

Contribution de l'Accord économique et commercial entre le Canada et l'Union européenne (AECG) au débat sur la contestation de l'arbitrage investisseur État

Hervé Agbodjan Prince*

Malgré les contestations de plus en plus vives de l'arbitrage investisseur État dans le cadre de relations économiques entre des États dits développés, les parties à l'AECG ont choisi de conserver ce mode privé de règlement des différends et cela en a intrigué et déçu plus d'un observateur. Pourtant, l'auteur de cet article opine que le rejet en bloc de ce mécanisme relève davantage d'opinions essentiellement politiques compte tenu des avancées substantielles opérées par le chapitre de l'AECG portant sur les investissements étrangers. Axé sur la transparence et la confiance réciproque, le mécanisme d'arbitrage investisseur État tel que conçu dans l'AECG tente avec un certain succès le pari difficile de l'équilibre entre préservation des intérêts nationaux et sécurisation des investissements étrangers. Mieux, l'auteur considère que les innovations introduites par ce mécanisme tant sur le plan procédural que sur le plan du droit substantiel devraient servir de cadre de référence pour les négociations futures notamment celles du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement en cours entre l'Union européenne et les États-Unis (TTIP).

* Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur au Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI).

Introduction	3
1. L'arbitrage investisseur État ou la perpétuation d'un modèle décontextualisé.	8
1.1. De la disparition des fondements sécuritaires originels de l'arbitrage investisseur État à la contestation du mécanisme.	8
1.1.1. <i>Origines et expansion de l'arbitrage investisseur État</i>	8
1.1.1. <i>Contemporanéité de l'arbitrage investisseur État</i>	11
1.2. La contestation de l'arbitrage investisseur État dans le cadre de l'AECG	14
1.2.1. <i>L'Union européenne face à la contestation</i>	14
1.2.1. <i>Le Canada face à la contestation</i>	18
2. Les tentatives de modernisation du mécanisme d'arbitrage dans l'AECG	22
2.1. L'AECG face aux défis systémiques de l'arbitrage investisseur État	22
2.1.1. <i>Identification des principaux défis systémiques de l'arbitrage investisseur État.</i>	22
2.1.1. <i>Les avenues explorées dans l'AECG</i>	26
2.2. L'AECG face aux défis normatifs relatifs à l'arbitrage investisseur État	28
2.2.1. <i>Les défis normatifs</i>	28
2.3. Le subtil dosage politico-juridique de l'AECG	32
Conclusion	37

Contribution de l'Accord économique et commercial entre le Canada et l'Union européenne (AECG) au débat sur la contestation de l'arbitrage investisseur État

Hervé Agbodjan Prince

INTRODUCTION

Le 26 septembre 2014 marque la date officielle de la signature de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) après sept années de négociations¹ menées dans une certaine discrétion. Advenant sa ratification par les parties impliquées², l'AECG marquera de manière indubitable un véritable tournant dans le bilatéralisme commercial Canada-Europe. Des termes mêmes des dirigeants canadiens, il s'agirait de « l'initiative commerciale la plus ambitieuse du Canada [la] plus vaste et [la] plus approfondie... » que le Canada ait jamais conclue³ depuis l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)⁴.

-
1. Les négociations ont été lancées lors du Sommet Union-Européenne Canada tenu à Berlin en juin 2007 et le texte complet de l'accord a été présenté lors du Sommet UE-Canada tenu à Ottawa en septembre 2014, en ligne: < <http://international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/understanding-comprendre/chronology-chronologie.aspx?lang=fra> > (consulté le 19 novembre 2015)
 2. Le pari est loin d'être gagné. Nous sommes ici en présence d'un accord qualifié en droit européen d'« accords mixtes » dont les dispositions relèvent de compétence partagée entre l'Union européenne (UE) et ses États membres (article 4 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). La conclusion de ce type d'accords requiert à la fois l'assentiment du Conseil et sa ratification par chacun des États membres de l'UE selon leurs procédures respectives.
 3. CANADA, Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, Canada-Union européenne : Accord économique et commercial global (AECG), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/index.aspx?lang=fra> > (consulté le 19 novembre 2015)
 4. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, Mexico, Ottawa, Washington, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n°2.

De par sa structure, l'AECG s'inscrit dans la lignée des accords d'intégration économique de nouvelle génération⁵, lesquels se démarquent par leur complexité et la portée de leurs champs d'application qui débordent les secteurs couverts par l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁶. Ces accords intègrent des chapitres nouveaux, voire inédits tels que les politiques de concurrence, le travail et l'environnement, les marchés publics, le développement durable ou l'investissement direct étranger (IDÉ)⁷.

En opérant ces changements, les accords de nouvelles générations entraînent des bouleversements dans les équilibres habituels établis par les accords de libre-échange classique. En ce sens, l'AECG innove en même temps qu'il intrigue. Sa vocation englobante interpelle et les empiètements qu'il peut produire sur les capacités réglementaires des États sont de nature à susciter des craintes. Si certains craignent que ces accords ne débouchent sur une prise en compte inefficace des préoccupations environnementales, d'autres s'élèvent davantage contre une ouverture frénétique à la libéralisation des échanges au détriment des intérêts nationaux. Mais au vu de l'actualité économique récente, il semble que c'est la contestation de l'arbitrage investisseur État intégré dans l'AECG⁸ qui cristallise toutes les crispations, agrège toutes les critiques et soulève les suspicions les plus grandes. Mais de quoi s'agit-il?

Le mécanisme d'arbitrage investisseur État offre à des acteurs économiques privés la possibilité d'attirer devant des juridictions d'arbitrage, des États en cas de manquements par ceux-ci à leurs obligations conventionnelles ou contractuelles.

-
5. Depuis les années 1950 jusqu'aux années 1980, les accords d'intégration économique conclus par les États s'inscrivaient dans une logique bien particulière, à savoir réagir à l'interventionnisme consécutif à la crise économique des années 1930. Les premiers accords d'intégration économique qui avaient été conclus dans ce contexte étaient sommaires et avaient un champ d'application limité (CECA, CEE...). Ce sont des accords de première génération. Du milieu des années 1980 jusqu'à la fin des années 1990, émerge une deuxième génération d'accords d'intégration économique (Accord de libre-échange Canada-États-Unis, ALÉNA...) qui ne se limitaient plus à quelques secteurs économiques mais qui étendent leur champ d'application au-delà de ceux couverts par les accords conclus dans le cadre de l'OMC. C'est ce qu'on a appelé les accords OMC+ qui couvrent des secteurs comme le commerce des services, la propriété intellectuelle mais également les marchés publics ou l'investissement direct étranger. Depuis les années 2000, l'impasse du cycle de Doha a fait émerger une troisième génération d'accords d'intégration économique qui se caractérisent par leur complexité. Ce sont des accords extrêmement détaillés qui couvrent l'ensemble des secteurs couverts par l'OMC en plus de s'intéresser à des questions telles que le flux des capitaux, les réglementations, les normes de travail, l'environnement, etc... L'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) s'inscrit dans cette troisième génération d'accord de libre-échange.
 6. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, Genève, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U.187.
 7. Pour une liste exhaustive des champs couverts par l'AECG, voir, Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, Texte consolidé de l'AECG, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> > (consulté le 19 novembre 2015)
 8. *Id.*, chapitre 10.

Or, des recours⁹ récemment portés en arbitrage de part et d'autre de l'Atlantique par des investisseurs étrangers contre les États d'accueil de l'investissement témoignent d'un usage jugé abusif du dispositif. Ces actions sont d'autant plus intrigantes que les mesures contestées s'attaquent directement à la capacité des États à légiférer dans des matières essentielles comme la santé publique¹⁰ ou la sécurité publique¹¹. Ces affaires donnent également l'impression, comme ce fut déjà le cas lors de l'entrée en vigueur de l'ALÉNA¹², qu'il devient de plus en plus difficile pour les États d'exercer pleinement leur pouvoir de réglementation sans devoir en répondre devant un tribunal arbitral.

Ce sentiment de dépossession des pouvoirs étatiques au profit des arbitres semble être partagé à l'échelle internationale puisqu'on observe que la contestation de l'arbitrage investisseur État s'étend au-delà des frontières européennes et nord-américaines¹³. De nombreux pays d'Amérique Latine tels que la Bolivie, l'Équateur ou le Venezuela, contestant le dispositif, se sont retirés de la Convention de Washington qui a créé le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)¹⁴. Certains pays comme l'Argentine prônent depuis plusieurs années, l'inapplication des sentences arbitrales tandis que des États comme l'Austra-

-
9. *Vattenfall AB et autres c. République fédérale allemande*, (2012) ARB/12/12, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/12>> (consulté le 19 novembre 2015). Pour une analyse de l'affaire, voir Nathalie BERNASCONI-OSTERWALDER & Rhea Tamara HOFFMANN, « La sortie du nucléaire en Allemagne sur le banc d'essai d'un recours d'arbitrage international d'investissement ? Aperçu du plus récent différend entre Vattenfall et l'État allemand (II) » IISD Briefing Note, Juin 2012, en ligne: <<http://power-shift.de/wordpress/wp-content/uploads/2012/06/PowerShift-Briefing-Vattenfall-ICSID-Franz-2013.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015); Demande d'arbitrage, *FTR Holdings S.A. (Suisse) c. La République orientale d'Uruguay*, (2010) ARB/10/7, en ligne : <<http://www.italaw.com/cases/460>> (consulté le 19 novembre 2015); *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, (2012) 2012-12, en ligne : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1212_0.pdf> (consulté le 19 novembre 2015). Philip Morris soutient que les mesures anti-tabac du gouvernement australien imposant des paquets de tabac neutres (*plain packaging*) aux manufacturiers est une restriction sur l'utilisation de ses marques de commerce et lui cause un préjudice grave. Du côté canadien, voir notamment, *Affaire Dow Agrosciences LL.C c. Gouvernement du Canada* (Accord de règlement, 25 mai 2011); *Éthyl Corporation c. Gouvernement du Canada*, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/ethyl-08.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)
 10. Demande d'arbitrage, *FTR Holdings S.A. (Suisse) c. La République orientale d'Uruguay*, (2010) ARB/10/7, en ligne : <<http://www.italaw.com/cases/460>> (consulté le 19 novembre 2015)
 11. *Id.*
 12. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, préc., note 4, chapitre 11.
 13. Voir notamment Michael WAIBEL, Asha KAUSHAL, Kyo-Hwa Liz CHUNG & Claire BALCHIN (dir.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Leiden, Kluwer Law International, 2010.
 14. *Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements entre États et Ressortissants d'autres États*, Washington, le 18 mars 1965, en ligne : <<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19650042/200705180000/0.975.2.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)

lie ont annoncé leur intention de ne plus inclure le mécanisme d'arbitrage investisseur État dans leurs traités bilatéraux d'investissement (TBI) comme bien d'autres avant eux¹⁵. Il apparaît finalement que les contestations étatiques, cumulées à une opinion publique de plus en plus rétive à l'arbitrage investisseur État, font basculer le dispositif d'arbitrage dans une forme de crise de confiance et de légitimité¹⁶.

Le paradoxe, c'est que le mécanisme d'arbitrage investisseur État n'est pas nouveau. Certains situent l'émergence de ce mode de règlement des différends à la fin des années 1980 notamment avec l'affaire *SPP c/ Égypte* où le tribunal avait admis qu'une personne privée pouvait poursuivre l'État devant un arbitre en se fondant sur une loi nationale qui prévoit le recours à l'arbitrage en l'absence d'une clause compromissoire ou d'un compromis¹⁷.

En réalité, il est difficile de remonter au tout premier arbitrage impliquant un investisseur et un État comme partie puisque dans les années 1930, l'affaire *Lena Goldfields* impliquait déjà un tribunal arbitral appliquant des principes généraux de droit. Le tribunal arbitral s'était alors déclaré compétent pour décider de l'issue du contentieux, en l'occurrence pour déclarer le contrat de concession terminé¹⁸.

