

**Extract
Canada Gazette, Part I
January 1, 1994**



**Extrait
Gazette du Canada, Partie I
Le 1^{er} janvier 1994**

**NORTH AMERICAN FREE
TRADE AGREEMENT**

**ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE
NORD-AMÉRICAIN**

**Department of
External Affairs**

**Ministère des
Affaires extérieures**

Canadian Statement on Implementation

**Énoncé canadien des mesures de mise en
œuvre de l'ALENA**

Chapter Eleven

Investment

1. NAFTA Provisions

Section A: Investment

Over the years, Canada has negotiated investment agreements both to protect the interests of Canadian investors abroad and to provide a rules-based approach to the resolution of disputes involving foreign investors in Canada or Canadian investors abroad. The FTA marked the first time that Canada entered into a comprehensive set of rules governing both inward and outward investment. The NAFTA builds on that experience. It includes a more integrated and extensive set of obligations which will ensure that Canadian interests will continue to be protected within a set of generic rules. It also includes important new provisions for dispute resolution and addresses a broader range of issues related to the conduct of business. The NAFTA chapter thus reflects not only the addition of Mexico, but also the increasing importance of an open investment regime in underwriting economic growth and development in Canada.

The NAFTA definition of investment includes minority interests, portfolio investment, and real property as well as majority-owned or controlled investments from the NAFTA countries. The FTA covered only US-controlled investments in Canada and vice versa. In addition, NAFTA coverage extends to investments made by any company incorporated in a NAFTA country, regardless of country of origin. This approach will help ensure that Canada remains an attractive site as a "home base" in North America for Japanese and European investors. Land, rail and specialty air transportation services, which were excluded from the FTA, are covered by the NAFTA. This broader NAFTA coverage is

Chapitre 11

Investissement

1. Dispositions de l'ALENA

Section A : Investissement

En matière d'investissement, le Canada a, au cours des ans, négocié des ententes dans le but non seulement de protéger l'intérêt des Canadiens qui investissent à l'étranger, mais aussi de promouvoir le recours à des mécanismes réglementaires pour la solution des différends, ici même comme à l'extérieur de ses frontières. C'est en signant l'Accord canado-américain de libre-échange que nous avons pu, pour la première fois, instaurer un ensemble complet de règles visant aussi bien les rentrées que les sorties de capitaux. L'expérience ainsi acquise nous permet d'aller encore plus loin dans le cadre de l'ALENA. Ce dernier élargit l'éventail des obligations et resserre les liens entre elles afin que les Canadiens puissent continuer d'évoluer sous l'égide de règles génériques. Il perfectionne le mécanisme de règlement des différends et s'intéresse à un plus grand nombre d'aspects de l'exercice des affaires. Ses dispositions ne font pas qu'ajouter le Mexique à la liste des pays signataires; elles traduisent l'importance grandissante de la libéralisation des investissements dans la stimulation de la croissance économique canadienne.

Dans l'ALENA, le terme «investissement» porte les participations minoritaires, les placements de portefeuille et les biens immobiliers au même rang que les mises de fonds procurant un intérêt majoritaire, que leur auteur soit canadien, américain ou mexicain. Alors que l'Accord conclu par le Canada et les États-Unis ne visait que leurs investissements réciproques, l'ALENA s'appliquera à tous ceux que réalisent des sociétés constituées dans les pays signataires, de quelque origine qu'elles soient. Le Canada est ainsi assuré de demeurer un lieu d'investissement attrayant pour les investisseurs japonais ou européens qui convoitent le marché nord-américain. L'entente, de portée plus large que

also important in protecting Canadian investments in Mexico.

Canada will be able to maintain all existing restrictions on sensitive sectors in the Canadian economy such as air and maritime transportation, telecommunications, social services and cultural industries. Furthermore, Canada's ability to review major takeovers remains unaffected (apart from the extension of the FTA-based higher Investment Canada review thresholds to Mexico). Canada has further agreed to subject disputes raised by foreign investors to international arbitration elaborating on Canada's own practice of including such provisions in recent foreign investment protection agreements. This section provides the rules for the treatment of investors and their investments by the governments of the three Parties. Generally, it sets out the rules for the treatment of investments owned by investors of another Party, although the provisions on performance requirements and environmental measures apply to all investments (that is, including domestic investments and investments from non-NAFTA countries).

Article 1101 states that section A covers measures by a Party (i.e., any level of government in Canada) that affect:

- investors of another Party (i.e., the Mexican or American parent company or individual Mexican or American investor);
- investments of investors of another Party (i.e., the subsidiary company or asset located in Canada); and
- for purposes of the provisions on performance requirements and environmental measures, all investments (i.e., all investments in Canada).

The section does not apply to any measure to the extent it is covered by chapter fourteen relating to financial services. Article 1101 affirms the right of a Party to perform functions (such as law enforcement) and to provide services (such as social welfare and health). The article also affirms the right of Mexico to perform exclusively the economic activities set out in annex III, which lists those sectors reserved to the state in the Mexican Constitution. To the extent that Mexico permits foreign investment in these sectors (e.g., in the form of a service contract or joint production arrangement), the protections of the investment chapter apply to that investment. Additional exceptions to particular obligations are set out in separate articles (e.g., article 1108 provides that subsidies are not subject to the national treatment obligation).

Article 1102 sets out the basic obligation of national treatment for investors and their investments with respect to establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition. National treatment means that Canada will treat US and Mexican investors and their investments as favourably as it treats Canadian investors and their investments, in like circumstances. This last phrase establishes the basis for comparison between domestic and NAFTA investors and investments. National treatment by state, provincial, and local govern-

l'Accord canado-américain, englobe les transports terrestres et ferroviaires, de même que les services aériens spécialisés; elle garantira en outre une meilleure protection des investissements canadiens au Mexique.

Le Canada pourra reconduire toutes les contraintes qu'il impose actuellement dans certains secteurs névralgiques de son économie, comme les transports aériens et maritimes, les télécommunications, les services sociaux et le domaine culturel. Il conservera également son droit de regard sur les prises de contrôle de grande envergure, à cette exception près qu'il devra consentir au Mexique les avantages découlant du relèvement des seuils d'examen d'investissement Canada à la suite de l'adoption de l'Accord canado-américain. Il a en outre convenu de soumettre les réclamations d'investisseurs étrangers à un tribunal d'arbitrage international, agissant ainsi en conformité de la pratique établie dans ses plus récentes ententes à ce sujet. La section susmentionnée de l'Accord fixe les règles du traitement qu'accordera chaque pays signataire aux investisseurs originaires des autres Parties et à leurs investissements, mais stipule clairement que les passages visant les prescriptions de résultats et les mesures environnementales s'appliqueront également aux investissements intérieurs et à ceux qui proviennent d'autres pays.

Aux termes de l'article 1101, la section A vise toute mesure prise par une Partie (c'est-à-dire, pour le Canada, tout palier gouvernemental) et agissant sur :

- les investisseurs d'une autre Partie (soit les sociétés-mères ou particuliers mexicains ou américains);
- les investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie (filiales ou éléments d'actif situés au Canada); et
- pour les fins des dispositions concernant les prescriptions de résultats et les mesures environnementales, tous les investissements effectués au Canada.

Les mesures visées par le chapitre 14 (Services financiers) échappent à la portée de la section A. L'article 1101 confirme le droit de chaque Partie d'exercer des fonctions (par exemple l'exécution des lois) et d'assurer des services comme la sécurité sociale et les services de santé. Il confère également au Mexique l'exercice exclusif des activités économiques énumérées à l'annexe III, soit celles qui relèvent du domaine public en vertu de la constitution mexicaine. Par contre, les investissements qu'autorisent les autorités mexicaines dans ces secteurs (par marché de services, entente de partage de production ou autrement) sont assujettis aux dispositions de l'ALENA. Certains articles instaurent des dérogations supplémentaires; l'article 1108, entre autres, prévoit que l'obligation du traitement national ne s'applique pas aux subventions.

