

# LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE – ÉVOLUTION DES PROTECTIONS ET DES OBLIGATIONS DES SOCIÉTÉS MINIÈRES CANADIENNES DANS LES AMÉRIQUES

*Jean-Michel Marcoux\**

Les récentes innovations juridiques au sein du régime des investissements étrangers dans les Amériques reflètent le dynamisme des règles applicables aux investisseurs et aux investissements étrangers. En considérant plus spécifiquement les sociétés minières canadiennes, l'analyse qui est ici présentée démontre que les initiatives qui ont été mises en œuvre par les États ne permettent pas de pallier le déséquilibre juridique des accords internationaux d'investissement. En effet, malgré les innovations, celles-ci se traduisent par une conservation des protections juridiques fondamentales des investissements étrangers directs sans que les activités de ces entreprises ne soient encadrées par des obligations juridiquement contraignantes.

Recent legal innovations in the foreign investment regime in the Americas reflect the dynamism of the rules for investors and foreign investments. Considering more specifically Canadian mining companies, the following analysis shows that the initiatives that have been implemented by states do not relieve the legal imbalance of international investment agreements. In fact, these innovations maintain the fundamental legal protections for foreign direct investments without balancing them with legally binding obligations.

---

\* Diplômé de la maîtrise en études internationales de l'Institut québécois des hautes études internationales (Université Laval) et du baccalauréat intégré en affaires publiques et relations internationales (Université Laval). Le présent texte est une version modifiée de l'essai rédigé en vue de l'obtention du grade M.A. L'auteur remercie Charles-Emmanuel Côté pour les conseils formulés en tant que directeur de l'essai, de même que les évaluateurs anonymes de la *Revue québécoise de droit international*. Courriel : jean-michel.marcoux.2@ulaval.ca.

La protection des investissements étrangers directs (IED) par le droit international a émergé dans un contexte marqué par de profondes contradictions ainsi que par des vues divergentes entre les pays exportateurs et les pays importateurs de capitaux<sup>1</sup>. Dans le but de réduire les incertitudes et de dépolitiser le processus de règlement des différends entre investisseurs étrangers et États, ces derniers ont adopté plusieurs conventions internationales<sup>2</sup>. En clarifiant le traitement à octroyer aux investisseurs, les différents accords internationaux sur l'investissement (AII) garantissent désormais des protections substantielles aux investissements et assurent un recours direct pour les investisseurs à un processus international de règlement des différends<sup>3</sup>. Alors que les AII ont proliféré au cours des années 1990<sup>4</sup>, un total de 2 750 traités bilatéraux d'investissement (TBI) et 295 autres AII (dont les chapitres des accords de libre-échange portant sur l'investissement) avaient été signés à la fin de 2009<sup>5</sup>. Comme le rappelle Dolzer, « *all capital-exporting States, [...] share the view that international rules on investment are an appropriate and important part of the international economic order*<sup>6</sup> ».

Parallèlement à la signature des AII, plusieurs ont soulevé un déséquilibre fondamental existant à l'intérieur de ces traités. Selon le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales à l'Organisation des Nations unies (Représentant spécial), la reconnaissance des protections aux investisseurs étrangers a créé « des situations de déséquilibre entre les entreprises et les États susceptibles de porter préjudices aux droits de l'homme<sup>7</sup> ». En effet, parce que les droits sont accordés aux investisseurs

<sup>1</sup> Pour l'historique de l'évolution du droit international de l'investissement, voir généralement Andrew Newcombe et Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties : Standard of Treatment*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2009 aux pp 1-73; Patrick Juillard, « L'évolution des sources du droit international de l'investissement » (1994) 250 RCADI 9.

<sup>2</sup> Voir Meg N. Kinnear, Andrea K. Bjorklund et John F.G. Hannaford, *Investment Disputes Under NAFTA : An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006 à la p General Section-26; Andrew T. Guzman, « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties » (1998) 38 Va J Int'l L 639 à la p 651; Charles-Emmanuel Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles/Montréal, Bruylant/Éditions Yvon Blais, 2007 aux pp 229-230 [Côté, *Participation des personnes privées*].

<sup>3</sup> Voir Kinnear, Bjorklund et Hannaford, *supra* note 2 à la p General Section-26; Christopher M. Ryan, « Discerning the Compliance Calculus: Why States Comply with International Investment Law » (2009) 38 Ga J Int'l & Comp L 63 à la p 68; Axelle Lemaire, « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'ALÉNA » (2001) Rev arb 43 aux pp 54-55; Newcombe et Paradell, *supra* note 1 aux pp 41-46.

<sup>4</sup> Voir Muthucumaraswamy Sornarajah, « The Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment: the Simon Reisman Lecture in International Trade Policy » (2003) 10:2 Can Foreign Pol'y 2 à la p 3 [Sornarajah, « Clash of Globalizations »].

<sup>5</sup> Voir Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy*, Doc Off CNUCED, 2010, Doc NU E/10/II/D/2, à la p 81 [CNUCED, *WIR 2010*].

<sup>6</sup> Rudolf Dolzer, « Contemporary Law of Foreign Investment: Revisiting the Status of International Law » dans Christina Binder, dir, *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, New York, Oxford University Press, 2009, 818 à la p 828.

<sup>7</sup> John Ruggie, Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, *Promotion et protection de tous les droits de l'Homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*,

sans leur imposer d'obligations internationales, il semble que ces traités ne permettent que de favoriser les investisseurs étrangers et que l'État d'accueil ne puisse pas parvenir à en retirer une quelconque protection<sup>8</sup>. Qui plus est, un tel déséquilibre est alimenté par le fait que les mécanismes de règlement des différends prévus dans ces accords ne peuvent être enclenchés que par les investisseurs étrangers pour contester une mesure de l'État d'accueil<sup>9</sup>.

Les préoccupations qui concernent la protection des IED et la nécessité de responsabiliser les investisseurs dans la conduite de leurs activités à l'étranger ont été traduites au sein du régime international des investissements. Selon la définition élaborée par Krasner, le concept de régimes internationaux renvoie à des « *sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations*<sup>10</sup> ». En l'espèce, le régime international des investissements est constitué des normes juridiques instaurées par les AII, de la coutume internationale concernant les IED et des différentes politiques des États visant à orienter la conduite de leurs investisseurs à l'étranger.

Au sein de la construction de ce régime applicable aux IED, l'analyse plus spécifique des sociétés minières semble toute indiquée. D'une part, parce que ces entreprises doivent être présentes là où se trouvent les ressources naturelles, la nature des activités économiques des sociétés minières implique d'importants investissements sur des territoires qui dépassent souvent les frontières de leur État d'origine<sup>11</sup>. Les dépenses effectuées pour l'exploration et l'exploitation des ressources justifient ainsi la recherche d'une protection adéquate des IED pour ce type d'entreprises. D'autre part, la question de la responsabilisation des entreprises apparaît comme étant primordiale pour les sociétés minières. Dans son rapport intérimaire de 2006, le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises a ainsi souligné le fait que les entreprises œuvrant dans le secteur extractif représentent un cas particulier d'étude, étant donné leur influence sur le plan social et environnemental<sup>12</sup>. De plus, selon le *Rapport sur l'investissement dans le monde*

---

Doc off AG NU, 2008, Doc NU A/HRC/8/5 à la p 5.

<sup>8</sup> Voir Gus Van Harten, « Private Authority and Transnational Governance: the Contours of the International System of Investor Protection » (2005) 12:4 Rev Int'l Pol Econ 600 à la p 600 [Van Harten, « Private Authority and Transnational Governance »]; Rudolf Dolzer et Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p 24; Côté, *La participation des personnes*, supra note 2 à la p 244; Newcombe et Paradell, supra note 1 à la p 64.

<sup>9</sup> Voir Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007 à la p 5 [Van Harten, *Investment Treaty Arbitration*]; Sornarajah, « Clash of Globalizations », supra note 4 à la p 9.

<sup>10</sup> Stephen D. Krasner, « Structural Causes and Regimes Consequences: Regimes as Intervening Variables » dans Stephen D. Krasner, dir, *International Regimes*, Ithaca, Cornell University Press, 1983, 1 à la p 2.

<sup>11</sup> Voir Charles Leben, « La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international de l'investissement » (2003) 302 RCADI 197 à la p 216.

<sup>12</sup> Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, *Rapport intérimaire: Promotion et protection des droits de l'homme*, Doc off CES NU, 2006, Doc NU E/CN.4/2006/97, à la p 9.

2007, « [o]n attend de plus en plus des [sociétés extractives] qu'elles préservent les moyens d'existence des populations locales et qu'elles fassent le maximum pour le développement<sup>13</sup>. » La crainte de voir les bienfaits économiques liés aux activités des sociétés minières étrangères pour l'État hôte effacés par des coûts environnementaux et sociaux défavorables est donc bel et bien présente<sup>14</sup>.

L'analyse qui est ici présentée concerne plus spécifiquement le régime des investissements applicable aux sociétés minières canadiennes œuvrant dans les Amériques. En considérant la destination de leurs IED, il importe de souligner que les sociétés minières canadiennes qui investissent à l'étranger le font essentiellement dans les Amériques. En moyenne, pour les années 2001 à 2006, 59,8 % des actifs fixes<sup>15</sup> à l'étranger de ces entreprises se trouvaient en Amérique latine et aux États-Unis<sup>16</sup>. Comme le démontre le *Tableau 1* présenté en annexe, la proportion des actifs aux États-Unis a constamment chuté, passant de 35% en 2001 à 17% en 2006<sup>17</sup>. Cette diminution a toutefois été contrebalancée par une augmentation importante des actifs en Amérique latine, notamment au Mexique, au Chili, en Argentine, au Brésil et au Pérou, lesquels sont passés de 30% à 44%<sup>18</sup>. En fait, comme le soulignent Julia Sagebien *et al.*, l'intérêt diplomatique renouvelé du gouvernement canadien dans cette région est dû, en partie du moins, au développement du secteur minier canadien<sup>19</sup>. En négociant des AII avec des États où les sociétés minières ont déjà orienté une part importante de leurs IED, la participation du Canada dans la construction de ce régime vise essentiellement à garantir à ces entreprises des protections juridiques pour leurs IED afin de contrer leur vulnérabilité aux risques politiques.

Qui plus est, les développements récents du droit international des investissements justifient la pertinence de s'intéresser aux sociétés minières canadiennes. L'affaire *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis*, dont la sentence a été rendue le 8 juin 2009<sup>20</sup>, constitue ainsi la première décision arbitrale concernant ce type d'entreprise sous le chapitre 11 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*

<sup>13</sup> Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2007 : sociétés transnationales, industries extractives et développement*, Doc off CNUCED, 2007, Doc NU E/07/II/D/9 à la p 103.

<sup>14</sup> Voir Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *La nouvelle physionomie de l'investissement étranger direct : quelques traits marquants*, Doc off CNUCED, 2007, Doc NU TD/B/COM.2/77 à la p 14.

<sup>15</sup> Les actifs fixes à l'étranger comprennent les propriétés, les usines et les équipements des sociétés minières canadiennes. Voir Sylvie Brassard, « Canada's International Mining Presence »(2006) à la p 7.1, en ligne : Canadian Minerals Yearbook 2006 <<http://www.nrcan.gc.ca/smm-mms/busi-indu/cmym-arc/content/2006/08.pdf>>.

<sup>16</sup> *Ibid* à la p 7.1. Bien que des données plus récentes concernant les flux et les stocks d'IED en provenance du Canada soient disponibles, celles-ci regroupent souvent les IED dans les industries de l'énergie et des minéraux métalliques. L'étude publiée dans le *Canadian Minerals Yearbook 2006* comprend, au moment de la rédaction de l'article, les données les plus récentes quant aux actifs des sociétés minières canadiennes à l'étranger. Malheureusement, ces données ne sont présentées que pour la période allant de 2001 à 2006.

<sup>17</sup> *Ibid* à la p 7.5.

<sup>18</sup> *Ibid*.

<sup>19</sup> Julia Sagebien *et al.*, « The Corporate Social Responsibility of Canadian Mining Companies in Latin America: A System Perspective » (2008) 14:3 *Can Foreign Pol'y* 103 à la p 103.

<sup>20</sup> *Glamis Gold Ltd c États-Unis* (2009), 48 ILM 1035 (CNUDCI) [*Glamis Gold Ltd.*].

(*ALÉNA*)<sup>21</sup>. En outre, bien qu'elles ne soient pas encore complétées, deux autres affaires impliquant des sociétés minières canadiennes et un État des Amériques sont actuellement en cours, à savoir *Gold Reserve Inc. c. Venezuela* et *Vannessa Ventures Ltd c. Venezuela*<sup>22</sup>. Dans un tel contexte, il convient d'analyser les normes et les différents principes qui constituent le régime des investissements dans les Amériques et qui s'appliquent aux sociétés minières canadiennes.

En considérant le déséquilibre existant entre les droits et les obligations des investisseurs dans le régime de protection des investissements et la pertinence d'axer l'analyse sur le cas des sociétés minières canadiennes, il importe de se pencher sur les efforts qui ont été mis en œuvre afin d'équilibrer davantage le régime des investissements dans les Amériques. En effet, selon la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED), l'ensemble du régime des investissements est désormais caractérisé par des tentatives de rapprochement entre les droits et les obligations des investisseurs étrangers : « *National and international policy developments (both in international investment agreements and other international policy initiatives) point towards a rebalancing between the rights and obligations of State and investors*<sup>23</sup>. » Face à l'annonce d'un tel dynamisme, le présent article est articulé autour de la question suivante : comment l'évolution du régime des investissements applicable aux sociétés minières canadiennes dans les Amériques traduit-elle la recherche d'un équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs étrangers?

Il existe bel et bien une tentative d'équilibrer le régime des investissements applicable aux sociétés minières canadiennes dans les Amériques. Néanmoins, parce que les moyens choisis n'ont pas tous la même force contraignante au sein du régime, les sociétés minières canadiennes continuent de jouir d'une protection de leurs investissements, sans que les initiatives mises en œuvre puissent contraindre juridiquement leurs activités à l'étranger. Ainsi, en ce qui concerne les garanties offertes aux sociétés minières canadiennes, ces entreprises jouissent d'importantes protections qui réduisent les incertitudes dans leurs activités à l'étranger (partie I). Bien que l'analyse de l'affaire *Glamis Gold Ltd.* permette de mettre en lumière certaines limites de ces protections et qu'une évolution des normes soit notable dans les accords qui ont succédé le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, force est de constater que les innovations au sein du régime des investissements dans les Amériques n'a affecté que de façon marginale les droits des investisseurs étrangers. Malgré les différentes initiatives visant à intégrer des obligations au sein du régime des investissements dans les Amériques, cette intégration n'est aucunement contraignante pour les sociétés

<sup>21</sup> *Accord de libre-échange nord-américain, Canada, États-Unis et Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2, 32 ILM 289 (entrée en vigueur : premier janvier 1994) [*ALÉNA*].

<sup>22</sup> Voir UNCTAD Database of Treaty-based Investor-State Dispute Settlement Cases, en ligne : UNCTAD Database of Treaty-based Investor-State Dispute Settlement Cases <<http://www.unctad.org/iia-dbcases/>> [UNCTAD Database]. Une sentence sur la compétence du tribunal a été rendue dans la deuxième affaire : *Vannessa Ventures Ltd. c Venezuela* (2008) (Sentence sur la compétence), en ligne : Investment Treaty Arbitration <[http://ita.law.uvic.ca/documents/Vanessa Ventures.Jurisdiction.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Vanessa_Ventures.Jurisdiction.pdf)> [*Vannessa Ventures Ltd.*].

<sup>23</sup> CNUCED, *WIR 2010*, *supra* note 5 à la p 95 [version française du rapport complet non disponible lors de la rédaction].

minières canadiennes (partie II). Alors que la tendance adoptée dans la pratique conventionnelle consiste plutôt en une responsabilisation des États à ne pas assouplir leurs réglementations internes en matière d'environnement et de travail, seules des initiatives politiques reposant sur une responsabilisation volontaire des investisseurs ont été mises en œuvre pour tenter d'équilibrer les droits et les obligations des sociétés minières canadiennes.

