Canadian Yearbook of International Law
Annuaire canadien de droit international
(2023), **61**, 361–382 doi:10.1017/cyl.2024.12

Investissement

Investment

Charles-Emmanuel Côté

Professeur titulaire, Faculté de droit et École supérieure d'études internationales, Université Laval; avocat, Québec, Canada
Email: Charles-Emmanuel.Cote@fd.ulaval.ca

1. Le Canada et le droit international de l'investissement en 2023

Après un endormissement remontant à la période prépandémique, la pratique conventionnelle du Canada en matière d'investissement connaît un regain de vigueur en 2023. L'adoption de codes de conduite pour les arbitres et les juges constitue le premier résultat tangible des discussions en cours au Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).[1] Le redémarrage du programme de conclusion d'accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) permet de mettre en application pour la première fois l'APIE-type du Canada de 2021.[2] Sur le plan du contentieux d'investissement, le 30 juin 2023 marque la fin du régime transitoire de RDIE de l'*Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique* (*ACÉUM*).[3] Bien que le Canada et les États-Unis ne font pas l'objet d'une avalanche de réclamations avec la fin du RDIE dans leurs rapports réciproques, une controverse importante subsiste dans plusieurs affaires pendantes quant à la portée de ce régime transitoire. Par ailleurs,

[1] *Code de conduite de la CNUDCI destiné aux arbitres dans des procédures de règlement de différends relatifs à des investissements internationaux*, dans *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa cinquante-sixième session*, Doc off AGNU, 78e sess, supp n° 17, Doc NU A/78/17 (2023), annexe III [*Rapport de la cinquante-sixième session*; *Code CNUDCI pour arbitres*]; *Code de conduite de la CNUDCI destiné aux juges dans des procédures de règlement de différends relatifs à des investissements internationaux*, dans *Rapport de la cinquante-sixième session*, *ibid* annexe IV [*Code CNUDCI pour juges*].

[2] Canada, *Modèle d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) du Canada de 2021*, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=fra> [*APIE-type du Canada de 2021*].

[3] 30 novembre 2018, Annexe 14-C, en annexe du *Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 30 novembre 2018, RT Can 2020 n° 5, modifié par le *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 10 décembre 2019, RT Can 2020 n° 6 [*ACÉUM*].

© The Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international 2024. This is an Open Access article, distributed under the terms of the Creative Commons Attribution licence (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/), which permits unrestricted re-use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

le contentieux impliquant les investisseurs canadiens à l'étranger montre un nouveau visage en 2023 avec les deux premières réclamations de la part de sociétés d'État. Les codes de conduite de la CNUDCI font l'objet d'une analyse détaillée dans la chronique cette année. Un tour d'horizon des principaux autres faits marquants de 2023 est d'abord effectué en ce qui concerne la pratique conventionnelle et la pratique contentieuse du Canada.

2. Pratique conventionnelle du Canada

La pratique conventionnelle du Canada en matière d'investissement connaît un regain de vigueur en 2023, tant sur le plan multilatéral que régional ou bilatéral.

A. Pratique conventionnelle multilatérale

Les négociations à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) d'un accord sur la facilitation de l'investissement pour le développement (Accord FID) se sont conclues avec succès en 2023. Dans leur déclaration du 6 juillet, les co-coordonnateurs des discussions structurées de l'OMC sur la question ont annoncé que les 110 membres qui y participent, dont le Canada, se sont entendus sur le texte de l'accord.[4] Ce dernier n'a pas été rendu public lors de la conclusion des négociations, afin de permettre son toilettage juridique et linguistique en vue d'une adoption formelle lors de la conférence ministérielle d'Abou Dhabi en 2024.[5] Il est entendu que cet accord plurilatéral doit être intégré dans l'architecture juridique de l'OMC et qu'il doit être ouvert à tous ses membres. Il vise essentiellement à permettre aux pays en développement de bénéficier des flux d'investissements internationaux et à encourager l'investissement durable. L'Accord FID ne s'intéresse ni à l'admission, ni à la protection des investissements, pas plus qu'il ne prévoit de procédure de RDIE. Il vise plutôt à prévenir les différends dans les pays en développement en posant des règles concernant la transparence de la réglementation nationale, la simplification des procédures administratives, la coopération entre l'État d'accueil et l'État de nationalité de l'investisseur, l'assistance technique au profit des pays en développement, ainsi que la conduite responsable des entreprise et la lutte contre la corruption, ces deux derniers aspects visant plus spécialement la durabilité de l'investissement. D'ici l'adoption formelle de l'Accord FID et son intégration aux accords de l'OMC, les pays en développement sont invités à évaluer leurs besoins d'assistance technique au moyen d'un guide conçu à cette fin.

Les discussions au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI se sont poursuivies en 2023, permettant l'adoption d'une première série d'éléments de réforme concrets.[6] En plus des codes de conduite qui sont analysés plus bas, la CNUDCI a aussi adopté des dispositions types et des lignes directrices sur la médiation dans les différends

[4]Organisation mondiale du commerce (OMC), *Discussion structurée de l'OMC sur la facilitation de l'investissement pour le développement. Déclaration des co-coordonnateurs*, Doc OMC n° INF/IFD/W/51 (6 juillet 2023).

[5]Le texte final de l'accord sur la facilitation de l'investissement pour le développement a été adopté et rendu public le 29 février 2024 par 101 membres de l'OMC, dont le Canada, lors de la conférence ministérielle d'Abou Dhabi. Ces développements seront analysés dans cette chronique dans l'*Annuaire* de 2024. OMC, *Déclaration ministérielle conjointe relative à l'Accord sur la facilitation de l'investissement pour le développement*, Doc OMC n° WT/MIN(24)/17/Rev.1 (29 février 2024).

[6]*Rapport de la cinquante-sixième session*, *supra* note 1 aux pp 33–34.

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

entre investisseurs et États.[7] Parmi les autres éléments de réforme qui ont progressé de manière significative au cours de l'année, il faut mentionner le projet de décision sur la création d'un centre consultatif sur le droit international de l'investissement au bénéfice des pays en développement.

B. Pratique conventionnelle régionale et bilatérale

Deux accords signés en 2023 avec l'Ukraine et Taïwan appliquent l'APIE-type du Canada de 2021 pour la première fois. Tous deux transposent fidèlement l'APIE-type, mais quelques différences notables doivent être soulignées, surtout en ce qui concerne l'accord avec Taïwan, en raison de son statut international particulier.

i. ALÉ modernisé entre la Canada et l'Ukraine

L'*Accord de libre-échange modernisé entre le Canada et l'Ukraine* (*ALÉ modernisé Canada-Ukraine*)[8] comporte un chapitre sur l'investissement, contrairement à son prédécesseur de 2016, aussi prévoit-il la suspension de l'APIE de 1994 entre les deux pays lorsqu'il entrera en vigueur.[9] Une clause de survie de 10 ans est toutefois prevue concernant l'APIE de 1994, mais uniquement pour les manquements survenus avant sa suspension. L'abandon des exceptions sanitaires et environnementales est maintenu et confirme la nouvelle approche du Canada à cet égard.[10] Ce recul apparent de la protection du droit de légiférer de l'État a valeur de symbole avec l'Ukraine, puisque l'APIE avec cette dernière était le premier du Canada à prévoir de telles exceptions générales en matière d'investissement.[11] Par ailleurs, la nouvelle obligation de compensation en cas de réquisition ou de destruction non justifiée de l'investissement, lors d'un conflit armé, prend une couleur particulière dans le contexte de la guerre en Ukraine.[12] La section sur la promotion et la facilitation des investissements n'est pas reprise par l'ALÉ modernisé, alors qu'il s'agit d'une innovation originale quoique imparfaite de l'APIE-type de 2021.[13] La réserve concernant les clauses du traitement national, de la nation la plus favorisée, de la liberté d'exploitation de l'entreprise et du personnel-clé est moins large que dans l'APIE-type. Elle prévoit une clause d'antériorité spécifique tant pour les mesures fédérales ou centrales que pour les mesures provinciales ou régionales, précisant les mesures antérieures

[7] *Dispositions types de la CNUDCI sur la médiation pour les différends relatifs aux investissements internationaux* et *Lignes directrices de la CNUDCI sur la médiation pour les différends relatifs aux investissements internationaux*, dans *Rapport de la cinquante-sixième session*, *supra* note 1, annexes 1 et 2.

[8] *Accord de libre-échange modernisé entre le Canada et l'Ukraine*, 22 septembre 2023 (non en vigueur) [*ALÉ modernisé Canada-Ukraine*], en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ukraine/text-texte/2023/toc-tdm.aspx?lang=fra>.