L'article 1102 précise l'obligation fondamentale des gouvernements, qui est d'accorder le traitement national aux investisseurs et aux investissements dans l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation, la vente ou autre aliénation de ceux-ci. L'expression «traitement national» signifie que le Canada accordera aux investisseurs et investissements américains ou mexicains un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux investissements effectués par ses propres investisseurs, dans des circonstances analogues. C'est cette dernière expression

ments is defined as the best treatment provided by that government to any investor or investment. The article explains that national treatment prohibits the imposition of requirements that a minimum level of equity be held by nationals as well as forced divestiture on the basis of nationality. In effect, the national treatment obligation provides investors the right to establish an investment on as favourable terms as domestic investors and as favourable treatment as domestic investors after establishment.

Article 1103 requires that a Party may not treat an investor or investment from a non-NAFTA country more favourably than an investor or investment from a NAFTA country (i.e., Canada must treat US and Mexican investors and investments as favourably as it treats, for example, European or Japanese investors or investments). The treatment required by article 1104 is the better of national treatment and most-favoured-nation treatment.

Article 1105, which provides for treatment in accordance with international law, is intended to assure a minimum standard of treatment of investments of NAFTA investors. National treatment provides a relative standard of treatment while this article provides for a minimum absolute standard of treatment, based on long-standing principles of customary international law. In the case of losses suffered as a result of armed conflict or civil strife, each Party shall provide compensation on a non-discriminatory basis. However, the last paragraph of the article provides a limited exception for existing subsidy programs which are not provided on a national treatment basis.

Article 1106 prohibits the imposition and enforcement of a number of specified performance requirements, in connection with the "establishment, acquisition, expansion, management, conduct or operation" of investments such as export requirements and domestic content. It also prohibits using the specified performance requirements as conditions attached to advantages (such as subsidies, including tax incentives) including preferences for domestic sourcing of goods and restricting domestic sales by tying such sales to export performance. These prohibitions do not apply to subsidies that are conditioned on requirements to locate production, provide a service, train or employ workers, construct or expand facilities, or perform research and development. It does not restrict the use of certain measures (such as environmental measures) which require domestic content or a preference for domestic goods or services, provided that such measures are not arbitrary and do not constitute a disguised restriction on international trade or investment. Permitted measures include those necessary to protect human, animal or plant life or health.

Parties are prohibited from imposing a nationality requirement on senior personnel employed by investments of NAFTA investors under article 1107. This provision is intended to permit NAFTA investors to employ personnel

qui sert de référence dans la comparaison. Le traitement national, en ce qui concerne un État, une province ou une administration locale, est le traitement le plus avantageux que puisse offrir le palier gouvernemental en cause. Dans l'article, il est expliqué que le traitement national interdit aux Parties d'exiger d'un investisseur d'une autre Partie qu'il accorde à ses ressortissants une participation minimale dans l'entreprise en cause et de l'obliger, en raison de sa nationalité, à vendre son investissement. Les investisseurs étrangers sont donc assurés de bénéficier des mêmes avantages que les intervenants intérieurs, lors de leur établissement comme par la suite.

L'article 1103 stipule que chaque Partie accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements provenant d'un pays tiers (en d'autres termes, le Canada est tenu de traiter les investisseurs américains et mexicains aussi généreusement que les investisseurs européens ou japonais). L'article 1104 précise en outre l'obligation d'accorder le traitement national ou, s'il est plus avantageux, celui de la nation la plus favorisée.

L'article 1105 ajoute que le traitement accordé doit être conforme au droit international; cette précision a pour but de garantir une norme minimale de traitement aux investisseurs originaires des pays signataires. Le traitement national étant une valeur relative, ce passage fixe une norme minimale absolue, fondée sur des principes de droit international établis de longue date. Chaque Partie est également tenue de s'abstenir de toute discrimination dans la compensation des pertes résultant d'un conflit armé ou d'une guerre civile. Le dernier paragraphe de l'article institue cependant une exception précisément circonscrite, qui exempte les programmes de subvention existants de l'obligation relative au traitement national.

L'article 1106 interdit l'imposition ou l'application de diverses prescriptions de résultats (pourcentage d'exportations, contenu national, etc.) en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement. Il interdit également aux Parties de subordonner à ces prescriptions l'octroi d'avantages (subventions, incitatifs fiscaux, etc.), de privilégier la production intérieure et de relier l'accès à leur marché à la valeur des exportations. Ces contraintes ne valent pas dans le cas de subventions accordées en retour de l'installation d'une usine de production à un endroit désigné, de la prestation d'un service, de la formation ou de l'embauche de travailleurs, de l'érection ou de l'agrandissement d'installations ou de l'exécution de travaux de recherche et de développement. L'article ne limite pas le recours à diverses mesures (notamment de protection de l'environnement) exigeant un contenu national donné ou favorisant les biens et services d'origine intérieure, à la condition qu'elles ne soient par appliquées de façon arbitraire, ni ne constituent une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement international. Les mesures indispensables à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux sont expressément permises.

L'article 1107 interdit aux Parties d'imposer quelque exigence de nationalité à l'égard des dirigeants, en ce qui concerne les investissements effectués par des investisseurs d'une autre Partie. Cette disposition permet donc à ces

of their choosing (subject to the immigration laws of the host country). In addition, a Party may impose a requirement that a majority of the Board of Directors of a company be nationals or residents only if this requirement would not impair the ability of the investor to exercise control over its investment. In Canada's case, the *Canada Business Corporations Act* requires that a majority of the board of directors of any federally-incorporated company be resident Canadians. Where sectoral restrictions are imposed (e.g., on airlines) there may be a requirement that more than a simple majority of the directors be resident Canadians. Reservations in annex I protect these requirements. Canada's schedule to annex I also includes an entry which preserves its right to impose foreign ownership restrictions as well as nationality and residency requirements for senior management and boards of directors in the case of privatization of Crown corporations and government assets.

Articles 1102, 1103 and 1107 do not apply to procurement by government and subsidies.

Article 1108 specifies the exceptions permitted to the obligations of articles 1102 (national treatment), 1103 (most-favoured-nation treatment), 1106 (performance requirements) and 1107 (senior management and boards of directors). It also sets out the relationship of annexes I, II, III, and IV to this Section. Annex I describes existing measures that do not meet the obligations of articles 1102, 1103, 1106, and/or 1107. All existing, non-conforming measures may not be amended to be made more restrictive in the future, and once liberalized may also not be made more restrictive. At the federal level, non-conforming measures to be maintained are described in each country's schedule to annex I. Existing state and provincial measures are excepted from the relevant obligations for two years after the entry into force of the Agreement, i.e., until January 1, 1996. In order to maintain such measures they must be set out in annex I after the two-year period. Local government measures may be maintained and are not required to be listed in annex I. Article 1108 also sets out a number of limited exceptions to article 1106 allowing some performance requirements relating to foreign aid, export promotion, government procurement and preferential tariffs and quotas.

For Canada, all existing non-conforming federal measures are grandfathered and listed in annex I. In the NAFTA, Canada has agreed to extend to Mexican investors the higher Investment Canada review thresholds established in the FTA as well as to amend the FTA indexing formula for the review thresholds to include real economic growth as well as inflation (these commitments are specified in annex I).

For the United States, all non-conforming existing federal measures are grandfathered and listed in annex I. Mexico, however, has made commitments for significant further liberalization of its investment regime, and these commitments are specified in the Mexican schedule to annex I. This liberalization includes a significant increase in the thresh-

investisseurs d'embaucher les personnes de leur choix (dans le respect des lois intérieures régissant l'immigration). En revanche, une Partie peut exiger que la majorité des membres du conseil d'administration soit recrutée parmi ses propres citoyens ou résidents, à la condition que cette exigence ne compromette pas de façon importante la capacité de l'investisseur à contrôler son investissement. Au Canada, la *Loi sur les sociétés par actions* prescrit que le conseil d'administration des sociétés constituées en vertu des lois fédérales soit en majorité simple composé de résidents canadiens; dans certains secteurs réglementés (par exemple les services aériens), la proportion peut être encore plus élevée. L'annexe I de l'Accord garantit le maintien de ces exigences. Dans la liste canadienne ajoutée à cette dernière, on précise que le Canada conserve le droit d'imposer des contraintes à la propriété étrangère et d'exiger la présence d'une proportion donnée de citoyens et de résidents canadiens parmi les dirigeants et le conseil d'administration de sociétés et d'actifs publics privatisés.