-
15. Voir Leon E. TRAKMAN, « Investor State Arbitration or Local Courts: Will Australia Set a New Trend? », (2012) 46 *J. World Trade* 83; Leon E. TRAKMAN, « Choosing Domestic Courts Over Investor-State Arbitration: Australia's Repudiation of the Status Quo », (2012) 35 *U.N.S.W.L.J.* 979; William S. DODGE, « Investor-State Dispute Settlement between Developed Countries: Reflection on the Australia-United States Free Trade Agreement », (2006) 39 *Vand. J. Transnat'l L.* 1; Voir également: K. GORDON & J. POHL, « Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World », OECD Working Papers on International Investment, 2015/02, OECD Publishing, 2015, en ligne: <<http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2015-02.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015). According to information available to the OECD Secretariat as of September 2014, unilateral denunciation or withdrawal occurred in relation to the following treaties: Argentina-India BIT (1999); Belgium/Luxembourg-South Africa BIT (1998); Denmark-Indonesia BIT (2007); Finland-South Africa BIT (1998); France-Indonesia BIT (1973); France-South Africa BIT (1995); Germany-Bolivia BIT (1987); Germany-South Africa BIT (1995); Indonesia-Norway BIT (1991); Indonesia-Slovakia BIT (1994); Netherlands-South Africa BIT (1995); Netherlands-Venezuela BIT (1991); Romania-Ecuador BIT (1996); South Africa-Spain BIT (1998); South Africa-Sweden BIT (1998); South Africa-Switzerland BIT (1995); South Africa-United Kingdom BIT (1994); Spain-Bolivia BIT (2001); United States-Bolivia BIT (1998)
16. F. BALCERZAK, « Jurisdiction of Tribunals in Investor-State Arbitration and the Issue of Human Rights », (2014) 29 *ICSID Review* 1.
17. Walid Ben HAMIDA, « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », (2005) *LI AFDI* 564.
18. Timothy G. NELSON, « History ain't changed: Why Investor-state arbitration will survive the new revolution » dans Micheal WAIBEL, Asha KAUSHAL et al., (dir.), *The Backlash against investment arbitration*, Kluwer law international, 2010, pp. 555 à 575.

Ce qui est certain, c'est que le mécanisme d'arbitrage investisseur État s'est depuis lors formalisé, et plusieurs centaines de traités bilatéraux d'investissement comportent un chapitre sur l'arbitrage investisseur État¹⁹.

On peut toutefois s'entendre pour considérer que si le dispositif a été institutionnalisé, c'est surtout grâce à la Convention de Washington de 1965 qui aura consacré ce mode de justice privée pour régler les différends résultant des relations économiques entre investisseurs étrangers et États d'accueil de l'investissement. Depuis, l'arbitrage est largement démocratisé, notamment à la faveur des accords internationaux d'investissement (AII) dont le nombre total a été estimé à 3.196 en 2012 par la Commission des Nations-Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)²⁰. Dans son rapport, l'organisation onusienne note d'ailleurs une dichotomie de plus en plus flagrante entre la capacité d'attraction d'un pays et son adhésion à l'arbitrage investisseur État²¹. La CNUCED en avait tiré la conclusion que des relations économiques dynamiques se nouent sans recours aux TBI. C'est dire que les vertus originelles prêtées à l'arbitrage investisseur État ont peut-être vécu, ou à tout le moins, changé. Dans ce contexte, la question de la pertinence de l'arbitrage investisseur État dans l'AECG se pose avec acuité.

Il faut rappeler que le mécanisme d'arbitrage investisseur État avait été conçu dans un contexte d'IDÉ Nord-Sud. L'urgence pour les acteurs des relations économiques internationales à cette époque résidait essentiellement dans la garantie de la sécurité juridique des affaires. La protection des investisseurs, souvent des ressortissants de pays développés investissant dans des pays en développement qui n'offraient pas de garanties suffisantes de stabilité politique, économique ou d'indépendance judiciaire, passait par le recours à une justice privée, jugée indépendante et libérée de toute influence étatique. Dès lors que les flux d'investissement changent, cette logique ne semble plus adaptée et plusieurs considèrent désormais que l'AECG devrait intégrer cette nouvelle donne²².

19. Pour une collection comprenant des milliers de traités bilatéraux, voir l'outil Investment Instruments Online de la CNUCED, en ligne: <http://www.unctadxi.org/templates/Doc-Search___780.aspx> (consulté le 19 novembre 2015)

20. Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement, Rapport sur l'investissement dans le monde, vue d'ensemble 2013, Nations-Unies, New-York et Genève 2013, en ligne: <http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2013overview_fr.pdf> (consulté le 19 novembre 2015)

21. UNCTAD, ONU, *Towards a New Generation of Investment Policies*, 2012, en ligne: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf p. 86> (consulté le 19 novembre 2015)

22. Voir, É. DUCHESNE & J.-F. MORIN, « Revisiting Structural Variables of Trade Negotiations: The Case of the Canada EU Comprehensive Economic and Trade Agreement », (2013) 18 *International Negotiation* 5, 8-9: « While the concept of interdependence was appropriate to evaluate classical negotiations over tangible goods and North-South agreements, it is less the case with the most recent North-North and South-South negotiations, in which asymmetries are not as substantial or clear-cut. Moreover, with the inclusion of several new trade-related issues in the

La question se pose donc de savoir quelle est la logique qui sous-tend la volonté des parties à l'AECG de maintenir un mécanisme d'arbitrage investisseur État alors qu'il s'agit d'encadrer des relations économiques et commerciales entre des États dits développés, aux systèmes judiciaires performants. Alors que plusieurs s'interrogent sur la pertinence de l'arbitrage investisseur État dans des relations Nord-Nord, la présente étude vise à analyser les contributions de l'AECG pour voir dans quelle mesure elles répondent ou non à la contestation. Il faut dire qu'en perpétuant une pratique d'arbitrage décontextualisé (1^{re} partie), l'Union européenne et le Canada ont la lourde responsabilité d'imaginer un mécanisme de règlement des différends investisseur État particulièrement novateur, moderne, adapté aux enjeux et aux défis propres aux sociétés dans lesquelles il s'exerce (2^e partie).

1. L'arbitrage investisseur État ou la perpétuation d'un modèle décontextualisé.

Il n'est plus possible de considérer que le contexte qui a prévalu à lors de l'émergence de l'arbitrage investisseur État n'a pas changé étant donné les trajectoires croisées des flux d'investissement direct étranger et la performance des systèmes juridiques considérés. Dès lors, il apparaît légitime de s'interroger sur le maintien d'un modèle de règlement des différends décontextualisé.

1.1. De la disparition des fondements sécuritaires originels de l'arbitrage investisseur État à la contestation du mécanisme.

1.1.1. Origines et expansion de l'arbitrage investisseur État

La prolifération à l'échelle mondiale des TBI ²³ dont la plupart comportent un chapitre sur l'arbitrage investisseur État est le signe vivant d'une démocratisation de ce mode de règlement des différends. Apparue dans le contexte de la décolonisation, ce modèle de justice privée s'est rapidement imposé comme la référence en termes

negotiations, the level of asymmetry varies from one issue to another. This variation does not only reduce the overall level of asymmetry, but it also increases the level of uncertainty about it. This uncertainty is further increased by the difficulty to assess marginal gains from regulatory reforms. Analysts were traditionally able to model the effects of tariff-reduction on national income with significant confidence, but several present-day negotiation topics are less amenable to quantitative assessment. As a result, the degree of confidence that government representatives must affix to anticipated marginal gains of an agreement fluctuates greatly ».

23. *Towards a New Generation of Investment Policies*, préc., note 21.

d'impartialité, d'équité et d'efficacité d'une justice indépendante garante de sécurité juridique pour les investisseurs étrangers.

L'apparition sur la scène internationale de nouveaux États au lendemain de la vague des indépendances des années 1950-1970 a très vite fait émerger un débat autour de la transposition des principes de droit international coutumier de traitement et de protection des biens des étrangers au droit international de l'investissement. Et, alors même que le débat avait cours, les entreprises étrangères installées dans ces pays pour la plupart en développement devaient faire face à une vague de nationalisations et d'expropriations²⁴. Ces deux phénomènes apparaissaient presque conjointement alors même que la communauté internationale était encore à la recherche de règles consensuelles devant assurer d'une part, la préservation de la souveraineté des pays en développement, principaux importateurs d'IDÉ dans la période d'après-guerre et d'autre part, la sécurité des investissements des ressortissants des pays développés, exportateurs d'IDÉ²⁵. Le consensus résidera dans la reconnaissance de l'applicabilité des règles nationales en conformité avec le droit international au traitement et à la protection des IDÉ. De la sorte, le régime juridique de l'IDÉ reposait désormais sur un triptyque : les codes nationaux d'investissement (ou législations nationales), les principes généraux de droit international et la coutume internationale et les accords internationaux d'investissement (AII, TBI, accords multilatéraux d'investissement, etc.). Ces sources de droit international de l'investissement viendront combler les lacunes nées de la mise en œuvre des contrats d'investissement ainsi que des vieux traités d'établissement²⁶.

Depuis maintenant plusieurs décennies, c'est surtout les TBI, notamment la multiplication de ces derniers et par le fait même, la similarité des dispositions qui y sont contenues qui constituent les principaux outils de protection, de promotion et d'attractivité de l'IDÉ auxquels les États recourent. Dans les TBI conclus par les pays développés avec ceux en développement, on retrouvera principalement deux types de dispositions : d'une part, des dispositions établissant les standards de traitement des investissements étrangers par l'État hôte, notamment des règles qui imposent, *inter alia*, des obligations de traitement national, de traitement juste et équitable et de prohibition de l'expropriation illégale; d'autre part, une série de règles autorisant les investisseurs à soulever la violation de ces standards devant des tribunaux arbi-

24. Philippe KAHN, « 1. Les investissements internationaux, nouvelles donnes : un droit transnational de l'investissement » dans *New Aspects of International Investment Law*, Boston, Académie de droit international de La Haye, 2007, p. 4 et suiv.

25. Sur le consensus historique, voir Patrick JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », (1994) 250 *RCDI* 21.

26. Charles LEBEN, *La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004; Charles LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », (2004) 50 *AFDI* 683.

traux internationaux grâce au mécanisme d'arbitrage investisseur État qui s'y voit généralisé.

Dans les TBI conclus entre pays développés, ces deux catégories de dispositions vont être reprises de manière quasi systématique. Progressivement, l'arbitrage international ainsi institué va s'imposer pour éviter les préjudices potentiels de la part des juridictions nationales contre les investisseurs étrangers. Finalement, le mécanisme d'arbitrage investisseur État va subrepticement s'imposer dans les relations économiques internationales. Il y poursuit le double objectif de protéger les investisseurs étrangers des atteintes des États d'accueil de l'investissement contre les garanties contenues dans les instruments juridiques internationaux d'investissement et d'accroître les flux internationaux des IDÉ.

On se souviendra qu'avant la prolifération des TBI et autres accords internationaux d'investissements (AII) qui ont plébiscité le mécanisme d'arbitrage investisseur État et en dehors des possibilités de recours offertes par les législations nationales, les investisseurs devaient, en cas de conflits avec les États d'accueil de l'investissement, convaincre leurs États d'origine de prendre fait et cause pour eux dans le cadre d'une procédure de protection diplomatique²⁷. Mais l'issue d'une telle procédure est hasardeuse et les retombées diplomatiques peuvent être plus dévastatrices que profitables pour l'État qui s'en prévaut. La procédure nécessite que l'État de nationalité de l'investisseur accepte les revendications de celui-ci et poursuive l'État hôte de l'investissement en son nom propre. Le recours à la protection diplomatique laissé à la discrétion de l'État qui s'en prévaut est également assujéti à l'épuisement des voies de recours internes mis à la disposition de l'investisseur étranger.

La procédure de la protection diplomatique exige donc l'implication directe de l'État de nationalité de l'investisseur étranger dans un contentieux qui à l'origine, ne le concerne pas. De la sorte, le recours à la procédure de la protection diplomatique peut s'avérer une source de tensions diplomatiques. On s'est donc aperçu assez rapidement que « le droit international de la protection diplomatique [...] n'est pas [...] en condition de répondre comme l'instrument le plus approprié aux nouvelles exigences d'un monde en transformation rapide »²⁸.

L'arbitrage investisseur État donnant accès à des investisseurs privés, au droit international au même titre que les États, connaîtra alors une expansion vertigineuse. Laquelle va s'accroître depuis l'avènement du CIRDI en 1965 et l'inclusion de différents mécanismes d'arbitrage dans les TBI.

27. Voir, CIJ, affaire *Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala)* arrêt du 6 avril 1955, Recueil des arrêts 1955, p. 4; CIJ, affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)* arrêt du 5 février 1970, Recueil des arrêts 1970, p.3; Convention CIRDI, *supra* note 14, art. 26.

28. Manuel DIEZ DE VELASCO, « La protection diplomatique des sociétés et actionnaires », (1974) 142 *Recueil des cours* 87.

1.1.1. Contemporanéité de l'arbitrage investisseur État

La partialité supposée des juridictions nationales et leur soi-disant absence d'expertise technique pour régler adéquatement les différends relatifs aux investissements étrangers cumulée à l'explosion d'AII en tous genres, ont permis d'institutionnaliser l'arbitrage investisseur État. Avec la Convention CIRDI, la Communauté internationale s'est dotée d'un Centre international pour la résolution des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États dont le succès en fait le symbole de l'arbitrage investisseur État malgré l'existence d'autres modes de règlement des différends en matière d'investissement²⁹.