[9] *ALÉ modernisé Canada-Ukraine*, *supra* note 8, arts 30.8, 30.9. Voir *Accord de libre-échange entre le Canada et l'Ukraine*, 11 juillet 2016, RT Can 2017 n° 31 (entrée en vigueur: 1er août 2017); *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Ukraine pour l'encouragement et la protection des investissements*, 24 octobre 1994, RT Can 1995 n° 23 (entrée en vigueur: 24 juillet 1995) [*APIE Canada-Ukraine*].

[10] *ALÉ modernisé Canada-Ukraine*, *supra* note 8, art 29.2.

[11] *APIE Canada-Ukraine*, *supra* note 9, art XVII(3).

[12] *ALÉ modernisé Canada-Ukraine*, *supra* note 8, art 17.8.2.

[13] Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2021 aux pp 478–81.

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

incompatibles protégées, plutôt qu'une clause d'antériorité générale.[14] Une clause originale est introduite pour permettre à l'État d'imposer des formalités spéciales de contrôle aux investisseurs étrangers ou d'exiger des informations à des fins statistiques.[15]

Sur le plan du RDIE, l'*ALÉ modernisé Canada-Ukraine* innove en prévoyant explicitement que l'investisseur perd son droit à l'arbitrage s'il a effectué son investissement à la suite d'une "déclaration frauduleuse, de dissimulation, de corruption ou d'une conduite équivalant à un abus de procédure."[16] Cette disposition opportune s'inspire de l'*Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part* (*AECG*),[17] répondant ainsi à l'une des critiques formulées à l'encontre de l'APIE-type du Canada de 2021.[18] Enfin, la clause prévoyant l'adoption d'une interprétation obligatoire de l'accord par les États précise explicitement, à l'instar de l'*AECG*, qu'ils peuvent décider d'une date à partir de laquelle elle devient obligatoire, ce qui répond en partie aux problèmes concernant leur application aux affaires pendantes.[19]

ii. Arrangement entre le Canada et Taïwan

L'*Arrangement entre le Bureau Commercial du Canada à Taipei et le Bureau Économique et Culturel de Taipei au Canada concernant la promotion et la protection des investissements* (*Arrangement Canada-Taïwan sur l'investissement*)[20] s'inscrit dans la stratégie du Canada pour la région indo-pacifique. Celle-ci vise notamment à y intensifier la conclusion d'accords de commerce et d'investissement afin de contribuer au développement de chaînes de valeur résilientes.[21] Il ne s'agit toutefois pas d'un traité mais plutôt d'un simple "arrangement," correspondant aux accords internationaux juridiquement non-contraignants sur lesquels la Commission du droit international (CDI) se penche actuellement.[22] Le Canada s'inspire ici de sa propre pratique puisqu'il a conclu un tel arrangement en matière fiscale avec Taïwan en 2016.[23] Le choix d'un tel instrument s'explique par le fait que le Canada adhère au

[14] *ALÉ modernisé Canada-Ukraine*, *supra* note 8, art 17.18.1; *APIE-type du Canada de 2021*, *supra* note 2, art 21.1.

[15] *ALÉ modernisé Canada-Ukraine*, *supra* note 8, art 17.17.

[16] *Ibid* art 17.20.3.

[17] *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, 30 octobre 2016, art 8.18.3 (application provisoire: 21 septembre 2017), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> [*AECG*].

[18] Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2021 à la p 480.

[19] *ALÉ modernisé Canada-Ukraine*, *supra* note 8, art 17.28.2; *AECG*, *supra* note 17, art 8.31.3.

[20] *Arrangement entre le Bureau Commercial du Canada à Taipei et le Bureau Économique et Culturel de Taipei au Canada concernant la promotion et la protection des investissements* (22 décembre 2023), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/other-autre/taiwan.aspx?lang=fra> [*Arrangement Canada-Taiwan sur l'investissement*].

[21] Canada, *Stratégie du Canada pour l'Indo-Pacifique* (2022) à la p 21, en ligne: <www.international.gc.ca/transparency-transparence/indo-pacific-indo-pacifique/index.aspx?lang=fra>.

[22] Voir Mathias Forteau, "Les accords internationaux juridiquement non-contraignants/ (*Non-legally binding international agreements*)," dans *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-treizième session*, Doc off AGNU, 77e sess, supp n° 10, Doc NU A/77/10 (2022), annexe 1.

[23] *Arrangement entre le Bureau commercial du Canada à Taipei et le Bureau économique et culturel de Taipei au Canada en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur*

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

principe d'une seule Chine et ne reconnaît pas l'indépendance de Taïwan,[24] ce qui rappelle la pratique des États-Unis qui se gardent aussi de conclure des traités avec l'île.[25] Outre la dénomination de l'arrangement, plusieurs autres indices confirment l'intention de ne pas conclure un traité, comme les parties qui sont le Bureau commercial du Canada à Taipei et le Bureau économique et culturel de Taipei au Canada, la terminologie employée ("participant,"[26] "divergence,"[27] "prise d'effet"[28]), ou encore la procédure interne de conclusion suivie et l'omission du Canada de le classer dans son répertoire d'APIE.[29] Ces précautions prises par le Canada pour ne pour ne pas froisser la Chine n'ont pas empêché cette dernière d'être fortement indisposée par cet arrangement, alors que le Canada a déjà conclu des APIE avec celle-ci et Hong Kong.[30]

Bien qu'il ne s'agisse pas formellement d'un APIE, le contenu matériel de l'*Arrangement Canada-Taïwan sur l'investissement* est pratiquement identique à l'APIE-type du Canada de 2021. Contrairement à l'ALÉ modernisé avec l'Ukraine, il reproduit cette fois la section sur la promotion et la facilitation des investissements.[31] Cependant, il ne reprend pas la nouvelle clause sur le droit de légiférer, qui constitue pourtant une contrepartie importante à l'abandon des exceptions sanitaires et environnementales dans l'APIE-type. Le contenu de cette clause est plutôt reproduit dans le préambule de l'arrangement. En revanche, l'approche en ce qui concerne le RDIE comporte des différences très significatives avec l'APIE-type, reflétant la nature non juridique de l'arrangement et les rapports politiques particuliers entre le Canada et Taïwan. En cas de "divergence" avec l'État hôte concernant l'application de l'arrangement, l'investisseur peut demander à ce dernier de consentir à soumettre la question à l'arbitrage suivant une convention-type dont le contenu reprend les clauses de l'APIE-type sur le RDIE.[32] Il n'y a donc pas de consentement préalable de l'État à l'arbitrage

le revenu (15 janvier 2016), en ligne: <www.canada.ca/fr/ministere-finances/programmes/politique-impot/conventions-fiscales/pays/taiwan-arrangement-2016.html>.

[24]Affaires mondiales Canada, *Relations Canada-Taïwan*, en ligne: <www.international.gc.ca/country-pays/taiwan/relations.aspx?lang=fra> (dernière modification 5 janvier 2024).

[25]États-Unis, Département d'État, *Treaties in Force: A List of Treaties and Other International Agreements of the United States in Force on January 1, 2020* (2020) à la p 497, en ligne: <www.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/TIF-2020-Full-website-view.pdf>.

[26]*Arrangement Canada-Taiwan sur l'investissement*, *supra* note 20, préambule et para 1.

[27]*Ibid* para 23.

[28]*Ibid* para 30.

[29]Par exemple aucun décret n'a été pris pour en autoriser la signature. L'arrangement analogue de 2016 en matière fiscale n'a pas été publié au *Recueil des traités du Canada.* Voir Canada, *Politique sur le dépôt des traités devant le Parlement*, annexe C (2008), en ligne: <treaty-accord.gc.ca/procedures.aspx?lang=fra>; Canada, *Accords sur le commerce et l'investissement*, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra>.

[30]Steven Chase, "Canadian Trade Deal with Beleaguered Taiwan One of a Kind," *Globe and Mail* (Toronto) (12 novembre 2023). Voir *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, 9 septembre 2012, RT Can 2014 n° 26 (entrée en vigueur: 1er janvier 2014); *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection des investissements*, 10 février 2016, RT Can 2016 n° 8 (entrée en vigueur: 6 septembre 2016).

[31]*Arrangement Canada-Taiwan sur l'investissement*, *supra* note 20, Partie C, aux paras 17–19.

[32]*Ibid* au para 26 et annexe III. Les mesures de contrôle de l'usage du tabac sont toutefois soustraites au RDIE (*ibid* au para 22.2).