Les articles 1102, 1103 et 1107 ne s'appliquent pas aux marchés publics et aux subventions.

L'article 1108 énumère les exceptions admises à l'égard des obligations prescrites dans les articles 1102 (Traitement national), 1103 (Traitement de la nation la plus favorisée), 1106 (Prescriptions de résultats) et 1107 (Dirigeants et conseils d'administration). Il établit également la relation entre la présente section et les annexes I, II, III et IV. La première de celles-ci dresse la liste des mesures qui, actuellement, ne répondent pas aux exigences des articles 1102, 1103, 1106 et 1107. Aucune de ces mesures non conformes ne peut désormais être rendue plus contraignante; toute libéralisation devient en outre définitive. On peut voir, dans la même annexe, la liste de mesures fédérales que chaque pays désire voir maintenues. Les mesures non conformes d'États ou de provinces seront exemptées des obligations pertinentes pendant les deux années qui suivront l'entrée en vigueur de l'Accord, soit jusqu'au 1^{er} janvier 1996. Par la suite, seules seront reconduites celles qui figurent à l'annexe I. Les mesures prises par des administrations locales peuvent aussi être maintenues sans être inscrites à l'annexe. L'article 1108 institue par ailleurs diverses exceptions à l'article 1106, en ce sens qu'il permet le recours à certaines prescriptions de résultats notamment dans les secteurs de l'aide à l'étranger, de la promotion des exportations, des marchés publics et des tarifs et contingents préférentiels.

Toutes les mesures existantes non conformes du gouvernement fédéral du Canada bénéficient d'une clause d'antériorité et sont inscrites à l'annexe I. Dans l'ALENA, le Canada convient d'étendre aux investisseurs mexicains les avantages du relèvement des seuils d'examen d'Investissement Canada (découlant de l'Accord canado-américain de libre-échange) et de modifier la formule d'indexation établie dans ce dernier de manière qu'elle tienne compte de la croissance économique réelle en même temps que de l'inflation (ces engagements figurent à l'annexe I).

Toutes les mesures existantes non conformes du gouvernement fédéral américain bénéficient également d'une clause d'antériorité et sont inscrites à l'annexe I. Le Mexique, pour sa part, a fait inscrire à la même annexe les mesures considérables qu'il entend prendre pour libéraliser sa réglementation relative à l'investissement. Il s'engage

olds for Mexican review of foreign take-overs, reduction or elimination of many restrictions on foreign investment in specific sectors, and the phasing out of trade-distorting performance requirements.

Annex II sets out the sectors or activities to which articles 1102, 1103, 1106 or 1107 do not apply, both for existing, non-conforming measures and possible new or more restrictive measures. However, a Party may not require divestiture of existing investments, by reason of its nationality, when introducing new measures covered by annex II. Canada has listed aboriginal affairs, residency requirements for ownership of oceanfront land, telecommunications, government debt securities, minority affairs, social services (including income security or insurance, social security or insurance, social welfare, public education, public training, health, and child care), specialty air services, maritime cabotage, and the right to impose equivalent measures in the maritime sector with respect to the United States.

Annex III sets out the sectors reserved to the state under the Mexican constitution as well as the provisions applicable to Mexico in the privatization of state enterprises. Mexico retains the right to impose foreign ownership restrictions at the time that private (domestic) investment is permitted. For activities reserved to the state on January 1, 1992 but not reserved to the state at the date of entry into force, Mexico retains the right to impose foreign ownership restrictions on the initial sale for a period not exceeding three years. As Mexico liberalizes these restrictions, the provisions of article 1108 will apply, i.e., once a sector is opened to private and/or foreign participation, restrictions may not be re-introduced in the future and exceptions must be listed in annex I.

Annex IV sets out exceptions to article 1103 (most-favoured-nation treatment) including all existing bilateral and multilateral agreements as well as future agreements involving aviation, fisheries, maritime matters, and telecommunications.

Under article 1109, each Party is required to permit the transfer of funds related to investments (such as profits, loan payments, liquidations) to be made freely and without delay. The article also prohibits forced repatriation of funds (i.e., by the home government). Certain exceptions are permitted to enforce laws of general application related to, for example, bankruptcy and trading in securities. (A limited exception for balance-of-payments difficulties is set out in article 2104).

Under article 1110, no Party may expropriate investments of investors of another Party, except for a public purpose, on a non-discriminatory basis, in accordance with due process of law, and on payment of compensation. Compensation must be equivalent to fair market value, plus interest at a commercially reasonable rate. If compensation is not paid in a G-7 currency, the article requires that any exchange rate fluctuation between the expropriation date and the payment date must be incorporated into the amount of compensation

notamment à hausser sensiblement ses seuils d'examen des prises de contrôle étrangères, à réduire ou à supprimer de nombreuses contraintes sectorielles à l'investissement étranger et à éliminer graduellement ses prescriptions de résultats qui nuisent au libre exercice du commerce.

À l'annexe II, on retrouve les secteurs et activités à l'égard desquels les mesures non conformes actuelles et futures échappent à la portée des articles 1102, 1103, 1106 et 1107. À cet égard, l'interdiction d'exiger la vente d'investissements existants pour des raisons de nationalité reste totale. Les secteurs choisis par le Canada sont les suivants : affaires autochtones, propriété foncière exclusivement réservée aux résidents le long des littoraux océaniques, télécommunications, obligations gouvernementales, affaires des minorités ethniques, services sociaux (y compris la sécurité ou la garantie des revenus, la sécurité ou l'assurance sociale, le bien-être social, l'éducation publique, la formation publique, la santé et la garde des enfants), services aériens spécialisés, cabotage et, dans le domaine maritime, droit d'imposer des mesures équivalentes aux mesures américaines.

L'annexe III dresse la liste des secteurs relevant exclusivement du domaine public en vertu de la constitution mexicaine et précise les dispositions applicables au Mexique dans la privatisation des sociétés d'État. Le Mexique conserve le droit d'imposer à la propriété étrangère les contraintes établies lors de l'autorisation de l'investissement intérieur. Dans les secteurs ouverts aux intérêts privés entre le 1^{er} janvier 1992 et l'entrée en vigueur de l'Accord, il peut également limiter la participation étrangère dans la première acquisition, mais pour un maximum de trois ans. Les dispositions de l'article 1108 interviendront au rythme de la libéralisation des politiques mexicaines; ainsi, dès qu'un secteur s'ouvre à la propriété privée ou étrangère, aucune contrainte ne pourra être remise en place; de même, toute exception devra être inscrite à l'annexe I.

L'annexe IV précise les exceptions admises à l'article 1103 (Traitement de la nation la plus favorisée); y figurent notamment toutes les ententes bilatérales et multilatérales déjà conclues, ainsi que les projets d'entente concernant l'aviation, la pêche, les questions maritimes et les télécommunications.

L'article 1109 oblige chacune des Parties à permettre que soient effectués librement et sans retard tous les transferts se rapportant à un investissement (bénéfices, remboursements de prêts, liquidations, etc.). Il interdit par ailleurs à un gouvernement de forcer le rapatriement de capitaux, mais prévoit des exceptions relatives à l'application de lois de nature générale, par exemple celles qui ont trait à la faillite ou au négoce des valeurs mobilières. (L'article 2104 institue une autre exception, bien circonscrite, à l'égard de problèmes relatifs à la balance des paiements.)

En vertu de l'article 1110, aucune des Parties ne peut exproprier un investissement effectué par un investisseur d'une autre Partie, sauf pour une raison d'intérêt public, sur une base non discriminatoire, en conformité avec l'application régulière de la loi et moyennant le versement d'une indemnité. Celle-ci doit équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement, additionnée d'intérêts calculés selon un taux commercial raisonnable. Si elle n'est pas versée dans une devise du Groupe des Sept, elle doit être

paid. The article does not apply to compulsory licences and the issuance, revocation, and creation of intellectual property rights, to the extent these are consistent with chapter seventeen (intellectual property).

Article 1111 permits special formalities such as incorporation requirements, provided that these do not materially impair the protections under the chapter. In addition, a Party may require investors of the other Parties to provide routine information about their investments, to be used for statistical purposes.