## I. L'évolution des protections juridiques offertes aux IED et aux investisseurs

Le régime de protection des IED dans les Amériques n'est aucunement spécifique aux sociétés minières, puisque la quasi-totalité des règles applicables à ces entreprises sont les mêmes que pour les investisseurs provenant des autres secteurs d'investissement<sup>24</sup>. Il importe tout de même de considérer ce régime de protections juridiques. En effet, les garanties juridiques qui ont été initialement octroyées aux investisseurs et aux IED par les États dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA* assurent une protection fondamentale aux sociétés minières canadiennes (A). Qui plus est, bien que l'interprétation de ces règles dans l'affaire *Glamis Gold Ltd.* ait permis de mettre en lumière certaines limites de ces protections (B), les nouvelles normes qui sont intégrées aux AII dans les Amériques continuent d'assurer des garanties fondamentales à ces entreprises et n'affectent que marginalement les protections juridiques qui avaient été initialement offertes aux IED (C).

### A. Les protections du chapitre 11 de l'*ALÉNA*

En matière de protection des investissements, l'analyse du chapitre 11 de l'*ALÉNA* revêt une double pertinence. D'une part, les règles qui ont été énoncées dans cet accord ont été reprises et étendues à d'autres AII négociés bilatéralement par le Canada<sup>25</sup>. D'autre part, le chapitre 11 de l'*ALÉNA* constitue le fondement sur lequel repose l'évolution du régime des investissements dans les Amériques et les nouvelles normes qui ont été élaborées<sup>26</sup>. Plutôt que de présenter l'ensemble des protections garanties par le chapitre 11 de l'*ALÉNA*<sup>27</sup>, cette partie est limitée à la norme minimale

<sup>24</sup> Il existe certaines réserves qui ont été émises par les États lors des négociations des AII et qui sont encore en vigueur. Par exemple, la liste des États-Unis à l'Annexe I de l'*ALÉNA* comprend des réserves aux mesures existantes pour le secteur minier en ce qui a trait au traitement national (art. 1102) et au traitement de la nation la plus favorisée (art. 1103). De surcroît, ces réserves n'ont pas été accompagnées d'un engagement de libéralisation par cet État. *ALÉNA*, *supra* note 21 à l'Annexe I (Réserves aux mesures existantes et engagements de libéralisation - Liste des États-Unis).

<sup>25</sup> Voir Côté, *Participation des personnes privées*, *supra* note 2 à la p 309.

<sup>26</sup> Voir Céline Lévesque, « Influence on the Canadian FIPA Model and the US Model BIT : NAFTA Chapter 11 and Beyond » (2006) 44 *ACDI* 249 à la p 250 [Lévesque, « Influence on the Canadian FIPA Model »].

<sup>27</sup> L'ensemble des protections garanties par le chapitre 11 de l'*ALÉNA* couvre l'admission des investissements, le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée, la norme minimale de traitement, la protection contre l'expropriation et des protections relatives aux transferts. Kinneer, Bjorklund et Hannaford, *supra* note 2; Newcomb et Paradell, *supra* note 1.

de traitement (1) et à la protection contre l'expropriation (2). Alors qu'elles peuvent paraître relativement floues<sup>28</sup>, il s'agit des deux protections qui ont été invoquées par l'investisseur dans l'affaire *Glamis Gold Ltd.* Enfin, parce que les sociétés minières canadiennes utilisent ce type de recours pour régler leurs différends avec l'État hôte, il importe de traiter du droit des investisseurs de soumettre une plainte à l'arbitrage international (3).

## 1. LA NORME MINIMALE DE TRAITEMENT

Dès le début du XXe siècle, la plupart des juristes occidentaux soutenaient l'existence d'un traitement minimal que les États devaient octroyer aux étrangers. Par exemple, la décision rendue dans l'affaire *Neer c. United Mexican States*, en 1926, a permis de dégager l'existence d'une norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier<sup>29</sup>. Certes, certains pays d'Amérique latine refusaient de reconnaître le caractère coutumier de cette norme. Ces pays soutenaient que les étrangers ne devaient pas avoir de meilleur traitement que les nationaux, que les droits des étrangers dépendaient du droit national et que seuls les tribunaux nationaux étaient compétents pour entendre les litiges entre un étranger et l'État hôte<sup>30</sup>. Or, malgré cette opposition, la norme minimale de traitement relève désormais du droit international coutumier et impose à l'État hôte des obligations quant au traitement des IED admis sur son territoire<sup>31</sup>. Il existe donc des protections fondamentales aux investissements, lesquelles peuvent constituer les bases d'une réclamation dans l'éventualité où le traitement d'un investissement par l'État hôte ne rencontrerait pas un certain minimum en droit international<sup>32</sup>.

C'est dans cette optique que l'article 1105 de l'*ALÉNA* renvoie au droit international coutumier en ce qui a trait à la norme minimale de traitement. Selon le premier paragraphe, « [c]haque des parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international coutumier, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales<sup>33</sup> » [nous soulignons]. L'articulation entre le droit international coutumier et le traitement juste et équitable a toutefois entraîné certaines divergences d'interprétation. Par exemple, dans l'affaire *S.D. Myers inc. c. Canada*, le tribunal arbitral a considéré que le traitement juste et équitable faisait partie de la norme minimale de traitement en statuant que seul un traitement inacceptable dans une perspective internationale constituait une violation de l'article 1105<sup>34</sup>. À l'inverse, le tribunal a considéré, dans l'affaire *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, que le traitement

<sup>28</sup> Voir Côté, *Participation des personnes privées*, *supra* note 2 à la p 284.

<sup>29</sup> *Neer c. United Mexican States*, (1926) IV RSA 60 aux pp 61-62. Newcombe et Paradell, *supra* note 1 à la p 237.

<sup>30</sup> Newcombe et Paradell, *supra* note 1 à la p 13.

<sup>31</sup> Kinnear, Bjorklund et Hannaford, *supra* note 2 aux pp 1105-06; Dolzer et Schreuer, *supra* note 8 à la p 7;

<sup>32</sup> Newcombe et Paradell, *supra* note 1 aux pp 12-13.

<sup>33</sup> *ALÉNA*, *supra* note 21, art 1105(1).

<sup>34</sup> *S.D. Myers Inc. c Canada* (Première sentence sur le fond) (2000), 40 ILM 1408 au para 263.

juste et équitable ne constituait pas une composante de la norme minimale de traitement, mais bien un traitement supérieur<sup>35</sup>.

Ces divergences ont mené à l'adoption d'une note d'interprétation par la Commission du libre-échange de l'ALÉNA le 31 juillet 2001<sup>36</sup>. Selon cette interprétation, les concepts de traitement juste et équitable ainsi que de protection et sécurité intégrales « ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers<sup>37</sup> ». Ainsi, parce que cette note est obligatoire pour les tribunaux arbitraux institués sous le chapitre 11 de l'ALÉNA<sup>38</sup>, ceux-ci doivent considérer le traitement juste et équitable comme étant un reflet de la norme minimale de traitement plutôt qu'un traitement autonome<sup>39</sup>. En d'autres termes, l'interprétation de l'article 1105 a figé le traitement juste et équitable en l'intégrant à la norme minimale de traitement<sup>40</sup>.

Outre ces éclaircissements, la détermination d'une violation de la norme minimale de traitement dépend beaucoup des faits et du contexte lié à l'investissement<sup>41</sup>. À cet égard, alors que les arbitres se réfèrent de plus en plus aux attentes légitimes des investisseurs dans la détermination de ce qui constitue un traitement juste et équitable<sup>42</sup>, le contenu de ce traitement a été résumé dans l'affaire *Waste Management, Inc. c. Mexico* :

*[T]he minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial property. [...] Evidently, the standard is to some extent a flexible one which must be adopted to the circumstances of each case<sup>43</sup>.*

Ainsi, comme le traduit l'article 1105 de l'ALÉNA, la norme minimale de traitement permet d'assurer aux sociétés minières canadiennes un niveau de protection conforme au droit international, et ce, peu importe le droit national de l'État hôte de l'IED.

<sup>35</sup> *Pope & Talbot Inc. c. Canada* (Deuxième sentence sur le fond) (2001), 13(4) WTAM 61 (CNUDCI) aux para 111 et 118.

<sup>36</sup> Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA*, 2001, en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=fra>>.

<sup>37</sup> *Ibid* à l'alinéa 2(b).

<sup>38</sup> ALÉNA, *supra* note 21, art 1131(2).

<sup>39</sup> Newcombe et Paradell, *supra* note 1 à la p 268.

<sup>40</sup> Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2007 à la p 465; Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2<sup>e</sup> édition, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 à la p 236 [Sornarajah, *International Law*].

<sup>41</sup> Newcombe et Paradell, *supra* note 1 à la p 278.

<sup>42</sup> *Waste Management, Inc. c. Mexico* (Sentence sur les dommages) (2004), 43 ILM 967 au para 98 (Mécanisme supplémentaire du CIRDI). Voir aussi Newcombe et Paradell, *supra* note 1 à la p 279.

<sup>43</sup> *Waste Management, Inc.*, *ibid* aux para 98-99.

## 2. LA PROTECTION CONTRE L'EXPROPRIATION

À l'instar de la norme minimale de traitement, le droit international coutumier encadre l'expropriation des IED par les États hôtes. La coutume internationale reconnaît ainsi aux États le droit souverain d'exproprier un IED si cette expropriation est effectuée dans l'intérêt public, demeure non discriminatoire et donne lieu à l'octroi d'une indemnisation<sup>44</sup>. Parmi ces conditions, le standard permettant de déterminer l'indemnisation à verser à l'investisseur demeure toutefois contesté. Dès 1938, le Secrétaire d'État américain, Cordell Hull, soutenait qu'une expropriation conforme au droit international devait donner lieu à une indemnisation prompte, adéquate et effective<sup>45</sup>. Cette exigence n'est cependant jamais parvenue à être considérée comme reflétant la coutume internationale. L'Assemblée générale des Nations unies a, en effet, traduit d'importantes divergences entre les pays exportateurs et importateurs de capitaux. Alors que, dans la résolution 1803 du 18 décembre 1962, les États renvoyaient au droit international pour déterminer l'« indemnisation adéquate » à verser à un investisseur étranger en cas d'expropriation<sup>46</sup>, les pays en développement sont parvenus à éliminer toute référence au droit international pour déterminer cette indemnité dans la résolution 3281 du 12 décembre 1974<sup>47</sup>.

La pratique conventionnelle a alors permis de baliser les conditions liées à l'indemnisation des investissements expropriés. Ainsi, en plus d'énumérer les exigences que doit respecter un État qui exproprie un IED, l'article 1110 de l'*ALÉNA* spécifie les modalités liées au versement d'une indemnité à l'investisseur<sup>48</sup>. L'indemnité doit « équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement<sup>49</sup> », être versée « sans délai [et être] pleinement réalisable<sup>50</sup> » et inclure des intérêts à compter de la date d'expropriation<sup>51</sup>. Même si elle n'a pas été reconnue en droit international coutumier, l'indemnisation « prompte, adéquate et effective » est donc renforcée par la pratique conventionnelle<sup>52</sup>. Dans les faits, contrairement à une « indemnisation adéquate », l'indemnité exigée dans l'*ALÉNA* correspond à la valeur du marché de l'IED exproprié et renforce la protection des investisseurs étrangers<sup>53</sup>.

Au-delà des solutions apportées quant à la détermination de l'indemnité, l'absence d'une définition de l'expropriation dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA* a

<sup>44</sup> Sur le caractère coutumier de ces conditions, voir Carreau et Juillard, *supra* note 40 à la p 537; Céline Lévesque, « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international » (2003) 33 RGD 39 aux pp 46-47. Certains ajoutent à ces trois conditions la conformité avec l'application régulière de la loi. Newcombe et Paradell, *supra* note 1 à la p 321.

<sup>45</sup> Newcombe et Paradell, *supra* note 1 à la p 18; Kinnear, Bjorklund et Hannaford, *supra* note 2 à la p 1110-9.

<sup>46</sup> *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Rés AG 1803(XVII), Doc off AG NU, 17<sup>e</sup> sess, supp n° 17, Doc NU A/1803 (1962) 15 au para 4.

<sup>47</sup> *Charte des droits et devoirs économiques des États*, Rés AG 3281(XXIX), Doc off AG NU, 29<sup>e</sup> sess, supp n° 31, Doc NU A/9631 (1974) 53 au sous-para 2(c)(c).

<sup>48</sup> *ALÉNA*, *supra* note 21, art 1110(1).

<sup>49</sup> *Ibid* art 1110(2).

<sup>50</sup> *Ibid* art 1110(3).

<sup>51</sup> *Ibid* art 1110(4).

<sup>52</sup> Voir Sornarajah, *International Law*, *supra* note 40 à la p 241.

<sup>53</sup> Voir *ibid* à la p 241.

entraîné certaines incertitudes<sup>54</sup>. Parce que l'article 1110 concerne tant l'expropriation directe que l'expropriation indirecte et les mesures qui équivalent à la nationalisation ou à l'expropriation d'un IED<sup>55</sup>, il semble que cette protection couvre plusieurs mesures des États parties à l'*ALÉNA*<sup>56</sup>. À cet égard, étant donné que les expropriations qui concernent directement le titre d'un investissement sont plus rares, les investisseurs ont invoqué l'article 1110 de l'*ALÉNA* en soutenant que certaines mesures d'États hôtes visant à protéger l'intérêt public avaient pour effet de les empêcher de contrôler leurs investissements<sup>57</sup>. Alors que des investisseurs ont tenté d'assimiler les coûts de ces réglementations à une expropriation indirecte, les tribunaux arbitraux ont affirmé que de telles mesures ne devaient pas être considérées ainsi. Selon la décision rendue dans l'affaire *Methanex c. États-Unis* : « [A]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and which affects, inter alia, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable<sup>58</sup>. » En d'autres termes, bien que l'article 1110 conditionne l'expropriation au paiement d'une indemnisation « prompte, adéquate et effective », l'interprétation qui en a été faite par les tribunaux suggère que les sociétés minières canadiennes ne pourraient pas assimiler n'importe quelle mesure à une expropriation indirecte.

### 3. LE RECOURS À L'ARBITRAGE

Les protections juridiques dont jouissent les sociétés minières canadiennes en vertu du chapitre 11 de l'*ALÉNA* acquièrent toute leur importance grâce à la possibilité pour les investisseurs d'avoir recours à un tribunal arbitral international pour régler un différend les opposant à l'État hôte de leurs investissements. L'article 1116 de l'*ALÉNA*, à cet égard, octroie aux investisseurs étrangers la possibilité d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte<sup>59</sup>. Selon les termes de cet article, « [u]n investisseur d'une Partie peut soumettre à l'arbitrage [...] une plainte selon laquelle une autre Partie a manqué à une obligation [...] et que l'investisseur a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement<sup>60</sup> ». Cette possibilité d'invoquer la responsabilité internationale de l'État hôte est d'autant plus directe que les investisseurs ne sont pas obligés de tenter de régler le différend par la

<sup>54</sup> Michael J. Trebilcock et Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, 3<sup>e</sup> édition, New York, Routledge, 2005 à la p 463; Sornarajah, *International Law*, supra note 40 à la p 216.

<sup>55</sup> *ALÉNA*, supra note 21, art 1110(1).

<sup>56</sup> Voir Yves L. Fortier, « The Canadian Approach to Investment Protection : How Far We Have Come! » dans Christina Binder et al., dir, *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, New York, Oxford University Press, 2009, 525 à la p 531.

<sup>57</sup> Sur la distinction entre l'expropriation directe et l'expropriation indirecte, voir Dolzer et Schreuer, supra note 8 aux pp 92 et 101; Kinnear, Bjorklund et Hannaford, supra note 2 aux pp 1110-15 et 1110-16.

<sup>58</sup> *Methanex c États-Unis* (2005), 44 I.L.M. 1345, Part IV, Chapter D au para 7 (Sentence sur le fond).

<sup>59</sup> *ALÉNA*, supra note 21, art 1116. Voir aussi Côté, *Participation des personnes privées*, supra note 2 aux pp 251 et 304; August Reinisch, « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration » dans Isabelle Buffard et al., dir, *International Law Between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 107 à la p 125.

