

International Economic Law Clinic

Quel intérêt le nouveau modèle d'APIE canadien revêt-il pour les pays d'Afrique francophone?

ÉTUDE COMPARATIVE

22 décembre 2021, Ottawa

Soumis par

Rodolfo Valdes Arias
Ariane-Yasmine Heydari
Catherine Neault
Ramy Sarouf
Tamara St-Louis

A : l'Institut international du développement durable (IISD)

Veillez prendre note que tous les projets entrepris et publiés par les cliniques juridiques de TradeLab le sont sur une base pro bono par les étudiants et ce, uniquement à des fins de recherche. Les projets constituent des exercices pédagogiques destinés à former les étudiants à la pratique du droit économique international et, dans cette optique, ces projets ne reflètent pas les opinions de TradeLab ni celles des établissements universitaires affiliés à TradeLab. Les projets ne constituent en aucune manière des avis juridiques, ni ne créent une relation avocat-client. À aucun moment, ni de quelque manière que ce soit, les projets n'entraînent une forme d'obligation ou de responsabilité de la part des cliniques participantes, ni des établissements universitaires participants, ni de TradeLab.

TradeLab

TradeLab est une ONG indépendante basée à Genève qui rassemble des étudiants, des universitaires et des praticiens en droit dans l'objectif de donner aux pays et aux acteurs dans le domaine les outils afin de tirer pleinement avantage des règles du commerce et des investissements mondiaux. Grâce à des cliniques juridiques, TradeLab met en relation des étudiants et des professionnels du droit expérimentés avec des petites et moyennes entreprises, la société civile et des autorités publiques particulièrement dans les pays en développement dans le but de développer une capacité juridique durable. En optant pour «l'apprentissage par la pratique», nous cherchons à former la prochaine génération d'avocats spécialisés dans le domaine du commerce et de l'investissement. En fournissant des informations et un soutien en matière de négociations, de conformité et de contentieux, nous nous efforçons de faire en sorte que l'OMC, les échanges commerciaux préférentiels et les traités d'investissement bilatéraux fonctionnent pour tous.

Fonctionnement des Cliniques légales

Les cliniques juridiques sont composées de petits groupes d'étudiants hautement qualifiés et soigneusement sélectionnés. Ces étudiants travaillent sur des questions spécifiques de droit économique international posées par le bénéficiaire. Les étudiants travaillent sous la supervision étroite d'un ou de plusieurs professeurs (superviseurs académiques) et font équipe avec des experts (mentors) qui offrent bénévolement leurs connaissances, leur temps et leurs commentaires aux étudiants. À la fin du semestre, les étudiants soumettent et présentent les résultats de leur recherche adaptée aux besoins du bénéficiaire.

Les cliniques TradeLab sont des solutions gagnantes pour toutes les parties concernées: les bénéficiaires bénéficient d'un travail d'expert gratuit qui les aide à renforcer leurs capacités; les étudiants apprennent par la pratique, obtiennent un crédit universitaire, élargissent leur réseau et ont la possibilité de travailler sur des questions juridiques réelles; le corps professoral et les mentors experts partagent leurs connaissances sur des questions de pointe et sont en mesure d'attirer ou d'embaucher des étudiants ayant des compétences éprouvées.

Centre for Trade and Economic Integration (CTEI)

The Centre for Trade and Economic Integration (CTEI) CTEI is the Graduate Institute's Centre of Excellence for research on international trade. The Centre brings together the research activities of eminent professors of economics, law and political science in the area of trade, economic integration and globalization. The Centre provides a forum for discussion and dialogue between the global research community, including the Institute's student body and research centres in the developing world, and the international business community, as well as international organisations and NGOs. The Centre runs research projects and organises events. A core goal of the Centre is to foster genuine, interdisciplinary research and to work across discipline to foster solutions that address the major societal issues of today. The Centre for Trade and Economic Integration fosters world-class multidisciplinary scholarship aimed at developing solutions to problems facing the international trade system and economic integration more generally. It works in association with public sector and private sector actors, giving special prominence to Geneva-based International Organisations such as the WTO and UNCTAD. The Centre also bridges gaps between the scholarly and policymaking communities through outreach and training activities in Geneva.