In the case of any inconsistency between the investment chapter and other chapters, article 1112 provides that the latter shall prevail to the extent of the inconsistency. This article ensures that the specific provisions of other chapters are not superseded by the general provisions of this chapter. In the case that a Party requires a service provider to post a bond in order to provide the service on a cross-border basis, the article specifies that this chapter applies to the bond, but not to the cross-border provision of the service.

Under article 1113, a Party may deny the benefits of this chapter in the case that investors of a non-Party control the investment and the denying Party does not maintain diplomatic relations with the non-Party or the denying Party has prohibited transactions with enterprises of the non-Party which could be circumvented if the NAFTA applied. A Party may also deny benefits in the case of "sham" investments (i.e., where there are no substantial business activities in a NAFTA country).

The first paragraph of article 1114 affirms each Party's right to adopt and enforce environmental measures, consistent with the chapter (e.g., environmental measures must be applied on a national treatment basis). The second paragraph, which addresses the pollution haven issue, requires that the Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures, and that Parties should not waive or derogate from such environmental measures to attract investment. If one Party considers that another has done so, it may request consultations.

Section B Settlement of Disputes

Between a Party and an Investor of Another Party

Section B of chapter 11 refers private parties, who have a dispute with a NAFTA Party other than their own, to one of three applicable sets of arbitration rules which are intended to govern the arbitration proceedings in question.

établie de manière à tenir compte de toute fluctuation du taux de change entre la date de l'expropriation et celle du paiement. L'article ne s'applique pas à la délivrance de licences obligatoires, ni à l'annulation, à la limitation ou à la création de droits de propriété intellectuelle, pour autant que soient respectées les dispositions du chapitre 17 (Propriété intellectuelle).

L'article 1111 permet aux Parties de prescrire des formalités spéciales, notamment en ce qui concerne la constitution légale des investisseurs, à la condition que ces formalités ne réduisent pas sensiblement les protections accordées par le chapitre. Il autorise également les Parties à demander à un investisseur d'une autre Partie de fournir à l'égard de son investissement des renseignements d'usage qui ne serviront qu'à des fins de statistique.

En cas d'incompatibilité entre le chapitre traitant de l'investissement et les autres, l'article 1112 fait en sorte que ces derniers prévalent dans la mesure de l'incompatibilité et, en conséquence, que leurs dispositions particulières aient priorité sur les clauses plus générales du chapitre 11. Si, par exemple, une Partie oblige un fournisseur de services d'une autre Partie à verser un cautionnement avant de pouvoir fournir un service sur son territoire, le chapitre 11 s'appliquera au cautionnement, mais non à la fourniture de ce service transfrontières.

L'article 1113 permet à une Partie de refuser d'accorder les avantages conférés par le chapitre 11 à un investissement provenant d'une entreprise d'une autre Partie, quand cette entreprise est contrôlée par des investisseurs originaires d'un pays non signataire de l'Accord, avec lequel la Partie qui refuse d'accorder les avantages n'entretient pas de relations diplomatiques ou à l'égard duquel elle adopte ou maintient des mesures qui interdisent les transactions commerciales ou qui seraient tournées si les avantages étaient accordés. Une Partie peut également refuser d'accorder ces avantages à des investissements « fantômes » (c'est-à-dire en l'absence d'une activité commerciale importante dans un pays signataire).

Le premier paragraphe de l'article 1114 stipule que chaque Partie est en droit d'adopter des mesures de protection de l'environnement et de les faire appliquer, sous réserve qu'elles soient conformes aux dispositions du chapitre (c'est-à-dire mises en œuvre sur la base du traitement national). Le second paragraphe s'intéresse à la laxité des politiques de lutte à la pollution; les Parties s'y engagent à reconnaître qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement, en y renonçant ou en y dérogeant. La Partie qui estime qu'une autre a offert un tel encouragement pourra demander la tenue de consultations.

Section B Règlement des différends

entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie

La section B du chapitre 11 propose aux investisseurs privés qui se trouvent en conflit avec une Partie autre que celle dont ils sont originaires trois mécanismes d'arbitrage en vue du règlement du litige. Toutefois, ni ces mécanismes,

Decisions under the *Investment Canada Act* are not subject to the dispute settlement procedures of this section or the government-to-government procedures of chapter 20.

The purpose of the section, set out in article 1115, is to establish a mechanism for the settlement of investment disputes that assures both equal treatment among investors of the Parties in accordance with the principle of international reciprocity and due process before an impartial tribunal. The provisions of this section are without prejudice to the rights and obligations of the Parties under chapter 20.

Under article 1116, a claim may be submitted to arbitration under this section if an investor believes that another Party (i.e., other than the Party of whom the investor is a national or an entity controlled by a national of that Party) has breached an obligation under section A or article 1503(2) (state enterprises), or article 1502(3)(a) (monopolies and state enterprises) where the monopoly has acted in a manner inconsistent with the Party's obligations under section A, and that investor has incurred a loss or damage as a result of the alleged breach of an obligation in question. An investor may not make a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge of a loss or damage.

On the same basis as in the case of a claim under article 1116, article 1117 provides that an investor may submit a claim under this section on behalf of an enterprise incorporated in the jurisdiction of another Party where the investor owns or controls directly or indirectly that enterprise. If an investor makes a claim under this article and the investor or a non-controlling investor in the enterprise in question makes a claim under article 1116 arising out of the same events, the claims are to be heard together by a tribunal established under article 1126, unless the tribunal finds that the interests of a disputing party would be prejudiced. An investment may not make a claim under this section.

Article 1118 requires that disputing parties are first to attempt to settle a claim through consultation or negotiation. Should such consultation or negotiation fail, article 1119 provides that the investor is to deliver to the Party written notice of its intention to submit a claim to arbitration at least 90 days before the claim is submitted. The notice is to contain information as to the identity of the claimant, the nature of the claim and the relief and damages sought. Article 1120 states that, except in those cases where the investor, or a Mexican entity controlled by an investor of another Party, has initiated proceedings in a Mexican court, that investor may submit the claim to arbitration under:

—the International Centre for the Settlement of Investment Disputes Convention (ICSID), provided that both the Party alleged to have breached an obligation and the Party of which the investor is a national are parties to the Convention;

ni la procédure « gouvernement-à-gouvernement » décrite au chapitre 20 ne peuvent être utilisés à l'égard de décisions prises en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*.

L'article 1115 fixe la raison d'être de la section, qui est d'établir, pour le règlement des différends en matière d'investissement, un mécanisme qui assure un traitement égal aux investisseurs des Parties, en conformité du principe de la réciprocité internationale, et garantit l'application régulière de la loi devant un tribunal impartial. Les dispositions de la section ne doivent en rien diminuer les privilèges et obligations que le chapitre 20 confère aux Parties.

L'article 1116 précise qu'un investisseur d'une Partie peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle une Partie (autre que celle dont il est lui-même originaire) ou quelque personne morale contrôlée par un ressortissant de ladite Partie a manqué à une obligation découlant de la section A ou du paragraphe 1503(2) (Entreprises d'État), ou encore de l'alinéa 1502(3)a) (Monopoles et entreprises d'État), lorsque le monopole a agi d'une manière qui contrevient aux obligations de la Partie aux termes de la section A, et que l'investisseur a subi des pertes ou des dommages par suite de ce manquement. Un investisseur ne pourra soumettre une plainte à l'arbitrage plus de trois ans après la date à laquelle il a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi.

L'article 1117 stipule qu'aux conditions décrites à l'article 1116, un investisseur d'une Partie, agissant au nom d'une entreprise d'une autre Partie qui est une personne morale que l'investisseur possède ou contrôle directement, peut soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu des dispositions de la section. Lorsqu'un investisseur dépose une plainte en vertu de cet article, et qu'il dépose ou qu'un investisseur non majoritaire de l'entreprise dépose aussi en vertu de l'article 1116 une plainte résultant des mêmes circonstances, les plaintes devront être entendues ensemble par un tribunal établi conformément à l'article 1126, à moins que le tribunal ne constate que les intérêts d'une partie contestante s'en trouveraient lésés. Un investisseur ne peut présenter une plainte en vertu de cette section.