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

contrairement à l'approche habituelle du Canada. La convention, si elle est conclue, incorpore les règles matérielles prévues par l'arrangement comme droit applicable dans l'arbitrage, mais n'a pas pour effet de transformer l'arrangement lui-même en accord juridiquement contraignant.[33] La sentence rendue est exécutoire et peut faire l'objet d'une demande de reconnaissance et d'exécution aux termes de la convention de New York.[34] L'arbitrage dont il est ici question est donc contractuel et n'implique pas l'invocation de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Ainsi le Canada ajoute-t-il une nouvelle variation du RDIE à sa gamme déjà large, qui va du refus complet avec les États-Unis au système juridictionnel avec l'Union européenne (UE).

iii. Autres développements dans la pratique conventionnelle régionale et bilatérale

Sur le plan régional, l'adhésion du Royaume-Uni à l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste* (*PTPGP*)[35] s'est concrétisée en 2023, avec la signature d'un protocole à cet effet.[36] Lorsqu'il entrera en vigueur, cela portera à douze le nombre de parties au *PTPGP*, avec le Royaume-Uni et tous ses signataires originaux, dont le Canada, puisque le Brunei et le Chili l'ont finalement ratifié en 2023.[37] Il faut souligner que le Royaume-Uni renonce à appliquer le RDIE dans ses rapports avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande, au moyen d'échanges de lettres, alors que le RDIE s'applique dans ses rapports avec le Canada.[38] Bien qu'il l'ait aboli dans ses rapports avec les États-Unis, le Canada applique ainsi le RDIE avec plusieurs pays développés en vertu du *PTPGP*, soit l'Australie, le Japon, la Nouvelle-Zélande et bientôt le Royaume-Uni.

Malgré que certaines dispositions du chapitre sur l'investissement de l'*AECG* — et surtout le système juridictionnel de RDIE — ne sont pas appliqués provisoirement pendant son processus de ratification, deux projets de décision importants ont néanmoins été adoptés par le Canada et l'UE. Le premier est une note d'interprétation obligatoire des règles de fond du chapitre, visant à mieux protéger le droit de légiférer de l'État, en ce qui concerne par exemple les changements climatiques.[39] L'adoption

[33] *Ibid*, annexe III, art 3.

[34] *Ibid*, annexe III, art 22.5. Voir *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 RTNU 39, RT Can 1986 n° 43 (entrée en vigueur pour le Canada: 10 août 1986).

[35] *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste* (8 mars 2018), art 1.1, incorporant l'*Accord de partenariat transpacifique*, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=fra> (entrée en vigueur: 30 décembre 2018) [*PTPGP*].

[36] Commission du PTPGP, *Décision de la Commission de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste concernant l'adhésion du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord au PTPGP* (16 juillet 2023), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/decision-accession-uk-decision-adhesion-ru.aspx?lang=fra>.

[37] Commission du PTPGP, *Déclaration ministérielle commune à l'occasion de la septième réunion de la Commission* (16 juillet 2023), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/statement-seventh-meeting-septieme-reunion-declaration.aspx?lang=fra>.

[38] Voir les échanges de lettres sur le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) du 16 juillet 2023 entre l'Australie et le Royaume-Uni, ainsi qu'entre la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni, en ligne: <www.gov.uk/government/publications/cptpp-associated-documents>.

[39] *Projet d'interprétation No … /2024 du Comité mixte de l'AECG du … concernant l'article 8.10, l'annexe 8-A, l'article 8.9 et l'article 8.39 de l'accord économique et commercial global (AECG)* (13 février 2024),

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

de ce projet de note d'interprétation aurait été une condition posée par l'Allemagne à sa ratification de l'*AECG* en 2023.[40] Celle-ci porte à dix-sept le nombre d'États membres ayant ratifié l'accord sur un total de vingt-sept.[41] Le second projet de décision adopté concerne le renforcement de l'accès au RDIE pour les individus et les petites et moyennes entreprises (PME), au moyen de l'ajout d'une procédure optionnelle d'arbitrage accéléré.[42] Ce projet de décision répond à l'*Avis 1/17* de la Cour de justice de l'UE, qui a jugé que le système juridictionnel de RDIE de l'*AECG* serait compatible avec le droit à l'accès à un tribunal indépendant seulement si la Commission européenne concrétisait son intention de prendre des mesures à cet égard en faveur des individus et des PME.[43]

La négociation d'un ALÉ comportant un chapitre sur l'investissement et le RDIE avec l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) s'est poursuivie intensivement en 2023.[44] Cette négociation s'inscrit également dans la stratégie du Canada pour la région indo-pacifique. L'ALÉ augmentera de manière significative le nombre de pays en développement avec lesquels le Canada consent au RDIE. La négociation avec le Royaume-Uni d'un ALÉ censé comporter un chapitre sur l'investissement, mais sans RDIE, a toutefois été suspendue en 2023, pour des raisons non liées à l'investissement.[45] L'examen du système juridictionnel de RDIE de l'*AECG*, prévu par l'accord de continuité commerciale entre les deux pays, ne semble pas avoir été mené à terme au cours de la période de trois ans prévue à cette fin.[46] Par conséquent, le système juridictionnel de RDIE s'appliquera entre eux sans modification si l'*AECG*

en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/2024-interpretation-project-projet.aspx?lang=fra>.

[40]Yves Lejeune, "La participation de la Région wallone à la procédure de conclusion du CETA. Ou comment le système fédéral belge a permis d'amender le CETA" [2023] RBDC 371 à la p 410. Le projet de note d'interprétation pourrait aussi lever les conditions posées par la Belgique à sa ratification (*ibid* 419).

[41]UE, Conseil européen et Conseil de l'UE, *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, on the One Part, and the European Union and Its Member States, on the Other Part*, en ligne: <www.consilium.europa.eu/fr/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017>. Ni le Canada, ni l'UE n'ont encore ratifié l'AECG.

[42]*Projet de décision n°… /2024 du Comité mixte de l'AECG du … adoptant des règles complémentaires concernant les procédures accélérées de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États, en particulier pour les personnes physiques ou les petites et moyennes entreprises* (26 avril 2024), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/2024-02-09-dispute-settlement-reglement-differends.aspx?lang=fra>.

[43]Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), *Avis 1/17 (Accord ÉCG UE-Canada)*, ECLI:EU:C:2019:341 (30 avril 2019) aux paras 218–22 [*Avis 1/17*].

[44]Canada, *Accord de libre-échange entre le Canada et l'ANASE*, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/asean-anase/fta-ale/negotiations-negociations.aspx?lang=fra> (dernière modification: 16 février 2024).

[45]Janyce McGregor et John Paul Tasker, "U.K. Walks Away from Trade Talks with Canada," *CBC News* (25 janvier 2024), en ligne: <www.cbc.ca/news/politics/canada-uk-trade-cheese-1.7094817>; Canada, *Objectifs du Canada pour les négociations d'un accord de libre-échange avec le Royaume-Uni* (15 février 2022), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cuktca-acccru/objectives-negotiations-objectifs-negociations.aspx?lang=fra>.

[46]*Accord de continuité commerciale entre le Canada et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, 9 décembre 2020, RT Can 2021 n° 6, art V (entrée en vigueur: 1er avril 2021). Des dispositions temporaires sur l'accès au marché de certains produits se sont par ailleurs éteintes à l'expiration d'un délai de trois ans (*ibid* annexe A).

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

entre en vigueur, alors que le régime de RDIE du *PTPGP* s'appliquera aussi dès que l'adhésion du Royaume-Uni sera effective.

Lorsque l'ALÉ modernisé avec l'Ukraine entrera en vigueur, leur nombre s'élèvera à seize, dont un est suspendu et neuf comportent un chapitre sur l'investissement incluant le RDIE.[47] Hormis le nouvel arrangement avec Taïwan, le dernier APIE signé par le Canada est celui de 2019 avec la Moldavie. Leur nombre en vigueur demeure à trente-six, en plus de deux accords suspendus en raison de la conclusion subséquente d'un ALÉ avec un chapitre sur l'investissement, alors que l'APIE avec l'Équateur s'est éteint.[48]

3. Pratique contentieuse du Canada et des investisseurs canadiens

Si la pratique contentieuse du Canada est peu active en 2023, celle des investisseurs canadiens à l'étranger l'est beaucoup plus.

A. Différends relatifs aux investissements avec le Canada

Aucune nouvelle réclamation n'a été soumise contre le Canada en 2023 sur la base d'un traité d'investissement. Une réclamation de 2022 a toutefois été rendue publique concernant — pour la troisième fois — le plan de sortie de l'Alberta de la filière énergétique du charbon, dans l'affaire *Westmoreland c Canada III*.[49] La société américaine Westmoreland Coal Company avait fait une première réclamation en 2018 contre le Canada en raison de l'exclusion de ses mines de charbon du plan de compensation de la province.[50] Elle avait retiré sa réclamation après l'approbation par les tribunaux américains du transfert de la propriété de ses mines albertaines à la société de portefeuille américaine Westmoreland Coal Mining Holding. La nouvelle réclamation de cette dernière contre le Canada, soumise en 2019, a été rejetée par le tribunal arbitral en 2022 pour défaut de compétence car la société de portefeuille n'était pas propriétaire des mines au moment des faits litigieux.[51] La société Westmoreland Coal Company soumet à nouveau sa réclamation à titre de propriétaire des mines lors de la naissance du différend. Le montant des dommages réclamés par l'investisseur n'est pas encore déterminé, mais il allègue la violation des clauses du

[47] Il s'agit de l'*AECG*, du *PTPGP* et des ALÉ avec le Chili, la Colombie, la Corée, le Honduras, le Panama et le Pérou. Canada, *Accords sur le commerce et l'investissement*, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra>.

