

# LES ENTREPRISES CANADIENNES AYANT FAIT DES INVESTISSEMENTS AU MEXIQUE NE POURRONT BIENTÔT PLUS DÉPOSER DE PLAINTES CONCERNANT DES INVESTISSEMENTS ANTÉRIEURS EN VERTU DE L'ALENA, MAIS CONSERVERONT D'IMPORTANTES PROTECTIONS AUX TERMES DU PTPGP

Publié le 8 mars, 2023

Catégories: [Perspectives](#), [Publications](#)

## Introduction

À partir du 30 juin 2023, les investisseurs étrangers admissibles ne pourront plus contester de mesures prises par les gouvernements du Canada, des États-Unis ou du Mexique en se prévalant des dispositions de protection des investissements et du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (« **RDIE** ») que prévoyait l'Accord de libre-échange nord-américain (l'« **ALENA** »). Pour les entreprises canadiennes ayant des investissements aux États-Unis, cela signifie qu'elles ne pourront plus utiliser le mécanisme du RDIE contre les États-Unis et qu'elles devront s'en remettre aux protections de la loi américaine ou compter sur le gouvernement canadien pour exercer des recours en leur nom contre les États-Unis aux termes de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (l'« **ACEUM** »).

Quant aux entreprises canadiennes ayant des investissements au Mexique, elles bénéficient des protections des investissements et du mécanisme du RDIE prévus par l'Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (le « **PTPGP** ») pour leurs différends avec le Mexique. Comme le Mexique continue d'apporter à ses lois des changements qui pourraient être défavorables aux investisseurs canadiens dans les secteurs de l'énergie et des mines, les protections du PTPGP pourraient se révéler cruciales pour exercer des recours directs contre le gouvernement mexicain. Des consultations sur les mesures relatives au secteur de l'énergie sont en cours, mais sous le régime du mécanisme de règlement des différends entre les États de l'ACEUM.

Dans le présent bulletin, nous expliquerons d'abord les changements à venir aux protections des investissements dans le contexte nord-américain. Il sera ensuite question du PTPGP et des plaintes auxquelles pourraient donner lieu les réformes réglementaires du Mexique.

Le temps presse pour déposer une plainte concernant un investissement antérieur en vertu de l'ALENA

Bien que controversé, le mécanisme du RDIE prévu par l'ALENA a souvent été utilisé par des investisseurs américains cherchant à obtenir réparation pour des mesures du Canada et du Mexique qu'ils jugeaient inéquitables et préjudiciables à leurs investissements dans ces territoires. Il a aussi été utilisé à l'occasion, mais de manière moins fructueuse, par des investisseurs canadiens engagés dans des différends avec les gouvernements des États-Unis ou du Mexique.

L'ACEUM, qui a remplacé l'ALENA le 1<sup>er</sup> juillet 2020, a réformé les protections des investissements et le mécanisme du RDIE et en a réduit le champ d'application. Fait à noter, le Canada n'est pas partie aux dispositions de l'ACEUM qui concernent le RDIE, lesquelles n'ont d'effet qu'entre les États-Unis et le Mexique.

Malgré l'extinction de l'ALENA, les investisseurs nord-américains admissibles – y compris des investisseurs canadiens – qui ont fait des investissements dans un autre territoire visé par cet accord alors qu'il était en vigueur peuvent déposer des plaintes concernant ces investissements (les « plaintes concernant des investissements antérieurs ») jusqu'au 30 juin 2023. Ils doivent aviser la partie intimée de leur intention au moins 90 jours avant de déposer leur plainte, soit au plus tard le 1<sup>er</sup> avril 2023<sup>[1]</sup>. Cette échéance prochaine est cruciale pour tous les investisseurs nord-américains admissibles souhaitant bénéficier des protections élargies de l'ALENA. Elle est toutefois particulièrement importante pour les investisseurs canadiens ayant fait des investissements aux États-Unis et les investisseurs américains ayant fait des investissements au Canada, puisque le mécanisme du RDIE entre ces deux pays aura complètement expiré par la suite. Leurs filiales américaines ou canadiennes, selon le cas, devront alors s'en remettre à des tribunaux nationaux pour contester des mesures prises par le gouvernement de l'autre pays. La seule autre avenue possible pour elles serait que leur gouvernement porte plainte contre le gouvernement hôte aux termes des dispositions de l'ACEUM sur le règlement des différends entre États.

Le PTPGP reste à la disposition des investisseurs canadiens voulant porter plainte contre le Mexique

Quant aux investisseurs canadiens souhaitant porter plainte contre le Mexique, ils peuvent se prévaloir du mécanisme du RDIE prévu par le PTPGP<sup>[2]</sup>. Ce traité contient des dispositions de protection des investissements très semblables à celles de l'ALENA, dont les obligations fondamentales types que l'on trouve dans les accords sur les investissements, comme celles sur la non-discrimination (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée), le traitement juste et équitable et les protections contre l'expropriation.