More at: www.graduateinstitute.ch/ctei

SOMMAIRE EXÉCUTIF

Ce rapport juridique a été préparé pour l'Institut international du développement durable (*IISD*), dans le cadre de la Clinique *TradeLab* de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Il a pour but l'analyse comparative du nouveau modèle canadien d'accords pour la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) de 2021, et les APIE en vigueur entre le Canada et sept pays d'Afrique francophone, afin de donner des recommandations quant à des modifications prospectives de ces APIE, tant quant au fond qu'aux procédures de règlement des différends investisseurs-États (RDIE). Ces sept pays sont : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, la Guinée, le Mali, et le Sénégal.

La première partie du rapport procède à une étude comparative des dispositions de fond principales de ces sept traités africains, en les comparant d'abord entre elles, puis avec les nouvelles politiques et pratiques du Canada, comme reflétées dans son nouveau modèle d'APIE de 2021. Le but étant de déterminer si les changements sont assez significatifs afin de justifier des modifications prospectives des traités existants entre ces pays.

Il ressort clairement de l'étude comparative que, dans son modèle d'APIE de 2021, le Canada a non seulement clarifié sa position sur plusieurs obligations de fond, mais a aussi modernisé les APIE conformément à ses objectifs de politiques publiques. Alors que la majorité des dispositions ont été rédigées de manière plus élaborée, certaines dispositions se voient changées plus que d'autres. Dans nos recommandations de modifications prospectives, nous avons donc mis l'accent sur les dispositions suscitant de graves préoccupations quant à leur interprétation, celles-ci mêmes étant les plus susceptibles d'intérêt pour le Canada. Nous avons notamment tenu compte de l'expérience jurisprudentielle canadienne dans le contexte d'autres traités internationaux d'investissements, en nous étant basés sur la fréquence et magnitude d'importance de ces différends.

Dans ce rapport, nous avons fait deux recommandations de modifications quant au fond. Compte tenu de la nature de nos recommandations et des enjeux politiques et pratiques, nous avons déterminé que les modifications devraient être apportées par le biais de notes d'interprétation plutôt que par la voie d'amendement aux APIE. L'utilisation de notes d'interprétation n'est pas sans précédent dans le contexte des accords canadiens (malgré sa rareté), tel est le cas avec les notes adoptées en vertu de l'ALÉNA. À noter que dans son nouveau libellé, le Canada énonce qu'il entend que les notes d'interprétation soient adoptées pour des « questions d'interprétations [qui] suscitent de graves préoccupations » (voir article 32(2) du modèle d'APIE de 2021). Le tri des recommandations a donc été fait tenant compte de cette perspective, ainsi que des limitations inhérentes de cet outil.

D'une part, afin d'éviter les problèmes d'interprétation du contenu de la norme minimale de traitement (NMT) tels que survenus dans la série de décisions interprétant l'article 1105 de l'ALÉNA à la fin des années quatre-vingt-dix et début deux mille, ainsi que ceux postérieurs à l'ajout de la note d'interprétation (CLÉ, 2001), le Canada vient fournir, dans son nouveau modèle, une liste exhaustive de cas constituant une violation de la NMT, en omettant toute référence au traitement juste et équitable (TJE). De plus, l'obligation d'assurer une protection et sécurité intégrale (P&SI) est précisée comme visant uniquement la sécurité physique de l'investisseur et de l'investissement visé. Quant aux APIE à l'étude, ceux-ci incluent la NMT, y compris le TJE et la P&SI, en vertu du droit international coutumier. Selon l'expérience jurisprudentielle canadienne, le fait de référer ouvertement au droit international coutumier laisserait tout de même place à une interprétation trop large des obligations des Parties. Selon nous, afin d'assurer une interprétation conforme aux intentions des Parties aux APIE, il serait prudent d'adopter une note d'interprétation précisant leur compréhension de l'obligation de TJE et de P&SI en vertu du droit international coutumier, de manière exhaustive, en ligne avec ce que prévoit le nouveau modèle.