[48] Les APIE avec le Panama et le Pérou ont été suspendus lors de la conclusion d'un ALÉ. Il faut souligner que l'APIE avec l'Équateur prévoit une clause de survie de 15 ans après son extinction, ce qui fait en sorte que le RDIE demeurera applicable jusqu'en 2033. Canada, *Accords sur le commerce et l'investissement*, en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra>; *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Panama*, 14 mai 2010, RT Can 2013 n° 9, art 9.38 (entrée en vigueur: 1er avril 2013); *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, 29 mai 2008, RT Can 2009 n° 15, art 845 (entrée en vigueur: 1er août 2009); *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de l'Équateur pour la promotion et la protection réciproques des investissements*, 29 avril 1996, RT Can 1997 n° 25, art XVIII:2 (extinction: 19 mai 2018).

[49] *Westmoreland c Canada (III)*, Notification d'arbitrage, Aff CIRDI n° UNCT/23/2 (*ACÉUM*, 11 octobre 2022).

[50] Voir *Westmoreland c Canada (I)*, Notification d'arbitrage, CNUDCI (*ALÉNA*, 19 novembre 2018).

[51] *Westmoreland c Canada (II)*, Sentence finale, Aff CIRDI n° UNCT/20/3 (*ALÉNA*, 31 janvier 2022). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2022 aux pp 272–73.

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

traitement national, du traitement juste et équitable (TJE) et d'expropriation de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique* (*ALÉNA*),[52] en se prévalant cette fois du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM*. Le Canada conteste la compétence du tribunal arbitral au motif que Westmoreland Coal Company n'était plus propriétaire des mines lors de l'entrée en vigueur de l'*ACÉUM* et que son recours est par ailleurs prescrit.[53]

À la fin de 2023, cinq affaires sont pendantes contre le Canada, concernant toutes des réclamations d'investisseurs américains. Les affaires *Einarsson c Canada*,[54] *Windstream Energy c Canada (II)*,[55] *Koch c Canada*[56] et *Westmoreland (III)* portent toutes sur des différends nés avant l'extinction de l'*ALÉNA*, contrairement à l'affaire *Ruby River Capital c Canada*.[57] Le Canada se maintient dans le palmarès des pays les plus poursuivis au titre du RDIE, rejoignant le Pérou au huitième rang (trente quatre réclamations), derrière l'Argentine (soixante-cinq), le Venezuela (soixante-quatre), l'Espagne (cinquante-six), le Mexique (cinquante-deux), l'Égypte (quarante-six), la République tchèque (quarante-deux) et la Pologne (trente-sept).[58]

B. Différends relatifs aux investissements canadiens à l'étranger

Trois décisions sont rendues en 2023 dans des différends relatifs à l'investissement canadien à l'étranger, alors que plusieurs réclamations sont soumises dans de nouvelles affaires.

i. Rand c Serbie

L'affaire *Rand c Serbie*[59] met en cause la résolution du contrat de privatisation d'une entreprise agricole située près de Belgrade, dont 70 pour cent des actions étaient détenues par des investisseurs canadiens, par le truchement d'une société de portefeuille chypriote et d'un prête-nom serbe. À la majorité, le tribunal arbitral juge qu'il est uniquement compétent pour connaître de la réclamation du seul investisseur canadien qui a fait un véritable investissement au sens de l'article 25 de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants*

[52] *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur: 1er janvier 1994) [*ALÉNA*].

[53] *Westmoreland c Canada (III)*, Mémoire du Canada sur la compétence et réponse à la notification d'arbitrage, Aff CIRDI n° UNCT/23/2 (*ACÉUM*, 28 juin 2023).

[54] *Einarsson c Canada*, "Notification d'arbitrage," CNUDCI (*ALÉNA*, 18 avril 2019).

[55] *Windstream Energy c Canada (II)*, "Notification d'arbitrage," Aff CPA n° 2021-26 (CNUDCI) (*ACÉUM*, 22 décembre 2020).

[56] *Koch c Canada*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/20/52 (*ACÉUM*, 7 décembre 2020). Le tribunal arbitral décline compétence dans une sentence rendue le 13 mars 2024 qui sera analysée dans l'*Annuaire* de 2024. *Koch c Canada*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/20/52 (*ACÉUM*, 13 mars 2024).

[57] *Ruby River Capital c Canada*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/23/5 (*ACÉUM*, 17 février 2023).

[58] Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), "Investment Dispute Settlement Navigator," en ligne: *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

[59] *Rand c Serbie*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/18/8 (*APIE Canada-Serbie et TBI Chypre-Serbie*, 29 juin 2023) [*Rand*, Sentence].

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

d'autres États (*Convention CIRDI*).[60] Il rejette l'existence d'un critère autonome de contribution au développement de l'État d'accueil ou d'une condition de légalité dans la notion d'investissement.[61] La définition de l'investissement de l'APIE Canada-Serbie est également satisfaite et en l'absence d'une clause explicite à cet effet, le tribunal juge qu'il ne peut refuser la protection de l'APIE à l'investissement qui aurait été fait de manière illégale, frauduleuse ou trompeuse.[62] Dans son opinion séparée, l'arbitre dissident considère que le tribunal n'est pas compétent car l'investisseur n'a pas fait la preuve qu'il était le véritable propriétaire des actions de l'entreprise agricole détenues par le prête-nom.[63] Il est aussi d'avis que l'investissement réalisé de manière illégale ne devrait pas être protégé par le droit international, même en l'absence d'une clause explicite à cet effet. La position de l'arbitre dissident est plus en phase avec la pratique arbitrale, qui considère habituellement que la protection du traité peut être refusée à un tel investissement sur la base du principe général de la bonne foi et de la primauté du droit.[64]

Le tribunal arbitral juge ensuite à la majorité que la réclamation de l'investisseur canadien est bien fondée en droit. Il considère que les agissements de l'agence de privatisation à l'origine du différend sont attribuables à la Serbie parce que les mesures attaquées ont été prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, bien qu'elle ne soit pas un organe de l'État.[65] Il rejette aussi à la majorité le moyen de défense de la Serbie voulant que l'agence ait uniquement agit en tant qu'opérateur commercial, au motif qu'elle aurait bien exercé des prérogatives de puissance publique.[66] Cette analyse du tribunal arbitral est discutable puisque la question de savoir si l'agence agit en tant qu'opérateur commercial est pertinente pour l'attribution de ses agissements à la Serbie, mais ne saurait intervenir de nouveau par la suite pour soustraire la Serbie à sa responsabilité internationale. Le tribunal conclut à la majorité que la Serbie a violé la clause du TJE en raison de la résolution illégale du contrat de privatisation par son agence.[67] La clause du TJE dans l'APIE Canada-Serbie est limitée à la norme minimale de traitement de la coutume internationale et le tribunal l'interprète conformément au seuil élevé exigé par l'affaire *Waste Management c Mexique (II)*.[68] Pourtant, l'application par le tribunal de cette norme stricte aux faits de l'espèce n'est pas convaincante, puisqu'il se contente de souligner l'illégalité de la résolution du contrat au regard du droit serbe, plutôt que de démontrer qu'elle constitue une conduite arbitraire, grossièrement inique, injuste ou

[60] *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 160 (entrée en vigueur pour le Canada: 1er décembre 2013) [*Convention CIRDI*]; *Rand*, Sentence, *supra* note 59 aux paras 277, 289.

[61] *Rand*, Sentence, *supra* note 59 aux paras 223, 229.

[62] *Ibid* aux paras 347, 386–88. Le tribunal arbitral juge qu'en l'espèce l'investissement n'a pas été fait d'une telle manière.

[63] *Rand c Serbie*, Opinion dissidente du professeur Marcelo G Kohen, Aff CIRDI n° ARB/18/8 (*APIE Canada-Serbie et TBI Chypre-Serbie*, 29 juin 2023) au para 27 [*Rand*, Opinion dissidente].

[64] Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum et Christopher Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 3e éd, Oxford, Oxford University Press, 2022 aux pp 107–10. Voir *Plama c Bulgarie*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/03/24 (*Traité sur la Charte de l'énergie*, 27 août 2008) aux paras 140–46.

[65] *Rand*, Sentence, *supra* note 59 aux paras 491–93.