Le succès du mécanisme d'arbitrage investisseur État s'avère tant du côté des États que de celui des entreprises. Selon le dernier rapport du CIRDI³⁰, au 11 avril 2014, cent cinquante-neuf (159) États ont signé la Convention de Washington. Parmi ceux-ci, cent-cinquante (150) pays l'ont ratifiée dont le Canada³¹ qui a déposé ses instruments de ratification en 2013³². Au cours de la seule année 2013, quarante-trois (43) nouvelles affaires ont été enregistrées au CIRDI, soit dix pour cent (10%) de plus par rapport à l'année 2012 et toutes les nouvelles procédures enregistrées sont des procédures d'arbitrage. L'arbitrage CIRDI représente le mécanisme d'arbitrage le plus sollicité à l'échelle mondiale et toutes les régions du monde y sont représentées. En 2013 par exemple, trente-trois pour cent (33%) des affaires provenaient de l'Europe de l'Est et d'Asie centrale, vingt-six pour cent (26%) provenaient de l'Amérique du Sud, quatorze pour cent (14 %) du Moyen-Orient et d'Afrique du Nord, sept pour cent (7%) de l'Europe occidentale, neuf pour cent (9%) de l'Asie du Sud, d'Asie de l'Est et Pacifique et deux pour cent (2%) de l'Amérique centrale et des Caraïbes. À l'échelle mondiale, on considère que cinq cent quatorze (514) affaires ont jusqu'à présent été portées en arbitrage dans différents forums et quatre-vingt-quinze (95) pays y ont été impliqués³³.

29. À côté de l'arbitrage CIRDI, d'autres recours sont possibles en matière d'IDÉ. Les tribunaux nationaux demeurent compétents pour régler les différends investisseurs-États en l'absence de dispositions contraires tout comme des recours peuvent être portés en matière d'IDÉ par le biais de la protection diplomatique. D'autres forums offrent également des possibilités d'arbitrage international. C'est le cas de la CCI ou du tribunal d'arbitrage de Londres. Il y a aussi la possibilité de l'arbitrage *ad hoc*. La médiation et la conciliation sont aussi des modes de règlement possibles en matière d'IDÉ.

30. CIRDI, Rapport annuel 2013, en ligne: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/2013%20AR%20Fre.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)

31. *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements* (L.C. 2008, ch.8); Affaires, Commerce et Développement Canada, Le Canada ratifie un important traité international sur le règlement des différends relatifs aux investissements, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/media/comm/news-communiques/2013/11/01a.aspx?lang=fra>> (consulté le 19 novembre 2015)

32. *Id.*

33. *Id.*

Malgré ce succès, le mécanisme de règlement des différends investisseurs État a ces dernières années, suscité de nombreuses critiques à la suite d'affaires très médiatisées. Les plus récentes et les plus emblématiques de celles-ci ont été portées à la fois contre des États européens et contre le Canada. Plusieurs de ces affaires portent sur des sujets sur lesquels les opinions publiques ont développé une très grande sensibilité. Que les poursuites aient été portées sous le chapitre XI de l'ALÉNA ou sous le mécanisme d'arbitrage CIRDI, les motifs de contestation de ce mode de règlement des différends semblent se situer autour d'enjeux fondamentaux à savoir : la marge de manœuvre réglementaire des États, l'impartialité réelle ou supposée des arbitres, la cohérence de la jurisprudence arbitrale ou la transparence des processus de désignation des arbitres. Certaines poursuites intentées par des entreprises étrangères contre leurs États d'accueil, ont pu légitimement soulever des interrogations quant à la pertinence des recours et la perception que peuvent en avoir les opinions publiques des États impliqués.

Par exemple, dans l'affaire *Methanex Corporation contre le gouvernement des États-Unis*³⁴, l'entreprise canadienne poursuivait l'État de la Californie à la suite d'une ordonnance prise par cette dernière visant à interdire la vente et la distribution de MTBE. Or, l'État de la Californie considérait que le MTBE contamine les ressources d'eau potable et représente un risque important pour la santé publique et l'environnement. Bien que le tribunal ait rejeté les allégations de l'entreprise, la pertinence d'un tel recours remettant en cause la marge de manœuvre réglementaire des États a de quoi susciter des interrogations. Ces interrogations sont d'autant plus compréhensibles que ce type de poursuites visant à limiter le pouvoir de réglementation des États n'est pas rare en matière d'arbitrage d'investissement et les États ne sortent pas toujours indemnes de telles procédures.

Ce fut le cas dans l'affaire *Éthyl corporation c. Canada*³⁵. On se souviendra que l'entreprise Éthyl avait intenté sa poursuite contre le gouvernement canadien à la suite de l'interdiction faite à Éthyl d'importer un additif chimique pour essence. Le produit en question s'appelait le MMT et est considéré par le gouvernement canadien comme nocif pour la santé publique. Dans cette affaire, la poursuite s'est soldée par un règlement hors cour par lequel le Canada s'était engagé à verser plus de treize (13) millions de dollars américains à l'entreprise en plus de devoir publier une lettre confirmant l'absence de risques du MMT pour la santé publique et l'environnement.

Dans l'affaire *Metalclad contre les États-Unis du Mexique*³⁶, le tribunal a statué que le Mexique avait manqué à ses obligations au titre du chapitre 11 de l'ALÉNA et

34. *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the tribunal on Jurisdiction and Merits, en ligne: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)

35. *Ethyl Corporation v. The Government of Canada* (1998), en ligne: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0300_0.pdf> (consulté le 19 novembre 2015)

36. *Matalclad Corporation v. The United Mexican States* (2000), ARB (AF)/97/1.

condamné le pays à payer plus de 16 millions de dollars US en dommages-intérêts compensatoires à Metalclad. La poursuite avait été intentée à la suite de la décision des autorités mexicaines de ne pas accorder à Metalclad de licence municipale pour l'exploitation d'une installation de traitement de déchets dangereux et d'un dépotoir. Par décret, les autorités mexicaines avaient déclaré que la zone dans laquelle se trouvaient l'installation et le dépotoir était une zone écologique qu'il fallait préserver. Ce qui leur avait valu cette condamnation.

Ces décisions sont naturellement choquantes à bien des égards. D'une certaine manière, elles semblent dénier aux États leur capacité de réglementation dans des matières touchant à la vie, à la santé et à l'environnement sans compter que les indemnisations seront payées sur fonds publics.

Il n'est donc pas nécessaire de s'interroger sur le bien-fondé des poursuites ni la bonne foi des gouvernements pour relever que l'addition de telles poursuites par des investisseurs étrangers à l'encontre de gouvernements à priori « soucieux » de défendre l'intérêt général, peut légitimement interpeler. Mais, faut-il le souligner, les interrogations quant à la pertinence du mécanisme d'arbitrage investisseur État ont pris de l'ampleur depuis que les États du Nord sont confrontés à une réalité à laquelle les pays du Sud étaient confrontés depuis plusieurs décennies déjà. Le recours à l'arbitrage investisseur État, disait-on, était devenu nécessaire dans un contexte où de nombreux États du Sud, imprégnés de l'idéologie marxiste et de la méfiance ambiante à l'époque de la guerre froide, se sont lancés dans une vague de nationalisations et expropriations. Ce contexte justifiait, avait-on considéré, qu'une forme de justice parallèle, indépendante et entièrement autonome, puisse se substituer aux juridictions nationales pour tenter de faire prévaloir le droit sur l'idéologie.

Aujourd'hui, non seulement le contexte a changé, mais surtout, les différends liés à la nationalisation d'investissements étrangers qui ont marqué les années 1970 et 1980 ont laissé place à des différends relatifs à la réglementation de l'IDÉ par les États et à l'expropriation indirecte³⁷.

Alors que les dernières tractations visant à lancer le processus de ratification de l'AECG sont en cours, les affaires *Vattenfall* contre l'Allemagne, *Dow AgroSciences LLC* contre le Canada ou même, l'affaire *Philip Morris* contre l'Australie apparaissent comme des pics de rappel aux opinions quant à leurs devoirs de vigilance vis-à-vis d'un modèle de règlement des différends qui semble priver leurs gouvernements de la marge de manœuvre nécessaire pour faire face aux enjeux majeurs de notre époque. Il va de soi que dans une telle ambiance, la discussion sur la pertinence de ce mode de règlement des différends s'amplifie.

37. OCDE, Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement, Compléments aux perspectives de l'investissement international, Éditions OCDE, 2005, en ligne: <<http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/product/2005142e.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)

1.2. La contestation de l'arbitrage investisseur État dans le cadre de l'AECG

L'arbitrage investisseur État a peut-être vécu. Dans tous les cas, il traverse une crise de confiance. Comme certains ont pu l'observer à juste titre³⁸, l'octroi d'une protection juridique aux investisseurs étrangers n'est pas déraisonnable en soi, ce qui paraît décontextualisé, c'est le maintien d'un modèle d'arbitrage dans le contexte d'investissements entre deux pays développés, comme le Canada et les pays de l'Union européenne. Ceci, d'autant que le mécanisme semble être privilégié tant par l'UE que le Canada³⁹ alors que la contestation ne cesse de monter.

1.2.1. L'Union européenne face à la contestation

On l'a dit, le recours à l'arbitrage investisseur État n'est ni un phénomène sur le déclin, ni circonscrit aux rapports Nord/Sud. Selon la CNUCED,⁴⁰ les investisseurs de l'Union européenne (UE) et des États-Unis sont des usagers très actifs du mécanisme d'arbitrage investisseur État puisqu'ils représentent soixante-quinze pour cent (75%) des arbitrages connus dans le monde. Ce modèle de règlement des différends est ainsi, non seulement très sollicité, mais également, très contemporain. Ce qui est nouveau, c'est davantage la médiatisation de certaines affaires notamment dans les pays industrialisés. Dans ce contexte, l'affaire *Vattenfall* contre l'Allemagne et la médiatisation qui en a résulté ont mis en lumière une pratique largement méconnue de l'opinion publique. Quant au gouvernement allemand, il semble découvrir un mécanisme qu'il a largement contribué à faire émerger et au rayonnement duquel il a toujours travaillé. De ce point de vue, la levée de boucliers médiatique en Allemagne paraît complètement décalée pour un pays qui en 1959, concluait le premier TBI et qui par la suite, a développé un impressionnant réseau de TBI à travers le monde.

En plus de découvrir le rétrécissement du pouvoir de réglementation des États qu'induit ce mode de règlement des différends, l'opinion publique réalise que la pratique se généralise puisque l'UE est aussi impliquée dans les négociations du « *Transatlantic Trade Investment Partnership* » plus connu sous l'acronyme TTIP qui prévoit un chapitre sur l'arbitrage investisseur État⁴¹. Ce qui rajoute aux craintes de

38. Karim BENYEKHLEF, « Sur la protection des investisseurs étrangers », Billet de Blog, 11 août 2014, en ligne: <<http://www.karimbenyekhlef.ca/blogue/2014/08/11/sur-la-protection-des-investisseurs-etrangers/>> (consulté le 19 novembre 2015)

39. Jan PAULSSON, « Moral Hazard in International Dispute Resolution », (2010) 25 *ICSID Review* 339, 8.

40. CNUCED, « Investor-State Dispute Settlement: An Information Note on the United States and the European Union », IIA Issues Note, No. 2, June 2014, en ligne: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d4_en.pdf> (consulté le 19 novembre 2015)

41. Le TTIP est un accord de libre-échange sur le commerce et l'investissement entre l'UE et les États-Unis en cours de négociations depuis 2013. Pour plus de détails, voir, European Commis-

l'opinion publique, rappelant celles constatées lors des premières demandes portées contre le Canada après l'entrée en vigueur de l'ALENA.

En Europe, le mouvement de contestation est particulièrement notable. En décembre 2013, une centaine de groupes de citoyens, ONGs, et d'autres critiques ont signé une lettre ouverte exprimant leur opposition à l'arbitrage investisseur État demandant son exclusion du TTIP⁴². Face à la pression publique à l'encontre de TTIP, la Commission européenne a annoncé qu'elle mettait temporairement fin aux discussions sur le mécanisme d'arbitrage investisseur État dans le cadre des négociations du TTIP jusqu'à la conclusion d'une consultation. Une consultation publique de 90 jours a été lancée le 27 mars 2014⁴³, reflétant la volonté « d'assurer un juste équilibre entre la protection des intérêts européens en matière d'investissement et la préservation du droit des gouvernements à réglementer dans l'intérêt général »⁴⁴. La consultation cherchait à obtenir des commentaires sur une nouvelle approche possible pour l'UE qui se démarquerait de l'approche d'autres accords contenant des dispositions plus classiques en matière d'arbitrage investisseur État, mais qui se rapprocherait des dispositions ultimement adoptées dans l'AECG⁴⁵.