Aux termes de l'article 1118, les parties contestantes doivent d'abord s'efforcer de régler une plainte par la consultation et la négociation. Si elles n'y réussissent pas, l'article 1119 oblige l'investisseur à signifier à la Partie en cause, au moins 90 jours à l'avance, notification écrite de son intention de soumettre une plainte à l'arbitrage. Cette notification doit préciser le nom et l'adresse de l'investisseur contestant, la nature de la plainte, le redressement demandé et le montant des dommages-intérêts réclamés. L'article 1120 stipule que, sauf dans les cas où l'investisseur ou une personne morale mexicaine contrôlée par un investisseur d'une autre Partie a entamé une procédure auprès d'un tribunal mexicain, l'investisseur contestant peut soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu :

—de la Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), à condition que la Partie accusée d'avoir manqué à une obligation et la Partie de l'investisseur aient signé la Convention;

- the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the Party alleged to have breached an obligation or the Party of which the investor is a national, but not both, is a party to the ICSID Convention; or
- the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules.

These rules provide the rules of procedure under which the arbitration will take place. Canada is not currently a member of ICSID, thus cases directly involving Canadian nationals will take place under the rules of the ICSID Additional Facility or UNCITRAL. Six months must have elapsed since the events giving rise to a claim before a claim may be submitted to arbitration; this is intended to permit time to resolve the matter amicably, before invocation of dispute resolution proceedings.

Under article 1121, an investor may submit a claim under article 1116 to arbitration only if:

- the investor consents to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and
- the investor and, in those cases where an enterprise that the investor controls directly or indirectly suffered the damages claimed, that enterprise, waive their right to initiate or continue legal proceedings (except specific proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief) concerning the measure in question.

Claims made under article 1117 on behalf of investments must meet the same conditions. The consent and waiver are to be included with the submission of the claim to arbitration.

The requirement for a waiver from enterprises cannot be used against the investor in those cases where the Party alleged to have breached an obligation has deprived the investor of control of the enterprise. In those cases, no waiver is required from the enterprise and, specifically in the case of Mexican enterprises challenging the loss of control in Mexican legal proceedings, the investor is not barred from taking the matter to arbitration.

By virtue of article 1122, Canada, the United States and Mexico cannot, at a later date, say that they have not consented to arbitration in any particular matter. Consent to all future claims to arbitration has been made in this article provided such claims are made in accordance with the procedures set out in Section B. This consent and the submission of the claim satisfies the technical requirements of the ICSID Convention, the *United Nations (New York) Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, and the *Inter-American (Panama) Convention on International Commercial Arbitration*.

Except in respect of a Tribunal established under article 1126 (consolidation) to consolidate a number of claims, article 1123 provides that each tribunal will have three arbitrators. One arbitrator is to be appointed by each of the

- du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie accusée d'avoir manqué à une obligation ou la Partie de l'investisseur, mais non les deux, aient signé la Convention CIRDI; ou
- des Règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Ces règles déterminent la procédure qui présidera à l'arbitrage. Le Canada n'ayant pas encore signé la Convention du CIRDI, les plaintes qui intéressent directement des ressortissants canadiens devront être traitées soit en vertu du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, soit en vertu des Règles d'arbitrage de la CNUDCI. Il doit s'être écoulé six mois entre les événements qui ont donné lieu à la plainte et le début de la procédure d'arbitrage; ce délai est prévu pour permettre aux parties de résoudre l'affaire à l'amiable, plutôt que d'avoir recours aux mécanismes de règlement des différends.

En vertu de l'article 1121, un investisseur pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, aux termes de l'article 1116, uniquement

- s'il consent à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans l'Accord, et
- dans les cas où la plainte porte sur des dommages subis par une entreprise qu'il contrôle directement ou indirectement, si lui-même et l'entreprise renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre des procédures se rapportant à la mesure en question (à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire).

Les plaintes formulées en vertu de l'article 1117, pour le compte d'investissements, sont soumises aux mêmes conditions. La déclaration de consentement et de renonciation doit accompagner la demande d'arbitrage.

Aucune entreprise ne pourra être tenue de renoncer au droit susmentionné dans les cas où l'investisseur a été dépossédé du contrôle qu'il exerçait sur elle du fait que la Partie mise en cause a manqué à une obligation. Par ailleurs, notamment dans le cas d'entreprises mexicaines contestant une telle perte de contrôle auprès d'un tribunal de ce pays, l'investisseur n'en perd pas pour autant son droit de recourir à l'arbitrage.

La présence de l'article 1122 prive le Canada, les États-Unis et le Mexique de toute possibilité de nier à l'avenir qu'ils aient consenti à l'arbitrage. Ils y conviennent en effet que toute plainte future puisse être soumise à ce mécanisme, sous réserve que la procédure établie à la section B soit respectée. Ce faisant, ils répondent aux exigences techniques de la Convention du CIRDI, de la *Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* et de la *Convention interaméricaine (Panama) sur l'arbitrage commercial international*.

L'article 1123 précise que, sauf pour un tribunal établi en vertu de l'article 1126 (Jonction) pour considérer simultanément plusieurs plaintes, le tribunal comprendra trois arbitres, chacune des parties contestantes en nommant un, le

disputing parties and the third, who shall be the presiding arbitrator, is to be agreed upon by parties to the dispute. The parties are, however, free to agree to any other number of arbitrators.

If a tribunal, other than a tribunal established under article 1126 (consolidation), has not been constituted within 90 days from the date that a claim is submitted to arbitration, then article 1124 establishes a procedure for appointing the arbitrators. The Parties to NAFTA agree that the Secretary-General of ICSID, on the request of either disputing party, shall appoint, at his or her discretion, the arbitrator or arbitrators not yet appointed. The only requirements are that the presiding arbitrator must be appointed from a roster of panelists and not be a national of the disputing Party or a national of the Party of the disputing investor. In the event that no such presiding arbitrator is available to serve, the Secretary-General shall appoint, from the ICSID Panel of Arbitrators, a presiding arbitrator who is not a national of any of the Parties.

Canada, the United States and Mexico have agreed jointly to maintain a roster of 45 presiding arbitrators meeting the qualifications referred to in article 1120. The members of this roster are to be experienced in international law and investment matters and are to be appointed by consensus and without regard to nationality.

In order to meet the technical requirements of the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules, the Parties to NAFTA agree in article 1125 to the appointment of each individual member of a tribunal. Similarly, this article makes it a condition that anyone wanting to make a claim under articles 1116 or 1117 must agree in writing to each individual member of the tribunal before a claim can be submitted. While a disputant "agrees", this agreement is without prejudice to its right to object to the appointment of an arbitrator for legitimate reasons, such as nationality.

Article 1126 permits a single arbitration tribunal to consolidate and hear two or more claims where the claims have a question of law or fact in common. Such a tribunal is to be established under the UNCITRAL Arbitration Rules and shall conduct its proceedings in accordance with the rules, except as modified by this section. Within 60 days of receipt of the request, the Secretary-General of ICSID shall establish a tribunal comprising three arbitrators and appoint the presiding arbitrator. The presiding arbitrator is to be selected from either the roster established by the Parties to NAFTA or, if none is available, from the ICSID Panel of Arbitrators. The presiding arbitrator cannot be a national of a NAFTA Party. The Secretary-General shall then appoint the two other members of the tribunal with one member being a national of the disputing Party and one member a national of a Party of the disputing investors. A tribunal established under article 1120 shall not have jurisdiction to decide a claim, or a part of a claim, over which a tribunal established under this article has assumed jurisdiction. On the application of a disputing party, a tribunal established under this article, pending its decision to assume jurisdiction, may order that the proceedings of a tribunal established under article 1120 be stayed, unless that tribunal has already

troisième, soit l'arbitre en chef, étant nommé par entente entre les parties contestantes. Celles-ci restent toutefois libres de s'entendre sur le nombre définitif des arbitres.