<sup>60</sup> *ALÉNA*, supra note 21, art 1116.

voie de la consultation avant de soumettre la plainte à l'arbitrage<sup>61</sup>.

Certes, la soumission d'un différend entre un investisseur étranger et un État à un tribunal arbitral international ne constitue pas, en soi, une nouveauté. Avant l'entrée en vigueur de l'*ALÉNA*, certains contrats prévoyaient des clauses permettant aux investisseurs étrangers de poursuivre l'État hôte de leurs investissements devant le Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI)<sup>62</sup>. Or, alors que l'article 25(1) de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI)* nécessite un consentement entre les deux parties à un différend pour que le CIRDI soit compétent<sup>63</sup>, l'article 1116 de l'*ALÉNA* assure à l'avance ce consentement de l'État pour tous les investisseurs d'un autre État partie se trouvant sur son territoire<sup>64</sup>.

L'impact de cette disposition de l'*ALÉNA* est double. D'une part, la possibilité de soumettre une plainte à l'arbitrage contribue à dépolitiser les procédures de règlement des différends entre investisseurs étrangers et États<sup>65</sup>. Plutôt que de devoir épuiser les recours juridiques internes de l'État hôte ou de tenter de bénéficier de la protection diplomatique de l'État dont ils sont ressortissants, les investisseurs étrangers se sont ainsi vus reconnaître un accès direct au règlement des différends en droit international de l'investissement<sup>66</sup>. Par la voie d'une source conventionnelle, les États parties à l'*ALÉNA* reconnaissent ainsi une capacité d'agir aux investisseurs, reconnaissance qui traduit une « émancipation » certaine de ces acteurs privés<sup>67</sup>. D'autre part, ce recours à l'arbitrage contribue à renforcer la primauté du droit dans les relations internationales économiques<sup>68</sup>. En effet, l'article 1116 de l'*ALÉNA* permet de garantir l'application des protections substantielles que les États parties se sont engagés à octroyer aux IED et aux investisseurs.

À la lumière de ce qui précède, les protections juridiques offertes aux investisseurs dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA* revêtent une importance capitale au sein du régime des investissements dans les Amériques. Alors que les sociétés minières canadiennes ont manifestement besoin de garanties concernant les investissements qu'elles effectuent à l'étranger, des protections telles que la norme minimale de traitement et la protection contre l'expropriation sont essentielles. De surcroît, comme

<sup>61</sup> L'article 1118 de l'*ALÉNA* ne fait que spécifier que les parties à un différend « devraient d'abord s'efforcer de régler une plainte par la consultation et la négociation. » Voir *ibid* art 1118.

<sup>62</sup> Voir Kinnear, Bjorklund et Hannaford, *supra* note 2 à la p General Section-26; Leben, *supra* note 11 aux pp 218 et 248.

<sup>63</sup> *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 160, art 25(1) (entrée en vigueur : 14 juin 1968).

<sup>64</sup> Voir Van Harten, *Investment Treaty Arbitration*, *supra* note 9 à la p 24.

<sup>65</sup> Voir Newcome et Paradell, *supra* note 1 à la p 47; Kinnear, Bjorklund et Hannaford, *supra* note 2 à la p General Section-26; Côté, *Participation des personnes privées*, *supra* note 2 aux pp 229-230.

<sup>66</sup> Voir José E. Alvarez, « A BIT on Custom » (2009) 42 Int'l Law and Politics 17 à la p 21; Giorgio Sacerdoti, « *Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection* » (1997) 269 RCADI 251 à la p 437.

<sup>67</sup> Voir Reinisch, *supra* note 59 à la p 111; Côté, *Participation des personnes privées*, *supra* note 2 à la p 251.

<sup>68</sup> Voir Reinisch, *ibid* à la p 125; Côté, *ibid* à la p 204.

le démontrent les recours intentés par *Glamis Gold Ltd.*, *Vannessa Ventures Ltd.* et *Gold Reserve Inc.*, les sociétés minières canadiennes utilisent les procédures de règlement des différends du type de l'article 1116 de l'*ALÉNA*. Il convient alors de se pencher sur l'interprétation de ces protections par un tribunal arbitral dans l'affaire *Glamis Gold Ltd.* et sur l'évolution de ces protections dans les nouveaux AII signés par le Canada avec les États des Amériques.

## **B. Une protection qui connaît des limites : l'affaire *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis***

Parmi les récentes affaires opposant une société minière canadienne à un État des Amériques, seule *Glamis Gold Ltd.* a fait l'objet d'une sentence sur le fond<sup>69</sup>. Parce qu'elle permet de mettre en lumière l'application concrète des protections du chapitre 11 de l'*ALÉNA* à une société minière, cette affaire est essentielle dans la présente analyse de l'évolution des garanties juridiques du régime des investissements dans les Amériques. Bien que cette décision soit intéressante à plusieurs égards<sup>70</sup>, cette partie repose essentiellement sur les interprétations des protections substantives invoquées par *Glamis Gold Ltd.* Alors que le tribunal arbitral a rejeté la plainte de l'investisseur qui contestait des mesures du gouvernement américain fédéral et du gouvernement de la Californie (1), l'interprétation qui a été faite de la protection contre l'expropriation (2) et de la norme minimale de traitement (3) démontre clairement les limites des protections juridiques du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Les prochains développements des recours intentés par *Gold Reserve Inc.* et *Vannessa Ventures Ltd.* permettront aussi de mieux comprendre la portée des règles de l'APIE signé entre le Canada et le Venezuela<sup>71</sup> en matière de protection des investissements des sociétés minières canadiennes (4).

### 1. LES MESURES MISES EN CAUSE

*Glamis Gold Ltd.* est une société minière canadienne incorporée en Colombie-Britannique et ayant son siège social aux États-Unis, dans le Nevada<sup>72</sup>. En 1994, afin de développer et d'opérer le projet minier *Imperial Project*, *Glamis Gold Ltd.* a créé la *Glamis Imperial Corporation*. Le projet minier en question était situé en Californie, à proximité d'un territoire où vit une population autochtone. Selon le plan

<sup>69</sup> *Glamis Gold Ltd.*, *supra* note 20.

<sup>70</sup> Sur la transparence de la procédure, voir Jordan C. Kahn, « Striking NAFTA Gold : *Glamis Advances Investor-State Arbitration* » (2009) 33 *Fordham Int'l LJ* 101 aux pp 115-121. Cette affaire a aussi démontré clairement que les investisseurs étrangers peuvent avoir plus de recours que les investisseurs nationaux grâce aux règles de l'*ALÉNA*. Voir généralement Judith Wallace, « Corporate Nationality, Investment Protection Agreements, and Challenges to Domestic Natural Resources Law : the Implications of *Glamis Gold's* NAFTA Chapter 11 Claim » (2005) 17 *Geo Int'l Env't L Rev* 365.

<sup>71</sup> *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Venezuela concernant la promotion et la protection des investissements*, 1<sup>er</sup> juillet 1996, RT Can 1998 n° 20, (entrée en vigueur : 17 décembre 1998) [*APIE Canada-Venezuela*].

<sup>72</sup> Pour l'ensemble du paragraphe, voir *Glamis Gold Ltd.*, *supra* note 20 aux para 27-31 et 34; Wallace, *supra* note 70 aux pp 373-374.

des opérations, ce projet prévoyait la restauration complète de deux des trois mines à ciel ouvert exploitées dans le cadre de l'*Imperial Project*.

Au niveau fédéral, conformément à la *Federal Land Policy and Management Act* (FLPMA) de 1976, l'*Imperial Project* nécessitait l'autorisation du *Department of the Interior* (DOI)<sup>73</sup>. Bien que les démarches visant à obtenir le permis aient été entreprises en 1994, le *Secretary of the Interior* a refusé, en janvier 2001, de délivrer un permis pour l'*Imperial Project*. Parmi les raisons justifiant ce refus, il a été avancé que le projet minier aurait des impacts négatifs pour la population autochtone vivant à proximité du site d'exploitation et entraînerait une dégradation des ressources publiques. Pourtant, avec l'entrée en fonction d'un nouveau *Secretary of the Interior* et la révision des critères permettant de délivrer un permis, le refus initial a été annulé en novembre 2001, nécessitant ainsi une reconsidération de la décision précédente.

En plus de l'autorisation du gouvernement fédéral, l'*Imperial Project* devait obtenir un permis du gouvernement de la Californie, conformément au *Surface Mining and Reclamation Act* (SMARA) de 1975<sup>74</sup>. Or, en soulignant qu'il s'agit là d'une mesure nécessaire à la préservation du bien-être public général, le *State Mining and Geology Board* (SMGB) a adopté, en décembre 2002, une réglementation forçant la restauration complète des sites d'exploitation à ciel ouvert des minerais métalliques. De surcroît, en avril 2003, par l'adoption du projet de loi 22 du Sénat<sup>75</sup>, la législature californienne a décidé de refuser tout projet minier situé à moins d'un mille d'un territoire autochtone qui ne prévoit pas de restauration complète des sites exploités.

Le 9 décembre 2003, *Glamis Gold Ltd.* a soumis une plainte à l'arbitrage sous le chapitre 11 de l'*ALNÉA*<sup>76</sup>. Selon l'investisseur, tant par l'évaluation de l'*Imperial Project* du DOI que par les mesures californiennes, les États-Unis « *has denied Glamis Imperial the minimum standard of treatment under international law [...] guaranteed by article 1105 and has expropriated Glamis Imperial's valuable mining property interests without providing prompt and effective compensation as guaranteed by article 1110*<sup>77</sup> ».

## 2. L'ABSENCE D'UNE EXPROPRIATION INDIRECTE

Alors que l'article 1110 de l'*ALÉNA* protège les investisseurs des expropriations directes et indirectes de leurs investissements par l'État hôte, il convient de souligner que les parties au litige s'entendaient sur le fait que les mesures contestées par *Glamis Gold Ltd.* ne constituaient pas une expropriation directe<sup>78</sup>. Parce qu'aucune action gouvernementale n'empêchait formellement l'exploitation du

<sup>73</sup> Pour l'ensemble du paragraphe, voir *Glamis Gold Ltd.*, *supra* note 20 aux para 153-159; Kahn, *supra* note 70 à la p 103.

<sup>74</sup> Pour l'ensemble du paragraphe, voir *Glamis Gold Ltd.*, *ibid* aux para. 175-177 et 181.

<sup>75</sup> É-U. Bill S 22, projet de loi 22 du Sénat, 108<sup>e</sup> Cong. 2003.

<sup>76</sup> *Ibid* au para 185.

<sup>77</sup> *Ibid* au para 185.

<sup>78</sup> *Ibid* au para 15

gisement minier, l'investisseur a plutôt allégué que l'évaluation de l'*Imperial Project* et les mesures californiennes ont entraîné une réduction importante de la valeur de l'investissement, correspondant ainsi à une expropriation dans les faits. Afin de déterminer si les mesures administratives et législatives constituaient réellement une expropriation indirecte, le tribunal arbitral a d'abord évalué l'interférence des mesures mises en cause avec les droits de propriété de l'investisseur<sup>79</sup>. L'analyse de l'action gouvernementale a ainsi été réalisée selon deux éléments, soit la *sévérité* de son impact économique sur l'investissement et la *durée* de l'impact.

En ce qui a trait aux délais associés à l'analyse de l'*Imperial Project* par l'administration fédérale ainsi que le refus de délivrer un permis à l'entreprise entre janvier et novembre 2001, le tribunal arbitral a jugé que ces actions ne constituaient pas une expropriation indirecte de l'investissement selon l'article 1110 de l'*ALÉNA*<sup>80</sup>. En effet, la décision souligne que le refus d'approuver le projet minier, même s'il a entraîné des complications pour l'investisseur, n'a été que de courte durée. Ainsi, parce que son impact a été relativement limité dans le temps, le tribunal n'a pas considéré cette action gouvernementale comme entraînant une interférence suffisante avec les droits de propriété de l'investisseur.

L'analyse de l'impact de la réglementation du SMGB et du projet de loi 22 du Sénat de la Californie sur la valeur de l'investissement est, ensuite, beaucoup plus détaillée dans la décision du tribunal. Selon *Glamis Gold Ltd.*, alors qu'elle s'élevait initialement à 49,1 millions de dollars américains, les obligations de restaurer les mines à ciel ouvert de l'*Imperial Project* à la fin de l'exploitation auraient réduit la valeur de l'investissement à une somme négative de 8,9 millions de dollars américains<sup>81</sup>. À la lumière des faits présentés et des objections émises par les États-Unis, le tribunal arbitral a revu les évaluations de l'investisseur et a effectué certains ajustements afin de déterminer si les mesures californiennes permettaient tout de même à l'investissement de conserver une valeur positive<sup>82</sup>. Au terme d'une analyse relativement détaillée, le tribunal a conclu que la valeur de l'investissement de *Glamis Gold Ltd.*, même après s'être conformée aux mesures exigeant une restauration complète du site d'exploitation, demeurerait supérieure à 20 millions de dollars américains<sup>83</sup>. Parce que cette valeur est positive, le tribunal a considéré que les mesures n'ont pas entraîné un impact économique suffisant sur l'*Imperial Project* pour que ces actions gouvernementales soient considérées comme étant une expropriation indirecte<sup>84</sup>.

En définitive, le tribunal arbitral a rejeté les arguments de la société minière canadienne en lien avec l'article 1110 de l'*ALÉNA*. Tant l'évaluation faite par le DOI du projet minier que les mesures réglementaires visant à obliger l'entreprise à

<sup>79</sup> Pour le reste du paragraphe, voir *ibid* aux para 356 et 358. Voir aussi Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/3(2010) à la p 6.

<sup>80</sup> Voir *Glamis Gold Ltd.*, *supra* note 20 au para 360.

<sup>81</sup> *Ibid* au para 362.

<sup>82</sup> *Ibid* aux para 362 et 365.

<sup>83</sup> *Ibid* au para 535.

<sup>84</sup> *Ibid* au para 536.

restaurer le site d'exploitation n'ont pas été considérées comme étant une expropriation indirecte. Certains ont d'ailleurs affirmé qu'une telle analyse renforce le pouvoir réglementaire des États : « *The Glamis takings approach gives governments confidence to regulate without fear of having to compensate affected investors. While significant value remains, there is no takings liability*<sup>85</sup>. » Bien que les dispositions du chapitre 11 de l'*ALÉNA* visent à protéger les investisseurs étrangers contre l'expropriation de leurs IED dans un État partie, cette décision démontre donc qu'une telle garantie ne peut pas être accordée au détriment de la protection de l'intérêt public.

### 3. L'ABSENCE D'UNE VIOLATION DE LA NORME MINIMALE DE TRAITEMENT

Le tribunal arbitral a ensuite examiné si les mesures administratives et législatives soulevées par *Glamis Gold Ltd.* constituaient une violation de la norme minimale de traitement au sens de l'article 1105 de l'*ALÉNA*. Alors que la décision souligne que les États parties à l'*ALÉNA* considèrent tous que la définition du traitement juste et équitable avancée dans l'affaire *Neer* constitue un minimum à respecter dans le traitement des étrangers<sup>86</sup>, l'investisseur soutenait que la norme minimale de traitement avait connu une évolution depuis 1926<sup>87</sup>. Or, cet argument n'a pas été retenu par le tribunal. Selon ce dernier, bien que les situations actuelles puissent être plus complexes, ce sont les mêmes fondements que ceux de l'affaire *Neer* qui doivent être appliqués aujourd'hui afin de déterminer s'il y a une violation de la norme minimale de traitement. Ainsi:

*[t]he standard for finding a breach of the customary international law minimum standard of treatment therefore remains as stringent as it was under Neer; it is entirely possible, however that, as an international community, we may be shocked by State actions now that did not offend us previously*<sup>88</sup>.