En janvier 2015, la Commission européenne a publié le rapport de la consultation analysant les quelque 150 000 réponses⁴⁶ provenant des universitaires, consom-

sion, Transatlantic Trade Investment Partnership, en ligne: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>> (consulté le 19 novembre 2015)

42. Open Letter of Civil Society against Investor Privileges in TTIP, 16 décembre 2013, en ligne: <<http://www.bilaterals.org/?open-letter-of-civil-society&lang=fr>> (consulté le 19 novembre 2015). La lettre ouverte exprime notamment la préoccupation du public envers le pouvoir des sociétés étrangères de poursuivre directement les États hôtes, et ce, même quand les politiques en question visent des objectifs de protection du public ou de l'environnement.
43. COMMISSION EUROPÉENNE, Communiqué de presse, 21 janvier 2014, en ligne: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-56_fr.htm> (consulté le 19 novembre 2015). Karel De Gucht, le commissaire européen au commerce, a exprimé sa détermination « à rendre le système de protection des investissements plus transparent et impartial et à combler les failles juridiques une fois pour toutes ».
44. La consultation publique a été menée du 27 mars au 13 juillet 2014. Les documents relatifs à la consultation sont disponibles en ligne: <http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179> (consulté le 19 novembre 2015)
45. Plus spécifiquement, la Commission a recueilli des avis sur 12 questions: 1. Champ d'application des principales dispositions relatives à la protection des investissements; 2. Traitement non discriminatoire des investisseurs; 3. Traitement juste et équitable; 4. Expropriation; 5. Garantie du droit de réglementer et de la protection des investissements; 6. Transparence dans le RDIE, recours multiples et rapport avec les juridictions nationales; 7. Éthique des arbitres; 8. Conduite et qualifications des arbitres; 9. Réduction du risque de recours abusifs et infondés; 10. Autorisation du maintien d'un recours (filtre); 11. indications à fournir par les parties sur l'interprétation de l'accord; 12. Mécanisme d'appel et cohérence des décisions.
46. COMMISSION EUROPÉENNE, Communiqué de presse, 13 janvier 2015, en ligne: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-3201_fr.htm> (consulté le 19 novembre 2015). Voir COMMISSION EUROPÉENNE, Rapport - *Consultation publique en ligne sur la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États* (RDIE) dans le cadre de l'Accord de partena-

mateurs, entreprises, associations professionnelles, organismes et administrations publiques, organisations non gouvernementales, syndicats, et d'autres contributeurs incluant le Secrétariat de la Charte de l'énergie. Le rapport démontre « l'existence d'un énorme scepticisme »⁴⁷ et indique que « [l]es contributions collectives témoignent d'une large opposition au mécanisme d'arbitrage investisseur État dans le contexte du TTIP ou de manière générale »⁴⁸. Il en ressort que l'arbitrage investisseur État est « perçu comme une menace pour la démocratie et les finances publiques ou pour les politiques publiques ». Il est jugé « inutile entre l'[UE] et les États-Unis » étant donné l'efficacité de leurs systèmes judiciaires⁴⁹. Cette opinion contraste très fortement avec celle des entreprises et milieux d'affaires où l'arbitrage investisseur État est perçu favorablement⁵⁰.

De manière générale, la contestation massive de l'opinion publique européenne trouve écho auprès des autorités publiques des États concernés. Ainsi, peu après la publication du rapport de consultation de la Commission, des ministres français et allemands ont annoncé dans une déclaration commune leur accord « sur le fait que les quatre axes retenus par la Commission dans son rapport de consultation devraient inciter à apporter des modifications au CETA ».⁵¹

riat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), 13 janvier 2015, en ligne: < http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf> (consulté le 19 novembre 2015)

47. *Consultation publique en ligne sur la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États*, préc. note 46.

48. *Id.*, à la p15.

49. *Id.*, à la p. 14: « In these submissions, the ISDS mechanism is perceived as a threat to democracy and public finance or to public policies. It is also considered as unnecessary between the EU and the US, in view of the perceived strength of the respective judicial systems. Such views are largely echoed by most of the trade unions, a large majority of NGOs, government institutions and many respondents in the « other organisations » category, including consumer organisations. Many among the collective submissions express specific concerns about governments being sued by corporations for high amounts of money which in their view create a « chilling effect » on the right to regulate. In addition, certain replies from trade unions express a generic mistrust with regard to the independence and impartiality of the arbitrators or are concerned that ISDS may create a possibility for investors to circumvent domestic courts, laws or regulations ».

50. *Id.*, à la p. 15: « By contrast, a large majority of business associations and the majority of large companies strongly support investment protection and ISDS in TTIP, while small companies are more critical. A considerable number of replies stress the positive role that foreign direct investment can play in relation to economic growth and jobs. They indicate that investment protection rules can support investment through the setting up of a level playing field between the EU and the US. Some indicate that EU investors may not always receive adequate protection in US courts. There is, consequently, an important call for caution not to lower the level of protection to which the European investors are accustomed ».

51. Déclaration commune de Sigmar Gabriel, Matthias Machnig et Matthias Fekl, 21 janvier 2015, en ligne :< <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-et-commerce/actualites-liees-a-la-diplomatie-23093/2015/article/negociations-commerciales-117484>>. (consulté le 19 novembre 2015)

Ce revirement des autorités publiques vient à être conforté par une étude récente de perspective européenne analysant les coûts et bénéfices de l'inclusion des normes de protection des investissements et le mécanisme de l'arbitrage investisseur État dans un chapitre de l'investissement dans le cadre du TTIP⁵². Les auteurs concluent qu'il existe peu de preuve démontrant que l'arbitrage investisseur État fournira des avantages importants à l'UE, telle que l'augmentation des investissements étrangers des États-Unis. En revanche, l'arbitrage investisseur État peut imposer des coûts non négligeables, soit les coûts des différends et une marge d'action réduite.

À cette contestation européenne viennent s'ajouter des interrogations liées au droit européen. En effet, l'inclusion d'un chapitre sur l'investissement direct étranger et l'arbitrage investisseur État soulèvent des questions juridiques importantes depuis l'adoption en 2009 par l'Union européenne du traité de Lisbonne⁵³. En intégrant dans les champs de compétence de l'UE et subséquemment dans la politique commerciale commune de l'UE, la question de l'IDÉ, plusieurs s'interrogent sur les ajustements juridiques nécessaires pour assurer la cohérence entre les engagements antérieurs des États-Membres en cette matière vis-à-vis des États tiers d'une part et vis-à-vis d'autres États de l'UE de l'autre⁵⁴. Il résulte d'une littérature abondante que des questions de compétence sont encore en suspens même si l'UE s'évertue à offrir un cadre réglementaire à des secteurs qui pâtissent de ces bouleversements normatifs. L'exemple de la réglementation récente sur la responsabilité financière⁵⁵ en est

-
52. Lauge POULSEN, Jonathan BONNITCHA & Jason YACKEE, « Transatlantic Investment Treaty Protection », Regulatory Policy, Centre for European Policy Studies Special Reports, en ligne: <<http://www.ceps.eu/book/transatlantic-investment-treaty-protection>> (consulté le 19 novembre 2015)
53. *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, Lisbonne le 13 décembre 2007, J.O.U.E, C 306, en ligne: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=FR>> (consulté le 19 novembre 2015)
54. Voir à ce sujet: Rafael LEAL-ARCAS, « The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon », (2010) 11 *J. World Investment & Trade* 463; Angelos DIMOPOULOS, « The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: A Question of Responsibilities », (2014) 51 *Common Market Law Review* 1671; Christoph HERRMANN, « The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy », (2014) 15 *J. World Investment & Trade* 570; August REINISCH, « The EU on the Investment Path, Quo Vadis Europe - The Future of EU BITs and Other Investment Agreements », (2013-2014) 12 *Santa Clara J. Int'l L.* 111; Mark A. CLODFELTER, « The Future Direction of Investment Agreements in the European Union », (2013-2014) 12 *Santa Clara J. Int'l L.* 159.
55. Voir le Règlement (UE) n ° 912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, J.O.U.E L 257/121, en ligne: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0912&from=FR>> (consulté le 19 novembre 2015). Pour une analyse plus poussée, voir notamment Freya BAETENS, Gerard KREIJEN & Andrea VARGA, « Determining International Responsibility under the New Extra-EU Investment Agreements: What Foreign Investors in the EU Should Know », (2014) 47 *Vand. J. Transnat'l L.*

une des plus éloquentes. En attendant, la contestation se poursuit et le Canada n'en aura pas été épargné.

1.2.1. Le Canada face à la contestation

Certains ont considéré très justement que la contestation de l'opinion publique canadienne de l'AECG n'est pas comparable à celles auxquelles on a pu assister par le passé. Certains analystes considèrent en effet que : « In Canada, the level of public controversy raised by CETA is nothing to compare with debates that surrounded earlier international economic negotiations, such as the Canada-US Free Trade Agreement, the Multilateral Agreement on Investment, or the Free Trade Agreement of the Americas »⁵⁶. Il n'en demeure pas moins vrai qu'ici comme ailleurs, il y a une réticence de plus en plus grande vis-à-vis de la libéralisation des échanges dont le rejet du mécanisme d'arbitrage investisseur État n'est que la face visible de l'iceberg.

Au Canada, c'est notamment l'expérience de l'ALÉNA qui a davantage nourri les contestations. Depuis l'entrée en vigueur de l'ALÉNA en 1994, il y a eu trente-cinq (35) demandes d'arbitrages introduites contre le Canada⁵⁷. Le Canada a perdu ou réglé une dizaine de dossiers⁵⁸. Par ailleurs, seulement cinq (5) dossiers ont donné lieu à une compensation à l'investisseur, pour un total approximatif de dommages de cent cinquante-six (156) millions⁵⁹. L'opinion publique n'est pas pour autant restée indifférente à ces dédommagements étant donné les sommes réclamées. On estime que les montants réclamés dans les demandes d'arbitrages introduites dans les dernières années ont atteint plus de trois (3) milliards de dollars⁶⁰. À cela s'ajoute la perception d'imprévisibilité des résultats. Toutefois, la contestation et/ou la média-

1203.

56. É. DUCHESNE & J.-F. MORIN, « Revisiting Structural Variables of Trade Negotiations: The Case of the Canada EU Comprehensive Economic and Trade Agreement », (2013) 18 *International Negotiation* 5, 21.
57. Une étude récente du Centre canadien de politiques alternatives remarque qu'il s'agit de 45% de toutes les demandes introduites en vertu du Chapitre 11 de l'ALÉNA: Scott Sinclair, « NAFTA Chapter 11 Investor-State Disputes to January 1, 2015 », 14 janvier 2015, en ligne: <<https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/nafta-chapter-11-investor-state-disputes-january-1-2015#sthash.m16Fx41O.dpuf>> (consulté le 19 novembre 2015)
58. Voir le tableau récapitulant toutes les demandes contre le Canada en vertu du Chapitre 11 de l'ALÉNA dans Lauge POULSEN, Jonathan BONNITCHA and Jason YACKEE, « Transatlantic Investment Treaty Protection », Regulatory Policy, Centre for European Policy Studies Special Reports, Rapport special No. 102, mars 2015, en ligne: <<http://www.ceps.eu/book/transatlantic-investment-treaty-protection>> (consulté le 19 novembre 2015) aux pp. 19-20.
59. 130 millions de ce montant provient du montant du règlement dans AbitibiBowater. Le montant des dommages reste à déterminer dans *Mobil et Bilcon*.
60. Il s'agit de 9 demandes introduites depuis 2010, incluant la réclamation de 1.5 milliards dans l'affaire *Detroit International Bridge Co.*

tisation sont moins fortes lorsqu'interviennent des règlements hors cour ou sans compensations comme dans l'affaire *Dow AgroSciences LLC*⁶¹.

Plus clairement, ces dernières années, le Canada a été déclaré responsable de violation de dispositions de l'ALENA dans deux affaires particulièrement éloquentes. Dans *Bilcon*,⁶² le tribunal a conclu qu'il y a eu violation de l'Article 1105 (traitement juste et équitable) et de l'article 1102 (traitement national). Dans *Mobil*⁶³, la majorité des arbitres a conclu à une violation de l'article 1106 de l'ALENA⁶⁴. Dans d'autres affaires récentes, la question de la violation tournait notamment autour de problématiques liées à l'intérêt public⁶⁵.

En remettant en question la capacité des gouvernements à légiférer dans des matières telles que la protection de la santé publique, la sécurité ou l'environnement pour des réclamations totalisant plusieurs milliards de dollars en dommages et intérêts introduites à l'encontre des mesures adoptées, plusieurs critiques se sont questionnées sur la légitimité d'un mécanisme arbitral essentiellement basé sur un modèle privé de l'arbitrage commercial.