Si un tribunal autre qu'un tribunal constitué en vertu de l'article 1126 (Jonction) n'a pas été institué dans les 90 jours suivant la date à laquelle la plainte a été soumise à l'arbitrage, l'article 1124 établit la procédure pour la nomination des arbitres. Les Parties signataires de l'ALENA conviennent que le secrétaire général du CIRDI, à la demande de l'une ou l'autre des parties contestantes, nommera à son gré l'arbitre ou les arbitres non encore nommés, sous réserve seulement que l'arbitre en chef soit choisi parmi la liste d'arbitres pertinente et qu'il ne soit pas un ressortissant de la Partie contestante ou de la Partie de l'investisseur contestant. Si aucun arbitre en chef figurant sur la liste n'est disponible pour exercer cette fonction, le secrétaire général choisira, dans le Groupe d'arbitres du CIRDI, un arbitre en chef qui ne sera pas un ressortissant de l'une quelconque des Parties.

Le Canada, les États-Unis et le Mexique ont convenu d'établir et de maintenir une liste de 45 arbitres en chef possédant les qualités requises par l'article 1120, c'est-à-dire ayant l'expérience des questions de droit international et des investissements internationaux. Les membres figurant sur la liste seront désignés par consensus et sans égard à leur nationalité.

Afin de répondre aux exigences techniques de la Convention et du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, les Parties à l'ALENA conviennent, dans l'article 1125, d'accepter la nomination de chaque membre d'un tribunal. L'article exige par ailleurs que tout investisseur contestant fasse de même, par écrit, avant de soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu des articles 1116 ou 1117. Ce consentement ne prive pas l'investisseur de son droit de s'opposer légitimement (par exemple pour des motifs de nationalité) à la nomination d'un arbitre.

L'article 1126 permet à un tribunal d'arbitrage de se saisir de plusieurs plaintes qui portent sur un même point de droit ou de fait. Ce tribunal doit être constitué aux termes des Règles d'arbitrage de la CNUDCI et mener ses procédures conformément à celles-ci, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par la présente section. Dans les 60 jours suivant la réception de la demande, le secrétaire général du CIRDI constituera un tribunal comprenant trois arbitres et choisira l'arbitre en chef parmi la liste établie par les Parties à l'ALENA. Si aucune des personnes mentionnées à la liste n'est disponible pour assumer cette fonction, le secrétaire général choisira, dans le Groupe d'arbitres du CIRDI, un arbitre en chef qui n'est un ressortissant d'aucune des Parties. Il nommera ensuite les deux autres arbitres, l'un étant un ressortissant de la Partie contestante et l'autre un ressortissant de la Partie des investisseurs contestants. Un tribunal institué en vertu de l'article 1120 n'aura pas compétence pour régler une plainte, en totalité ou en partie, si un tribunal institué en vertu de l'article 1126 a déjà été saisi d'une telle plainte. À la demande d'une partie contestante, un tribunal institué en vertu de l'article 1126 peut, jusqu'à ce qu'il décide de sa propre compétence, ordonner que les procédures d'un tribunal institué en vertu de l'article 1120

adjourned its proceedings. Where a tribunal has been established under this article and there is a disputing investor that has submitted a claim to arbitration under article 1116 or 1117 and that has not been named in a request to consolidate the proceedings, that investor may make a written request to the tribunal that it be included in the proceedings.

Under article 1127, a disputing Party shall deliver to the other Parties written notice of a claim no later than 30 days after the date that the claim is submitted along with copies of all pleadings filed in the arbitration. Article 1128 ensures that, on written notice to the disputing parties, a Party may make submissions to a tribunal on a question of interpretation of this Agreement.

Under article 1129, a Party shall be entitled to receive from the disputing Party a copy of the evidence that has been tendered to the tribunal as well as the written argument of the disputing parties. When a Party receives such information it must respect the confidentiality of such information as if it were a disputing Party. The provision of notice, copies of documents and the right to intervene allows Canada to intervene in an arbitration to which it is not a party for the purpose of expressing Canada's views on a question of interpretation of the NAFTA.

Unless the disputing parties agree otherwise, article 1130 provides that a Tribunal shall hold an arbitration in the territory of a Party that is a party to the *New York Convention*, selected in accordance with the applicable arbitration rules used by the parties.

Article 1131 states that an arbitration tribunal will decide a dispute in accordance with the provisions of NAFTA and any applicable rules of international law. An interpretation of a provision of the NAFTA by the Commission is binding on an arbitration tribunal. Where it is claimed that the alleged breach of an obligation is a permitted exception as set out in one of the annexes to chapter 11, article 1132 provides that the tribunal, when requested to do so by the Party concerned, shall request the interpretation of the NAFTA Commission on the issue. The Commission is to submit in writing its interpretation to the Tribunal within 60 days of delivery of the request; the Commission's interpretation is binding on the tribunal. Should the Commission fail to submit an interpretation within 60 days, the tribunal is to decide the issue.

Where it is authorized to do so under the applicable arbitration rules, a tribunal, on request or, unless the disputing parties disapprove, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it on any factual issue concerning environmental, health, safety or other scientific matters raised by a disputing party in a proceeding (article 1133). A tribunal may order an interim measure of protection under article 1134 to preserve the rights of a disputing party, or to ensure that the tribunal's jurisdiction is made fully effective. Such orders may include an order to preserve evidence in the possession or control of a disputing party or to protect the tribunal's jurisdiction. However, a tribunal may not order attachment, or stop the application, of a

soient suspendues, à moins que celui-ci ne les ait déjà ajournées. Un investisseur contestant qui a soumis une plainte à l'arbitrage en vertu des articles 1116 ou 1117 et qui n'a pas été nommé dans une demande de regroupement de plaintes pourra demander par écrit au tribunal constitué aux termes de l'article 1126 d'être autorisé à participer aux procédures.

L'article 1127 oblige une Partie contestante à signifier aux autres Parties notification écrite d'une plainte qui a été soumise à l'arbitrage, au plus tard 30 jours après la date à laquelle la plainte a été présentée, et à leur fournir copie de toutes les pièces de procédure déposées durant l'arbitrage. L'article 1128 précise qu'après notification écrite donnée aux parties contestantes, une Partie pourra présenter à un tribunal des conclusions sur une question d'interprétation de l'Accord.

En vertu de l'article 1129, une Partie pourra demander à une Partie contestante de lui fournir copie de la preuve qui a été produite devant le tribunal et des exposés écrits des parties contestantes. Sur réception de ces renseignements, elle doit, comme si elle était une Partie contestante, les considérer comme étant confidentiels. Grâce à ces notifications écrites et à son droit d'obtenir copie de documents et d'intervenir, le Canada peut, dans certaines affaires qui ne l'intéressent pas directement, faire valoir son point de vue quant à l'interprétation de l'ALENA.

L'article 1130 stipule que, sauf entente contraire entre les parties contestantes, un tribunal effectuera l'arbitrage sur le territoire d'une Partie qui est partie à la *Convention des Nations Unies* (Convention de New York), et qui sera choisie conformément aux règles d'arbitrage employées par les parties.

L'article 1131 prévoit qu'un tribunal d'arbitrage tranchera les points en litige conformément aux dispositions de l'ALENA et aux règles applicables du droit international. Une interprétation de la Commission d'une disposition de l'ALENA sera obligatoire pour tout tel tribunal. Aux termes de l'article 1132, lorsqu'une Partie contestante affirme en défense que la mesure qualifiée de manquement relève d'une exception admise dans les annexes du chapitre 11, le tribunal devra, à la demande de la Partie contestante, obtenir l'interprétation de la Commission de l'ALENA à ce sujet. La Commission devra, dans les 60 jours suivant la signification de la demande, présenter par écrit son interprétation au tribunal, pour lequel elle sera obligatoire. Si la Commission ne présente pas d'interprétation dans les 60 jours, le tribunal tranchera lui-même la question.

Quand les règles d'arbitrage pertinentes l'autorisent à le faire, un tribunal pourra, à la demande d'une partie contestante ou, si les parties contestantes s'y opposent, de sa propre initiative, nommer un ou plusieurs experts qui auront pour tâche de lui présenter un rapport sur tout élément factuel se rapportant aux questions d'environnement, de santé, de sécurité ou autres questions à caractère scientifique soulevées par une partie contestante au cours d'une procédure (article 1133). En vertu de l'article 1134, un tribunal peut prendre une mesure de protection provisoire pour préserver les droits d'une partie contestante ou pour assurer le plein exercice de sa propre compétence, y compris une ordonnance destinée à conserver les éléments de preuve en

measure alleged to constitute a breach referred to in article 1116 or 1117. Consistent with the practice of tribunals in this field, for purposes of this paragraph, an order includes a recommendation.