Concrètement, le tribunal a appliqué deux types de test afin d'évaluer si les mesures mises en cause dans l'affaire constituent une violation de la norme minimale de traitement<sup>89</sup>. D'une part, il a analysé le *caractère de l'action gouvernementale*. Ainsi, selon le tribunal, seul « *an act that is sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons*<sup>90</sup> » constitue une violation de la norme minimale de traitement au sens de l'article 1105 de l'*ALÉNA*. D'autre part, le tribunal a considéré que cette norme exige le *respect des attentes de l'investisseur* créées par l'État qui ont mené à l'investissement par l'acteur privé. Avant d'évaluer si les mesures mises en cause ne respectent pas les attentes induites, le tribunal devait alors déterminer si l'État a réellement pris des engagements envers

<sup>85</sup> Voir Kahn, *supra* note 70 à la p 134.

<sup>86</sup> *Glamis Gold Ltd.*, *supra* note 20 au para 612.

<sup>87</sup> *Ibid* au para 601.

<sup>88</sup> *Ibid* au para 616.

<sup>89</sup> *Ibid* au para 627. Voir aussi Kahn, *supra* note 70 à la p 138.

<sup>90</sup> *Glamis Gold Ltd.*, *supra* note 20 au para 627.

l'investisseur qui auraient pu mener à de telles attentes<sup>91</sup>.

En ce qui concerne l'évaluation du *caractère de l'action gouvernementale*, l'investisseur a allégué que le traitement des autorités fédérales de la demande du permis pour l'*Imperial Project* était arbitraire et qu'il avait impliqué des délais intentionnels et déraisonnables<sup>92</sup>. *Glamis Gold Ltd.* soutenait aussi que le projet de loi 22 du Sénat et la réglementation du SMGB étaient discriminatoires et arbitraires, parce que ces mesures ne visaient que le projet minier de l'investisseur<sup>93</sup>. Pourtant, à la suite d'une évaluation par le tribunal, aucune de ces mesures n'a été considérée comme violant la norme minimale de traitement. Bien que le premier refus du DOI de délivrer le permis aurait pu être considéré comme étant arbitraire, cette décision a été annulée peu de temps après, réparant ainsi les possibles erreurs procédurales de l'administration fédérale<sup>94</sup>. De plus, la complexité de l'affaire et la volonté de consulter différentes parties prenantes justifient le délai de l'analyse de l'octroi d'un permis pour l'*Imperial Project*<sup>95</sup>. Du côté des mesures californiennes, le tribunal a retenu que le projet de loi 22 du Sénat, même s'il ne concernait que l'*Imperial Project* pour l'instant, pourrait être appliqué à plusieurs mines dans le futur<sup>96</sup>. Quant à la réglementation du SMGB, celle-ci a aussi été rédigée de façon générale et a déjà été appliquée à d'autres projets miniers<sup>97</sup>.

Parallèlement à l'analyse du caractère des mesures, le tribunal a aussi considéré une approche fondée sur les *attentes de l'investisseur* afin de déterminer si les mesures violaient la norme minimale de traitement. À cet égard, *Glamis Gold Ltd.* soutenait que le refus initial de délivrer le permis pour exploiter l'*Imperial Project* et les mesures réglementaires de la Californie allaient à l'encontre des attentes raisonnables de l'investisseur<sup>98</sup>. Toutefois, le tribunal a jugé que l'investisseur n'avait pas été en mesure de prouver que de telles attentes avaient été induites par des engagements provenant de l'État hôte de l'IED<sup>99</sup>. En rapport avec les mesures fédérales, le tribunal a rappelé que, même si le refus de délivrer le permis avait été annulé, l'État n'avait pris aucun engagement envers l'investisseur quant à l'autorisation de l'*Imperial Project*<sup>100</sup>. Il s'agissait plutôt de réévaluer le projet avant de décider si un permis allait être émis. Qui plus est, les obligations de restaurer le site d'exploitation découlant des mesures californiennes ne contrevenaient à aucun engagement pris par l'État envers l'investisseur<sup>101</sup>. Bien qu'une telle exigence puisse clairement aller à l'encontre des attentes de l'investisseur, le tribunal a statué que *Glamis Gold Ltd.* n'était pas parvenu à prouver que ces attentes avaient été induites par l'État.

---

<sup>91</sup> *Ibid* au para 620.

<sup>92</sup> *Ibid* au para 631.

<sup>93</sup> *Ibid* au para 677.

<sup>94</sup> *Ibid* au para 771.

<sup>95</sup> *Ibid* au para 774.

<sup>96</sup> *Ibid* aux para 794-797.

<sup>97</sup> *Ibid* au para 820.

<sup>98</sup> *Ibid* aux para 633 et 677.

<sup>99</sup> *Ibid* au para 627, note de bas de page 1278.

<sup>100</sup> *Ibid* au para 767.

<sup>101</sup> *Ibid* aux para 807 et 811.

En somme, les mesures administratives et législatives en cause n'ont aucunement mené à une violation de la norme minimale de traitement, tant par leur caractère que par leur impact sur les attentes raisonnables de l'investisseur. Dans l'ensemble, en considérant l'interprétation du tribunal arbitral des articles 1110 et 1105, force est d'admettre que les protections énoncées dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA* connaissent des limites. Bien que la pratique conventionnelle permette de protéger les investissements des sociétés minières canadiennes à l'étranger, l'affaire *Glamis Gold Ltd.* démontre que cette protection ne se fait pas au détriment du pouvoir réglementaire des États visant à promouvoir l'intérêt public.

#### 4. LES DÉVELOPPEMENTS À VENIR : LES AFFAIRES GOLD RESERVE INC. ET VANNESSA VENTURES LTD.

Alors que la sentence arbitrale de l'affaire *Glamis Gold Ltd.* traduit les limites de la protection des investissements sous le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, deux autres affaires permettront éventuellement d'éclaircir les règles du régime des investissements dans les Amériques applicable aux sociétés minières canadiennes. En effet, comme il a été mentionné plus tôt, les entreprises *Gold Reserve Inc.* et *Vannessa Ventures Ltd.* ont toutes les deux déposé une plainte contre le gouvernement du Venezuela<sup>102</sup>. Pour l'instant, peu d'informations ont été publiées en ce qui concerne la plainte soumise par *Gold Reserve Inc.* Soulignons simplement que la demande d'arbitrage a été formulée en 2009 et que cet investisseur poursuit le gouvernement vénézuélien pour un montant de 5 milliards de dollars américains, mais que le tribunal arbitral n'a toujours pas été constitué<sup>103</sup>. En ce qui a trait à l'affaire *Vannessa Ventures Ltd.*, l'investisseur canadien conteste des décrets présidentiels et des résolutions du ministère de l'Énergie et des Mines qui, en 2002, ont nationalisé l'exploitation de l'or et du cuivre du site minier *Las Cristinas*<sup>104</sup>. Puisque l'*APIE Canada-Venezuela* exige les mêmes conditions que l'article 1110 de l'*ALÉNA* en matière d'expropriation<sup>105</sup>, *Vannessa Ventures Ltd.* a déposé une plainte en 2004 et demande une indemnisation du gouvernement vénézuélien d'un montant de 1,04 million de dollars américains<sup>106</sup>.

À l'instar de l'affaire *Glamis Gold Ltd.*, les procédures enclenchées par *Gold Reserve Inc.* et *Vannessa Ventures Ltd.* traduisent l'utilisation des mécanismes internationaux de règlement des différends par les sociétés minières canadienne. Qui plus est, puisque les règles prévues dans l'*APIE Canada-Venezuela* demeurent semblables à celles du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, il sera intéressant de voir si ces règles contribuent à assurer une protection aux investissements des sociétés minières canadiennes dans un autre État des Amériques et si les conclusions des tribunaux arbitraux concordent avec la décision rendue dans l'affaire *Glamis Gold Ltd.*

<sup>102</sup> Voir UNCTAD Database, *supra* note 22.

<sup>103</sup> Voir *ibid.*

<sup>104</sup> *Vannessa Ventures Ltd.*, *supra* note 22 aux pp 3-6.

<sup>105</sup> *APIE Canada-Venezuela*, *supra* note 71, art VII(1).

<sup>106</sup> Voir UNCTAD Database, *supra* note 22.

### C. Les nouvelles normes du régime de protection des IED dans les Amériques

Au-delà des normes qui ont été prévues dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA* et de l'interprétation qui en a été faite dans l'affaire *Glamis Gold Ltd.*, le droit international des investissements connaît une évolution des règles applicables aux IED. Alors que les différends qui ont eu lieu entre les investisseurs et les États ont incité ces derniers à revoir et à préciser les normes des AII<sup>107</sup>, certains auteurs parlent d'une nouvelle génération de ces accords qui est en train d'émerger<sup>108</sup>. Dans une étude publiée en 2007, la CNUCED a relevé que cette évolution était caractérisée par une définition plus stricte de l'investissement, un emploi de termes plus précis, une plus grande prise en compte des objectifs liés à l'intérêt public, une plus grande transparence et des changements dans les procédures de règlement des différends<sup>109</sup>. C'est dans cette optique que s'inscrit la publication, en 2004, d'un nouveau traité-type pour la négociation d'AII par le gouvernement canadien<sup>110</sup>. Il convient alors de voir comment cette évolution normative affecte les protections des sociétés minières canadiennes dans les Amériques<sup>111</sup>. Comme le démontre la définition plus stricte de la norme minimale de traitement (1), la clarification de ce qu'est une expropriation indirecte (2) et l'établissement d'exceptions générales (3), ces changements n'ont que très peu affecté les protections des IED.

#### 1. UNE DÉFINITION PLUS STRICTE DE LA NORME MINIMALE DE TRAITEMENT

Les dispositions des nouveaux AII signés par le Canada comprennent certaines clarifications à propos de la norme minimale de traitement qui se distinguent du texte initial de l'article 1105 de l'*ALÉNA*. Ainsi, l'article 5 de l'*APIE-type* spécifie que le « traitement juste et équitable » et la « protection et sécurité intégrales » ne correspondent pas à un traitement plus favorable que la norme minimale de traitement en droit international coutumier<sup>112</sup>. Le troisième paragraphe souligne aussi que la violation d'une disposition de l'accord ou d'un autre accord international n'entraîne pas une violation de l'article 5<sup>113</sup>. Depuis la publication de l'*APIE-type*, l'*APIE* entre le Canada et le Pérou incorpore textuellement ces dispositions relatives à la norme

<sup>107</sup> Voir Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IIA/2007/3 (2008) à la p 5 [CNUCED, *Investor-State Dispute Settlement*]; Newcombe et Paradell, *supra* note 1 à la p 61.

<sup>108</sup> Voir John Beechey et Antony Crocket, « New Generation of Bilateral Investment Treaties : Consensus or Divergence » dans Arthur W. Rovine, dir., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation : The Fordham Papers, Volume 2*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 5 à la p 5.

<sup>109</sup> CNUCED, *Investor-State Dispute Settlement*, *supra* note 107 à la p 71.

<sup>110</sup> *Accord entre le Canada et [Pays] pour la promotion et la protection des investissements*, 2004, en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/2004-FIPA-model-fr.pdf>> [*APIE-type*].

<sup>111</sup> Pour une présentation de l'évolution des normes procédurales, voir généralement Fortier, *supra* note 56.

<sup>112</sup> *APIE-type*, *supra* note 110, art 5(1) et 5(2).

<sup>113</sup> *Ibid* art 5(3).

minimale de traitement<sup>114</sup>, alors que les ALE avec le Pérou, la Colombie et le Panama s'en inspirent largement<sup>115</sup>.

Bien qu'elle soit utile et qu'elle permette d'éviter des interprétations divergentes de la part des tribunaux arbitraux, force est de constater que cette clarification n'apporte pas de réelles nouveautés sur le fond par rapport aux règles de l'*ALÉNA*. En fait, parce qu'il s'agit là du reflet de l'interprétation qui a été adoptée par la Commission de libre-échange de l'*ALÉNA* en 2001, cette spécification n'a que codifié une interprétation qui était déjà obligatoire pour les tribunaux arbitraux constitués sous le chapitre 11 de cet accord<sup>116</sup>. Ainsi, cette évolution ne saurait être considérée comme étant entièrement nouvelle et elle n'altère que marginalement les protections accordées aux sociétés minières canadiennes quant à leurs opérations dans les Amériques.

## 2. UNE CLARIFICATION DE L'EXPROPRIATION INDIRECTE

Dans le but de renforcer le pouvoir réglementaire des États en matière de protection de l'intérêt public, l'*APIE-type* du Canada comprend certaines spécifications quant à ce qui constitue une expropriation indirecte. Il est vrai que le libellé de l'article 13 du modèle, soit l'article qui concerne la protection des investissements étrangers contre l'expropriation, ne diffère que très peu de l'article 1110 de l'*ALÉNA*. En fait, selon le paragraphe 13(1) :

[a]ucune des Parties ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé directement, ou indirectement au moyen de mesures équivalant à une nationalisation ou à une expropriation [...] sauf si son action vise des fins d'intérêt public, respecte le principe de l'application régulière de la loi, [est] non discriminatoire et s'accompagne d'une indemnisation rapide, adéquate et effective<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> *Accord entre le Canada et la République du Pérou pour la promotion et la protection des investissements*, 14 novembre 2006, art 5, en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Canada-Peru10nov06-fr.pdf>> [*APIE Canada-Pérou*].

<sup>115</sup> *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, 29 mai 2008, art 805, en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/peru-toc-perou-tdm.aspx?lang=fra>> [*ALE Canada-Pérou*]; *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*, 21 novembre 2008, art 805, en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=fra>> [*ALE Canada-Colombie*]; *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Panama*, 14 mai 2010, art 9.06, en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/panama/panama-toc-panama-tdm.aspx?lang=fra>> [*ALE Canada-Panama*].

<sup>116</sup> Voir la partie 1.1.1. Voir aussi Andrew Newcombe, « Canada's New Model Foreign Investment Protection Agreement » (2004), en ligne : 30 CCIL Bulletin <[http://www.ccil-ccdi.ca/index.php?option=com\\_content&task=view&id=89&Itemid=112](http://www.ccil-ccdi.ca/index.php?option=com_content&task=view&id=89&Itemid=112)>; Lévesque, « Influence on the Canadian FIPA Model » *supra* note 26 à la p 257; Charles-Emmanuel Côté, « Chronique de droit international économique en 2004 : Investissement » (2005) 43 ACDI 486 à la p 490 [Côté, « Chronique »].

<sup>117</sup> *APIE-type*, *supra* note 110, art 13(1).

Toutefois, l'*APIE-type* du Canada innove par rapport aux dispositions de l'*ALÉNA* en renvoyant à l'annexe B.13(1) afin de clarifier la question de l'expropriation indirecte<sup>118</sup>. Sans fournir de définition, cette annexe souligne que la détermination qu'une mesure constitue une expropriation indirecte implique un examen au cas par cas, en considérant ses effets économiques, l'atteinte aux anticipations liées à l'investissement et la nature même de la mesure<sup>119</sup>. Cette démarche, aussi incluse dans le modèle américain de négociation des TBI, représente une codification d'un test qui a été élaboré aux États-Unis dans l'affaire *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* en 1978<sup>120</sup>. Qui plus est, l'annexe poursuit en spécifiant que « [s]auf dans de rares cas [...], ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement<sup>121</sup> ». Des annexes semblables à celle du traité-type sont aussi présentes dans l'*APIE Canada-Pérou* ainsi que dans les ALE que le Canada a signées avec le Pérou, la Colombie et le Panama<sup>122</sup>.

L'effet juridique de ces dispositions reste toutefois à être démontré<sup>123</sup>. Certes, les éléments à considérer afin de déterminer si une mesure constitue une expropriation indirecte sont pertinents. Dans la décision rendue dans l'affaire *Glamis Gold Ltd.*, la démarche du tribunal se rapproche d'ailleurs considérablement des éléments énoncés dans l'annexe<sup>124</sup>. Cependant, la spécification que des mesures non discriminatoires adoptées afin de protéger l'intérêt public ne constituent pas, sauf dans de rares cas, une expropriation indirecte peut sembler superflue. En fait, les interprétations de l'expropriation indirecte qui ont été élaborées dans les affaires jugées sous le régime de l'*ALÉNA* traduisent déjà cette volonté de ne pas nuire au pouvoir réglementaire des États en matière de protection de l'intérêt public. Comme le rappellent Newcombe et Paradell, « [a]lthough regulatory measures designed to protect environment, health, safety or ensure fair competition frequently impose regulatory and compliance costs on an investment, these will not normally reach the threshold of a substantial deprivation<sup>125</sup> ».