D'autre part, le Canada précise aussi dans son nouveau modèle sa position quant aux obligations de traitement national et de traitement de la nation la plus

favorisée, en détaillant, par l'ajout de clauses aux dispositions pertinentes, ce qui est entendu par un traitement dans des circonstances similaires ainsi qu'en éliminant la possibilité de « treaty shopping ». Quant aux APIE à l'étude, ceux-ci sont tous rédigés de manière similaire, permissive de la pratique du « treaty shopping », en plus d'être équivoque relativement à l'intention des Parties pour ce qui est des traitements visés. Nous estimons que les Parties aux APIE devraient adopter une note d'interprétation portant sur ces deux obligations. Premièrement, la note préciserait que le traitement visé par l'article sur le traitement national doit tenir compte de l'ensemble des circonstances (tel le fait que la mesure soit adoptée sur la base d'objectifs légitimes de politique publique); et que le traitement différent ne constitue pas en soi une violation de l'obligation de non-discrimination fondée sur la nationalité. (L'impact de la présence dans les APIE d'exceptions générales de type article XX du GATT devra être étudié plus avant). Deuxièmement, afin d'éliminer la pratique du « treaty shopping », la note préciserait que le « traitement » auquel réfère l'article sur le traitement de la nation la plus favorisée n'englobe pas les procédures de RDIE, et par ailleurs, que les obligations de fond accordées dans d'autres traités ne constituent pas en soi des traitements au sens de l'article.

Le modèle d'APIE de 2021 a tout de même apporté d'autres changements que ce rapport a analysés mais qui, selon nous, ne justifiaient pas l'adoption de notes d'interprétation ou d'amendement des APIE. Premièrement, en ce qui concerne le champ d'application, le modèle d'APIE se penche dorénavant, à même les définitions, sur le problème des sociétés fictives et ajoute des précisions quant à la définition de l'investissement en ajoutant l'exigence de l'activité commerciale substantielle. En conséquence, la disposition portant sur le refus d'accorder des avantages voit aussi son champ d'application réduit, mais elle trouvera probablement application dans un nombre restreint d'affaires.

Deuxièmement, en ce qui concerne le droit de réglementer et le respect des objectifs de politique publique d'un État, il y a eu certains changements conformément à l'agenda politique du gouvernement canadien. Pour ce qui est de la non-dérogation, l'obligation demeure largement la même, tout en étant

élargie pour inclure les droits des peuples autochtones ainsi que d'autres objectifs réglementaires, de façon générale. Malgré cela, ceux-ci ne sont pas assez substantiels pour justifier l'apport de modification aux traités conclus avec l'Afrique francophone.

Troisièmement, en ce qui concerne les autres obligations de protection des investissements, notamment contre l'expropriation sans compensation, malgré l'ajout de certaines dispositions au modèle d'APIE de 2021, le droit substantif demeure largement le même, outre l'omission du terme « sauf dans de rares cas » en lien avec des mesures réglementaires non-compensatoires, ainsi que l'addition de la durée de la mesure ou série de mesures d'une Partie. La portée de l'obligation concernant les prescriptions de résultats demeure essentiellement la même comparativement aux traités africains, ajoutant seulement des précisions visant les enjeux concernant la technologie.

Finalement, pour ce qui est de la promotion et facilitation des investissements, le modèle d'APIE de 2021 demeure d'une part inchangé quant aux dispositions de promotion des investissements. Par la suite, le modèle innove, comparativement aux APIE traités, en ajoutant des dispositions visant le traitement des demandes d'autorisation puis les frais et droits.

La deuxième partie du rapport portant sur le règlement des différends cherche à déterminer s'il serait opportun pour le Canada et les pays africains francophones d'adopter, sur une base bilatérale, d'autres règles d'arbitrage ou d'ajouter de nouvelles procédures dans leur APIE respectif. Afin de procéder à de tels ajouts, les APIE à l'étude prévoient que l'ensemble des Parties peuvent prendre toutes mesures qu'elles conviennent, y compris l'élaboration et l'adoption de règles visant à compléter les règlements d'arbitrages applicables.

Les initiatives incluses dans le nouveau modèle d'APIE de 2021 pour favoriser la légitimité des APIE sur le plan de l'éthique et de la transparence sont nombreuses, comme en témoignent notamment l'incorporation d'un code de conduite à l'intention des arbitres appelés à trancher des affaires de RDIE, l'encadrement du financement par les tiers, l'ajout d'une mention encourageant la diversité parmi les arbitres et un renvoi au Règlement de la CNUDCI sur la

transparence en matière d'*amicus curiae* et d'observations par les tiers. Bien que d'importantes initiatives multilatérales soient en cours afin de réformer cet aspect du RDIE, la crise de légitimité qui frappe les procédures de RDIE rend nécessaire et immédiate l'action que doivent prendre les États afin de répondre aux failles de leur APIE respectif sur le plan de l'éthique et de la transparence, particulièrement sur l'encadrement de la fonction d'arbitre et l'encadrement du financement par les tiers. Le manque de confiance croissant du public à l'égard du RDIE combiné au manque de garantie de résultats à court terme des réformes multilatérales militent en faveur d'une révision des APIE à l'étude.