[66] *Ibid* aux paras 506–09.

[67] *Ibid* aux paras 605, 623.

[68] *Ibid* au para 601; *Waste Management c Mexique (II)*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/00/3 (*ALÉNA*, 30 avril 2004) au para 98.

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

idiosyncratique au sens de la norme minimale de traitement. L'arbitre dissident considère au contraire que les agissements de la Serbie sont conformes à la clause du TJE.[69] Par souci d'économie judiciaire, la majorité du tribunal décide de ne pas examiner l'allégation d'expropriation directe sans indemnisation, puisque cela ne changerait rien au préjudice qu'a subi l'investisseur.[70] Elle rejette enfin le moyen de défense de la Serbie fondé sur l'exception générale pour les mesures nécessaire pour assurer le respect de son droit interne, au motif précisément que la résolution du contrat était contraire au droit serbe.[71] Le tribunal arbitral condamne à la majorité la Serbie à verser EUR 14,6 millions en dommages à l'investisseur canadien lésé.[72]

ii. Alhambra c Kazakhstan

Un autre différend concernant un investisseur canadien a connu des développements en 2023, avec la décision du comité *ad hoc* sur l'annulation de la sentence rendue en 2020 et la resoumission de certains aspects de la réclamation dans l'affaire *Alhambra c Kazakhstan*.[73] Cette affaire est entourée d'un grand secret puisqu'aucun document de procédure la concernant n'est publié, ce qui est regrettable et alimente les critiques – justifiées – sur le manque de transparence du RDIE.[74] Elle met en cause une société minière canadienne et sa filiale néerlandaise, dont les réclamations sont fondées sur le traité bilatéral d'investissement entre le Kazakhstan et les Pays-Bas. Le tribunal arbitral aurait décliné sa compétence en ce qui concerne la réclamation de l'investisseur canadien, mais il aurait accueilli celle de la filiale néerlandaise sur le fond. Tant les investisseurs que l'État demandaient l'annulation partielle de cette sentence, mais la décision rendue par le comité *ad hoc* n'est pas publiée. Certains aspects de la sentence auraient été annulés, concernant le lien de causalité et le calcul des dommages, et la nouvelle réclamation soumise par la filiale néerlandaise porterait sur ceux-ci. Il faut souligner que l'investisseur canadien dans cette affaire ne semble pas avoir tenté de fonder sa réclamation sur l'APIE entre le Canada et l'Union des républiques socialistes soviétiques (URSS), auquel le Kazakhstan pourrait avoir succédé.[75]

iii. First Majestic c Mexique (I) et (II)

Une sentence sur la compétence est aussi rendue en 2023 dans l'affaire *First Majestic c Mexique (I)*,[76] qui porte sur la réclamation de USD 500 millions d'une société minière

[69] *Rand*, Opinion dissidente, *supra* note 63 au para 28.

[70] *Rand*, Sentence, *supra* note 59 au para 624.

[71] *Ibid* au para 631.

[72] *Ibid* au para 717.

[73] *Alhambra c Kazakhstan*, Décision du Comité *ad hoc* sur l'annulation, Aff CIRDI n° ARB/16/12 (*TBI Kazakhstan–Pays-Bas*, 10 mars 2023) [non publiée]; *Alhambra c Kazakhstan*, "Nouvelle requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/16/12 (*TBI Kazakhstan–Pays-Bas*, 16 octobre 2023) [non publiée] [*Alhambra*]. Voir Lisa Bohmer, "Gold Miner Lodges Resubmission Proceedings in ICSID Dispute with Kazakhstan, Shedding Light on Unpublished Annulment Decision," *Investment Arbitration Reporter* (17 octobre 2023).

[74] Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2021 à la p 493.

[75] *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, 20 novembre 1989, RT Can 1991 n° 31 (entrée en vigueur:27 juin 1991). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2021 aux pp 491–93.

[76] *First Majestic c Mexique (I)*, Décision sur l'objection préliminaire de la défenderesse à la compétence, Aff CIRDI n° ARB/21/14 (*ALÉNA*, 20 décembre 2023) [*First Majestic (I)*].

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

canadienne en raison d'un différend avec les autorités fiscales mexicaines concernant des mines d'or et d'argent. Le tribunal avait ordonné des mesures conservatoires afin que le Mexique n'empêche pas des remboursements de taxes à l'entreprise locale de l'investisseur canadien pendant l'arbitrage. Le défaut du Mexique d'exécuter ces mesures conservatoires conduit l'investisseur à soumettre une nouvelle requête d'arbitrage en 2023, visant spécifiquement cette omission dans l'affaire *First Majestic c Mexique (II)*.[77] Le tribunal arbitral rejette l'objection du Mexique à sa compétence dans la première affaire, suivant laquelle ce second arbitrage serait incompatible avec la condition de renonciation par l'investisseur à tous ses autres recours prévue par l'article 1121 de l'*ALÉNA*. Le tribunal considère que la seconde affaire porte sur des mesures distinctes de la première et que sa soumission ne contrevient donc pas à l'article 1121. Les deux affaires peuvent donc suivre chacune leur cours en parallèle.[78]

iv. Autres développements dans la pratique contentieuse des investisseurs canadiens

En plus de l'affaire *First Majestic (II)*, trois autres nouvelles réclamations ont été soumises en 2023 par des investisseurs canadiens, dont deux par des sociétés d'État provinciales, ce qui constitue une première pour le Canada et s'inscrit dans une tendance globale dans le contentieux de l'investissement.[79] Dans l'affaire *Alberta Petroleum Marketing Commission c Etats-Unis*,[80] une société d'État de l'Alberta ajoute finalement sa propre réclamation à celle de USD 15 milliards de sociétés privées canadiennes dans l'affaire *TC Energy et TransCanada c États-Unis (II)*,[81] en raison du retrait de l'autorisation du projet d'oléoduc Keystone XL dans lequel elle aurait également investi. Ces deux affaires soumises en vertu du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* concernent des mesures postérieures à l'extinction de l'*ALÉNA*, soulevant la question controversée de sa portée temporelle.

Une réclamation est soumise pour la première fois en vertu du régime de RDIE du *PTPGP* dans l'affaire *Caisse de dépôt et de placements du Québec c Mexique*.[82]

[77] *First Majestic c Mexique (II)*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/23/28 (*ACÉUM*, date inconnue) [non publiée] [*First Majestic (II)*]. Voir Lisa Bohmer, "Canadian Miner Lodges Second NAFTA Arbitration against Mexico, as Deadline for Filing Legacy Claims Lapses," *Investment Arbitration Reporter* (22 juillet 2023). Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a enregistré la réclamation le 21 juillet 2023, mais il est probable que la requête a été soumise avant l'extinction du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* le 1er juillet 2023.

[78] Suite au rejet de son objection préliminaire à la compétence du tribunal dans l'affaire *First Majestic (I)*, le Mexique demande maintenant sa jonction avec l'affaire *First Majestic (II)* en vertu de l'article 1126 de l'*ALÉNA*, dans une requête enregistrée par le CIRDI le 12 février 2024 mais non publiée.

[79] Voir généralement Dini Sejko, "Sovereign Investors as ICSID Claimants: Lessons from the Drafting Documents and the Case Law" (2023) 56 Vanderbilt J Transnatl L 853.

[80] *Alberta Petroleum Marketing Commission c États-Unis*, "Notification d'arbitrage," Aff CIRDI n° UNCT/23/4 (*ACÉUM*, 27 avril 2023) [non publiée] [*Alberta Petroleum Marketing Commission*]. Voir Lisa Bohmer, "[Updated] Revealed: Alberta's Petroleum Marketing Commission Is Involved in NAFTA Legacy Arbitration with the USA over Cancellation of Keystone XL Pipeline," *Investment Arbitration Reporter* (20 décembre 2023).

[81] *TC Energy et TransCanada c États-Unis (II)*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/21/63 (*ACÉUM*, 22 décembre 2021) [*TC Energy et TransCanada (II)*].

[82] *Caisse de dépôt et de placement du Québec c Mexique*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/23/53 (*PTPGP*, 15 décembre 2023) [non publiée] [*Caisse de dépôt et de placement du Québec*]. Voir Lisa Bohmer, "[Updated] Quebec Investment Fund Lodges CPTPP Claim against Mexico," *Investment Arbitration Reporter* (20 décembre 2023).

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

Le différend concernerait une entreprise de production d'énergie éolienne et solaire dans laquelle la société d'État aurait investi et qui serait touchée par la nouvelle législation mexicaine sur l'électricité. Les procédures ont été suspendues à la demande des parties immédiatement après leur commencement, la requête en arbitrage de la société d'État du Québec visant vraisemblablement à réserver ses droits. Il faut souligner qu'elle été soumise après l'extinction du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM*, illustrant que les investisseurs canadiens doivent désormais se tourner vers le *PTPGP* pour faire des réclamations contre le Mexique.