### 3. LES EXCEPTIONS GÉNÉRALES

Si la clarification de la norme minimale de traitement et de l'expropriation indirecte dans les nouveaux AII signés par le Canada s'inscrit en continuité avec les règles et la pratique de l'*ALÉNA*, l'établissement d'exceptions générales constitue

<sup>118</sup> *Ibid* art 13. Voir aussi Lévesque, « Influence on the Canadian FIPA Model », *supra* note 26 à la p 285.

<sup>119</sup> *APIE-type*, *supra* note 110 annexe B.13(1) (b).

<sup>120</sup> *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (1978) 438 U.S. 104. Voir aussi Lévesque, « Influence on the Canadian FIPA Model », *supra* note 26 à la p 290; Newcombe, *supra* note 116.

<sup>121</sup> *APIE-type*, *supra* note 110 annexe B.13(1) (c).

<sup>122</sup> *APIE Canada-Pérou*, *supra* note 114 annexe B.13(1); *ALE Canada-Pérou*, *supra* note 115 annexe 812.1; *ALE Canada-Colombie*, *supra* note 115 annexe 811; *ALE Canada-Panama*, *supra* note 115 annexe 9.11.

<sup>123</sup> Voir Côté, « Chronique », *supra* note 116 à la p 493.

<sup>124</sup> *Glamis Gold Ltd.*, *supra* note 20 au para 356.

<sup>125</sup> Newcombe et Paradell, *supra* note 1 à la p 357.

clairement une nouveauté sur le plan normatif, voire la principale nouveauté du régime<sup>126</sup>. En effet, cette inclusion au sein de l'*APIE-type* du Canada ne se retrouve ni dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, ni dans le modèle de TBI des États-Unis de 2004<sup>127</sup>. Certes, certaines exceptions ont été envisagées sous le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, notamment en ce qui a trait au traitement national, au traitement de la nation la plus favorisée, à la direction des investissements et à la prescription des résultats<sup>128</sup>. Par un système de listes annexées à l'accord, les États parties ont ainsi pu maintenir certaines mesures, même si elles ne sont pas conformes aux règles de ce chapitre. Or, en plus d'avoir conservé de telles exceptions à son article 9, l'*APIE-type* innove en établissant des exceptions générales selon lesquelles les États peuvent déroger à l'application de l'ensemble des dispositions de l'accord pour des raisons d'intérêt général<sup>129</sup>.

Plus précisément, le paragraphe 10(1) de l'*APIE-type* – tout comme le paragraphe 10(1) de l'*APIE Canada-Pérou* – souligne que les États peuvent adopter et exécuter des mesures « nécessaires » à la protection de la santé des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux et à la conservation des ressources naturelles dans l'optique où ces mesures ne constituent pas une « discrimination arbitraire ou injustifiable » ou une « restriction déguisée au commerce ou à l'investissement internationaux »<sup>130</sup>. En s'inspirant de la structure de l'article XX de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*<sup>131</sup>, ces dispositions ouvrent ainsi la porte à l'adoption de diverses mesures qui pourraient, tout en étant contraires aux autres dispositions d'un AII, être justifiées par des raisons d'intérêt public. Tant qu'elles ne sont pas choisies au détriment de possibilités qui seraient moins restrictives pour les investissements étrangers et qu'elles ne sont pas utilisées à des fins protectionnistes, l'État hôte pourrait, conformément à l'article 10(1) de ces accords, adopter de telles mesures<sup>132</sup>. De plus, les deuxième et troisième paragraphes de l'article 10 prévoient des exceptions concernant des mesures applicables au secteur financier, tandis que les paragraphes 10(4) et 10(5) renvoient à la sécurité des États<sup>133</sup>. Enfin, les exceptions générales stipulent aussi que les industries culturelles ne sont pas concernées par les dispositions de l'*APIE*<sup>134</sup>.

Outre le caractère nouveau de ces exceptions et bien que le Canada semble parvenir à étendre ces dispositions dans le régime des investissements dans les Amériques, certaines interrogations demeurent quant à leurs effets juridiques concrets. À cet égard, bien que l'on puisse croire que ces exceptions contribuent à

<sup>126</sup> Voir Côté, « Chronique », *supra* note 116 à la p 491.

<sup>127</sup> Voir Newcombe, *supra* note 116.

<sup>128</sup> *ALÉNA*, *supra* note 21, art 1108.

<sup>129</sup> *APIE-type*, *supra* note 110, art 9-10. Voir aussi Carreau et Juillard, *supra* note 40 à la p 445; Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *International Investment Law : Understanding Concepts and Tracking Innovations*, Paris, OCDE, 2008 aux pp 178-179 [OCDE, *International Investment Law*].

<sup>130</sup> *APIE-type*, *supra* note 110, art 10(1); *APIE Canada-Pérou*, *supra* note 114, art 10(1).

<sup>131</sup> *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 RTNU 187 [GATT de 1947].

<sup>132</sup> Voir Lévesque, « Influence on the Canadian FIPA Model », *supra* note 26 à la p 274; Côté, « Chronique », *supra* note 116 à la p 492.

<sup>133</sup> *APIE-type*, *supra* note 110, art 10; *APIE Canada-Pérou*, *supra* note 114, art 10.

<sup>134</sup> *APIE-type*, *ibid*, art 10(6); *APIE Canada-Pérou*, *ibid*, art 10(6).

renforcer le pouvoir réglementaire des États dans les domaines de la protection de la santé et de l'environnement, il semble que les interprétations des dispositions de l'*ALÉNA* allaient déjà dans ce sens<sup>135</sup>. Par exemple, comme il en a été question précédemment, la décision rendue par le tribunal arbitral dans l'affaire *Glamis Gold Ltd.* démontre qu'une mesure qui est conforme à la norme minimale de traitement et qui n'a pas un impact suffisant sur la valeur de l'investissement demeure licite. Dans l'affaire *S.D. Myers Inc.*, le tribunal a affirmé que même en présence de dispositions semblables à l'article XX du *GATT de 1947* dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, la mesure du gouvernement canadien n'aurait pas pu être justifiée, étant donné ses visées protectionnistes<sup>136</sup>. Parce que l'impact juridique de ces exceptions reste à être démontré, on ne saurait affirmer que cette nouveauté affecte, pour l'instant, le régime des investissements dans les Amériques applicable aux sociétés minières canadiennes.

Somme toute, il existe une évolution des normes applicables aux sociétés minières canadiennes dans les Amériques. Sur le plan des droits substantifs des investisseurs, l'élaboration d'exceptions générales, tout comme les précisions liées à la norme minimale de traitement et à l'expropriation indirecte, traduisent une certaine volonté de préserver le pouvoir réglementaire des États en matière de protection de la santé et de l'environnement. Par contre, en considérant l'impact juridique potentiel de cette évolution, il importe d'insister sur le fait que ces nouveautés ne s'éloignent que très peu du régime initial du chapitre 11 de l'*ALÉNA* et que les protections juridiques fondamentales des investisseurs et des IED n'ont été que marginalement affectées<sup>137</sup>.

La recherche d'un équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs étrangers dans le régime des investissements applicable aux sociétés minières canadiennes dans les Amériques s'est donc réalisée, en partie du moins, par une évolution des droits des investisseurs auxquels ont consenti les États dans les AII. Il est vrai que les protections accordées initialement aux investisseurs par le chapitre 11 de l'*ALÉNA* ont connu certaines limites dans l'affaire *Glamis Gold Ltd.*, démontrant ainsi que ces garanties ne peuvent pas interférer avec le pouvoir des États de réglementer pour l'intérêt public. Néanmoins, en comparant les nouvelles normes en matière de protection des IED aux dispositions du chapitre 11 de l'*ALÉNA*, force est d'admettre que cette évolution continue de préserver les droits des investisseurs étrangers. Si elles paraissent désormais plus précises et visent à favoriser le pouvoir des États hôtes des investissements de réglementer afin de protéger l'environnement et la société, la faible portée des effets juridiques découlant jusqu'ici de ces nouvelles normes prouve que cette évolution préserve les protections fondamentales des investisseurs.

---

<sup>135</sup> Voir Côté, « Chronique », *supra* note 116 à la p 492.

<sup>136</sup> *S.D. Myers Inc.*, *supra* note 34 au para 298. Voir aussi Newcombe et Paradell, *supra* note 1 à la p 505.

<sup>137</sup> Gilbert Gagné et Jean-Frédéric Morin, « The Evolving American Policy on Investment Protection : Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT » (2006) 9:2 *J. Int'l Econ L* 357 à la p 382.

## II. L'intégration de responsabilités dans le régime des investissements

Outre l'évolution de la protection juridique des sociétés minières canadiennes, les innovations au sein du régime des investissements dans les Amériques sont aussi caractérisées par une tentative d'intégrer des responsabilités qui incombent aux différents acteurs. En effet, en plus de l'importance de réduire les incertitudes politiques liées à l'IED, des préoccupations concernant les effets des activités des investisseurs étrangers ont émergé dans le droit international des investissements<sup>138</sup>. *A priori*, ces préoccupations peuvent paraître surprenantes, étant donné que l'imposition d'obligations aux investisseurs étrangers se butte à la non sujétion de ces acteurs en droit international public<sup>139</sup>. Le droit international des investissements ne comprend, à cet égard, aucune obligation juridiquement contraignante qui s'adresse directement aux investisseurs étrangers. Pourtant, la recherche d'un équilibre entre les droits et les obligations des sociétés minières au sein du régime des investissements dans les Amériques s'est effectivement traduite par l'intégration d'initiatives et de dispositions de natures diverses qui visent à responsabiliser les États et, indirectement, les investisseurs étrangers. Même si le régime des investissements dans les Amériques tend vers une plus grande prise en compte des obligations des investisseurs étrangers, force est de constater que ces initiatives ne permettent pas de pallier le déséquilibre juridique des AII. En effet, alors que les obligations juridiques concernent les États et non les investisseurs étrangers (A), ce dynamisme n'a abouti qu'à une promotion de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) à laquelle peuvent adhérer volontairement les sociétés minières canadiennes (B).

### A. Des obligations qui concernent les États plutôt que les investisseurs étrangers

Étant donné la non sujétion des investisseurs étrangers, les seules dispositions du régime des investissements dans les Amériques qui imposent des obligations juridiquement contraignantes concernent les acteurs étatiques. Alors que

<sup>138</sup> Voir Peter Muchlinski, « Corporate Social Responsibility » dans Peter Muchlinski, Frederico Ortino et Christoph Schreuer, dir., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 637 à la p 638.

<sup>139</sup> Même en ce qui a trait aux protections juridiques applicables aux investisseurs étrangers, ces protections découlent d'engagements pris par les États. Ainsi, les investisseurs étrangers, en général, et les sociétés minières, en particulier, demeurent des sujets dérivés du droit international public. Selon le tribunal arbitral dans l'affaire *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c Mexique*, « *the proper interpretation of the NAFTA does not substantiate that investors have individual rights. [...] Chapter Eleven does not provide individual substantive rights for investors, but rather complements the promotion and the protection standards of the rules regarding the protection of aliens under customary international law.* » *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c Mexique* (2007) (Mécanisme supplémentaire du CIRDI) au para 171 (Sentence sur le fond), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/ADMTateRedactedAward.pdf>>. Voir aussi Côté, *Participation des personnes privées*, *supra* note 2 à la p 262; Sacerdoti, *supra* note 66 à la p 414.

des règles des AII visent à éviter que les États assouplissent leurs réglementations nationales en matière de santé, de sécurité et d'environnement (1), des mécanismes juridiques plus complexes ont été élaborés dans le cadre d'accords parallèles aux ALE que le Canada a signés avec des pays des Amériques (2).

#### 1. LES DISPOSITIONS VISANT À CONTRER L'ASSOULISSEMENT DES MESURES RÉGLEMENTAIRES DANS LES AII

Lorsque les activités des investisseurs étrangers ont un impact considérable sur l'environnement et la société, ces entreprises peuvent être tentées d'orienter leurs investissements vers des États où les normes environnementales et sociales sont moins élevées<sup>140</sup>. En l'espèce, puisque les activités des sociétés minières ont un impact considérable sur le plan environnemental et sur les sociétés dans lesquelles elles opèrent, il est évident que les contraintes découlant de la réglementation nationale peuvent influencer le choix du lieu des investissements de ces entreprises. C'est dans cette optique que des organisations non gouvernementales et des syndicats ont effectué des pressions afin de veiller à ce que les AII comprennent des dispositions liées à la protection de l'environnement et à l'établissement de normes de travail élevées<sup>141</sup>.

Afin de répondre à ces pressions, les États ont choisi d'intégrer des dispositions destinées à éviter que la promotion d'IED sur leur territoire soit favorisée par une plus faible application de leurs réglementations nationales. Sans viser à renforcer les réglementations internes des États<sup>142</sup>, l'article 1114(2) de l'*ALÉNA* stipule ainsi que :

[l]es Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur<sup>143</sup> [nous soulignons].

Dans l'éventualité où un État partie à l'accord estime qu'un autre État a eu recours à un tel encouragement, la tenue de consultations pourra être demandée afin d'éviter cette pratique<sup>144</sup>. Outre le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, l'adoption de telles dispositions a été étendue à d'autres AII, de sorte qu'elles sont désormais présentes dans tous les chapitres concernant l'investissement des ALE signés par le Canada avec un État des Amériques, à l'exception de celui signé avec le Costa Rica<sup>145</sup>. De

<sup>140</sup> Voir Trebilcock et Howse, *supra* note 54 aux pp 549-550.

<sup>141</sup> Voir Beechey et Crocket, *supra* note 108 à la p 20.

<sup>142</sup> Voir *ibid* à la p 20.

<sup>143</sup> *ALÉNA*, *supra* note 21, art 1114(2).

<sup>144</sup> *Ibid* art 1114(2).

<sup>145</sup> *Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*, 5 décembre 1996, 36 ILM 1067, art G-14(2) (entrée en vigueur : 1997) [*ALE Canada-Chili*]; *ALE Canada-Pérou*, *supra* note 115, art 809; *ALE Canada-Colombie*, *supra* note 115, art 815; *ALE Canada-Panama*, *supra* note 115, art 9.16. En ce qui

surcroît, depuis la publication de son *APIE-type* en 2004, le Canada tente d'intégrer ces dispositions visant à contrer l'assouplissement des mesures réglementaires par les États dans les TBI auxquels il est partie<sup>146</sup>. Ainsi, l'article 11 de l'*APIE Canada-Pérou* est semblable au libellé du paragraphe 1114(2) de l'*ALÉNA*<sup>147</sup>.

Bien qu'une telle formulation traduise explicitement le danger que les États encouragent une course vers le bas (« *race to the bottom*<sup>148</sup> ») par les investisseurs étrangers, certaines nuances doivent être apportées quant à ses effets juridiques. En effet, il semble que ces dispositions soient inadéquates pour effectivement prévenir un assouplissement des mesures nationales. D'une part, parce qu'il stipule « [qu'] une Partie ne devrait pas<sup>149</sup> » avoir recours à un tel encouragement, le libellé même de ces articles s'éloigne d'une réelle obligation juridique. Comparativement aux autres obligations qui incombent aux États dans les AII, l'emploi du conditionnel plutôt que du futur simple semble suggérer que ces dispositions sont moins contraignantes pour les États parties. D'autre part, l'unique possibilité d'avoir recours à des consultations dans l'éventualité où un État procéderait à un assouplissement de ces mesures internes ne constitue pas un moyen adéquat pour remédier à la situation. Ces dispositions ne permettent, en soi, aucun processus d'enquête pouvant mener à un mécanisme de règlement des différends<sup>150</sup>. Ces lacunes permettent d'ailleurs de justifier l'émergence d'une procédure de règlement des différends beaucoup plus complexe dans le cadre des accords parallèles aux ALE qui ont été signés par le Canada.