In its final award under article 1135, a tribunal may award monetary damages including interest or the restitution of property, in which case the award shall provide that the Party may pay monetary damages and any applicable interest in lieu of restitution. A tribunal may also award costs in accordance with the applicable arbitration rules. An award under article 1117(1) must provide that it is made without prejudice to any right that any person may have in relief under applicable domestic law. Finally, a tribunal may not order a Party to pay punitive damages.

Under article 1136, an award made by a tribunal is binding only on the disputing parties and in respect of the particular case. Subject to waiting periods set out in this article and the review procedure under the arbitration rules for an interim award, a disputing party shall abide by and comply with an award without delay. An investor is entitled to seek enforcement of an award only after proceedings for judicial review of the award, if initiated, have been completed. In the case of a final award made under the ICSID Convention, the investor must wait until either 120 days have elapsed from the date the award was rendered or after revision or annulment proceedings have been completed. In those cases held under the ICSID Additional Facility Rules or the UNCITRAL Arbitration Rules, the investor must wait until three months have elapsed from the date the award was rendered, or a court has dismissed or allowed an application to revise, set aside or annul the award and there is no further appeal. Each Party shall provide for the enforcement of an award in its territory. If a disputing Party fails to abide by or comply with a final award, the matter may be referred to the NAFTA Commission for further consideration as to whether such inaction is a breach of NAFTA.

Article 1137 sets out miscellaneous provisions regarding such matters as the time when a claim is considered as being submitted to arbitration. Canada and the United States will make any arbitration award public, while the publication of an award in Mexico will be governed by the applicable arbitration rules. A Party may not invoke the fact that the investor making a claim has received compensation through any insurance policy or program.

Under article 1138, a decision by a Party pursuant to article 2102 (national Security) to prohibit or restrict the acquisition of an investment in its territory by an investor of another Party, or its investment, is not subject to the dispute settlement provisions of section B or chapter 20. The Parties have agreed that this particular exclusion is "without prejudice to the applicability or non-applicability

la possession ou sous le contrôle d'une partie contestante ou à protéger sa propre compétence. Il ne peut cependant prendre une ordonnance de saisie ou interdire d'appliquer telle ou telle mesure présumée constituer un manquement visé aux articles 1116 ou 1117. Aux fins de cet article, une ordonnance comprend une recommandation, comme il est de pratique courante dans ce genre de tribunaux.

L'article 1135 permet à un tribunal, lorsqu'il rend une sentence finale, d'accorder des dommages pécuniaires et tout intérêt applicable ou d'ordonner la restitution de biens, auquel cas l'ordonnance disposera que la Partie contestante pourra verser des dommages pécuniaires et tout intérêt applicable en remplacement d'une restitution. Le tribunal pourra également imposer les dépens conformément aux règles d'arbitrage applicables. Dans une ordonnance prononcée aux termes du paragraphe 1117(1), il sera précisé qu'elle est sans préjudice du droit qu'une personne pourrait avoir au redressement en vertu des lois intérieures applicables. Enfin, un tribunal ne pourra ordonner à une Partie de payer des dommages-intérêts punitifs.

En vertu de l'article 1136, une sentence rendue par un tribunal n'aura aucune force obligatoire si ce n'est entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée. Sous réserve des délais établis dans l'article et de la procédure d'examen applicable dans le cas d'une sentence provisoire, une partie contestante devra se conformer sans délai à une sentence finale. Un investisseur ne pourra demander l'exécution d'une sentence finale que si la procédure de révision judiciaire, le cas échéant, a été complétée. Dans le cas d'une sentence finale rendue en vertu de la Convention du CIRDI, il devra attendre 120 jours après la date à laquelle la sentence a été rendue ou l'achèvement de la procédure de révision ou d'annulation. Dans le cas d'une sentence finale rendue aux termes du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ou des Règles d'arbitrage de la CNUDCI, il devra attendre que trois mois se soient écoulés depuis la date à laquelle la sentence a été rendue ou qu'un tribunal ait rejeté ou accueilli une demande de révision ou d'annulation de la sentence et que tous les recours en appel aient été épuisés. Chacune des Parties devra assurer l'exécution d'une sentence arbitrale sur son territoire. Si une Partie contestante néglige de respecter une sentence finale ou de s'y conformer, la question pourra être soumise à la Commission de l'ALENA, qui verra si ce comportement constitue une dérogation aux dispositions de l'Accord.

L'article 1137 contient diverses dispositions portant notamment sur le moment où une plainte est réputée avoir été soumise à l'arbitrage. Le Canada et les États-Unis s'y engagent à faire publier les sentences arbitrales et le Mexique à respecter à cet égard les règles d'arbitrage pertinentes. Aucune Partie ne pourra alléguer, à des fins de défense, que l'investisseur contestant a reçu une compensation aux termes d'un contrat ou d'un programme d'assurance.

En vertu de l'article 1138, la décision d'une Partie, conformément à l'article 2102 (Sécurité nationale), d'interdire ou de restreindre l'acquisition d'un investissement, sur son territoire, par un investisseur d'une autre Partie, ou son investissement, ne sera pas assujettie aux dispositions relatives au règlement des différends de la section B ou du chapitre 20. Les Parties ont convenu que cette exception

of the dispute settlement provisions" of the NAFTA to other actions taken by the Parties pursuant to article 2102.

Under annex 1138.2, a decision by Canada following a review under the *Investment Canada Act*, or by Mexico's National Commission on Foreign Investment (Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras), with respect to whether or not to permit an acquisition of an investment that is subject to review, is not subject to the dispute settlement provisions of section B or of chapter twenty.

2. Canadian Legislation

Chapter eleven permits Canada to retain non-conforming existing measures; these measures are listed in Canada's schedule to annex I. Canada has agreed:

- to extend to all NAFTA countries (i.e., Mexico) the benefit of preferential review threshold given to the United States under the FTA;
- to extend to all NAFTA countries (i.e., Mexico) the FTA commitment not to review indirect acquisitions; and
- to increase the indexing factor to include real economic growth (as well as inflation) beginning in 1995.

Article 2106 and annex 2106 (cultural industries) state that, except for article 302 (tariff elimination), as between Canada and the United States, cultural industries shall be governed under the NAFTA by the provisions of the FTA, and that these provisions will also be extended to apply between Canada and all other NAFTA Parties. Consequently, the investment provisions of chapter eleven do not apply to Canadian cultural industries. Pursuant to section 179 of the *NAFTA Act*, section 24 of the *Investment Canada Act* is amended in order to implement article 2106 and annex 2106 of the NAFTA concerning cultural industries. Under the FTA, in the event that Canada requires divestiture of a cultural business, acquired indirectly by an American investor, pursuant to a review under the *Investment Canada Act*, Canada is obligated to purchase at fair market value that cultural business. A new section in the *Investment Canada Act* replicates this FTA obligation and extends it to any NAFTA investor.

Section 178 of the *NAFTA Implementation Act* sets out the amendments to the *Investment Canada Act*. It revises the formula for indexing the review threshold for direct acquisitions, extends to all NAFTA investors both the higher threshold for direct acquisitions and the non-reviewability of indirect acquisitions, and also defines related terms. In addition, the amendments empower the government to acquire a cultural business in the case of forced divestiture by a NAFTA investor, as agreed under the FTA, and extended to all Parties in the NAFTA. The specific amendments to

serait sans préjudice de «l'applicabilité ou de la non-applicabilité des dispositions sur le règlement des différends» de l'ALENA aux autres mesures prises par une Partie conformément à l'article 2102.

À l'annexe 1138.2, il est précisé que les dispositions sur le règlement des différends de la section B ou du chapitre 20 ne s'appliqueront pas aux décisions prises par le Canada à la suite d'un examen exécuté en vertu de la *Loi sur l'investissement Canada* ou par la Commission nationale mexicaine d'examen de l'investissement étranger (*Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras*) quant à la possibilité de permettre l'acquisition d'un investissement.