Ensuite, le modèle d'APIE de 2021 met de l'avant maintes initiatives permettant de stimuler l'accessibilité et l'efficacité des APIE en matière de RDIE. Plus particulièrement, la modification des délais de dépôt des plaintes est pertinente pour les pays africains francophones puisqu'elle permet d'encourager et de faciliter l'épuisement des recours internes de l'État d'accueil de l'investissement par les investisseurs avant que ces derniers ne soumettent leur différend aux mécanismes de RDIE. De plus, parmi les mesures visant à stimuler l'efficacité des APIE, il importe de mentionner l'ajout de mécanismes permettant aux Parties de soumettre des objections préliminaires, de recourir à une procédure d'arbitrage accéléré et enfin, d'un mécanisme de désistement des plaintes inexistant dans les APIE africains francophones étudiés. Bien que la valeur ajoutée de ces nouveautés du modèle d'APIE de 2021 soit indéniable et pertinente pour les pays africains francophones, il est impératif de sous-peser la valeur de ces ajouts à la lumière des ressources considérables devant être employées afin d'assurer la mise en œuvre de ces initiatives.

En matière de droit applicable et de fardeau de la preuve, le modèle d'APIE de 2021 contient des dispositions permettant d'assurer une certaine uniformité, cohérence et clarté dans le droit applicable au règlement des affaires. Quoique intéressants, ces éléments ne sauraient justifier en eux-mêmes des ajouts aux APIE. Toutefois, des balises cherchant à délimiter les pouvoirs des tribunaux d'arbitrage quant à l'octroi de dommages sont prévues dans le modèle d'APIE de 2021 et pourraient, elles, justifier un ajout aux APIE. En effet, cet encadrement pourrait apporter un gain de prévisibilité désirable pour les pays

africains francophones, vu son effet potentiel de limitations des dommages octroyés.

Suivant les enjeux soulevés par l'analyse comparative des APIE africains francophones et du modèle d'APIE de 2021, le rapport recommande deux voies d'actions possibles aux pays d'Afrique francophone, soit les ajouts et compléments de règles sur une base bilatérale et la possibilité de bénéficier de réformes multilatérales. D'une part, les ajouts et compléments offrent un mécanisme moins exigeant, en principe, que celui de l'amendement aux traités. Malgré cet avantage, les ressources importantes engendrées par cette initiative requièrent une analyse méticuleuse des questions décrites précédemment. D'autre part, les réformes multilatérales portant sur le RDIE présentement en cours, notamment à la CNUDCI, présentent une possibilité pour les pays africains francophones d'éventuellement bénéficier d'un remaniement des procédures de RDIE sans modifier les APIE existants. Pour ce faire, le rapport fait état des différents mécanismes de transition vers une solution multilatérale permettant aux acteurs de s'adapter à ces éventuels changements. En plus des commissions mixtes et autres mécanismes à l'amiable préconisés par les APIE africains francophones et de l'inclusion dans les APIE d'un engagement à référer les différends futurs à une juridiction multilatérale tel que prévu de manière générale dans le modèle canadien de 2021, le rapport présente les implications de la possibilité qu'une convention multilatérale prévoie, qu'entre ses Parties, les dispositions des TBI ou APIE sur le RDIE soient remplacées par celles d'un tribunal multilatéral sur l'investissement. Une telle avenue permettrait aux Parties d'éviter les complexes procédures de modifications des traités advenant la création d'un tel tribunal et de créer un véritable mécanisme multilatéral et permanent aisément accessible pour les États intéressés.

En somme, les pays africains francophones concernés pourraient considérablement bénéficier d'un ajout de règles à leur APIE afin d'en promouvoir la légitimité. Malgré l'important vent de changement annoncé par les initiatives multilatérales de la CNUDCI, l'urgente prise d'action que requiert certains enjeux commande aux pays africains francophones concernés de

soigneusement considérer les modifications suggérées à la lumière des circonstances et des ressources propres à chacun d'entre eux.