## 2. LES ACCORDS PARALLÈLES AUX ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE

Alors qu'ils ont émergé lors des négociations de l'*ALÉNA*, les accords parallèles aux ALE signés par le Canada avec d'autres États des Amériques reflètent les mêmes objectifs que les dispositions des AII visant à contrer une application plus souple des réglementations internes des États<sup>151</sup>. En effet, la peur du Congrès

---

concerne les règles liées à l'investissement de l'*Accord de libre-échange Canada Costa Rica*, 23 avril 2001 (entrée en vigueur : 2002), en ligne : Secrétariat de l'ALÉNA – Section canadienne <<http://www.nafta-alena.gc.ca/fr/view.aspx?x=301>> [*ALE Canada-Costa Rica*] l'article VIII.2 renvoie à l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Costa Rica pour l'encouragement et la protection des investissements*, 18 mars 1998 (entrée en vigueur : 1999), en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/COSTARICA-F.PDF>>.

<sup>146</sup> *APIE-type*, *supra* note 110, art 11.

<sup>147</sup> *APIE Canada-Pérou*, *supra* note 114, art 11. En fait, il semble que des dispositions semblables à l'art 1114(2) ne soient intervenues dans les APIE du Canada qu'à partir de la publication de l'*APIE-type* de 2004.

<sup>148</sup> Voir David Blair, « The Liberalization, Environmental Regulation and the Limits of Reformism: the North American Experience » (2008) 17:5 *Envtl. Pol.* 693 à la p 693; Trebilcock et Howse, *supra* note 54 à la p 550.

<sup>149</sup> Voir Trebilcock et Howse, *ibid* à la p 550.

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> Voir Thomas A. Hockin, « The World Trade Organization, the North American Free Trade Agreement, and the Challenge of Sustainable Development », dans John J. Kirton et Michael J. Trebilcock, dir., *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*,

américain que le Mexique réduise ses mesures nationales afin d'attirer les IED sur son territoire, conjuguée aux pressions politiques des ONG et des syndicats, ont amené les États-Unis à initier les négociations de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACDT)* et de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE)*<sup>152</sup>. Ces deux accords ont permis la mise sur pied de mécanismes juridiques plus détaillés que les consultations prévues au paragraphe 1114(2) de l'*ALÉNA*. Qui plus est, puisqu'ils portent sur des domaines qui sont intimement liés aux activités de ces entreprises, l'analyse des accords parallèles aux ALE revêt une pertinence particulière dans le cadre de l'étude de l'évolution du régime des investissements dans les Amériques applicable aux sociétés minières canadiennes.

L'essence même de ces accords parallèles est de permettre une certaine surveillance, par les États parties à l'*ALÉNA*, afin de s'assurer que les autres États respectent leur propre droit interne<sup>153</sup>. Plus spécifiquement, l'*ANACDT* et l'*ANACDE* ont pour objectifs d'améliorer les conditions de travail et le niveau de protection de l'environnement sur les territoires des États parties, notamment par une coopération accrue entre les États<sup>154</sup>. Sans établir de normes, ces accords imposent aux États une obligation de promouvoir l'observation de leurs législations en matière de travail et d'environnement, ainsi que d'en assurer une application efficace par la mise en œuvre de mesures gouvernementales appropriées<sup>155</sup>. En d'autres termes, les dispositions de l'*ANACDT* et de l'*ANACDE* reprennent l'idée que la circulation de marchandises, de services et de capitaux ne doit pas être encouragée au détriment de l'application des mesures internes en matière de travail et d'environnement.

L'ensemble de cette surveillance interétatique relève de l'établissement d'une Commission de coopération dans le domaine du travail et d'une Commission de coopération environnementale dont les organes sont impliqués dans le mécanisme de règlement des différends<sup>156</sup>. À cet égard, si un État constate qu'un autre État partie à l'*ALÉNA* omet de façon systématique d'assurer une application efficace de sa législation en matière de travail ou d'environnement, le premier État peut demander, par écrit, des consultations avec l'autre partie<sup>157</sup>. Après cette phase de consultations obligatoires, les États peuvent demander que l'allégation soit analysée par le Conseil

---

Aldershot, Ashgate Publishing, 2004, 253 à la p 258.

<sup>152</sup> *Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*, Canada, États-Unis, Mexique, 14 septembre 1993, 32 ILM 1499 (entrée en vigueur : 1994) [*ANACDT*]; *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, Canada, États-Unis, Mexique, 14 septembre 1993, 32 ILM 1480 (entrée en vigueur : 1994)[*ANACDE*]. Voir aussi Gagné et Morin, *supra* note 137 à la p 379.

<sup>153</sup> Voir généralement Côté, *Participation des personnes privées*, *supra* note 2 aux pp 371-379; Trebilcock et Howse, *supra* note 54 aux pp 551-553 et 576.

<sup>154</sup> *ANACDT*, *supra* note 152, art 1 (a) et (c); *ANACDE*, *supra* note 152, art 1 (a) et (c).

<sup>155</sup> *ANACDT*, *ibid*, art 3; *ANACDE*, *ibid*, art 5.

<sup>156</sup> *ANACDT*, *ibid*, art 8; *ANACDE*, *ibid*, art 8.

<sup>157</sup> *ANACDT*, *ibid*, art 27(1); *ANACDE*, *ibid*, art 22(1). En ce qui a trait aux consultations dans le cadre de l'*ANACDT*, des consultations ministérielles et la remise d'un rapport par un Comité évaluatif d'experts doivent toutefois précéder la demande de consultations avec un autre État partie : *ANACDT*, *ibid*, art 22, 23 et 26.

de la Commission appropriée dans une séance extraordinaire<sup>158</sup>. Dans l'éventualité où le différend n'est pas réglé à cette étape, le Conseil établit, à la suite d'une demande d'une partie consultante et d'un vote des deux tiers du Conseil, un groupe spécial arbitral devant déterminer si l'État a réellement omis d'assurer une application efficace de sa législation<sup>159</sup>. Si un État visé par la plainte est reconnu par le groupe spécial ne pas avoir fait respecter de façon efficace sa législation nationale, les parties contestantes élaborent un plan d'action afin de corriger cet encouragement illicite<sup>160</sup>. Au final, si l'État ne met pas en œuvre le plan d'action, il s'expose à une compensation monétaire déterminée par le groupe spécial<sup>161</sup>. Pour le Canada, l'ordonnance de payer une compensation monétaire ou de se conformer au plan d'action après qu'une compensation monétaire ait été déterminée est exécutoire devant les tribunaux nationaux<sup>162</sup>.

Bien que ces processus puissent permettre une plus grande responsabilisation des États en ce qui concerne l'application efficace de leur législation nationale, il importe de spécifier que les États parties à l'*ANACDT* et à l'*ANACDE* n'ont jamais utilisé ces mécanismes interétatiques de règlement des différends. Parce qu'il existe une aversion certaine des États à avoir recours à ces mécanismes, les dispositions des accords parallèles à l'*ALÉNA* dans les domaines du travail et de l'environnement sont, jusqu'ici, demeurées lettre morte<sup>163</sup>. En fait, ces accords ont plutôt été utilisés par des personnes privées afin de dénoncer l'omission des États d'appliquer efficacement leur législation nationale. Ainsi, en ce qui a trait à l'*ANACDT*, le public peut soumettre des communications à un Bureau administratif national à propos de l'application de la législation du travail sur le territoire d'un autre État partie<sup>164</sup>. Du côté de l'*ANACDE*, un processus de soumission de communications au Secrétariat de la Commission de coopération environnementale peut aboutir à la publication d'un dossier factuel concernant l'application de la législation environnementale par un État<sup>165</sup>. Même si ces mécanismes ont parfois fait l'objet de vives critiques<sup>166</sup>, force est d'admettre que les processus de participation du public dans l'*ANACDT* et l'*ANACDE* permettent de pallier le manque de volonté des États à utiliser les mécanismes de règlement des

<sup>158</sup> *ANACDT, ibid*, art 28; *ANACDE, ibid*, art 23.

<sup>159</sup> *ANACDT, ibid*, art 29; *ANACDE, ibid*, art 24.

<sup>160</sup> *ANACDT, ibid*, art 38; *ANACDE, ibid*, art 33.

<sup>161</sup> *ANACDT, ibid*, art 39(4)(b); *ANACDE, ibid*, art 34(4)(b).

<sup>162</sup> *ANACDT, ibid*, annexe 41A ; *ANACDE, ibid*, annexe 36A. Ces éléments permettent d'éviter que l'omission de payer une compensation monétaire ou de se conformer au plan d'action après que la compensation monétaire ait été déterminée entraîne la suspension d'avantages de l'*ALÉNA* envers le Canada. Voir *ANACDT, ibid*, art 41(1) et 41(2); *ANACDE, ibid*, art 36(1) et 36(2).

<sup>163</sup> Voir par exemple John H. Knox, « A New Approach to Compliance with International Environmental Law : The Submissions Procedure of the NAFTA Environmental Commission » (2001) 28 Ecology LQ 1 à la p 59.

<sup>164</sup> Voir *ANACDT, supra* note 152 art 16(3);

<sup>165</sup> Voir *ANACDE, supra* note 152, art 14-15. Voir aussi généralement Malgosia Fitzmaurice, « Public Participation in the North American Agreement on Environmental Cooperation » (2003) 52:2 ICLQ 333; David L. Markell, « The Commission for Environmental Cooperation's Citizen Submission Process » (1999) 12 Geo Int'l Envtl L Rev 545.

<sup>166</sup> Voir par exemple Chris Wold et al., « The Inadequacy of the Citizen Submission Process of Articles 14 & 15 of the North American Agreement on Environmental Cooperation » (2003) 26 Loy LA Int'l & Comp L Rev 415.

différents interétatiques et qu'ils reconnaissent le rôle légitime des personnes privées dans la protection des normes du travail et de l'environnement<sup>167</sup>.

Depuis la signature de l'*ANACDT* et l'*ANACDE*, le régime des investissements dans les Amériques a vu ce type d'accords parallèles aux ALE proliférer<sup>168</sup>. En fait, en ce qui a trait aux ALE auxquels le Canada est partie, la signature d'accords parallèles portant sur les domaines du travail et de l'environnement apparaît désormais comme étant une constante<sup>169</sup>. Certes, certaines nuances demeurent lorsque l'on compare ces accords les uns par rapport aux autres. Par exemple, l'Accord de coopération environnementale signé entre le Canada et le Costa Rica ne prévoit pas de mécanisme qui dépasse les consultations entre les parties<sup>170</sup>. Les mécanismes de participation du public en matière de coopération environnementale ont aussi une portée beaucoup plus limitée. L'Accord de coopération environnementale entre le Canada et le Costa Rica se limite ainsi à des

<sup>167</sup> Voir Côté, *Participation des personnes privées*, *supra* note 2 à la p 377.

<sup>168</sup> Voir OCDE, *International Investment Law*, *supra* note 129 aux pp 186-194.

<sup>169</sup> Pour l'*ALE Canada-Chili*, voir *Accord de coopération dans le domaine du travail entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, 6 février 1997, 36 I.L.M. 1213; *Accord de coopération environnementale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili*, Canada et République du Chili, 6 février 1997, 36 I.L.M. 1193 (entrée en vigueur : 1997). Pour l'*ALE Canada-Costa Rica*, voir *Accord de coopération dans le domaine du travail entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Costa Rica*, Canada et République du Costa Rica, 23 avril 2001 (entrée en vigueur : 2002), en ligne : Ministère des Ressources humaines et du développement des compétences <[http://www.rhdcc.gc.ca/fra/pt/psait/acdt/08accord\\_canada\\_costaricain.shtml](http://www.rhdcc.gc.ca/fra/pt/psait/acdt/08accord_canada_costaricain.shtml)>; *Accord de coopération environnementale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Costa Rica*, Canada et République du Costa Rica, 23 avril 2001 (entrée en vigueur : 2002), en ligne : Environnement Canada <<http://www.ec.gc.ca/caraib-carib/default.asp?lang=Fr&n=7A53E0C4-1>> [*Accord environnement Canada-Costa Rica*]. Pour l'*ALE Canada-Pérou*, voir *Accord de coopération dans le domaine du travail entre le Canada et la République du Pérou*, Canada et République du Pérou, 29 mai 2008 (entrée en vigueur : 2009), en ligne : Ministère des Ressources humaines et du développement des compétences <[http://www.rhdcc.gc.ca/fra/travail/accords\\_collective/ACPCT/ACPCT.pdf](http://www.rhdcc.gc.ca/fra/travail/accords_collective/ACPCT/ACPCT.pdf)> [*Accord travail Canada-Pérou*]; *Accord sur l'environnement entre le Canada et la République du Pérou*, Canada et République du Pérou, 29 mai 2008 (entrée en vigueur : 2009), en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <[http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Canada-Peru\\_Environment-fr.pdf](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Canada-Peru_Environment-fr.pdf)> [*Accord environnement Canada-Pérou*]. Pour l'*ALE Canada-Colombie*, voir *Accord de coopération dans le domaine du travail entre le Canada et la République de Colombie*, Canada et République de Colombie, 21 novembre 2008 (entrée en vigueur : 2011), en ligne : Ministère des Ressources humaines et du développement des compétences <[http://www.rhdcc.gc.ca/fra/travail/accords\\_collective/acct/Colombia-LabourAgreement.pdf](http://www.rhdcc.gc.ca/fra/travail/accords_collective/acct/Colombia-LabourAgreement.pdf)> [*Accord travail Canada-Colombie*]; *Accord sur l'environnement entre le Canada et la République de Colombie*, Canada et République de Colombie, 21 novembre 2008 (entrée en vigueur : 2011), en ligne : Ministère des Ressources humaines et du développement des compétences <[http://www.rhdcc.gc.ca/fra/travail/accords\\_collective/acct/Canada-Colombia\\_LCA.pdf](http://www.rhdcc.gc.ca/fra/travail/accords_collective/acct/Canada-Colombia_LCA.pdf)> [*Accord environnement Canada-Colombie*]. Pour l'*ALE Canada-Panama*, voir *Accord de coopération dans le domaine du travail entre le Canada et la République du Panama*, Canada et République du Panama, 14 mai 2010, en ligne : Ministère des Ressources humaines et du développement des compétences <[http://www.rhdcc.gc.ca/fra/travail/travail\\_mondialisation/ait/pdf/acpct.pdf](http://www.rhdcc.gc.ca/fra/travail/travail_mondialisation/ait/pdf/acpct.pdf)> [*Accord travail Canada-Panama*]; *Accord sur l'environnement entre le Canada et la République du Panama*, Canada et République de Panama, 14 mai 2010, en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Panama-EnvironmentAgreement-16-April-2010-fra.pdf>> [*Accord environnement Canada-Panama*].

<sup>170</sup> *Accord environnement Canada-Costa Rica*, *ibid*, art 13.

points de service pour les communications entre le public et les États, sans que la constitution de dossier factuel ne soit possible<sup>171</sup>. D'autres accords ne prévoient pas de mécanismes qui dépassent la possibilité pour les personnes privées d'adresser des questions écrites à un État partie par l'intermédiaire d'un agent coordonnateur national<sup>172</sup>. Outre ces différences, la prolifération d'accords parallèles démontre néanmoins une volonté d'intégrer des obligations qui incombent directement aux États afin d'assurer une protection de l'environnement et des normes de travail, ainsi que d'établir un mécanisme de règlement des différends plus élaboré.

L'intégration de mesures visant à empêcher les États d'assouplir leurs réglementations internes en matière de santé, de sécurité et d'environnement dans les AII, ainsi que l'élaboration d'accords parallèles aux ALE signés par le Canada, démontrent une certaine intégration d'obligations dans ce régime. Afin de répondre aux pressions politiques de divers groupes sociaux ou environnementaux et malgré l'impossibilité d'imposer directement des obligations aux investisseurs étrangers, une responsabilisation des États est clairement perceptible. En ce qui concerne les sociétés minières, plutôt que de les contraindre directement à limiter l'impact de leurs activités sur l'environnement et la société, les États doivent protéger l'intérêt général en s'engageant eux-mêmes à ne pas réduire leur niveau de protection.