Toutefois, le PTPGP contient aussi certaines dispositions modernes qui tendent à conférer aux investisseurs des protections plus étroites que celles de l'ALENA. Cela comprend une reconnaissance du droit des

gouvernements de réglementer des investissements d'une manière qui tienne compte des objectifs en matière d'environnement ou de santé ou d'autres objectifs réglementaires<sup>[3]</sup>, ainsi qu'un nouvel ensemble d'exceptions propres à chaque partie appelées « mesures non conformes »<sup>[4]</sup>. Par exemple, le Mexique a négocié plusieurs mesures non conformes visant son secteur de l'énergie<sup>[5]</sup>, dont le droit, dans certaines circonstances, d'imposer des restrictions aux investissements concernant le transport et la distribution de l'électricité<sup>[6]</sup>. Bien que le Mexique se réserve aussi le droit d'être le fournisseur d'électricité exclusif aux termes de l'ALENA, cette réserve est assujettie à la « règle du cliquet », qui empêche tout retour en arrière après une libéralisation des marchés.

Les changements à la réglementation mexicaine pourraient donner lieu à des plaintes d'investisseurs

La portée des protections des investissements prévues par le PTPGP et la possibilité de s'en prévaloir pourraient prendre de l'importance pour les investisseurs canadiens avec la perte imminente du mécanisme du RDIE aux termes de l'ALENA et les changements que le Mexique a apportés récemment à ses lois encadrant ses secteurs de l'énergie et des mines.

Les réformes du secteur mexicain de l'énergie visaient généralement à renverser des libéralisations survenues en 2013, quand le Mexique a autorisé l'investissement étranger et a soumis sa société nationale d'électricité, la Commission fédérale de l'électricité (« CFE »), à la concurrence.

Ces réformes comprennent les modifications de mars 2021 à la loi mexicaine sur le secteur de l'électricité, qui donnent la priorité à l'électricité produite par la CFE sur celle produite par des producteurs privés dans l'envoi d'électricité au réseau électrique mexicain. Les modifications obligent par exemple l'organe supervisant le réseau électrique mexicain à distribuer l'électricité provenant des centrales de la CFE avant celle produite par des sociétés privées, quelles que soient les implications en matière de rentabilité et de durabilité, lesquelles constituaient des critères de détermination de l'ordre de priorité selon les lois antérieures. Les modifications touchent aussi les certificats d'énergie propre<sup>[7]</sup>, les permis de production d'électricité<sup>[8]</sup> et les arrangements d'auto-approvisionnement et de production indépendante d'électricité<sup>[9]</sup> de manières qui pourraient avoir des incidences défavorables pour les investisseurs étrangers.

Ces modifications ont déjà mené à des consultations entre les trois parties à l'ACEUM et pourraient conduire à une contestation aux termes du chapitre 31 de l'ACEUM<sup>[10]</sup>. Dans leurs demandes de consultations, le Canada et les États-Unis citent notamment une violation potentielle de l'obligation relative au traitement national (non-discrimination)<sup>[11]</sup>.

En plus des réformes du secteur de l'énergie, le Mexique a apporté le 20 avril 2022 des modifications à sa législation minière ayant pour effet de nationaliser son secteur du lithium. Les modifications déclarent l'exploration et l'exploitation du lithium « d'utilité publique » et en confient l'entière responsabilité à l'État, par

l'entremise d'un nouvel organisme public décentralisé. Elles indiquent également qu'aucune concession, licence ou autorisation ni aucun permis ou contrat ne seront accordés. Toutefois, on ne sait toujours pas ce qu'il adviendra des concessions, licences et autorisations existantes détenues par des investisseurs à l'égard des gisements de lithium du Mexique, notamment dans la région du Sonora.

Il se pourrait que ces mesures donnent lieu à des plaintes d'investisseurs canadiens en vertu des dispositions de l'ALENA ou du PTPGP (aucune n'a été formulée à ce jour). Par exemple, comme pour les demandes de consultation pour différend entre États en vertu de l'ACEUM, une plainte pourrait être déposée au titre de l'obligation de non-discrimination, à condition que l'investisseur puisse prouver qu'il a reçu un traitement moins favorable qu'une entité mexicaine comparable. Il faut toutefois noter que les investisseurs canadiens qui se disent victimes d'un traitement discriminatoire aux termes du PTPGP devront tenir compte des mesures non conformes négociées par le Mexique, comme les réserves relatives à l'énergie décrites ci-dessus.