2. Législation canadienne

Le chapitre 11 permet au Canada de conserver les mesures existantes non conformes inscrites à la liste qu'il a fait insérer dans l'annexe I. Il convient par ailleurs :

- d'étendre à tous les pays signataires de l'ALENA (c'est-à-dire au Mexique) les avantages de la hausse du seuil préférentiel de révision consenti aux États-Unis en vertu de l'Accord canado-américain de libre-échange;
- d'étendre à tous les pays signataires de l'ALENA (c'est-à-dire au Mexique) la portée de l'engagement qu'il a pris dans le cadre de l'Accord canado-américain de ne pas soumettre les acquisitions indirectes à l'examen; et
- d'élever le facteur d'indexation de manière à tenir compte, à compter de 1995, de la croissance économique réelle aussi bien que de l'inflation.

L'article 2106 et l'annexe 2106 (Industries culturelles) précisent que, sous réserve de l'article 302 (Élimination des droits de douane), les industries culturelles seront, pour ce qui concerne le Canada et les États-Unis et pour les fins de l'ALENA, assujetties aux dispositions de l'Accord conclu entre le Canada et les États-Unis et que ces dispositions s'appliqueront entre le Canada et toutes les autres Parties à l'ALENA. Les passages du chapitre 11 qui visent l'investissement ne s'appliquent donc pas aux industries culturelles canadiennes. En conformité de l'article 179 de la *Loi de mise en œuvre de l'ALENA*, l'article 24 de la *Loi sur l'investissement Canada* est modifié de manière à permettre l'entrée en vigueur de l'article 2106 et de l'annexe 2106 de l'ALENA, concernant les industries culturelles. L'ALE obligeait le Canada à acquérir à sa juste valeur marchande toute entreprise culturelle acquise indirectement par un investisseur américain et dont celui-ci devait se départir à la suite d'un examen en vertu de la *Loi sur l'investissement Canada*. Un nouvel article de la *Loi sur l'investissement Canada* fait écho à cette obligation et en étend la portée à tout investisseur d'une Partie à l'ALENA.

L'article 178 de la *Loi de mise en œuvre de l'ALENA* énumère les modifications apportées à la *Loi sur l'investissement Canada*. Cet article corrige la formule d'indexation du seuil d'examen des acquisitions directes, étend à tous les investisseurs des Parties signataires les avantages inhérents à la hausse de ce seuil et à l'affranchissement des acquisitions indirectes de la procédure d'examen et définit les termes connexes. Les modifications permettent aussi au gouvernement de se porter acquéreur d'une entreprise culturelle dont un investisseur d'une Partie à l'ALENA pourrait

extend the thresholds concern sections 14.01 and 14.02. A new section 14.03 suspends the application of sections 14.1 and 14.2 (the *Investment Canada Act's* FTA provisions) while NAFTA remains in force.

The *Commercial Arbitration Act* enacts the UNCITRAL Arbitration Code and governs commercial arbitration, including judicial review and enforcement of an arbitration decision, where one of the parties is the Crown in right of Canada. Section 50 of the *NAFTA Act* amends section 5 of the *Commercial Arbitration Act* to ensure that it will apply to arbitrations conducted under NAFTA.

3. Intended Government Action

Investment agreements protect the interests of Canadian investors abroad and provide a rules-based approach to the resolution of disputes involving foreign investors. The FTA marked the first time that Canada entered into a comprehensive set of rules governing both inward and outward investment. The NAFTA builds on that experience.

One of Canada's principal goals in negotiating the NAFTA was to ensure that Canada remains an attractive place to invest. The Agreement ensures that investors in Canada, whether foreign or domestic, have secure access to North American markets on the same basis as investors in the United States and Mexico. The NAFTA investment provisions also promote and protect the interests of Canadian investors in the United States and Mexico, ensure that Canada and the United States maintain their relatively open investment regimes and commit Mexico to further liberalize its regime.

Canada's restrictions on foreign investment in certain sensitive sectors are protected. Canadian cultural industries and social services are protected and Canada retains the ability to review major takeovers. Provincial autonomy is safeguarded by allowing provinces to preserve restrictions within their jurisdiction. Within two years of the date of entry into force of NAFTA, Canada will list in its schedule to annex I any existing measures to be maintained by each province and territory that do not conform to the obligations of chapter eleven. The Government plans to consult extensively with the provinces in the preparation of these additions to the schedule for Canada. Non-conforming measures of local governments may be maintained and do not have to be listed.

The Government recognizes that foreign investment brings key benefits to the Canadian economy—such as new technology, access to international markets, and management expertise. NAFTA provides an open, rules-based ap-

être forcé de se départir; cette clause figurait déjà dans l'Accord canado-américain et l'ALENA en étend la portée à toutes les Parties signataires. Les modifications entraînant la hausse des seuils visent particulièrement les articles 14.01 et 14.02. Elles créent également l'article 14.03, qui suspend l'application des articles 14.1 et 14.2 (qui établissent la relation entre la *Loi sur Investissement Canada* et l'Accord canado-américain de libre-échange) tant que l'ALENA restera en vigueur.

La *Loi sur l'arbitrage commercial* permet l'application des Règles d'arbitrage de la CNUDCI et régleme les arbitrages commerciaux, notamment en ce qui concerne la révision judiciaire et la mise en œuvre des sentences, quand la Couronne, du chef du Canada, en est une des parties intéressées. L'article 50 de la *Loi de mise en œuvre* modifie l'article 5 de la *Loi sur l'arbitrage commercial* de manière à en assurer l'application dans les litiges soumis à l'arbitrage en vertu de l'ALENA.

3. Plan d'action du gouvernement

Les accords en matière d'investissement protègent les intérêts des investisseurs canadiens à l'étranger et offrent un mécanisme fondé sur la règle de droit pour le règlement des différends mettant en cause des investisseurs étrangers. Dans l'ALE, le Canada acceptait pour la première fois un ensemble exhaustif de règles applicables à la fois aux investissements intérieurs et à ceux venant de l'étranger. L'ALENA fait fond sur cette expérience.

Un des principaux objectifs du Canada dans les négociations de l'ALENA était de s'assurer qu'il allait demeurer un pôle d'attraction pour les investissements. L'Accord garantit aux investisseurs, étrangers ou nationaux, sur son territoire qu'ils auront à l'égard des marchés nord-américains un accès aussi sûr que celui accordé aux investisseurs aux États-Unis ou au Mexique. Les dispositions de l'ALENA en matière d'investissement favorisent et protègent également les intérêts des investisseurs canadiens aux États-Unis et au Mexique, garantissent que le Canada et les États-Unis maintiendront les régimes relativement ouverts qu'ils pratiquent déjà dans le domaine de l'investissement et engagent le Mexique à libéraliser encore davantage le sien.

Les restrictions du Canada à l'égard des investissements étrangers dans certains secteurs stratégiques restent en place. Les industries culturelles et les régimes de services sociaux du Canada sont protégés, et le Canada conserve la possibilité de revoir les prises de contrôle majeures. L'autonomie provinciale reste intacte, de sorte que les provinces peuvent encore imposer des restrictions dans les domaines relevant de leur compétence. Au plus tard deux ans après l'entrée en vigueur de l'ALENA, le Canada compte faire inscrire à sa liste jointe à l'annexe I toutes les mesures existantes, non conformes aux obligations décrites au chapitre 11, que pourront maintenir les provinces et territoires. Le gouvernement doit tenir des consultations exhaustives avec les provinces à ce sujet. Les mesures non conformes prises par les administrations locales pourront être maintenues sans être inscrites à la liste.

Le gouvernement reconnaît que l'investissement étranger est synonyme d'importants avantages pour l'économie canadienne — par exemple de nouvelles technologies, l'accès aux marchés internationaux et l'expérience en matière de

proach to investment that supports the Government's other policy efforts to ensure that Canada remains an attractive location for investment.

gestion. L'ALENA offre, pour ce qui est de l'investissement, un mécanisme ouvert et fondé sur les règles qui vient appuyer les autres initiatives mises de l'avant par le gouvernement pour faire du Canada un point de convergence des investissements.