## **B. La promotion de la responsabilité sociale des entreprises pour les sociétés minières**

Même si le droit international des investissements ne saurait contraindre les activités des sociétés minières canadiennes dans les États hôtes de leurs IED, le régime international des investissements dans les Amériques connaît une importante évolution quant aux tentatives de responsabiliser les investisseurs étrangers. C'est dans cette optique que, dans la politique commerciale canadienne, « le programme de négociation du Canada en matière d'APIE est complété par la promotion des principes et des normes de la responsabilisation sociale des entreprises<sup>173</sup> » [nous soulignons]. Alors que l'industrie minière est considérée comme étant une industrie clé en la matière<sup>174</sup>, la RSE renvoie aux obligations que les entreprises s'imposent à elles-mêmes afin de limiter l'impact négatif de leurs activités dans les sociétés où elles opèrent<sup>175</sup>. Les campagnes de différentes ONG quant à l'impact environnemental et social des sociétés minières ont amené certaines de ces entreprises à adopter une conduite qui va au-delà des exigences des mesures réglementaires qui s'imposent à elles<sup>176</sup>. Afin de favoriser la diffusion de cette responsabilisation volontaire des sociétés minières, les AII récemment signés entre le Canada et un État des Amériques

<sup>171</sup> *Accord environnement Canada-Costa Rica, ibid*, art 11.

<sup>172</sup> *Accord environnement Canada-Pérou, supra* note 169169, art 4(4); *Accord environnement Canada-Colombie, supra* note 169, art 4(4); *Accord environnement Canada-Panama, supra* note 169, art 14(1).

<sup>173</sup> Voir Ministère des Affaires étrangères et du commerce international, *Pourquoi négocier un accord de promotion et de protection de l'investissement étranger (APIE)?* 2010, en ligne MAECI <[http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/what\\_fipa.a\\_spx?lang=fra&menu\\_id=64&menu=R](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/what_fipa.a_spx?lang=fra&menu_id=64&menu=R)>.

(1) ainsi que diverses initiatives canadiennes (2) assurent une promotion de la RSE, sans toutefois parvenir à imposer des obligations juridiquement contraignantes à ces entreprises.

## 1. LA RÉCENTE INTÉGRATION DE LA RSE DANS LES AII

Le fait que les investisseurs étrangers ne constituent pas des sujets primaires du droit international public n'a pas empêché l'élaboration de nombreux instruments internationaux qui tentent de pallier l'absence de responsabilités de ces acteurs dans les traités juridiquement contraignants<sup>177</sup>. Selon Kirton et Trebilcock, l'émergence de cette « *soft law* » implique des « *regimes that rely primarily on the participation and resources of nongovernmental actors in the construction, operation, and implementation of a governance arrangement* »<sup>178</sup>. Il est vrai que les instruments découlant de cette « *soft law* » manquent de mécanismes de surveillance et que leur prolifération peut amener une incertitude face aux autres sources du droit international qui sont juridiquement contraignantes<sup>179</sup>. L'élaboration de ces instruments peut aussi être une solution favorisée par les États afin d'éviter de conclure de réels engagements juridiques<sup>180</sup>. Il convient tout de même de reconnaître que les initiatives internationales favorisant la RSE demeurent des possibilités intéressantes lorsque l'action des États stagne, détiennent une plus grande légitimité auprès des acteurs qui les appliquent et favorisent une meilleure participation de la société civile dans la gouvernance mondiale<sup>181</sup>. En d'autres termes, sans parvenir à imposer des obligations juridiquement contraignantes, l'ensemble de ces initiatives volontaires permet un complément aux sources du droit international des investissements<sup>182</sup>.

<sup>174</sup> Voir Heledd Jenkins et Natalia Yakovleva, « Corporate Social Responsibility in the Mining Industry : Exploring Trends in Social and Environmental Disclosure » (2006) 14 *J Cleaner Production* 271 à la p 272.

<sup>175</sup> Voir Hevina S. Dashwood, « Corporate Social Responsibility and the Evolution of International Norms » dans John J. Kirton et Michael J. Trebilcock, dir., *Hard Choices, Soft Law : Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2004, 189 à la p 197 [Dashwood, « Corporate Social Responsibility »]; Muchlinski, *supra* note 138 à la p 641.

<sup>176</sup> Voir Jenkins et Yakovleva, *supra* note 174 à la p 272; Hevina S. Dashwood, « Canadian Mining Companies and Corporate Social Responsibility : Weighing the Impact of Global Norms » (2007) 40:1 *Can J Pol Science* 129 à la p 140.

<sup>177</sup> Voir Muchlinski, *supra* note 138 à la p 656.

<sup>178</sup> John J. Kirton et Michael J. Trebilcock, « Introduction : Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance » dans John J. Kirton et Michael J. Trebilcock, dir., *Hard Choices, Soft Law : Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2004, 3 à la p 9.

<sup>179</sup> Voir *ibid* à la p 6.

<sup>180</sup> Voir Nicholas Bayne, « Hard and Soft Law in International Institutions : Complements, Not Alternatives » dans John J. Kirton et Michael J. Trebilcock, dir., *Hard Choices, Soft Law : Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2004, 347 à la p 351.

<sup>181</sup> Voir Kirton et Trebilcock, *supra* note 178 à la p 5.

<sup>182</sup> Voir Dashwood, « Corporate Social Responsibility », *supra* note 175 à la p 189.

À cette fin, différentes organisations et forums internationaux se sont montrés préoccupés par la nécessité d'inclure des responsabilités aux investisseurs étrangers au sein du régime international de l'investissement. Sans devoir reprendre l'ensemble de ces initiatives, soulignons simplement qu'un nouvel élan quant à la responsabilisation volontaire des investisseurs étrangers est apparu depuis le tournant des années 2000. En effet, en 1999, le Secrétaire général des Nations unies a lancé le *Pacte mondial des Nations Unies*<sup>183</sup> (*Pacte mondial*), soit un ensemble de dix principes auxquels peuvent adhérer les entreprises et qui visent à promouvoir la protection des droits de la personne, des droits du travail, de l'environnement, ainsi que la lutte contre la corruption. La révision des *Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales*<sup>184</sup> (*Principes directeurs de l'OCDE*) et de la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*<sup>185</sup> de l'Organisation internationale du travail (*Déclaration tripartite de l'OIT*) en 2000 a aussi démontré de récentes préoccupations quant à la RSE. De plus, en 2003, la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme des Nations unies a adopté les *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises*<sup>186</sup> (*Normes des Nations unies*). Enfin, en ce qui concerne plus spécifiquement les Amériques, la Banque interaméricaine de développement organise une conférence annuelle intitulée *Inter American Conference on Corporate Social Responsibility* depuis 2003<sup>187</sup>.

Malgré la densité des instruments visant à favoriser la responsabilisation volontaire des investisseurs étrangers, l'absence de contrainte juridique est clairement reflétée dans l'ensemble de ces initiatives<sup>188</sup>. Par exemple, le texte des *Principes directeurs de l'OCDE* souligne que ces derniers « sont des recommandations que les gouvernements adressent conjointement aux entreprises multinationales [et que leur respect] par les entreprises est volontaire et n'a pas un caractère obligatoire<sup>189</sup> » [nous soulignons]. Le préambule de la *Déclaration tripartite de l'OIT* mentionne, dans le même ordre d'idées, que le Conseil d'administration de l'OIT « invite les gouvernements des États Membres de l'OIT, les organisations d'employeurs et de

<sup>183</sup> United Nations Global Compact, « Le Pacte mondial » 2000, en ligne: United Nations Global Compact <<http://www.unglobalcompact.org/>>. [*Pacte mondial*].

<sup>184</sup> Voir l'annexe I de Organisation de coopération et de développement économiques, *La Déclaration et les décisions de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales*, Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises et Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, DAFFE/IME(2000)20 (2000) [*Principes directeurs de l'OCDE*]. Une première version de ces principes avait été élaborée en 1976.

<sup>185</sup> *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, Doc off OIT, 2000, Doc NU ILO(092)/E5/2001 [*Déclaration tripartite de l'OIT*]. La première version de cette déclaration avait été rédigée en 1977.

<sup>186</sup> Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme, *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc off CES NU, 2003, Doc NU E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003).

<sup>187</sup> Voir Paul Alexander Haslam, « The Corporate Social Responsibility System in Latin America and the Caribbean », 2004 à la p 7 en ligne : FOCAL Policy Papers <[http://commdev.org/files/1469\\_file\\_csr\\_04.pdf](http://commdev.org/files/1469_file_csr_04.pdf)>. En 2002, à Miami, une première conférence avait été tenue sous les auspices de l'Organisation des États Américains, sous le nom de *l'Americas Conference on Corporate Social Responsibility*.

<sup>188</sup> Voir Muchlinski, *supra* note 138 aux pp 652-658.

<sup>189</sup> *Principes directeurs de l'OCDE*, *supra* note 184 au titre I, para 1.

travailleurs intéressés et les entreprises multinationales exerçant leurs activités sur leurs territoires à respecter les principes [que la Déclaration] contient<sup>190</sup> » [nous soulignons]. Au final, étant donné la faiblesse juridique de ces initiatives, il semble que cette prolifération d'instruments visant à promouvoir la responsabilisation volontaire des investisseurs étrangers correspond davantage à une *institutionnalisation* de la RSE qu'à un réel processus de *juridisation*<sup>191</sup>.

Cette institutionnalisation de la RSE est intimement liée au dynamisme du régime des investissements dans les Amériques applicable aux sociétés minières canadiennes. En effet, contrairement aux accords qui ont été négociés précédemment, les trois plus récents ALE signés par le Canada avec un État des Amériques comprennent tous, dans leur chapitre relatif à l'investissement, une disposition renvoyant à la RSE<sup>192</sup>. Par exemple, selon l'*ALE Canada-Pérou*,

[c]haque Partie devrait encourager les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa juridiction à intégrer volontairement des normes de responsabilité sociale des entreprises internationalement reconnues dans leurs politiques internes, telles que des déclarations de principe qui ont été approuvées ou qui sont appuyées par les Parties<sup>193</sup> [nous soulignons].

De surcroît, les accords parallèles dans les domaines de l'environnement et du travail qui ont été signés dans le cadre des négociations de ces ALE font aussi référence à la RSE<sup>194</sup>.

L'articulation entre les deux types d'instruments est intéressante. Bien que les AII signés par le Canada avec le Pérou, la Colombie et le Panama soient des textes internationaux juridiquement contraignants et qu'ils fassent explicitement référence aux entreprises, une telle disposition n'impose aucune obligation juridique aux investisseurs étrangers. D'une part, comme il a été souligné, les initiatives telles que les *Principes directeurs de l'OCDE*, la *Déclaration tripartite de l'OIT*, le *Pacte mondial* et les *Normes des Nations unies* ne relèvent que de la « *soft law* » et ne sont pas obligatoires pour les investisseurs étrangers. C'est dans cette optique que les articles insistent sur l'intégration volontaire par les entreprises de ces normes de RSE internationalement reconnues. D'autre part, la formulation de ces dispositions

<sup>190</sup> *Déclaration tripartite de l'OIT*, *supra* note 185 au préambule.

<sup>191</sup> Voir Christopher Wilkie, « Enhancing Global Governance : Corporate Social Responsibility and the International Trade and Investment Framework » dans John J. Kirton et Michael J. Trebilcock, dir., *Hard Choices, Soft Law : Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2004, 288 à la p 289.

<sup>192</sup> Une telle tendance a été relevée par la CNUCED. Voir CNUCED, *WIR 2010*, *supra* note 5 à la p 88.

<sup>193</sup> *ALE Canada-Pérou*, *supra* note 115, art 810. Un libellé similaire est employé dans l'*ALE Canada-Colombie*, *supra* note 115, art 816, et dans l'*ALE Canada-Panama*, *supra* note 115, art 9.17.

<sup>194</sup> À l'instar des ALE, les accords parallèles dans le domaine de l'environnement réservent un article à la RSE. Voir *Accord environnement Canada-Pérou*, *supra* note 169, art 6; *Accord environnement Canada-Colombie*, *supra* note 169 art 6; *Accord environnement Canada-Panama*, *supra* note 169, art 11. En ce qui concerne les accords parallèles dans le domaine du travail, cette référence est limitée au préambule de chacun de ces accords. Voir *Accord travail Canada-Pérou*, *supra* note 169 au préambule; *Accord travail Canada-Colombie*, *supra* note 169 au préambule; *Accord travail Canada-Panama*, *supra* note 169 au préambule.

n'impose que très peu d'obligations aux États afin qu'ils assurent cette promotion de la RSE auprès des investisseurs étrangers. C'est ainsi que l'article 810 de l'*ALE Canada-Pérou* souligne que les États « devrai[en]t encourager<sup>195</sup> » les entreprises à intégrer des normes de responsabilisation volontaire. En d'autres termes, le renvoi à la RSE dans les AII récemment signés par le Canada traduit cette volonté de responsabiliser les investisseurs étrangers et, par le fait même, les sociétés minières canadiennes œuvrant dans les Amériques. Mais parce que les dispositions des AII n'impliquent qu'un encouragement de la part des États pour que les entreprises adhèrent volontairement à des instruments juridiquement non contraignants, force est d'admettre que cette évolution s'inscrit en continuité avec le déséquilibre au sein du régime des investissements.

## 2. LES INITIATIVES CANADIENNES CONCERNANT LES ACTIVITÉS DES SOCIÉTÉS MINIÈRES À L'ÉTRANGER

Si l'intégration de dispositions concernant la promotion de la RSE dans les AII marque une évolution du régime des investissements dans les Amériques, il convient aussi d'observer les initiatives qui ont été mises en œuvre au niveau national. En effet, il semble que la gouvernance de l'État d'origine des investisseurs étrangers et les efforts déployés par cet État visant à promouvoir la RSE sont essentiels afin d'assurer une plus grande responsabilisation des sociétés minières<sup>196</sup>. En outre, selon Haslam, la Canada est particulièrement actif au niveau national pour promouvoir la responsabilisation des investisseurs étrangers<sup>197</sup>. En analysant les initiatives qui s'adressent spécifiquement aux industries extractives et qui ont été récemment mises en œuvre, il convient d'insister sur le fait que ces efforts n'imposent pas de réelles obligations aux sociétés minières canadiennes dans leurs activités à l'étranger.

La récente attention portée par le Canada à la question de la RSE découle d'un rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international déposé en 2005. Dans un document intitulé *L'exploitation minière dans les pays en développement : la responsabilité sociale des entreprises*, ce comité a invité le gouvernement canadien à mettre en place un processus visant à renforcer ses programmes et ses politiques dans le but de veiller à ce que les entreprises canadiennes se comportent de manière responsable sur le plan environnemental et social à l'étranger<sup>198</sup>. En 2006, afin de répondre à cette recommandation, le gouvernement canadien a mis sur pied cinq *Tables rondes nationales sur la RSE* visant à examiner les diverses questions soulevées par le rapport du Comité

<sup>195</sup> *ALE Canada-Pérou*, *supra* note 113, art 810.

<sup>196</sup> Voir Julie Sagebien et al., *supra* note 19 à la p 109.

<sup>197</sup> Haslam, *supra* note 187 à la p 3. Dans cette étude, Haslam a observé que plusieurs ministères fédéraux citaient la RSE et tentaient d'en faire la promotion auprès des entreprises canadiennes ayant des activités à l'étranger.

<sup>198</sup> Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, *L'exploitation minière dans les pays en développement : la responsabilité sociale des entreprises*, 38<sup>e</sup> lég 1<sup>re</sup> session, 2005, en ligne : Parlement du Canada <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1901089&Mode=1&Parl=38&Ses=1&Language=F>>.

permanent<sup>199</sup>. Par la suite, le Groupe consultatif des tables rondes nationales (Groupe consultatif) a déposé un rapport en mars 2007 mettant en lumière le rôle essentiel du Canada dans la promotion de la RSE<sup>200</sup>. Selon le Groupe consultatif :

*[t]he central recommendations in the report concern the development of a Canadian CSR Framework. Advisory Group members urge Government of Canada, in cooperation with key stakeholders, to adopt a set of CSR Standards that Canadian extractive-sector companies operating abroad are expected to meet and that is reinforced through appropriate reporting, compliance and other mechanisms*<sup>201</sup> [nous soulignons].