Une ultime réclamation a néanmoins pu être soumise par une société minière canadienne contre le Mexique en vertu du régime transitoire de RDIE de l'*ACÉUM* dans l'affaire *Goldgroup c Mexique*.[83] L'investisseur canadien réclame USD 100 millions dans ce différend né avant l'extinction de l'*ALÉNA* et qui concerne une série de décisions judiciaires prises à l'égard d'un projet de mine d'or.

Au terme de l'année 2023, vingt-trois affaires initiées par des investisseurs canadiens restent pendantes contre des pays d'Amérique du Nord,[84] d'Amérique centrale et du Sud,[85] d'Europe,[86] d'Asie[87] et d'Afrique.[88] Les investisseurs canadiens se classent toujours au sixième rang des plus grands utilisateurs du RDIE

[83]*Goldgroup c Mexique*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/23/4 (*ACÉUM*, 17 février 2023) [*Goldgroup*].

[84]Il s'agit des huit affaires suivantes: *Alberta Petroleum Marketing Commission*, *supra* note 80; *Caisse de dépôt et de placement du Québec*, *supra* note 82; *First Majestic (II)*, *supra* note 77; *Goldgroup*, *supra* note 83; *First Majestic (I)*, *supra* note 76; *TC Energy et TransCanada (II)*, *supra* note 81; *ES Holdings et L1bre c Mexique*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/20/13 (*ALÉNA*, 1er mai 2020); *North Americain Investors c États-Unis*, "Notification d'arbitrage," CNUDCI (*ALÉNA*, 29 mars 2013).

[85]Il s'agit des huit affaires suivantes: *Bank of Nova Scotia c Pérou*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/22/30 (*ALÉ Canada-Pérou*, 15 novembre 2022) [non publiée]; *Lupaka c Pérou*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/20/46 (*ALÉ Canada-Pérou*, 30 octobre 2020) [non publiée]; *Aecon c Équateur*, "Notification d'arbitrage," Aff CPA n° 2020-19 (*APIE Canada-Équateur*, 17 janvier 2019) [non publiée]; *Aris Mining (Anciennement Gran Colombia) c Colombie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/18/23 (*ALÉ Canada-Colombie*, 25 mai 2018); *Galway Gold c Colombie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/18/13 (*ALÉ Canada-Colombie*, 21 mars 2018); *Red Eagle c Colombie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/18/12 (*ALÉ Canada-Colombie*, 21 mars 2018); *Eco Oro c Colombie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/16/41 (*ALÉ Canada-Colombie, 8 décembre 2016)*; *Zamora Gold c Équateur*, "Notification d'arbitrage," CNUDCI (*APIE Canada-Équateur*, date inconnue) [non publiée]. La réclamation de l'investisseur est rejetée sur le fond dans les affaires *Red Eagle* et *Galway Gold* dans des sentences qui feront l'objet d'une analyse dans cette chronique dans l'*Annuaire* de 2024. Voir *Montauk Metals (Formerly Known as Galway Gold) c Colombie*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/18/13 (*ALÉ Canada–Colombie*, 7 juin 2024); *Red Eagle c Colombie*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/18/12 (*ALÉ Canada–Colombie*, 28 février 2024).

[86]Il s'agit des quatre affaires suivantes: *Coropi c Serbie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/22/14 (*APIE Canada-Serbie/TBI Chypre-Serbie*, 27 mai 2022) [non publiée]; *Sanitek et al c Arménie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/21/17 (*APIE Canada-Arménie/TBI Arménie-Liban*, 6 avril 2021) [non publiée]; *Sukyas c Roumanie*, "Notification d'arbitrage," Aff CPA n° 2020-54 (*APIE Canada-Roumanie*, date inconnue) [non publiée]; *Gabriel Resource c Roumanie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/15/31 (*APIE Canada-Roumanie/TBI Roumanie-Royaume-Uni*, 21 juillet 2015). La réclamation de l'investisseur est rejetée sur le fond dans l'affaire *Gabriel Resource*, dans une sentence qui fera l'objet d'une analyse dans cette chronique dans l'*Annuaire* de 2024. Voir *Gabriel Resource c Roumanie*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/15/31 (*APIE Canada–Roumanie et TBI Roumanie–Royaume-Uni*, 8 mars 2024).

[87]Il s'agit de l'affaire *Alhambra*, *supra* note 73.

[88]Il s'agit des affaires *Montero Mining c Tanzanie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/21/6 (*APIE Canada-Tanzanie*, 9 février 2021) [non publiée]; *Winshear c Tanzanie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/20/25 (*APIE Canada-Tanzanie*, 27 juin 2020) [non publiée].

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

(soixante-huit réclamations), derrière les investisseurs américains (232), néerlandais (132), britanniques (109), allemands (quatre-vingt-quatre) et espagnols (soixante-treize).[89]

4. Les codes de conduite de la CNUDCI pour les arbitres et les juges dans le RDIE: un premier résultat tangible du Groupe de travail III

L'adoption du *Code de conduite de la CNUDCI destiné aux arbitres dans des procédures de règlement de différends relatifs à des investissements internationaux* (*Code CNUDCI pour arbitres*)[90] et du *Code de conduite de la CNUDCI destiné aux juges dans des procédures de règlement de différends relatifs à des investissements internationaux* (*Code CNUDCI pour juges*)[91] constitue un des premiers résultats tangibles du chantier ambitieux ouvert par le Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du régime de RDIE. Les travaux de la CNUDCI sur ces codes ont été menés avec le concours du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), en faisant la première initiative multilatérale du genre prise par des organisations intergouvernementales. Alors que l'on s'attendait à ce qu'il s'agisse d'un élément de réforme facile à réaliser – un "*low hanging fruit*" selon l'expression anglaise consacrée – leur adoption s'est avérée plus ardue que prévue en raison de la division des États sur plusieurs questions.[92]

Bien qu'à l'origine l'adoption d'un seul code de conduite était envisagée, il a finalement été résolu de le scinder en deux codes distincts, afin de tenir compte des particularités propres aux juges qui siègeront dans l'éventuel mécanisme permanent de RDIE actuellement en discussion. La CNUDCI a adopté par consensus les deux codes proposés par le Groupe de travail III et ses commentaires, le 7 juillet 2023, avec de légères modifications.[93] Seul le principe du code pour les juges a toutefois été adopté, puisque son contenu est susceptible d'évoluer au fil des discussions sur le mécanisme permanent. L'Assemblée générale des Nations Unies a noté l'adoption des codes dans une résolution du 7 décembre 2023, où elle recommande qu'ils soient utilisés par les arbitres et par les juges, le cas échéant, et que les futurs traités et lois sur l'investissement y fassent référence.[94]

[89] CNUCED, "Investment Dispute Settlement Navigator," en ligne: *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

[90] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1.

[91] *Ibid.*

[92] Voir généralement Chiara Giorgetti, "The Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investment-State Dispute Settlement: A Low-hanging Fruit in the ISDS Reform Process" (2023) 14 J Intl Dispute Settlement 176; Abhisar Vidyarthi et Sikander Hyaat, "Second Version of Draft Code of Conduct: Hits and Misses" (2021) 1 Indian Rev Intl Arb 11; Pascale Accaoui Lorfing et Arnaud De Nanteuil, "Projet de Code de conduite pour les arbitres dans les différends relatifs aux investissements internationaux: Version deux" [2021] Rev droit aff int 581; Chiara Giorgetti et Jeffrey L Dunoff, "Ex Pluribum Unum? On the Form and Shape of a Common Code of Ethics in International Litigation" (2019) 113 AJIL Unbound 312.

[93] *Rapport de la cinquante-sixième session*, *supra* note 1 au para 90.

[94] *Code de conduite destiné aux arbitres dans les procédures de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux et Code de conduite destiné aux juges dans les procédures de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux, de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, et leurs commentaires respectifs*, Rés AG 78/105, Doc NU A/78/105 (2023).