Ce qui est intéressant à observer, ce n'est pas tant les polémiques et les contestations bien qu'elles soient justifiées, mais plutôt les ajustements institutionnels provoqués par ces contestations. Les ajustements opérés ont surtout eu pour effet

-
61. En 2008, la société américaine *Dow AgroSciences LLC* a signifié un Avis d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, estimant que les mesures du Québec interdisant la vente et certaines utilisations de pesticides pour pelouse contenant l'ingrédient actif 2,4-D lui a causé des pertes; en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/dow-03.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015). Cependant, le Canada a pu régler le différend sans payer de compensation à l'investisseur. En ligne: <<http://www.cbc.ca/news/canada/montreal/nafta-pesticide-ban-challenge-settled-without-money-1.1005002>> (consulté le 19 novembre 2015)
 62. *Clayton/Bilcon c. le Gouvernement du Canada*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/clayton.aspx?lang=fra>> (consulté le 19 novembre 2015)
 63. *Mobil Investments Canada Inc et Murphy Oil Corporation c. Canada*, (2007) ARB(AF)/07/4, Décision sur la responsabilité et les principes du quantum (22 mai 2012) (Hans van Houtte, Président; Merit E Janow; Philippe Sands QC), en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/mobil-21.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)
 64. Pour un commentaire critique de la décision, voir Alexandre GENEST, « A Blow to Policy Space and Predictability for Measures », (2014) 29-2 *ICSID Review* 306, en ligne: <doi:10.1093/icsidreview/siu004> (consulté le 19 novembre 2015)
 65. Voir notamment, *Eli Lilly and Company v. Government of Canada*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/eli-03.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015) ; *Lone Pine Resources Inc. c. Government of Canada*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/lone-02.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015); *Windstream Energy LLC v. Government of Canada*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/windstream-02.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)

d'accroître la transparence grâce à l'accès à l'information⁶⁶, aux audiences publiques ainsi qu'à la possibilité d'ouvrir les procédures d'arbitrage aux *amici curiae*⁶⁷. Au plan interne, les ajustements visés se sont traduits par la décision canadienne de modifier son Accord type en matière d'IDÉ. En ce sens, le nouvel accord type du Canada reflète son expérience acquise dans le cadre de l'ALENA⁶⁸. Des réformes qui n'ont pas manqué d'influencer le droit matériel de l'AECEG en matière d'IDÉ⁶⁹.

Il est vrai que pour le Canada, les réponses à la contestation ne peuvent se limiter à des ajustements au niveau régional. La structure du système politique canadien est aussi source de tensions et de contestations potentielles. En effet, le fédéralisme canadien et la question de la responsabilité internationale du Canada en cas de violation des obligations envers les investisseurs étrangers par des provinces a par le passé soulevé des inquiétudes⁷⁰. L'exemple le plus emblématique a été l'affaire

66. Voir les clarifications de la Commission du libre-échange de l'ALENA, « Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 », 31 juillet 2001 (Partie A sur l'Accès aux documents)

67. En 2003, à la suite des décisions dans les affaires *Methanex* et *UPS* sur la participation de l'*amicus curiae* (voir *Methanex c. United States, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as « Amici Curiae »*, 15 janvier 2001 et *United Parcel Service of America, Inc. c. Canada, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae*, 17 octobre 2001), la Commission du Libre-échange a conclu que rien n'empêche un tribunal, s'il le juge approprié, d'accepter les mémoires écrits présentés par une personne ou une entité qui n'est pas une partie contestante (« tierce partie »). La note prévoit également des procédures pour la tierce partie qui souhaite présenter un mémoire écrit au tribunal et prescrit le contenu : Commission du Libre-échange de l'ALENA, « Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie », en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-fr.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)

Voir aussi J. Anthony VANDUZER, « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and Amicus Curiae Participation », (2007) 52 *McGill L.J.* 681.

68. Voir Céline LEVESQUE & Andrew NEWCOMBE, « The Evolution of IIA practice in Canada and the United States », dans Armand De MESTRAL & Céline LEVESQUE (dir.), *Improving International Investment Agreements*, Routledge, 2012, à la p. 25.

69. Voir à ce sujet: Filippo FONTANELLI & Giuseppe BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », (2014) 50 *Stan. J Int'l L.* 211.

70. Voir à ce sujet, Lawrence L. HERMAN, « Fédéralisme et litiges internationaux en matière d'investissement », *Investment Treaty News*, No. 4:1, Juillet 2011, à la p. 11, en ligne: <http://www.iisd.org/pdf/2011/iisd_itn_july_2011_fr.pdf> (consulté le 19 novembre 2015); Christopher J. KUKUCHA, « Canadian sub-federal governments and CETA: Overarching Themes and Future Trends », (2012-2013) 68(4) *Int'l J.* 528, en ligne: <<http://ijx.sagepub.com/content/68/4/528.full>> (consulté le 19 novembre 2015); J Anthony VANDUZER, « Could an intergovernmental agreement increase the credibility of Canadian treaty commitments in areas within provincial jurisdiction? », (2012-2013) 68(4) *Int'l J.* 536, en ligne: <<http://ijx.sagepub.com/content/68/4/536.abstract>> (consulté le 19 novembre 2015) ; Stéphane PAQUIN, « Federalism and the governance of international trade negotiations in Canada: Comparing CUSFTA with CETA » (2012-2013) 68(4) *Int'l J.* 545, en ligne: <<http://ijx.sagepub.com/content/68/4/545.abstract>> (consulté le 19 novembre 2015); Patrick FAFARD & Patrick LEBLOND,

« Closing the deal: What role for the provinces in the final stages of the CETA negotiations? », (2012-

Abitibi-Bowater, affaire ayant amené le Canada à payer une compensation de 130 millions de dollars à l'entreprise à la suite des mesures prises par Terre-Neuve et Labrador en 2009. Tant du côté canadien qu'europpéen, la possibilité d'avoir à faire face à des contentieux de cette nature, c'est-à-dire des arbitrages où la violation aura été commise non pas par l'État fédéral, mais plutôt par l'une des entités sous-fédérales canadiennes devrait être écartée dans le cadre de l'AECG. Ce n'est pas un hasard si les provinces ont été appelées à la table de négociations dans le cadre de l'AECG. À ce propos, Healy observait:

« Since access to services was the EU's primary offensive negotiating interest, and because sub-national governments bear constitutional responsibilities for much public service provision in Canada, it was clear early on that provincial and territorial governments would be expected to commit to unprecedented international trade and investment disciplines under the CETA. In order to allay European concerns that the liberalization of services might be blocked by opposition, the federal government made a commitment that sub-national governments would make 'binding commitments in all areas falling, wholly or in part, in their jurisdiction [...] to the full extent that European undertakings warrant ». The federal government went further in seeking the participation of provinces and territories at seven negotiating tables throughout the negotiations ». ⁷¹

L'approche canadienne réside donc dans une volonté de ne pas nier cette contestation, que celle-ci découle des difficultés liées au fédéralisme canadien ou qu'elle soit la conséquence de ses engagements internationaux. Dans ce cadre, on note une réelle volonté de part et d'autre de l'Atlantique de moderniser le mécanisme d'arbitrage investisseur État en prenant en compte les différentes formes de contestations relevées de part et d'autre. Le texte consolidé de l'AECG reflète assez nettement cette prise de conscience.

2013) 68(4) *Int'l J.* 553, en ligne: <<http://ijx.sagepub.com/content/68/4/553.abstract>> (consulté le 19 novembre 2015) ; Pierre Marc JOHNSON, Patrick MUZZI & Véronique BASTIEN, « The voice of Quebec in the CETA negotiations », (2012-2013) 68(4) *Int'l J.* 560, en ligne: <<http://ijx.sagepub.com/content/68/4/560.abstract>> (consulté le 19 novembre 2015); Christopher J. KUKUCHA, « Provincial Pitfalls: Canadian Provinces and the Canada-EU Trade Negotiations » dans Kurt HÜBNER, (dir.), *Europe, Canada and the Comprehensive Economic Partnership Agreement*, New York, Routledge, 2011, à la p. 130, en ligne: <<http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2010/Kukucha.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)

71. Voir Teresa HEALYA, « Canadian and European Unions and the Canada-EU CETA Negotiations », (2014) 11 *Globalizations* 59, 59-60.

2. Les tentatives de modernisation du mécanisme d'arbitrage dans l'AECG

Les négociateurs de l'AECG ont pris toute la mesure de la contestation du mécanisme d'arbitrage investisseur État dans le cadre de l'AECG. Face aux défis qui sont tout à la fois systémiques (A) que normatifs (B), l'AECG apporte des éléments de réponse qui, à défaut d'être suffisants et définitifs, traduit une réelle prise de conscience et une volonté politique de répondre à la contestation.

2.1. L'AECG face aux défis systémiques de l'arbitrage investisseur État

Les réponses apportées par les négociateurs de l'AECG vont dans le sens d'une prise en compte nécessaire de la relation de confiance qui doit guider les rapports entre nations développées sans remettre en cause le principe même d'un mécanisme d'arbitrage investisseur État.

2.1.1. Identification des principaux défis systémiques de l'arbitrage investisseur État.

Les problèmes de nature systématique liés à l'arbitrage investisseur État sont facilement identifiables. Ils sont relatifs à la transparence, à l'indépendance des arbitres, à la multiplicité des recours, à la participation des *amici curiae* ainsi qu'aux conflits d'intérêts dont les arbitres peuvent être sujets.

Dans le cadre d'un arbitrage investisseur État, la question de la transparence⁷² tourne généralement autour de l'accès à l'information et à la (im)possibilité du public d'accéder aux lieux de délibérations. Dans un texte particulièrement intéressant publié dans le New York Times en 2001, Anthony de Palma résumait très éloquemment la perception du public vis-à-vis de la transparence des arbitres,

« Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a small group

72. Voir N. Jansen CALAMITA, « Dispute Settlement Transparency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy: Adopting the UNCITRAL Transparency Rules Approach », (2014) 15 *Journal of World Investment & Trade* 645, 649 où l'auteur explique qu'il peut s'agir de : « publication with respect to the existence of an investor-state dispute, with or without publication of the notice of arbitration and subsequent pleadings; Publication concerning the disposition of the investor-state dispute, with or without publication of the award itself; Public access to hearings; and Public participation in the dispute settlement process through amicus curiae or non-disputing party mechanisms ».

of international tribunals' handles disputes between investors and foreign governments has led to national laws being revoked, justice systems questioned and environmental regulations challenged. And it is all in the name of protecting the rights of foreign investors under the North American Free Trade Agreement »⁷³.

Fort heureusement, la situation a beaucoup évolué notamment dans le cadre des arbitrages menés sous le chapitre 11 de l'ALÉNA où la participation du public sous diverses formes est désormais acquise. Des innovations procédurales ont été entérinées à la fois par les États membres de l'ALÉNA et la Commission du libre-échange (CLE) même s'il n'y a pas eu de modification du traité de l'ALÉNA pour s'assurer de pérenniser ces pratiques⁷⁴. La Commission du libre-échange dans sa Note interprétative datant du 31 juillet 2001 avait conclu qu'il n'existe pas un devoir général de confidentialité dans le cadre d'un arbitrage aux termes du chapitre 11 de l'ALÉNA. Les États parties à l'ALÉNA pouvaient ainsi rendre publics tous documents soumis au tribunal sauf exception. Dans la même veine, la CLE avait considéré que rien n'empêchait un tribunal, s'il le juge approprié, d'accepter les mémoires écrits présentés par une personne ou une entité qui n'est pas une partie contestante⁷⁵.

Ces évolutions observées dans l'ALÉNA contrastent quelque peu avec la situation en Europe où des dispositions relatives à la transparence dans l'arbitrage investisseur État sont généralement absentes des 1200 TBI conclus entre États-Membres de l'UE⁷⁶. Pourtant, au plan multilatéral, des initiatives ont été engagées pour prendre en compte des préoccupations liées à la transparence dans le processus d'arbitrage investisseur État. Il en est ainsi du *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités* entré en vigueur le 1^{er} avril 2014⁷⁷. Le règlement prévoit des audiences publiques, la publication des documents clés ainsi que les décisions et sentences qui feront partie d'un registre accessible en ligne. La *Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*⁷⁸ qui vient d'être ouverte à la signature en mars

73. Anthony De PALMA, « NAFTA's Powerful Little Secret: Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say », 11 mars 2001, *New York Times*, en ligne: <<http://www.nytimes.com/2001/03/11/business/11TRIB.html>> (consulté le 19 novembre 2015)

74. A. VANDUZER, préc., note 67, à la p. 685.

75. Commission du Libre-échange de l'ALÉNA, « Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie », en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-fr.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)

76. N. Jansen CALAMITA, « Dispute Settlement Transparency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy: Adopting the UNCITRAL Transparency Rules Approach », (2014) 15 *Journal of World Investment & Trade* 645, 646.

77. Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international, *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur les traités*, en ligne: <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html> (consulté le 19 novembre 2015)

78. Convention des Nations-Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États

2015 s'inscrit dans cette même logique. Plusieurs pays aujourd'hui contestataires de l'arbitrage investisseur État l'ont déjà signé. Parmi ceux-ci, on compte la France et l'Allemagne, mais également le Canada, les États-Unis, la Finlande, Maurice, la Suède, la Suisse et le Royaume-Uni.

