

Actualité juridique

Importants changements touchant le règlement des différends entre investisseurs et États dans le nouvel Accord États-Unis–Mexique–Canada

Octobre 2018 Arbitrage international

Le Canada, les États-Unis, et le Mexique ont annoncé la conclusion d'un nouvel accord commercial, connu sous le nom d'Accord États-Unis–Mexique–Canada (AEUMC). L'AEUMC est destiné à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) une fois qu'il aura été approuvé à l'échelle nationale par chacune des Parties.

La nouveauté la plus importante pour les justiciables ayant recours au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) est le retrait intégral du Canada du RDIE en vertu du nouveau traité. Le chapitre 14 de l'AEUMC, qui se substitue au chapitre 11 de l'ALENA, prévoit que le consentement du Canada au RDIE à l'égard de plaintes liées à des investissements antérieurs expirera trois ans après la résiliation de l'ALENA. La date de la résiliation de l'ALENA n'a pas encore été fixée.

Le chapitre 14 de l'AEUMC renferme également d'importants changements comparativement au chapitre 11 de l'ALENA et limite considérablement les protections offertes aux investisseurs américains et mexicains à l'avenir.

L'ébauche actuelle de l'AEUMC publiée par le représentant au Commerce des États-Unis porte la mention expresse [traduction] « Sous réserve d'une révision juridique de l'exactitude, de la clarté et de l'uniformité » et laisse paraître les contraintes de temps sous lesquelles les Parties ont travaillé pour parvenir à une entente. Cette actualité juridique est fondée sur le texte de cette ébauche (texte disponible en anglais seulement à l'heure actuelle).

Le nouveau paradigme

Aux termes du chapitre 11 de l'ALENA, les dispositions en matière d'investissement s'appliquaient aux « investisseurs d'une autre Partie » et aux « investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie ». Sous réserve d'exclusions particulières, tous les types d'investissements bénéficiaient de la protection conférée par le chapitre 11 et étaient assujettis aux dispositions en matière de règlement des différends, qui prévoyaient l'arbitrage des plaintes pour manquement aux protections énumérées dans le chapitre 11.

Le chapitre 14 de l'AEUMC modifie ce paradigme. Dorénavant, aux termes du paragraphe 14.2(4), un investisseur peut soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 14 seulement de la manière prévue dans les diverses annexes de l'AEUMC, à savoir les dispositions transitoires figurant à l'annexe 14-C (Plaintes liées à des investissements antérieurs et plaintes en cours), à l'annexe 14-D (Différends Mexique–États-Unis en matière d'investissement) et à l'annexe 14-E (Différends Mexique–États-Unis en matière d'investissement concernant des contrats gouvernementaux visés).

Un « investissement antérieur » (*legacy investment*) se définit comme étant un investissement d'un investisseur d'une autre Partie dans le territoire de la Partie établi ou acquis entre le 1^{er} janvier 1994 (date à laquelle l'ALENA est entré en vigueur) et la date de résiliation de l'ALENA de 1994 (laquelle reste incertaine), et qui existait à la date d'entrée en vigueur de l'AEUMC. En vertu de l'annexe 14-C, l'arbitrage demeure disponible à l'égard des investissements antérieurs conformément aux dispositions du chapitre 11 de l'ALENA pendant trois ans après la résiliation de l'ALENA, lorsque le consentement de chaque Partie à l'ALENA à ces arbitrages devrait expirer. Les arbitrages déjà amorcés en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (c.-à-d. les plaintes en cours) pourront se poursuivre jusqu'à leur conclusion naturelle.

Les nouvelles plaintes aux termes du RDIE en vertu du chapitre 14 se limitent aux plaintes déposées par des investisseurs américains et mexicains contre une « Partie à l'annexe » (*Annex Party*), c'est-à-dire les Parties à l'annexe 14-D (les États-Unis et le Mexique seulement). L'annexe 14-D limite en outre les types de plaintes qui peuvent être soumises au RDIE. Par exemple, les plaintes pour expropriation directe peuvent être soumises au RDIE, mais non les plaintes pour expropriation indirecte.

En outre, l'annexe 14-E énonce un régime spécial pour le règlement des différends au moyen du RDIE à l'égard des contrats gouvernementaux dans les « secteurs visés » (*covered sectors*). Parmi les secteurs visés figurent le pétrole et le gaz, la production d'électricité, les télécommunications, les transports et les infrastructures. Cette annexe semble avoir été mise au point pour offrir des protections aux secteurs d'activité lourdement réglementés qui peuvent être influencés par la présence d'entreprises d'État. L'annexe 14-E offre aux investisseurs mexicains et américains un terrain neutre pour résoudre les différends contractuels pouvant survenir dans ces secteurs d'activité en raison d'une forte présence gouvernementale.

En ce qui a trait aux obligations de fond convenues entre les Parties au chapitre 14, les investisseurs bénéficieront d'une protection plus limitée que celle qui était auparavant disponible en vertu du chapitre 11 de l'ALENA.