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

A. Mise en contexte des codes de conduite

Parmi les nombreuses critiques adressées au RDIE, plusieurs problèmes recensés concernent les exigences éthiques applicables aux arbitres.[95] L'imprécision de ces exigences est épinglée, de même que la difficulté de les appliquer à des cas concrets comme celui de la "double casquette," qui concerne la situation où la même personne agit à la fois comme arbitre, avocat ou expert dans différentes procédures d'arbitrage. Cette situation est particulièrement problématique dans le RDIE puisque les mêmes traités ou des traités similaires sont souvent appliqués ou interprétés.[96] Les codes de conduite se concentrent exclusivement sur les aspects des exigences éthiques qui visent à garantir l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et du juge.[97] Ils laissent de côté d'autres préoccupations, touchant par exemple à leur mode de nomination – y compris la nomination à répétition des mêmes arbitres et le manque de diversité au sein des tribunaux arbitraux – ou à leurs qualifications professionnelles, ainsi que les aspects éthiques propres à la conduite des avocats ou des experts dans le RDIE.[98]

Dans le régime actuel de RDIE, les principaux mécanismes de contrôle et de sanction des situations mettant en cause l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre résident dans l'obligation de divulgation des situations potentiellement problématiques, ainsi que dans la procédure de récusation. L'inconduite de l'arbitre n'est généralement pas un motif d'annulation ou de refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence, mais l'omission d'un arbitre de divulguer une relation professionnelle peut à l'occasion conduire à l'annulation d'une sentence.[99] Les règlements d'arbitrage du CIRDI et de la CNUDCI prévoient que l'arbitre doit divulguer toutes les circonstances pouvant mettre en doute son indépendance ou son impartialité, tant lors de sa nomination que de manière continue tout au long de l'arbitrage.[100] La procédure de récusation permet à une partie de demander le retrait d'un arbitre du tribunal et son remplacement, lorsqu'elle estime qu'il ne respecte pas les exigences d'indépendance ou d'impartialité qui s'imposent à lui. Dans l'arbitrage CIRDI, un défaut manifeste d'indépendance de l'arbitre permet de demander sa récusation, alors que dans l'arbitrage CNUDCI ce sont plutôt des circonstances

[95]CNUDCI, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres et des décideurs dans le RDIE. Note du Secrétariat*, Doc AGNU n° A/CN.9/WG.III/WP.151 (2018) aux paras 5–7 [CNUDCI, *Note du Secrétariat*]. Voir généralement Katia Fach Gómez, *Key Duties of International Investment Arbitrators: A Transnational Study of Legal and Ethical Dilemmas*, Berlin, Springer, 2019.

[96]CNUDCI, *Note du Secrétariat*, *supra* note 95 au para 26.

[97]*Ibid* aux paras 11, 14–15. L'indépendance revêt une dimension à la fois institutionnelle et individuelle; elle renvoie dans le premier cas à l'absence d'influence extérieure sur l'arbitre ou le juge, alors que dans le second cas elle implique l'absence de relation entre celui-ci et les parties au différend. L'impartialité concerne quant à elle l'absence de parti pris ou de préjugé de la part de l'arbitre ou du juge sur certaines questions.

[98]*Ibid* au para 6; Giorgietti, *supra* note 92 aux pp 179.

[99]Vidyarthi et Hyaat, *supra* note 92 à la p 32. Il faut aussi noter que la corruption d'un arbitre est un motif explicite d'annulation de la sentence arbitrale dans la *Convention CIRDI*. *Convention CIRDI*, *supra* note 60, art 52(1)(c).

[100]*Règlement d'arbitrage du CIRDI*, dans CIRDI, *Convention et règlements*, Doc CIRDI n° CIRDI/15/Rév 3 (juillet 2022) 91, arts 19(3)(b), 19(6) [*Règlement d'arbitrage du CIRDI*]; *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, art 11, dans CNUDCI, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2021). Règlement de la CNUDCI sur l'arbitrage accéléré. Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, Vienne, Nations Unies (NU), 2021 à la p 3 [*Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*].

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

soulevant des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité qui sont exigées.[101] Dans l'arbitrage CNUDCI, la partie qui a nommé l'arbitre peut accepter la demande de récusation, ou encore l'arbitre lui-même peut accepter de se déporter. La décision sur la demande de récusation est prise par les autres arbitres dans le cas de l'arbitrage CIRDI, alors que c'est plutôt l'autorité de nomination qui décide dans l'arbitrage CNUDCI.[102] Aucune précision n'est fournie par ces règlement d'arbitrage sur les exigences attendues des arbitres en matière d'indépendance et d'impartialité. La pratique arbitrale peut donner des orientations en la matière, mais les décisions rendues sur les demandes de récusation ne sont pas publiées de manière systématiques.[103]

Des lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international ont été adoptées en 2004 par l'International Bar Association (IBA), puis révisées en 2014 et 2024.[104] Il s'agit d'un instrument d'autorégulation adopté par le milieu professionnel de l'arbitrage international, sans consultation des gouvernements ou de la société civile. Les lignes directrices codifient les bonnes pratiques en la matière et servent d'outil pour aider les arbitres à éviter de se placer en situation de conflit d'intérêts. Elles jouissent d'une réputation enviable dans le milieu de l'arbitrage et sont très largement utilisées, en raison de leur approche pragmatique. Après l'énonciation de principes généraux, les lignes directrices prévoient un outil d'application pratique au moyen de trois catégories de situations possibles de conflit d'intérêts, rouge (problématiques), orange (potentiellement problématiques) et verte (non problématiques). Comme leur titre l'indique, elles se limitent aux conflits d'intérêts et ne touchent pas aux autres aspects éthiques soulevés par l'arbitrage international, qui font l'objet de règles plus générales adoptées en 1987 par l'IBA.[105] Aucun mécanisme de sanction n'est prévu, mais les lignes directrices sont régulièrement employées dans les procédures de récusation exercées en vertu des règlements d'arbitrage. Compte tenu de leur origine et bien qu'il s'agisse d'un instrument qui jouit d'une réputation enviable, les lignes directrices peuvent être perçues comme ayant un biais favorable à l'arbitrage international, ce qui constitue une faiblesse dans le contexte des critiques adressées au RDIE.

[101] *Convention CIRDI*, *supra* note 60, arts 14(1), 57; *Règlement de la CNUDCI*, *supra* note 100, art 12.

[102] *Convention CIRDI*, *supra* note 60, art 57; *Règlement d'arbitrage du CIRDI*, *supra* note 100, arts 22–23; *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, *supra* note 100, arts 6, 13. Lorsque la demande de récusation vise un arbitre unique ou plus d'un arbitre dans l'arbitrage CIRDI, c'est le président du Conseil administratif du CIRDI, c'est-à-dire le président de la Banque mondiale, qui prend la décision (*Convention CIRDI*, *supra* note 100 art 58).

[103] CNUDCI, *Note du Secrétariat*, *supra* note 95 au para 52.

[104] International Bar Association (IBA), *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration* (2024), en ligne: <www.ibanet.org/document?id=Guidelines-on-Conflicts-of-Interest-in-International-Arbitration-2024> [*Lignes directrices de l'IBA*]. Voir généralement Eduardo Zuleta et María Marulanda, "The Map Is Not the Territory: But We Do Need Maps: How Helpful Are Guidelines on What Constitutes a Conflict of Interest, and on the Circumstances under Which Disclosure Is Required?" (2020) 7 BCDR Intl Arb Rev 7 239; Nathalie Voser et Angelina M Petti, "The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration" (2015) 33 ASA Bulletin 6. L'IBA est une organisation non gouvernementale visant à encadrer et promouvoir l'exercice de la profession d'avocat et la primauté du droit sur le plan international. Elle se compose d'associations professionnelles d'avocats, de cabinets d'avocats et de membres individuels.

[105] IBA, *Rules of Ethics for International Arbitrators* (1987), en ligne: <www.ibanet.org/document?id=Rules-of-ethics-for-international-arbitrators> [*Règles d'éthique de l'IBA*].

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

En plus des lignes directrices de l'IBA, il faut aussi souligner que des codes de conduite destinés aux arbitres dans le RDIE commencent aussi à être adoptés sur le plan régional et bilatéral. Un code a par exemple été adopté par la Commission du *PTGPP* lors de sa première réunion en 2019 pour les arbitrages fondés sur cet accord.[106] L'APIE-type du Canada de 2021 contient aussi un code de conduite reproduisant essentiellement celui du *PTPGP*; il figure maintenant dans l'*ALÉ modernisé Canada-Ukraine* ainsi que dans l'*Arrangement Canada-Taïwan sur l'investissement*.[107] Par ailleurs, certains traités récents prévoient dans le corps même de leur texte des dispositions relatives à la conduite des arbitres ou des juges, tout en renvoyant aux lignes directrices de l'IBA.[108] Les codes de conduite de la CNUDCI s'inscrivent ainsi dans un champ déjà occupé par plusieurs instruments juridiques et il convient de s'interroger sur leur valeur ajoutée et sur leur articulation avec ceux-ci.