Le renforcement de la transparence dans le processus d'arbitrage est difficilement réalisable si elle ne s'accompagne pas d'une réelle indépendance des arbitres. Il va de soi que pour assurer toute légitimité à l'arbitrage, les arbitres devraient pouvoir exercer leurs fonctions juridictionnelles en toute impartialité de manière à rendre des décisions dénuées de toute apparence de partialité. En effet, il a souvent été reproché à l'arbitrage investisseur État d'être construit sur le modèle de l'arbitrage commercial alors qu'il a à se prononcer sur des enjeux d'intérêt public. De plus, la possibilité pour les arbitres d'agir à plusieurs titres, tantôt comme avocats ou arbitres, tantôt comme conseillers du gouvernement, négociateurs ou témoins experts dans différentes procédures, semble miner leur crédibilité et ôter toute légitimité aux décisions arbitrales.

Mais les problèmes systémiques de l'arbitrage investisseur État sont aussi reliés à l'incohérence des décisions arbitrales. À ce chapitre les décisions divergentes dans l'affaire *CME / Lauder contre la République tchèque*⁷⁹ sont devenues emblématiques de la façon dont deux tribunaux arbitraux constitués en vertu de différents TBI⁸⁰ pourraient rendre des décisions contradictoires sur les mêmes faits. Comme les cas concernaient des entités étroitement liées⁸¹, les résultats opposés des deux décisions ont donné lieu à des questionnements légitimes sur la crédibilité et la légitimité de ce mode de règlement des différends⁸². Ce qui relance le débat sur la création d'un mécanisme d'appel⁸³.

L'absence de mécanisme de correction des décisions rendues par les arbitrages constitue l'autre faiblesse évoquée dans l'évaluation de l'arbitrage investisseur État.

-
- fondé sur les traités, New-York, 10 décembre 2014, en ligne: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXII-3&chapter=22&lang=fr> (consulté le 19 novembre 2015)
79. *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, Arbitrage de la CNUDCI, Sentence arbitrale finale du 3 septembre 2001 [*London Award*] et *Central European Media Enterprises B.V. (CME) c. République tchèque*, Arbitrage de la CNUDCI, Sentence arbitrale partielle du 13 septembre 2001.
80. Le TBI États-Unis–République tchèque et le TBI Pays-Bas–République tchèque.
81. D'autres sentences avec des résultats divergents ont également été rendues dans les affaires opposant l'Argentine aux multiples investisseurs sur la base des mêmes mesures gouvernementales prises dans le contexte de la crise économique.
82. Voir Susan D. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions », (2005) 73 *Fordham L. Rev.* 1521.
83. Bernardo M. CREMADES & Ignacio MADALENA, « Parallel Proceedings in International Arbitration », (2008) 24 *Arb. Int'l* 507, 536-537; Voir aussi Ian LAIRD & Rebecca ASKEW, « Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System? », (2005) 7 *J. App. Practice & Process* 285, 300 où les auteurs relèvent avec un certain succès qu'il s'agissait d'un problème de consolidation et non pas d'absence de mécanisme d'appel.

Dans le cadre de l'arbitrage CIRDI, à l'exception des procédures liées à l'exécution des sentences qui peuvent être intentées devant les juridictions nationales, la Convention CIRDI exclut tout recours devant les juridictions étatiques. Or, avec l'augmentation exponentielle des arbitrages CIRDI, les procédures en annulations se multiplient à défaut de procédures d'appel disponibles⁸⁴. En effet, l'article 53(1) de la Convention CIRDI prévoit que les sentences ont force obligatoire pour les parties et ne sont pas susceptibles d'appel. Une sentence ne peut être annulée que sur la base de motifs limités prévus à l'article 52 (1)⁸⁵. Bien que similaires aux motifs visés par la *Convention de New York*, ils n'incluent pas l'exception « d'ordre public ». La procédure d'annulation du CIRDI n'a été conçue ni comme une procédure d'appel ni comparable aux processus d'appel qu'on retrouve dans les ordres juridiques internes des États. Elle vise à pallier les irrégularités procédurales alors que son utilisation récurrente dans le cadre du CIRDI n'a eu pour conséquence que d'alourdir le mécanisme.

En dehors du mécanisme CIRDI, il est souvent prévu la possibilité de contester les sentences arbitrales devant les juridictions étatiques. Mais cette possibilité est aussi strictement encadrée puisque les motifs de révision prévus sont généralement inspirés de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui, globalement, reprend la liste de motifs de non-exécution des sentences qui figure à l'article V de la Convention de New York⁸⁶.

De manière générale, la possibilité d'inclure un mécanisme d'appel dans la procédure arbitrale en matière d'IDÉ est perçue comme facteur de cohérence et d'uniformité de la jurisprudence⁸⁷. Certains ont fait valoir qu'un tel mécanisme pourrait améliorer la prévisibilité, la cohérence et la légitimité de l'arbitrage investisseur État. Et les modèles de référence généralement désignés concourent tous vers le modèle

84. Secrétariat du CIRDI, Affaires du CIRDI- Statistiques, n° 2014-2, en ligne: <<https://icsid.worldbank.org/>> (consulté le 19 novembre 2015), à p. 17. Sur les 50 décisions en annulation qui sont rendues au 30 juin 2014 sous le système CIRDI, il y avait 15 procédures qui ont pris fin en raison du désistement des parties ou pour défaut de paiement, 22 décisions rejetant la demande en annulation et 13 décisions annulant une sentence partiellement ou en totalité.

85. Les motifs d'annulation sont: vice dans la constitution du tribunal, excès de pouvoir manifeste du tribunal, corruption d'un membre du tribunal, inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ou défaut de motifs.

86. Ces motifs sont: 1) incapacité d'une des parties lors de la conclusion d'une convention d'arbitrage; 2) défaut d'information d'une des parties de la désignation de l'arbitre ou impossibilité pour l'une des parties de faire valoir ses droits; 3) prise en compte dans la sentence de questions autres que celles soumises à l'arbitrage; 4) irrégularités dans la composition du tribunal ou dans la procédure d'arbitrage; 5) objet du différend non susceptible d'être réglé par arbitrage; 6) violation de l'ordre public national. Voir aussi, Catherine YANNACA SMALL, « Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États: Vue d'ensemble », OCDE Documents de travail sur l'investissement international, no 2006/1, Éditions OCDE, 2006, en ligne: <<http://www.oecd.org/fr/chine/38046824.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)

87. Secretariat de CIRDI, Document de Travail, « Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration », 22 octobre 2004, para. 20.

de l'Organe d'appel de l'OMC. D'ailleurs, certains pays, dont les États-Unis ont déjà intégré des dispositions sur un mécanisme d'appel à leurs accords sur l'investissement. L'AECG semble, même si les dispositions demeurent extrêmement floues, s'engager dans cette voie.

2.1.1. Les avenues explorées dans l'AECG

Il apparaît à la lecture du texte consolidé de l'AECG que les expériences acquises dans l'ALÉNA et en Amérique du Nord ont très fortement influencé les rédacteurs de l'accord. En effet, tel que discuté plus tôt, la source importante de critiques à l'encontre de l'arbitrage investisseur État réside principalement dans l'absence de transparence dans le processus d'arbitrage, que ce soit à l'égard de l'existence des différends, de l'argumentation des parties, du choix des arbitres ou dans les conclusions finales. À cet égard, l'AECG prévoit plusieurs mécanismes visant à accroître le niveau de transparence dans le processus d'arbitrage qui y est prévu.

L'article X.33 de l'AECG⁸⁸ incorpore le Règlement de la CNUDCI sur la transparence précisant que les audiences seront ouvertes au public. Très exactement, l'article X.33 prévoit que « le Règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique à la divulgation au public de renseignements relatifs aux différends en vertu de la présente section [...]»⁸⁹ et indique très précisément l'ensemble des documents qui peuvent être divulgués au public⁹⁰. Mais cette obligation de transparence intégrée dans la procédure d'arbitrage incluant la publicité des audiences n'empêchera pas le tribunal arbitral de tenir à huis clos une partie de l'audience lorsqu'il y a lieu de protéger des renseignements confidentiels ou protégés⁹¹.

Il n'est pas excessif comme certains ont pu le souligner, de considérer ces dispositions comme révolutionnaires notamment dans le contexte de l'UE dans la mesure où la plupart des AII conclus par ses États-Membres ne contiennent pas de dispositions à caractère obligatoire sur la transparence en matière d'arbitrage investisseur État⁹². Les innovations de l'AECG visant à renforcer la transparence dans les procédures d'arbitrage investisseur État sont donc, à défaut d'être spectaculaires, opportunes puisqu'elles prévoient également un code de conduite contraignant pour les arbitres. Le code se fonde sur les règles éthiques de l'International Bar Association

88. AECG, préc., note 7, art. X.33.

89. AECG, préc., note 7, art. X.33. (1)

90. Ces documents comprennent : la demande de consultations, l'avis requérant la désignation de la Partie visée par la plainte, l'avis de désignation de la Partie visée par la plainte, le consentement à la médiation, l'avis d'intention de contestation, la décision relative à la contestation d'un arbitre et la demande de jonction.

91. AECG, préc., note 7, art. X. 33. (5).

92. August REINISCH & Lukas STIFTER, « European Investment Policy and ISDS », 13 novembre 2014, en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=2564018>> (consulté le 19 novembre 2015)

sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international. Plusieurs règles relatives à la constitution du tribunal d'arbitrage dans le cadre de l'AECG⁹³ convergent vers le renforcement de la transparence et l'éradication des possibilités de conflits d'intérêts. L'accord prévoit en effet une liste d'arbitres sur lesquels l'Union européenne et le Canada se seront mis préalablement d'accord⁹⁴. En cas de désaccord entre les parties au différend, l'arbitre est choisi à partir de cette liste. Les arbitres doivent également être indépendants des parties au différend et des gouvernements et ne doivent recevoir d'instructions d'aucune organisation à l'égard des questions relatives au différend.

Par contre, la possibilité d'instituer un mécanisme d'appel demeure hypothétique puisque l'article X.42.1.c) désigne simplement le Comité des services et de l'investissement comme une tribune de discussion aux parties sur cette éventualité. L'accord précise en effet que

« la question de savoir si, et sous quelles conditions, une procédure d'appel pourrait être créée en vertu de l'Accord pour examiner, sur des questions de droits, les sentences rendues par un tribunal en vertu de la présente section, ou encore si les sentences rendues en vertu de la présente section pourraient être assujetties à une telle procédure d'appel élaborée dans le cadre d'autres arrangements institutionnels. [...] »⁹⁵.

On voit bien que les modalités de ce mécanisme d'appel sont loin d'être définies tout comme le principe même de son adoption n'apparaît clairement. Dans l'éventualité d'un recours en l'état actuel du texte de l'AECG, il est donc tout simplement impossible pour l'une des parties en conflit d'envisager la possibilité d'interjeter appel. De plus, une difficulté supplémentaire liée à la mise en œuvre de cette procédure vient compliquer sa réalisation. En effet, le mécanisme d'arbitrage investisseur État prévu par l'AECG renvoie à l'arbitrage CIRDI. Or, la Convention CIRDI écarte très clairement la possibilité d'appel. L'introduction d'un mécanisme d'appel impliquera donc une modification subséquente de la convention CIRDI. C'est dire que la possibilité d'inclure un mécanisme d'appel dans les dispositions de l'AECG telles qu'elles sont actuellement formulées reste très hypothétique.

Mais au-delà de ces enjeux particuliers, certains considèrent plus généralement que le problème auquel est confronté l'arbitrage investisseur État relève davantage d'une crise de croissance due à son expansion rapide⁹⁶. Il se peut bien que cette affirmation soit vraie. Mais en même temps, cette crise de croissance est doublée

93. AECG, préc., note 7, art. X.25.

94. AECG, préc., note 7, art. X. 25 (4).

95. AECG, préc., note 7, art. X. 42 (c).

96. Brigitte STERN, « The Future of International Investment Law: A Balance Between the Protection of Investors and the States' Capacity to Regulate », dans Jose E. ALVAREZ, Karl P. SAUVANT, Kamil Girard AHMED, et Gabriela P. VIZCAINO (dir.), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford, OUP, 2011, à la p. 174.

d'enjeux plus sinueux aux conséquences plus dramatiques que l'AECG affronte avec un certain réalisme.

2.2. L'AECG face aux défis normatifs relatifs à l'arbitrage investisseur État

La contestation de l'arbitrage investisseur État n'est pas seulement liée aux difficultés de nature systématique auxquelles ce mode de règlement des différends peut être confronté. Elle est aussi la conséquence d'un cadre normatif extrêmement dense en matière d'IDÉ dont les interprétations divergentes ont débouché sur une jurisprudence incohérente, divergente, contradictoire et désormais publique.