Par exemple, la disposition en matière d'expropriation repose maintenant sur un consensus détaillé sur l'expropriation qui exige que des facteurs précis soient pris en compte pour établir si une mesure constitue une expropriation directe ou indirecte. Les dispositions en matière de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée comprennent aussi dorénavant un critère relatif au « bien-être public » (*public welfare*) pour situer l'analyse des « circonstances analogues ». Ainsi, pour déterminer si le traitement pertinent est accordé dans des « circonstances analogues » (*like circumstances*), il faut dorénavant déterminer si le traitement fait la distinction entre les investisseurs ou les investissements sur le fondement des objectifs légitimes du bien-être public. Les dispositions en matière de traitement juste et équitable et de protection complète et de sécurité, que les Parties à l'ALENA avaient explicitées par le passé afin de les aligner sur la norme minimale de traitement en vertu du droit international coutumier, sont plus précisément définies en fonction d'obligations particulières.

Ce que les investisseurs devraient savoir

Le chapitre 14 de l'AEUMC représente un changement radical du cadre du RDIE en Amérique du nord. Si des investisseurs canadiens pouvant possiblement faire valoir des plaintes relatives à des investissements antérieurs en vertu du chapitre 11 de l'ALENA contre les États-Unis ou le Mexique, et des investisseurs américains et mexicains pouvant possiblement faire valoir des plaintes relatives à des investissements antérieurs contre le Canada désirent déposer ces plaintes au moyen du RDIE, ils devront s'assurer que toute plainte est déposée en temps opportun conformément à ces dispositions transitoires afin d'éviter une contestation en matière de compétence.

Comme il a été mentionné précédemment, le chapitre 14 de l'AEUMC introduit un certain nombre de limitations aux obligations de fond des Parties qui ne figuraient pas dans le chapitre 11 de l'ALENA. Les Parties qui désirent déposer une plainte en vertu du chapitre 14 de l'AEUMC devront examiner comment les nouvelles restrictions dans les dispositions en matière de traitement national, de traitement de la nation la plus favorisée et de norme minimale de traitement, entre autres, peuvent modifier les critères juridiques applicables à l'évaluation des plaintes pour manquement à ces dispositions.

Puisque la disponibilité du RDIE est graduellement réduite en vertu de l'AEUMC, les investisseurs canadiens aux États-Unis et au Mexique, ainsi que les investisseurs américains et mexicains au Canada, devront réévaluer les outils de règlement des différends à leur disposition pour obtenir un redressement en cas de faute de l'État. Dans certains

cas, le RDIE pourrait encore être disponible par l'intermédiaire d'autres instruments juridiques, comme le Partenariat transpacifique (PTP) auquel le Mexique et le Canada sont parties. Dans d'autres cas, les investisseurs pourraient devoir se tourner vers les tribunaux intérieurs de la Partie hôte pour le règlement de leurs différends ou demander l'intervention du gouvernement de leur pays d'origine.

Le Canada était la Partie la plus souvent poursuivie en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, et a connu plus ou moins de succès dans la défense contre les plaintes déposées en vertu du chapitre 11. En revanche, aucun plaignant n'a pu réussir à faire valoir une plainte en vertu du chapitre 11 contre les États-Unis. À la lumière de la disponibilité des dispositions en matière de RDIE du PTP pour les investissements au Mexique et de l'absence de plaintes fructueuses contre les États-Unis, le Canada pourrait avoir déterminé qu'il avait beaucoup à gagner, et ses investisseurs peu à perdre, en se retirant des dispositions relatives au RDIE de l'AEUMC.

Martin J. Valasek
Alison G. FitzGerald
Jenna Anne de Jong

Pour plus de renseignements sur le sujet abordé dans ce bulletin, veuillez communiquer avec l'un des avocats mentionnés ci-dessous :

> Martin J. Valasek	Montréal	+1 514.847.4818	martin.valasek@nortonrosefulbright.com
> Alison G. FitzGerald	Ottawa	+1 613.780.8667	alison.fitzgerald@nortonrosefulbright.com

Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l., Norton Rose Fulbright LLP, Norton Rose Fulbright Australia, Norton Rose Fulbright South Africa Inc. et Norton Rose Fulbright US LLP sont des entités juridiques distinctes, et toutes sont membres du Verein Norton Rose Fulbright, un Verein suisse. Le Verein Norton Rose Fulbright aide à coordonner les activités des membres, mais il ne fournit aucun service juridique aux clients.

Les mentions de « Norton Rose Fulbright », du « cabinet », du « cabinet d'avocats » et de la « pratique juridique » renvoient à un ou à plusieurs membres de Norton Rose Fulbright ou à une de leurs sociétés affiliées respectives (collectivement, « entité/entités Norton Rose Fulbright »). Aucune personne qui est un membre, un associé, un actionnaire, un administrateur, un employé ou un consultant d'une entité Norton Rose Fulbright (que cette personne soit décrite ou non comme un « associé ») n'accepte ni n'assume de responsabilité ni n'a d'obligation envers qui que ce soit relativement à cette communication. Toute mention d'un associé ou d'un administrateur comprend un membre, un employé ou un consultant ayant un statut et des qualifications équivalents de l'entité Norton Rose Fulbright pertinente.

Cette communication est un instrument d'information et de vulgarisation juridiques. Son contenu ne saurait en aucune façon être interprété comme un exposé complet du droit ni comme un avis juridique de toute entité Norton Rose Fulbright sur les points de droit qui y sont discutés. Vous devez obtenir des conseils juridiques particuliers sur tout point précis vous concernant. Pour tout conseil ou pour de plus amples renseignements, veuillez vous adresser à votre responsable habituel au sein de Norton Rose Fulbright.