la première Partie contractante en ce qui concerne la gestion, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation d'un investissement fait par un investisseur, et plus particulièrement mais non exclusivement, à l'expropriation visée à l'article VII du présent Accord ou au transfert de fonds visé à l'article VIII du présent Accord est, dans la mesure du possible, réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées.
- (2) Si un différend n'a pu être réglé à l'amiable dans un délai de six mois à compter du moment où il a été soulevé, l'investisseur pourra le soumettre à l'arbitrage.
- (3) Le différend sera alors réglé conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, tel qu'il sera alors en vigueur.

ARTICLE XI

Consultations et échange de renseignements

À la demande de l'une des Parties contractantes, l'autre Partie contractante consent promptement à la tenue de consultations portant sur l'interprétation ou l'application du présent Accord. Les deux Parties contractantes, à la demande de l'une ou de l'autre, doivent échanger des renseignements quant aux effets que les lois, règlements, décisions, pratiques ou procédures administratives ou politiques de l'autre Partie contractante peuvent avoir sur les investissements visés par le présent Accord.

ARTICLE XII

Différends entre les Parties contractantes

- (1) Dans la mesure du possible, tout différend entre les Parties contractantes relatif à l'interprétation ou à l'application du présent Accord doit être réglé à l'amiable, par voie de consultations.
- (2) Si un différend ne peut être réglé par voie de consultations, il est soumis pour décision, à la demande de l'une ou l'autre des Parties contractantes, à un tribunal d'arbitrage.

(3) Un tribunal d'arbitrage est constitué pour chaque différend. Chaque Partie contractante nomme un membre au tribunal dans les deux mois suivant la réception par voie diplomatique de la demande d'arbitrage; les deux membres choisissent ensuite un ressortissant d'un État tiers qui, avec l'approbation des deux Parties contractantes, est nommé président du tribunal. Le président est nommé dans les deux mois qui suivent la date de nomination des deux autres membres du tribunal.

(4) Si, dans les délais prescrits au paragraphe (3) du présent article, les arbitres n'ont pas été nommés, l'une ou l'autre des Parties contractantes peut, à défaut de toute autre entente, inviter le Président de la Cour internationale de Justice à procéder aux nominations nécessaires. Si le Président est ressortissant de l'une ou l'autre des Parties contractantes ou si, pour quelque autre raison, il ne peut s'acquitter de cette mission, le Vice-président est invité à faire les nominations demandées. Si le Vice-président est ressortissant de l'une ou l'autre des Parties contractantes ou ne peut s'acquitter de ladite mission, le membre de la Cour internationale de Justice le plus ancien après lui qui n'est pas ressortissant de l'une ou l'autre des Parties contractantes est invité à procéder aux nominations nécessaires.

(5) Le tribunal d'arbitrage fixe sa propre procédure. Il prend sa décision à la majorité des voix. Cette décision lie les deux Parties contractantes. Sauf entente contraire, la décision du tribunal est rendue dans les six mois qui suivent la nomination du président conformément aux paragraphes (3) ou (4) du présent article.

(6) Chaque Partie contractante assume les frais de son membre du tribunal et de sa représentation dans la procédure d'arbitrage. Les frais relatifs au président et tous les autres frais sont assumés à parts égales par les Parties contractantes. Le tribunal d'arbitrage peut toutefois décider qu'une proportion plus élevée des frais doit être assumée par l'une des Parties contractantes, et cette disposition lie les deux Parties contractantes.

ARTICLE XIII

Autres accords internationaux

(1) Lorsqu'une question est visée à la fois par les dispositions du présent Accord et par tout autre accord international liant les deux Parties contractantes, rien dans le présent Accord n'empêche un investisseur d'une Partie contractante qui a des investissements sur le territoire de l'autre Partie contractante de bénéficier du régime qui lui est le plus favorable.

(2) Lorsqu'un investisseur d'une Partie contractante fait un investissement visé par les dispositions de protection des investissements de plus d'un accord international, l'investisseur choisit quelles sont les procédures prévues dans l'un de ces accords qui

s'appliqueront à l'investissement en cas de différend soumis à l'arbitrage d'une tierce Partie.

ARTICLE XIV

Application

Le présent Accord s'applique à tout investissement d'un investisseur de l'une des Parties contractantes fait sur le territoire de l'autre Partie contractante avant ou après l'entrée en vigueur du présent Accord.

ARTICLE XV

Entrée en vigueur

(1) Chacune des Parties contractantes notifie par écrit l'autre Partie contractante qu'elle a rempli les formalités constitutionnelles requises dans son territoire pour l'entrée en vigueur du présent Accord. Le présent Accord prend effet à la date de la dernière de ces deux notifications.