2.2.1. Les défis normatifs

La médiatisation des affaires opposant des États à des investisseurs étrangers a mis au jour des incohérences notoires dans la jurisprudence arbitrale. Elle aura aussi permis de sensibiliser les opinions publiques sur des problématiques qui jusqu'ici, n'étaient connues que de spécialistes. En effet, les sources du droit international de l'investissement comme on a pu le démontrer plus haut, sont nombreuses, variées et complexes. Et la prolifération des TBI observée ces dernières années n'a pas eu pour effet de générer des règles claires en matière de protection des investissements. Contrairement aux règles détaillées et cohérentes applicables aux relations commerciales multilatérales, les règles régissant la protection des investissements sont floues, éparpillées entre différentes sources juridiques et souvent laconiques, offrant aux arbitres de grandes libertés d'interprétation.

Ce flou normatif entourant l'IDÉ est observable depuis la notion même d'investissement qui a donné lieu à une jurisprudence tout autant abondante que divergente⁹⁷. Il s'est ensuite étendu à l'ensemble des règles substantielles applicables en matière d'IDÉ. Dans ce contexte, la question de l'expropriation indirecte et la remise en question du pouvoir de réglementation des États qu'elle semble produire sont devenues les points de convergence de toutes les contestations en matière de réglementation de l'IDÉ. Pourtant, il est acquis depuis longtemps en droit international de l'investissement que l'expropriation dite directe constitue l'atteinte la plus grave à la propriété des investisseurs étrangers. En vertu du droit souverain des États, ceux-ci ont le pouvoir d'exproprier les investisseurs étrangers, à condition que l'expropriation soit justifiée par (i) des motifs d'intérêt public (ii) stipulée par la loi, dans le respect des principes de droit naturel et de façon non discriminatoire (iii) accompagnée d'une indemnisation. Si ces conditions sont remplies, il s'agit d'une

97. Voir notamment, Emmanuel GAILLARD, « Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice », dans Ch. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH et S. WITTICH (dir.), *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, OUP, 2009.

expropriation *licite* donnant lieu à une indemnisation juste et équitable. Dans le cas contraire, la responsabilité internationale de l'État pourra être engagée aux fins de paiements de dommages-intérêts à l'investisseur.

La jurisprudence récente révèle une nouvelle forme d'expropriation qui n'implique pas forcément un transfert de propriété au profit de l'État, ni une quelconque dépossession de l'investisseur étranger, mais qui engendre pour l'État hôte, les mêmes conséquences juridiques que l'expropriation directe. Il s'agit de l'expropriation indirecte que les TBI qualifient selon les circonstances, d'*expropriation de facto*, d'*expropriation rampante (creeping)* ou de *mesures équivalant à une expropriation*. En cas d'expropriation indirecte, on considère que l'État « porte un préjudice grave à un investissement privé étranger [...] même si l'investisseur reste formellement détenteur de son titre de propriété »⁹⁸. L'expropriation indirecte pourra ainsi « résulter de n'importe quelle mesure prise par un État dans le cadre de la réglementation des activités économiques se déroulant sur son territoire, même lorsque cette dernière ne vise pas directement un investissement [et même si elle] n'entraîne pas le retrait du titre de propriété de l'investissement »⁹⁹. Il apparaît donc que toute action étatique ayant des effets économiques sur l'activité de l'IDÉ peut donner lieu à une poursuite fondée sur l'expropriation indirecte.

L'ambiguïté¹⁰⁰ que génère une telle définition ne faisant pas de distinction entre la mesure étatique donnant lieu à une indemnisation et celle qui n'en donne pas lieu, ne peut naturellement déboucher que sur une controverse. Une controverse qui se nourrit à la fois du silence des TBI sur ce qui constitue une expropriation, et des contradictions jurisprudentielles. À titre d'illustration, la jurisprudence a déjà considéré comme étant des expropriations indirectes une augmentation disproportionnée des impôts¹⁰¹, le non-remboursement de la TVA¹⁰², l'arrestation et l'expulsion de l'investisseur ou d'autres personnes ayant un rôle clé dans l'investissement¹⁰³, le remplacement des gestionnaires par ceux choisis par le gouvernement¹⁰⁴, la ré-

98. Suzy H. NIKIEMA, « Bonnes pratiques : L'expropriation indirecte », Institut international du développement durable, 2012, disponible en ligne: <http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation_fr.pdf> (consulté le 19 novembre 2015)

99. OCDE, « L' « expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, 2004, disponible en ligne: <<http://dx.doi.org/10.1787/871821182042>> (consulté le 19 novembre 2015) [OCDE 2004].

100. L. Yves FORTIER & Stephen L DRYMER, « Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor », (2005) 13 *Asia Pac. L. Rev.* 79, 109.

101. *Revere Copper c. OPIC*, (1980) 56 ILR 258.

102. *Occidental Exploration and Production Company c. République d'Équateur*, (2008) UN3467.

103. *Biloune c. Ghana* (1989) ILR 98.

104. *Starrett Housing Corp. c. Iran*, (1983) 4 Iran-US C.T.R. 122; *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, (1984) 6 Iran-US C.T.R. 219.

vocation du permis d'opérer un site¹⁰⁵, ou d'un certificat de zone franche¹⁰⁶, le déni d'un permis de construction malgré des assurances antérieures¹⁰⁷.

Il apparaît donc au vu de cette jurisprudence abondante que la responsabilité des États pourra être engagée, quelle que soit la mesure qu'ils adoptent en matière d'IDÉ qui a un impact négatif sur les investissements d'étrangers. L'espace d'exercice du pouvoir de réglementation des États se trouve donc réduit ou, à tout le moins, susceptible d'être contesté. Le défi pour la jurisprudence arbitrale a donc été d'identifier des critères pouvant permettre de distinguer entre les mesures réglementaires qui n'exigent pas une indemnisation des mesures qui constituent une expropriation indirecte¹⁰⁸. Ce qui a débouché sur des divergences importantes oscillant entre la prise en compte par les tribunaux de l'effet de la mesure, de l'existence d'un préjudice grave et irréversible ou des attentes légitimes de l'investisseur.

Certains États ont également tenté de répondre à cette insécurité juridique en incluant dans leur TBI une exception spécifique pour les mesures réglementaires adoptées dans l'intérêt public. On retrouvera ce type de dispositions dans les traités types du Canada et des États-Unis¹⁰⁹. Ce sera également l'approche retenue dans l'AECG qui a dû procéder à la clarification d'un autre concept en droit international de l'investissement, le traitement juste et équitable.

En effet, la notion de traitement juste et équitable (TJE), si elle n'a pas connu le même sort médiatique que l'expropriation indirecte et le pouvoir de réglementation des États, n'en présente pas moins de défis importants pour le cadre juridique de l'IDÉ. L'obligation d'accorder un traitement juste et équitable est une norme de protection qui est incluse dans la grande majorité des AII. Son libellé souvent minimaliste est présenté sous diverses variantes¹¹⁰ rendant la définition et le contenu de la notion difficiles à cerner. Pour Stephan Schill,

105. *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Mexique*, (2003) ARB(AF) 02/2.

106. *Goetz c. Burundi*, (1999) ARB/95/3.

107. OCDE, préc., note 37.

108. Voir *Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, CNUDCI, Décision partielle du 17 mars 2006 [*Saluka*], au para. 263: « [...] international law has yet to identify in a comprehensive and definitive fashion precisely what regulations are considered « permissible » and « commonly accepted » as falling within the police or regulatory power of States and, thus, noncompensable. In other words, it has yet to draw a bright and easily distinguishable line between noncompensable regulations on the one hand and, on the other, measures that have the effect of depriving foreign investors of their investment and are thus unlawful and compensable in international law »

109. *Model Bilateral Investment Treaty* (États-Unis), en ligne: <<http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm>> (consulté le 19 novembre 2015)

110. CNUCED, « Fair and Equitable Treatment: A Sequel », UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York & Genève, Nations unies, 2012, en ligne: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf> (consulté le 19 novembre 2015) pp. 17 *et suiv.* La CNUCED identifie 4 variations du TJE: (A) l'obligation d'accorder sans réserve un juste et équitable traitement; (B) l'obligation liée au droit international; (C) l'obligation liée aux normes minimales de traitement des étrangers en vertu du droit international coutumier; (D) l'obliga-

« Fair and equitable treatment does not have a consolidated and conventional core meaning as such nor is there a definition of the standard that can be applied easily. So far it is only settled that fair and equitable treatment constitutes a standard that is independent from national legal order and is not limited to restricting bad faith conduct of host States. Apart from this very minimal concept, however, its exact normative content is contested, hardly substantiated by State practice, and impossible to narrow down by traditional means of interpretative syllogism. »¹¹¹

Comme l'expropriation indirecte, la norme de TJE est régulièrement invoquée par les investisseurs étrangers avec un taux de succès considérables compte tenu de l'interprétation extensive qu'en fait la jurisprudence arbitrale. Les tribunaux ont généralement interprété cette obligation au sens large, y ajoutant certaines exigences telles que l'obligation d'un État d'agir de manière cohérente et transparente, l'obligation d'agir de manière non discriminatoire ou de respecter les attentes légitimes des investisseurs. Dans *S.D. Myers c. Canada*¹¹², le tribunal avait considéré qu'il y a violation de l'article 1105 de l'ALÉNA consacré à la « norme minimale de traitement » lorsqu'il est démontré qu'un investisseur étranger a fait l'objet d'un traitement injuste et arbitraire d'un degré inacceptable en droit international. Pour le tribunal, cette détermination doit être faite à la lumière de la grande déférence que le droit international accorde généralement au droit des autorités nationales de statuer sur les affaires qui interviennent sur leur territoire. Par contre, dans *Pope & Talbot v. Canada*¹¹³, le tribunal est arrivé à la conclusion que les éléments de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » s'ajoutaient aux exigences du droit international. Ce qui a conduit à l'intervention de la CLE en 2001 pour préci-

tion de TJE avec un contenu de fond supplémentaire, tel que le déni de justice.

111. Stephan SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, à la p. 263.
112. *S.D. Myers v. Government of Canada*, Sentence partielle du 13 novembre 2000, au para. 263, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/myers-18.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)
113. *Pope & Talbot c. Canada*, CNUDCI, Deuxième sentence sur le fond, 10 avril 2001, para. 110, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/pope-phase-21.pdf>> (consulté le 19 novembre 2015)

ser le sens à donner à la notion et rejetant l'idée d'une protection additionnelle¹¹⁴. Cette intervention semble désormais dégager un consensus autour du concept¹¹⁵.

Anticipant ces incohérences observées dans le cadre de l'ALÉNA, il apparaît très clairement que les rédacteurs de l'AECG ont tenté d'en tirer des leçons pour le chapitre sur l'IDÉ.

2.3. Le subtil dosage politico-juridique de l'AECG

L'AECG introduit une série de dispositions dans son chapitre sur l'IDÉ qui démontrent une réelle prise de conscience politique des faiblesses normatives en matière d'IDÉ. De notre point de vue, cette prise de conscience est partagée de part et d'autre de l'Atlantique. Du côté de la Commission européenne¹¹⁶, elle se traduit par l'expression d'une volonté de rupture avec le modèle d'arbitrage tel qu'il est établi dans les TBI existants. La Commission assume d'ailleurs parfaitement ce revirement puisqu'elle considère que l'AECG marque un tournant dans l'approche européenne de la politique d'investissement¹¹⁷. L'AECG doit ainsi être perçu comme un accord en rupture avec les ambiguïtés qui ont entouré les normes de protection des investissements étrangers. En ce sens, il préserve le droit de réglementation des États dans des domaines essentiels tels que la protection de la santé publique, la sécurité nationale ou la préservation de l'environnement¹¹⁸. De plus, la Commission considère que le mécanisme d'arbitrage tel qu'institué par l'AECG, sera mieux adapté aux enjeux actuels¹¹⁹.

114. La note conclut que la norme minimale de traitement prescrit dans l'article 1105(1) ne prévoit pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers: « L'article 1105 (1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers. La constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALÉNA ou d'un accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation de l'article 1105 (1) ».

115. *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre les Etats-Unis d'Amérique*, (1998) ARB(AF)/98/3, au para 128 [Traduction : OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, 2004, en ligne: <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/FR%20WP-2004_3.pdf> (consulté le 19 novembre 2015) [OCDE FET], à la p. 20.