Des recours demeurent néanmoins possibles au titre d'autres protections, comme l'obligation d'offrir un traitement juste et équitable ou de verser un dédommagement en cas d'expropriation, en vertu de l'ALENA ou du PTPGP, selon les circonstances.

#### Points à retenir pour les entreprises canadiennes

Le temps presse pour les investisseurs qui souhaitent déposer des plaintes concernant des investissements antérieurs en vertu de l'ALENA, particulièrement les investisseurs canadiens ayant des investissements aux États-Unis et les investisseurs américains ayant des investissements au Canada, car ils ne pourront plus se prévaloir du mécanisme de RDIE à partir du 30 juin 2023. Toutefois, les plaignants canadiens pourront toujours s'en prévaloir contre le Mexique en vertu du PTPGP, qui prévoit des protections essentiellement équivalentes à celles de l'ALENA, avec quelques restrictions importantes.

Ces protections des investissements et le mécanisme du RDIE du PTPGP pourraient prendre de l'importance avec les réformes auxquelles procède le Mexique relativement à ses secteurs des mines et de l'énergie. Plus généralement, elles demeurent une avenue viable pour les investisseurs canadiens qui souhaitent obtenir réparation pour un traitement non conforme aux normes ou discriminatoire, ou pour l'expropriation de leurs biens, que ce soit au Mexique ou dans un autre pays signataire du PTPGP.

[1] Un préavis de six mois est requis pour les plaintes pour expropriation se rapportant à des mesures fiscales. Le délai de préavis est déjà expiré. Voir l'ALENA, article 2103.6.

[2] Le PTPGP est actuellement en vigueur entre le Canada, l'Australie, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam. Voir [ici](#). Lorsqu'il sera pleinement en vigueur, le PTPGP s'appliquera aussi au Brunei et, possiblement, au Royaume-Uni, qui a déposé une demande officielle

d'adhésion au PTPGP le 1<sup>er</sup> février 2021 et entamé des négociations en ce sens en juin 2021. Voir [ici](#).

[3] Ce droit va plus loin que celui conféré par l'article 1114 de l'ALENA, qui ne s'applique qu'à la « protection de l'environnement ».

[4] L'ALENA prévoyait déjà des mesures non conformes, mais les mesures non conformes propres à une partie sont une nouveauté du PTPGP dont doivent tenir compte les investisseurs qui souhaitent formuler une réclamation.

[5] Les mesures non conformes sont indiquées dans les Annexes I et II d'une Partie. L'Annexe I traite des mesures non conformes existantes et prévoit qu'une modification ne peut avoir pour effet de diminuer la conformité aux obligations de non-discrimination (la « règle du cliquet »). L'Annexe II traite globalement des futures mesures non conformes et ne prévoit pas de règle du cliquet. Pour consulter les Annexes I et II du Mexique, cliquer [ici](#) et [ici](#).

[6] Fait intéressant, même si le Mexique a placé cette mesure non conforme dans son Annexe II, elle est réputée constituer une mesure non conforme de l'Annexe I.

[7] Le ministère de l'Énergie du Mexique exige qu'un certain pourcentage d'électricité provienne de sources d'énergie propres attestées par des certificats d'énergie propre. Avant les modifications, ces certificats étaient uniquement délivrés pour les nouvelles centrales électriques propres (construites après 2014). La plupart des centrales appartenant à la CFE ont été construites avant 2014 et ont dû acheter des certificats de fournisseurs admissibles, ce qui a créé un marché pour l'achat et la vente de certificats. Les modifications ayant rendu toutes les centrales admissibles, il y aura vraisemblablement une offre excédentaire de certificats privés, et une baisse consécutive de leur valeur.

[8] Avant les modifications, tous les participants répondant à certains critères indiqués pouvaient obtenir un permis de production d'électricité. Depuis les modifications, l'attribution de ces permis est assujettie aux critères de planification du réseau électrique national, qui seraient insuffisamment transparents et pourraient réduire l'accès pour les entreprises privées.

[9] Avant les modifications, les permis existants de producteur d'électricité en auto-alimentation, en cogénération et indépendant pouvaient être régis par les lois d'avant 2014 au titre d'un droit acquis. Les modifications exigent que la Commission de réglementation de l'énergie du Mexique réévalue ces permis et révoque ceux qui ont été délivrés de manière contraire à la loi.

[10] Pour en savoir plus sur le règlement des différends sous le régime de l'ACEUM, consultez dans la rubrique Dispute Settlement Scoreboard de McMillan (en anglais seulement) [ici](#).

[11] ACEUM, article 2.3.

par [Robert Wisner](#) et [Philip Kariam](#)

## Mise en garde

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder uniquement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt obtenir des conseils juridiques précis.

© McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l. 2023