(2) Le présent Accord reste en vigueur tant que l'une des Parties contractantes ne notifie pas par écrit à l'autre Partie contractante son intention de le dénoncer. L'avis de dénonciation prend effet un an après la date de sa réception par l'autre Partie contractante. En ce qui concerne les investissements effectués avant la date à laquelle l'avis de dénonciation prend effet et en ce qui concerne les engagements d'investir pris avant cette date, les dispositions des articles I à XIV inclusivement du présent Accord restent en vigueur pour une période de quinze ans.

Fait à le jour de199... en deux exemplaires, en langues française, anglaise et, chaque texte faisant également foi.

EN FOI DE QUOI les soussignés, dûment autorisés par leur gouvernement respectif, ont signé le présent Accord.

POUR
LE GOUVERNEMENT DU CANADA

POUR
LE GOUVERNEMENT
DE

SÉRIE DE DOCUMENTS DE TRAVAIL

1. **CANADIAN MINORITY EQUITY PARTICIPATION IN FOREIGN CONTROLLED SUBSIDIARIES**
Document de travail n° 1, préparé par le personnel de la Division de la recherche et des politiques sur l'investissement d'Investissement Canada, 1990.
2. **SUBSIDIARY STRATEGY IN A FREE TRADE ENVIRONMENT**
Document de travail n° 2, préparé par Harold Crookell, de l'université Western Ontario, en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1990.
3. **FORMATION AND OPERATION OF JOINT VENTURES IN CANADA**
Document de travail n° 3, préparé par Michael Geringer, de l'université Western Ontario, en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1990.
4. **TRENDS AND TRAITS OF CANADIAN JOINT VENTURES**
Document de travail n° 4, préparé par Michael Geringer, de l'université Western Ontario, en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1990.
5. **LES CONSÉQUENCES DE LA MONDIALISATION POUR LES ENTREPRISES**
Document de travail n° 5, auquel a collaboré Dinah Maclean, de la firme Grady Economics and Associates Ltd., en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1990.
6. **LES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX : L'ÉVOLUTION CANADIENNE DANS LE CADRE DE LA MONDIALISATION**
Document de travail n° 6, préparé par le personnel de la recherche et des politiques sur l'investissement d'Investissement Canada, 1990.
7. **LES DÉBOUCHÉS ET DÉFIS DU LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN : UNE OPTIQUE CANADIENNE**
Document de travail n° 7, préparé par le personnel de la Division de la recherche et des politiques sur l'investissement d'Investissement Canada, et Ron Hood, de la firme R.D. Hood Economics Inc., en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1991.
8. **UN ACCORD MULTILATÉRAL EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT : QUESTIONS, MODÈLES ET OPTIONS**
Document de travail n° 8, préparé par la firme Strategico Inc., en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1991.

9. **INVESTISSEMENT INTERNATIONAL ET COMPÉTITIVITÉ**
Document de travail n° 9, préparé par le personnel de la Division de la recherche et des politiques sur l'investissement d'Investissement Canada, 1992.
10. **LA CONTRIBUTION DE L'INVESTISSEMENT ET DE L'ÉPARGNE À LA PRODUCTIVITÉ ET À LA CROISSANCE ÉCONOMIQUE AU CANADA**
Document de travail n° 10, préparé par David Slater, ancien président du Conseil économique du Canada, et des membres du personnel d'Investissement Canada, dont John Knubley, William Krause, David Swimmer et Robert Wisner, 1992.
11. **PERFORMANCE DES ENTREPRISES PAR SUITE D'UNE PRISE DE CONTRÔLE**
Document de travail n° 11, préparé par la firme Regional Data Corporation, en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1992.
12. **L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER AU CANADA : MESURE ET DÉFINITIONS**
Document de travail n° 12, préparé par David Swimmer et William Krause, du Groupe de la recherche sur l'investissement, d'Investissement Canada, 1992.
13. **LES FUSIONS ET ACQUISITIONS AU CANADA ET CELLES DES SOCIÉTÉS CANADIENNES À L'ÉTRANGER : SAVOIR DÉTERMINER LES ENJEUX**
Document de travail n° 13, préparé par Daniel M. Shapiro, en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1993.
14. **LES ACCORDS SUR LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS : LE POINT DE VUE DU CANADA**
Document de travail n° 14, préparé par E. Michael Power, ministère de la Justice, Services juridiques d'Investissement Canada, 1993.

POUR OBTENIR UN EXEMPLAIRE DE L'UN OU L'AUTRE DE CES DOCUMENTS, VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC :

Responsable des publications
Recherche et politiques sur
l'investissement
Investissement Canada
C.P. 2800, succursale D
Ottawa (Ontario)
K1P 6A5

Tél. : (613) 992-3847