En ce qui a trait à l'élaboration des normes de RSE, le rapport spécifiait qu'elles devaient s'appuyer sur les *Principes directeurs de l'OCDE* étant donné le soutien du Canada envers cet instrument international<sup>202</sup>. De surcroît, le Groupe consultatif a insisté sur la mise sur pied de certains organes, dont un ombudsman indépendant chargé de recevoir les plaintes formulées à l'endroit des sociétés extractives canadiennes et un centre d'excellence gouvernementale de RSE regroupant les outils et l'expertise disponibles pour les entreprises<sup>203</sup>.

Malgré ce processus national de consultation, la réponse du gouvernement constitue une voie alternative beaucoup moins contraignante que les recommandations du Groupe consultatif. En effet, plutôt que d'élaborer des normes auxquelles les entreprises canadiennes qui investissent à l'étranger devraient se conformer et des mécanismes permettant d'en assurer l'application, le gouvernement canadien a adopté une politique s'adressant spécifiquement aux sociétés extractives canadiennes. Lancée en mars 2009, *Renforcer l'avantage canadien : Stratégie de RSE pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger*<sup>204</sup> est une stratégie visant à augmenter les capacités de ces entreprises à gérer les risques sociaux et environnementaux associés à leurs activités. Selon cette initiative, « le gouvernement du Canada fera la promotion des lignes directrices destinées aux entreprises extractives canadiennes présentes à l'étranger largement reconnues en matière de RSE<sup>205</sup> » [nous soulignons]. Bien que l'établissement d'un Centre d'excellence de la

<sup>199</sup> Gouvernement du Canada, *Réponse du Gouvernement au quatorzième rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international – L'exploitation minière dans les pays en développement et la responsabilité sociale des entreprises*, 2005, en ligne : (Parlement du Canada <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2030362&Language=F&Mode=1&Parl=38&Ses=1>>).

<sup>200</sup> National Roundtables Advisory Group, *National Roundtables on Corporate Social Responsibility (CSR) and the Canadian Extractive Industry in Developing Countries*, 2007, en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ds/csr.aspx?lang=eng>> . Voir aussi Julie Sagebien et al., *supra* note 19 à la p 109.

<sup>201</sup> National Roundtables Advisory Group, *ibid* à la p iii.

<sup>202</sup> *Ibid* à la p iv

<sup>203</sup> *Ibid* aux pp vi-viii.

<sup>204</sup> Pour l'ensemble du paragraphe, voir Gouvernement du Canada, *Renforcer l'avantage canadien : Stratégie de responsabilité sociale des entreprises (RSE) pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger*, 2009, en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ds/csr-strategie-rse-strategie.aspx?lang=fra>>.

<sup>205</sup> *Ibid* à la p 8.

RSE fasse écho aux recommandations du Groupe consultatif<sup>206</sup>, aucune mesure ne renvoie à l'idée d'établir un ombudsman indépendant chargé d'examiner les pratiques des sociétés minières. La politique traite plutôt d'un Bureau du conseiller en RSE pour l'industrie extractive qui « n'entreprendra pas d'examen de sa propre initiative des activités d'une entreprise extractive canadienne [et] ne formulera pas de recommandations contraignantes<sup>207</sup> ».

Il convient aussi de souligner que deux projets de loi présentés par des partis de l'opposition et concernant les activités des sociétés extractives canadiennes à l'étranger ont été déposés à la Chambre des communes. Intitulé *Loi concernant la responsabilité sociale d'entreprise inhérente aux activités des sociétés minières canadiennes dans des pays en développement*, le projet de loi C-298 a été présenté par un député du Nouveau parti démocratique<sup>208</sup>. Conformément aux conclusions du Groupe consultatif, le texte de ce projet de loi vise à créer un Bureau de l'ombudsman qui serait chargé d'établir des lignes directrices et de surveiller les activités des sociétés minières à l'étranger<sup>209</sup>. De plus, l'article 7 du projet de loi accorde à l'ombudsman le pouvoir de recevoir les plaintes et d'enquêter sur les activités des sociétés minières canadiennes à l'étranger<sup>210</sup>. Au moment de la rédaction de cet article, ce projet de loi n'avait toujours pas fait l'objet d'un vote à la Chambre des communes.

Dans le même ordre d'idées, le projet de loi C-300 a été déposé le 9 février 2009 par un député membre du Parti libéral du Canada pour être défait lors d'un vote de la Chambre des communes le 27 octobre 2010<sup>211</sup>. Ce projet de loi visait à :

assurer que les sociétés qui exercent des activités minières, pétrolières ou gazières et qui bénéficient d'un appui du gouvernement du Canada agissent conformément aux pratiques exemplaires internationales en matière d'environnement et respectent les engagements du Canada à l'égard des normes internationales en matière de droits de la personne<sup>212</sup>.

Pour ce faire, le texte prévoyait la possibilité de déposer des plaintes relatives aux activités des sociétés extractives au ministre des Affaires étrangères et au ministre du Commerce international. En considérant des lignes directrices qui auraient été établies, les ministres auraient étudié les plaintes provenant des citoyens et des résidents permanents du Canada et des pays en développement où les sociétés canadiennes opèrent<sup>213</sup>. Dans l'éventualité où les comportements des sociétés extractives canadiennes auraient été incompatibles avec les lignes directrices, les ministres auraient avisé le président d'Exportation et développement Canada et le

<sup>206</sup> *Ibid* à la p 11.

<sup>207</sup> *Ibid* à la p 12.

<sup>208</sup> P.L. C-298, *Loi concernant la responsabilité sociale des entreprises inhérente aux activités des sociétés minières canadiennes dans des pays en développement*, 2<sup>e</sup> sess, 40<sup>e</sup> parl, 2009.

<sup>209</sup> *Ibid* art 4.

<sup>210</sup> *Ibid* art 7.

<sup>211</sup> P.L. C-300, *Loi sur la responsabilisation des sociétés à l'égard de leurs activités minières, pétrolières ou gazières dans les pays en développement*, 2<sup>e</sup> sess, 40<sup>e</sup> parl, 2009.

<sup>212</sup> *Ibid* art 3.

<sup>213</sup> *Ibid* art 4(1) et 5(1).

président de l'Office d'investissement du régime de pension du Canada<sup>214</sup>.

Bien que le projet de loi C-300 aurait permis de pallier le manque d'obligations juridiques encadrant les activités des sociétés minières canadiennes à l'étranger, son adoption s'est heurtée à plusieurs obstacles. Outre le fait qu'il s'agissait d'un projet de loi provenant d'un député de l'opposition, la communauté des affaires s'était aussi mobilisée contre cette initiative. Le Conseil canadien des chefs d'entreprises (CCCE) a souligné, par exemple, qu'une telle loi risquait de « dissuader les sociétés canadiennes de faire des investissements avantageux dans les pays en développement ou de se faire damer le pion par des sociétés basées ailleurs n'ayant pas le même respect des normes de protection de l'environnement, de sécurité et des droits de la personne<sup>215</sup> ». L'Association canadienne des prospecteurs et entrepreneurs (ACPE) et l'Association minière du Canada (AMC) s'étaient aussi solidement opposées à son adoption en soulignant que le projet de loi C-300 aurait entraîné des pertes d'emplois pour l'industrie minière canadienne en paralysant de nombreux projets miniers à l'étranger<sup>216</sup>. Dans le même communiqué, l'ACPE et l'AMC soutenaient plutôt que les entreprises extractives canadiennes ont réalisé d'importants progrès en matière de RSE et que le Bureau du conseiller en RSE était plus approprié que les mécanismes proposés dans le projet de loi C-300.

Les initiatives canadiennes visant à responsabiliser davantage les sociétés minières canadiennes dans leurs activités à l'étranger n'imposent donc aucune obligation juridique. Malgré les recommandations du Groupe consultatif des tables rondes nationales, le gouvernement canadien a décidé d'élaborer une stratégie volontaire s'adressant aux sociétés extractives canadiennes plutôt que de contraindre leurs activités à l'étranger par l'adoption d'un projet de loi. En combinant ces initiatives à la promotion de la RSE qui est désormais présente dans les ALE que le Canada a signés avec le Pérou, la Colombie et le Panama, il est manifeste que les sociétés minières canadiennes évoluent dans un régime des investissements qui vise à les responsabiliser davantage.

Dans l'ensemble, on ne saurait nier que le régime des investissements applicable aux sociétés minières canadiennes tend vers une plus grande responsabilisation des acteurs. Néanmoins, une analyse de la nature des initiatives qui traduisent cette évolution démontre qu'elles n'imposent pas de réelles obligations aux sociétés minières. D'une part, les seules obligations des AII qui sont juridiquement contraignantes concernent les États. En effet, que ce soit par l'entremise de dispositions qui découragent l'assouplissement de la réglementation nationale ou par la négociation d'accords parallèles aux ALE dans les domaines de l'environnement et du travail, ce sont les États qui s'engagent à ce que la promotion

<sup>214</sup> *Ibid* art 4(8).

<sup>215</sup> Voir David Stewart-Patterson, « Le projet de loi C-300 ternirait la réputation du Canada » (2010), en ligne : Conseil canadien des chefs d'entreprise <<http://www.ceocouncil.ca/fr/publication/le-projet-de-loi-c-300-ternirait-la-rputation-du-canada>>.

<sup>216</sup> Association canadienne des prospecteurs et entrepreneurs et Association minière du Canada. « Déclaration de l'Association canadienne des prospecteurs et entrepreneurs et de l'Association minière du Canada sur la défaite du projet de loi C-300 » (2010), en ligne : Groupe CNW <<http://www.newswire.ca/fr/releases/archive/October2010/27/c6609.html>>.

des IED sur leur territoire ne se fasse pas au détriment de la protection de l'intérêt public. D'autre part, les initiatives qui concernent la responsabilisation des investisseurs étrangers ne contraignent aucunement les activités des sociétés minières. Outre la volonté de promouvoir la RSE dans le cadre des AII, les initiatives canadiennes qui visent spécifiquement les sociétés extractives démontrent que le Canada a choisi de s'en tenir à un encouragement de la responsabilisation volontaire des entreprises.

## Conclusion

Dans un article paru en 2003, Sornarajah soutenait que le droit international des investissements devait s'adapter aux problématiques auxquelles les différents acteurs de la société internationale sont confrontés. Selon lui, « *[o]ne must remember that cyclical processes involved in the clash of ideas will continue and that the international law on foreign investment will never stand still*<sup>217</sup> ». Alors que les AII qui ont été initialement élaborés traduisaient un déséquilibre fondamental entre les protections garanties aux investisseurs étrangers et leurs obligations, le droit international des investissements paraissait être un terreau fertile pour l'émergence d'initiatives visant à rééquilibrer ce régime. Divers développements, tant juridiques que politiques, ont ainsi été mis en œuvre par les États.

C'est dans cette optique que s'inscrit l'analyse qui a été réalisée. En retenant le cas spécifique des sociétés minières canadiennes possédant des investissements dans les Amériques, il est manifeste que ces entreprises composent avec un régime des investissements dynamique. Néanmoins, parce que cette évolution repose sur des initiatives dont la force contraignante varie considérablement, il convient de demeurer critique quant à ces développements pour les sociétés minières canadiennes. Au terme de l'analyse développée dans cet article, force est d'admettre que, même si cette évolution paraît clairement enclenchée, un déséquilibre persiste. Alors que les protections des IED et des investisseurs demeurent balisées par un cadre juridiquement contraignant, le régime des investissements dans les Amériques n'implique qu'une promotion de la RSE, sans que les sociétés minières ne doivent respecter d'obligations juridiques.

À cet égard, en ce qui a trait à l'évolution des protections qui sont octroyées aux investisseurs par les États dans le cadre des AII, les garanties fondamentales des IED demeurent juridiquement protégées par le régime des investissements dans les Amériques. Certes, l'affaire *Glamis Gold Ltd.* a démontré que les protections énoncées dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA* peuvent se buter à certaines limites. La décision rendue par le tribunal a clairement mis en lumière le fait que la protection contre l'expropriation et la garantie d'une norme minimale de traitement ne briment pas le pouvoir réglementaire de l'État hôte pour préserver l'intérêt public. Par contre, en comparant les protections garanties dans le chapitre 11 de l'*ALÉNA* aux nouvelles mesures que l'on retrouve tant dans l'*APIE-type* du Canada que dans l'*APIE Canada-*

<sup>217</sup> Sornarajah, « Clash of Globalizations », *supra* note 4 à la p 18.

*Pérou*, il semble que les effets juridiques potentiels des récentes normes pérennisent la forte protection des IED. Bien qu'elles permettent d'importantes clarifications, les dispositions concernant la norme minimale de traitement, l'établissement d'un régime d'exceptions générales et l'expropriation indirecte ne réduisent aucunement les droits des investisseurs qui leur sont octroyés par les États. Même si une évolution de la protection des IED a été engagée, les effets de ce dynamisme paraissent marginaux, de sorte que les dispositions des AII garantissent toujours aux sociétés minières des protections fondamentales.

La recherche d'un équilibre à l'intérieur du régime des investissements dans les Amériques s'est aussi concrétisée par des mesures visant à responsabiliser les acteurs qui participent à ce régime. Cependant, puisque les investisseurs étrangers ne sont pas des sujets primaires du droit international, aucune obligation juridique ne concerne directement les sociétés minières canadiennes. Afin de pallier les conséquences de cette non sujétion, la solution qui a été favorisée par les États est double. D'une part, tant par des dispositions des AII visant à empêcher qu'un État assouplisse sa réglementation nationale que par des accords parallèles aux ALE en matière d'environnement et de travail, ce sont plutôt les États qui sont désormais contraints de veiller à ce que la promotion des IED ne brime pas la protection de l'intérêt public. D'autre part, les États se sont engagés à faire la promotion de la RSE auprès de leurs entreprises. Les récents ALE qui ont été signés par le Canada avec le Pérou, la Colombie et le Panama, de même que leurs accords parallèles respectifs, contiennent ainsi des dispositions qui réfèrent explicitement à la RSE. Au niveau national, le Canada a aussi adopté une stratégie politique visant à promouvoir la responsabilisation volontaire auprès des entreprises extractives.

La persistance du déséquilibre juridique entre les protections et les obligations des investisseurs étrangers au sein du régime des investissements dans les Amériques ne permet nullement de conclure que les innovations récentes sont dépourvues d'utilité, loin s'en faut. À cet égard, plusieurs insistent sur la distinction conceptuelle qui doit être faite entre le respect d'une obligation juridique et son efficacité<sup>218</sup>. Dans certains domaines du droit international, des initiatives non contraignantes peuvent même être plus souhaitables que des obligations juridiques<sup>219</sup>. En considérant les nombreux impacts des activités des sociétés minières sur le plan social et environnemental, l'existence d'un déséquilibre dans ce régime doit tout de même être soulevée. En effet, en instaurant diverses initiatives visant les sociétés minières canadiennes, le Canada a fait preuve d'une certaine volonté à équilibrer le régime international des investissements. Les développements futurs permettront de déterminer si cet État se satisfait du régime actuel ou si cette plus récente ouverture permettra d'en venir à des règles qui dépassent la responsabilisation volontaire des sociétés minières.

---

<sup>218</sup> Voir par exemple Kal Raustiala. « Form and Substance in International Agreements » (2005) 99 Am J Int'l L 581 à la p 610.

<sup>219</sup> Voir par exemple Kenneth W. Abbott et Duncan Snidal, « Hard and Soft Law in International Governance » (2000) 54:3 International Organization 421 à la p 423.

**ANNEXE : LES ACTIFS DES SOCIÉTÉS MINIÈRES CANADIENNES À L'ÉTRANGER****Tableau 1** Actifs des sociétés minières canadiennes à l'étranger (en % des actifs totaux à l'étranger)

	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>
Amérique latine	30	29	29	30	36	44
États-Unis	35	32	30	27	20	17
<b>Total</b>	<b>65</b>	<b>61</b>	<b>59</b>	<b>57</b>	<b>56</b>	<b>61</b>

Sources : Brassard, Sylvie. *Canada's International Mining Presence*, en ligne (2006) : Ressources naturelles Canada <<http://www.nrcan.gc.ca/smm-mms/busi-indu/cmy-amc/content/2006/08.pdf>> à la p 20.