116. Ci-après, la Commission.

117. COMMISSION EUROPÉENNE, « L'AECG – Synthèse des résultats définitifs des négociations », Décembre 2014, p.12-13, en ligne: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/february/tradoc_153082.pdf> (consulté le 19 novembre 2015)

118. *Id.*

119. *Id.*

En s'inspirant de l'expérience de l'ALÉNA, l'AECG introduit dans son corpus normatif une annexe visant une meilleure définition et une plus grande clarification de thèmes controversés comme l'expropriation indirecte ou le traitement juste et équitable¹²⁰. De ce point de vue, l'expérience canadienne dans l'ALÉNA n'a pas manqué d'influencer les négociateurs de l'AECG. En tout état de cause, l'impression de dépouillement des pouvoirs de réglementation des États qui se dégageait des dernières affaires portées en arbitrage a entraîné des changements dans le discours politique qui se veut désormais plus rassurant. Elle a aussi insufflé un vent de changement dans la conceptualisation du cadre matériel de l'IDÉ dans l'AECG.

On peut ainsi schématiser les répercussions de la contestation et des contradictions jurisprudentielles en matière d'arbitrage investisseur État en considérant que les changements d'attitude observables dans la réponse des parties à l'AECG sont à la fois de nature procédurale que matérielle.

Sur le plan du droit matériel, la volonté d'une clarification est palpable dès les premières dispositions du chapitre X de l'AECG¹²¹ qui délimite le champ d'application de l'accord et définit clairement une série de notions dont les interprétations ont donné lieu à des incohérences dans la jurisprudence de l'investissement et favorisé le *treaty shopping* ainsi que le *forum shopping* par le passé.

En ce qui concerne le régime de protection des investissements, les parties sont appelées à accorder aux investissements effectués sur leur territoire, un traitement juste et équitable, ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales. La portée de l'obligation de protection et sécurité intégrales se limite à la sécurité physique des investisseurs et des investissements. L'accord ne l'étend pas ici à la sécurité juridique. Quant à la violation des obligations découlant du traitement juste et équitable, elle n'est requise que dans des cas expressément prévus par l'accord:

« a) déni de justice dans le cas d'une procédure criminelle, civile ou administrative; b) un manquement essentiel à l'application régulière de la loi, y compris un manquement essentiel sur le plan de la transparence dans le cadre d'une procédure criminelle ou administrative; c) un acte manifestement arbitraire; d) une forme de discrimination ciblée pour des motifs manifestement injustifiés, comme le sexe, la race ou les croyances

120. À propos de l'annexe et plus généralement de l'influence de l'ALÉNA, voir notamment, Filippo FONTANELLI & Giuseppe BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », (2014) 50 *Stan. J Int'l L.* 211, 232; Voir aussi: Nikos LAVRANOS, « The new EU Investment Treaties: Convergence towards the NAFTA model as the new Plurilateral Model BIT text? » (29 mars 2013), en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=2241455>> (consulté le 19 novembre 2015). L'auteur suggère que l'adoption du modèle de l'ALÉNA pourrait éventuellement mener à un accord multilatéral sur l'investissement.

121. Pour une vue d'ensemble sur le champ d'application du chapitre X de l'AECG, voir, Marc BUNGENBERG, « The Scope of Application of EU (Model) Investment Agreements », (2014) 15 *Journal of World Investment & Trade* 402, 403.

religieuses; e) un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement; f) un manquement aux autres éléments de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable adopté par les Parties conformément au paragraphe 3 du présent article »¹²².

Des garde-fous sont également prévus dans l'AECG pour permettre une cohérence dans l'interprétation de cette mesure puisqu'il est prévu dans l'accord, la possibilité de réviser de manière régulière le contenu du traitement juste et équitable. Dans ce cadre, le Comité sur les services et l'investissement¹²³ sera appelé, comme c'est le cas dans l'ALÉNA, à formuler des recommandations tout comme un tribunal pourra être appelé à statuer sur l'existence ou non d'attentes légitimes qui auraient été suscitées par l'une des parties. À défaut de précision, on peut considérer que l'AECG ne lie pas la norme de traitement juste et équitable au standard de protection minimale du droit international tel qu'interprété par la Commission du libre-échange de l'ALENA. La notion de traitement juste et équitable tel que définie dans l'AECG ne laisse pas de marge de manœuvre interprétative aux arbitres, il ne s'agit ni de seuil minimum de traitement ni de norme évolutive¹²⁴.

Pour certains observateurs¹²⁵, l'approche restrictive de l'AECG pourrait créer de nouvelles incertitudes. Kriebaum souligne par exemple à propos du traitement juste et équitable que: « However, by adding qualifiers to some of the FET [TJE] elements the CETA norm on FET creates new uncertainties, rather than reducing them. Furthermore, it shifts the focus away from traditional European BITs' approaches to certain topics which have not led to major discussions in the arbitral case law which emerged under these bits ».

Il faut en effet reconnaître que l'approche restrictive dénoncée par Kriebaum est présente tout au long du texte relatif à l'IDÉ. Mais elle est justifiée étant donné l'histoire récente de l'arbitrage investisseur État et le climat de contestation actuel. Il s'agit pour les parties de resserrer les règles et de limiter au maximum la marge de manœuvre des arbitres. Ainsi, dans l'article X.7 sur le traitement de la nation la plus favorisée (TNPF), l'AECG apporte une autre restriction, précisant à l'alinéa 4 que la clause TNPF :

« ne vise pas les procédures de règlement des différends entre les investisseurs et l'État prévues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux. Les obligations de fond énoncées dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords

122. AECG, préc., note 7, art.X.9(2).

123. AECG, préc., note 7, art. X.9(4).

124. Commission européenne, « La protection des investissements et le RDIE », 26 septembre 2014, en ligne: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf> (consulté le 19 novembre 2015)

125. Voir, Ursula KRIEBAUM, « FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT », (2014) 15 *Journal of World Investment & Trade* 454.

commerciaux ne constituent pas en soi un « traitement » et ne peuvent donc pas donner lieu à un manquement au présent article en l'absence de mesures adoptées par une Partie conformément à de telles obligations »¹²⁶.

Procédant ainsi, il apparaît clairement que les parties entendent limiter la portée du TNPF évitant l'importation à l'AECG du mécanisme d'arbitrage investisseur État qui serait prévu dans d'autres traités économiques internationaux.

Par ailleurs, l'AECG encadre très strictement l'expropriation indirecte puisqu'il en délimite le champ d'application et procède à un encadrement rigoureux de ses modalités de mise en œuvre. L'expropriation indirecte résultera d'une mesure ou série de mesures qui privent de manière substantielle¹²⁷ l'investisseur de ses droits fondamentaux de propriété y compris le droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, et ce, sans transfert officiel de titres ni saisie définitive¹²⁸. La qualification d'une mesure étatique comme étant une expropriation indirecte doit résulter d'une enquête factuelle au cas par cas prenant en compte des éléments tels que les effets économiques de la mesure étatique sur la valeur économique de l'investissement, la durée de la mesure, l'étendue de l'atteinte portée par la mesure aux attentes définies et raisonnables sous-tendant l'investissement ainsi que la nature de la mesure, notamment l'objet, le contexte et l'intention¹²⁹. L'accord précise toutefois que, sauf dans de rares cas, les mesures non discriminatoires qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, de la santé publique, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte même si la mesure paraît excessive au regard de son objet.

Ce très haut niveau de déférence est une réponse aux abus des dernières années. Il remet en cause tout test de proportionnalité et vise principalement à préserver les marges de manœuvre politiques des États impliqués dans l'accord. Dans des relations entre pays dont les pratiques d'affaires se ressemblent avec des systèmes démocratiques forts, cet encadrement rigoureux de l'expropriation indirecte doit être également perçu comme une marque de confiance réciproque.

Les parties à l'AECG procèdent donc à un subtil dosage entre les réponses juridiques visant à restreindre la marge de manœuvre interprétative des arbitres et celles procédurales visant à renforcer la confiance du public vis-à-vis du mécanisme. La volonté politique d'améliorer les modalités de fonctionnement du mécanisme d'arbitrage investisseur État est manifeste et elle se traduit également par un resserrement des règles relatives aux procédures et à la présentation des plaintes¹³⁰. L'article X.17. 3 de l'AECG précise ainsi « qu'un investisseur ne peut soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu de la présente section quand l'investissement a été fait au moyen

126. AECG, préc., note 7, art. X.7 (4).

127. Souligné par nous.

128. AECG, préc., note 7, annexe X.11(1).

129. AECG, préc., note 7, annexe X.11(2).

130. AECG, préc., note 7, art. X.21 et 22.

de déclarations frauduleuses, de dissimulation, de corruption ou d'une conduite équivalant à un abus de droit ». Cette disposition permet d'éviter les poursuites farfelues et non fondées. On peut également y voir la volonté des États-Membres de l'AECG de rehausser le niveau d'exigence de bonne foi et de transparence dont le non-respect pourra entraîner l'irrecevabilité d'une poursuite. Ce qui rappelle l'argument de l'investissement illégal avancé par les tribunaux d'arbitrage dans des affaires antérieures¹³¹.

En définitive, le texte de l'AECG relatif à l'arbitrage investisseur État démontre une réelle volonté politique de réaffirmer la pertinence de ce mode de règlement des différends tout en offrant des gages de transparence. En ce sens, l'adoption d'un code de déontologie pour les arbitres, l'encadrement rigoureux de la procédure d'arbitrage et l'introduction de procédures consultatives obligatoires¹³² sont autant de signaux positifs. En dépit de la possibilité de règlement à l'amiable laissée aux parties tout au long de la procédure d'arbitrage, l'AECG introduit une possibilité de médiation qui peut se substituer aux consultations. Médiation à laquelle il est très facile de mettre un terme.

131. August REINISCH & Lukas STIFTER, « European Investment Policy and ISDS » (13 novembre 2014), en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=2564018>> (consulté le 19 novembre 2015). Pour une analyse plus poussée de l'argument relatif à l'illégalité de l'investissement, voir Jarrod HEPBURN, « In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the « Defence » of Investor Illegality in Investment Arbitration » (2014) 5-3 *Journal of International Dispute Settlement* 531, en ligne: <<http://jids.oxfordjournals.org/content/5/3/531.abstract>> (consulté le 19 novembre 2015)

132. AECG, préc., note 7, art. X.18.

CONCLUSION

Somme toute, il serait démagogique de remettre en cause la pertinence de l'arbitrage investisseur État sans prendre en considération l'ensemble des évolutions observables dans le chapitre sur l'investissement direct étranger de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne. Cet accord opère des avancées substantielles qui tiennent compte des critiques les plus acerbes contre l'arbitrage investisseur État et l'équilibre recherché entre les avantages économiques de ce mode de règlement des différends et les risques qui y sont associés. Comme le note un commentateur¹³³, la question de savoir si le Canada et l'UE peuvent vivre avec le chapitre sur l'investissement de l'AECG à la fois à l'égard de leurs intérêts défensifs et offensifs est une question politique qui va au-delà de l'expertise juridique. Sur le terrain de l'opinion publique, le débat public est justifié et même salutaire. En ce sens, il serait légitime de poser la question de son adaptabilité au contexte et de la capacité des opinions publiques à s'en accommoder. Mais ce débat public ne peut occulter les avancées juridiques notables dans l'AECG. Il n'est pas raisonnable de rejeter en bloc la pertinence de l'arbitrage investisseur État même dans un contexte de pays industrialisés aux régimes juridiques performants. La question la plus pertinente à notre sens, est celle de savoir jusqu'où les États sont prêts à sacrifier certains de leurs pouvoirs règlementaires pour maintenir un système dont la pertinence est remise en cause pour des raisons politiques ou de débats publics. À défaut de modèle alternatif efficace, l'arbitrage investisseur État tel qu'il est formalisé dans l'AECG offre des garanties de transparence et l'équilibre nécessaire entre préservation des intérêts nationaux et sécurisation des investissements étrangers. Toutefois, contrairement au statu quo de l'ALÉNA qui rend toute révision du texte quasi impossible, les parties à l'AECG doivent laisser de réelles possibilités de révision pour permettre au texte de l'AECG d'évoluer en même temps que les mœurs juridiques et les attentes légitimes du public changent. Il faut espérer que ce vent de renouveau qui souffle sur l'arbitrage investisseur État dans le cadre de l'AECG puisse inspirer les négociateurs du TTIP, autre accord économique international qui met en scelle une fois de plus, la question de la transparence et de la confiance. C'est peut-être sous cet angle, à savoir celui du renouveau de l'arbitrage investisseur État qu'il faut accueillir la dernière proposition de la Commission européenne¹³⁴ visant à instituer un mécanisme juridictionnel, alternatif à l'arbitrage dans le cadre du TTIP et des autres négociations européennes sur les échanges et les investissements.

133. Stephan SCHILL, « Editorial: The German Debate on International Investment Law », (2014) 15 *Journal of World Investment & Trade* 1, 6.

134. COMMISSION EUROPÉENNE, Note de synthèse, « L'investissement dans le TTIP et au-delà- La voie de la réforme », 5 mai 2015, en ligne: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153456.pdf> (consulté le 19 novembre 2015)