B. Champ d'application des codes de conduite

Comme leurs titres l'indiquent, les codes de conduite s'appliquent aux membres d'un tribunal arbitral ou d'un mécanisme permanent de RDIE, mais aussi aux candidats à ces fonctions et aux anciens arbitres et juges.[109] Les candidats sont les personnes sollicitées pour occuper la fonction d'arbitre ou de juge, mais dont la nomination n'est pas encore confirmée. La notion d'arbitre vise également les membres d'un comité *ad hoc* du CIRDI chargé de connaître d'une demande d'annulation.[110]

Le *Code CNUDCI pour juges* ne prévoit aucune autre règle sur son champ d'application, renvoyant pour cela à un éventuel règlement sur le mécanisme permanent.[111] Le *Code CNUDCI pour arbitres* ajoute qu'il vise les différends soumis à l'arbitrage sur le fondement d'un "instrument de consentement," qui peut être un traité, une loi ou encore un contrat d'investissement.[112] Il est permis de se demander si un compromis d'arbitrage conclu après la naissance d'un différend constitue un tel instrument de consentement. Cette question n'est pas théorique puisque des traités récents prévoient que l'État doit exprimer son consentement à l'arbitrage au cas par cas, par un compromis, de manière autonome et distincte du traité, pour chaque différend. C'est le cas par exemple de la Nouvelle-Zélande et de certains États dans le

[106]*Code de conduite pour le règlement des différends entre investisseurs et États en conformité avec le chapitre 9 section B (règlement des différends entre investisseurs et États) de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*, en annexe de la *Décision de la Commission relative à l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste concernant le code de conduite des RDIE* (19 janvier 2019), en ligne: <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/isds_code_conduct-rdei_code_conduite.aspx?lang=fra> [*Code de conduite du PTPGP*].

[107]*Code de conduite des arbitres appelés à trancher des différends*, en annexe de l'*APIE-type du Canada de 2021*, *supra* note 2 [*Code de conduite du Canada*]; *Code de conduite des arbitres appelés à trancher des différends entre investisseurs et États*, annexe 17-B de l'*ALÉ modernisé Canada-Ukraine*, *supra* note 8; *Code de conduite des arbitres appelés à trancher des différends en matière d'investissement*, en annexe de l'*Arrangement Canada-Taiwan sur l'investissement*, *supra* note 20.

[108]Voir *AECG*, *supra* note 17, art 8.30; *ACÉUM*, *supra* note 3, art 14.D.6(5).

[109]*Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, arts 1(d), 2(1); *Code CNUDCI pour juges*, *supra* note 1, art 1 (a), 1(b) et 2.

[110]*Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 1(c).

[111]*Code CNUDCI pour juges*, *supra* note 1, art 2.

[112]*Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, arts 1(a), 1(b).

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

cadre du *PTPGP*, ou encore du Canada dans son arrangement avec Taiwan.[113] Le commentaire de la CNUDCI indique qu'il faut faire la distinction entre l'instrument qui envisage que l'État peut consentir à l'arbitrage et l'expression de ce consentement, ce qui indique que le Code ne viserait pas les arbitrages fondés sur le compromis séparé du traité.[114] La souplesse est toutefois de mise, puisque les parties à un différend non visé par le Code peuvent convenir de le rendre applicable à celui-ci, comme un différend interétatique ou encore un différend non lié à l'investissement.[115]

Le *Code CNUDCI pour arbitres* aborde aussi de front l'importante question de son articulation avec d'autres instruments relatifs à la conduite des arbitres.[116] Lorsque l'instrument fondant le consentement prévoit d'autres dispositions sur le sujet, comme un code de conduite propre à un traité, il est prévu que tous les instruments doivent s'appliquer de manière cumulative. En cas d'incompatibilité, les autres instruments prévalent sur le Code et la CNUDCI précise dans son commentaire que ce serait le cas par exemple s'il est impossible pour l'arbitre de se conformer aux deux textes.[117] En revanche, rien n'est prévu concernant l'articulation entre le Code et d'autres instruments pertinents auxquels l'instrument fondant le consentement ne renverrait pas, comme les lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts. Dans un tel cas, il est permis de penser que le Code devrait prévaloir. Il faut noter que les codes de conduite du *PTPGP* et du Canada prévoient respectivement que les lignes directrices de l'IBA sont incorporées et que ses dispositions doivent être interprétées conformément celles-ci.[118]

C. Contenu matériel des codes de conduite

Le cœur des codes de conduite est naturellement leur contenu matériel et celui-ci reste assez peu innovateur par rapport aux instruments existants, à l'exception notable des dispositions sur le problème de la double casquette. Tous deux posent d'entrée de jeu l'obligation de l'arbitre et du juges d'être indépendant et impartial.[119] Ils fournissent ensuite une courte liste de comportements incompatibles avec cette obligation, comme "se laisser influencer par loyauté envers une partie," ou encore recevoir des instructions "d'organisations, de gouvernements ou de personnes" au sujet d'une question abordée dans une procédure de RDIE.[120] Une telle obligation

[113] *Arrangement Canada-Taiwan sur l'investissement*, *supra* note 20, Partie C au para 26. Voir les échanges de lettres sur le RDIE du 8 mars 2018 entre la Nouvelle-Zélande et le Brunei, la Malaisie et le Vietnam, en ligne: <www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-text-and-resources#bookmark4>.

[114] *Commentary to the UNCITRAL Code of Conduct for Arbitrators in International Investment Dispute Resolution* dans CNUDCI, *UNCITRAL Code of Conduct for Arbitrators in International Investment Dispute Resolution*, Vienne, NU, 2024 au para 11 [*Commentaire de la CNUDCI*]. La version consolidée du commentaire de la CNUDCI n'a pas encore été publiée en français.

[115] *Ibid* au para 14.

[116] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 2(2).

[117] *Commentaire de la CNUDCI*, *supra* note 114 au para 16.

[118] *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106, art 3(e); *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 3(5).

[119] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 3(1); *Code CNUDCI pour juges*, *supra* note 1, art 3(1).

[120] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 3(2); *Code CNUDCI pour juges*, *supra* note 1, art 3(2).

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

générale assortie d'exemples concrets figure aussi dans les instruments de l'IBA et les codes de conduites du *PTPGP* et du Canada.[121]

L'une des principales valeurs ajoutées du *Code CNUDCI pour arbitres* réside dans son encadrement du problème de la double casquette. Le Code innove en interdisant la pratique simultanée des rôles d'arbitre, d'avocat ou de témoin expert dans le RDIE, le tout assorti d'un gel postérieur d'une durée d'un à trois ans à partir de la fin du mandat, selon la situation envisagée.[122] Pour être visés par l'interdiction et le gel postérieur, il faut que les différends portent sur la même mesure, qu'ils impliquent une même partie, ou encore qu'ils portent sur la même disposition de l'instrument fondant le consentement. La période du gel postérieur est de trois ans pour les différends impliquant la même mesure ou la même partie, alors qu'elle est d'un an pour les différends impliquant la même disposition. Cela signifie en revanche qu'une même personne peut agir simultanément comme arbitre dans des procédures de RDIE distinctes.[123] Le *Code la CNUDCI pour arbitres* est plus sévère que les codes de conduite du *PTPGP* et du Canada qui interdisent seulement la double casquette simultanée, sans gel postérieur, pour toute procédure de RDIE.[124] La question se pose de savoir s'il existe ici une incompatibilité entre le code de la CNUDCI et celui du *PTPGP* ou du Canada, afin de déterminer si l'un des seconds devrait prévaloir sur le premier. Un arbitre pourrait certes respecter tous les codes en même temps, en se soumettant à la période de gel postérieur, mais il ne bénéficierait alors pas de la clémence des codes du *PTPGP* ou du Canada. En ce qui concerne les juges, le problème de la double casquette ne se pose pas de la même manière en raison du caractère exclusif de la fonction. Le *Code CNUDCI pour juges* interdit aux juges d'exercer des fonctions politiques ou administratives et il bannit complètement le cumul des fonctions de juge avec celles d'avocat ou de témoin expert pendant leur mandat.[125] Un gel postérieur illimité vise les affaires qui étaient en cours devant le mécanisme permanent lorsque l'ancien juge y siégeait, alors qu'un gel postérieur de trois ans après la fin de son mandat s'impose à ce dernier pour toute autre affaire devant ce mécanisme.

À l'instar des règlements d'arbitrage du CIRDI et de la CNUDCI, ainsi que des instruments de l'IBA et des codes de conduite du *PTPGP* et du Canada,[126] les codes de conduite de la CNUDCI obligent le candidat et l'arbitre et le juge à divulguer "toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes" quant à son indépendance ou son impartialité.[127] Cette obligation de faire est le complément indispensable de l'obligation d'être indépendant et impartial et elle s'applique de manière continue tout au long de la procédure de RDIE. Elle comporte des précisions sur les

[121] *Lignes directrices de l'IBA*, *supra* note 104, standards généraux 1 et 2; *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106, arts 3(a), 6; *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, arts 3(1), 6; *Règles d'éthique de l'IBA*, *supra* note 105, règles 1, 2.1, 3. Voir aussi *ACÉUM*, *supra* note 3, art 14.D.6(5)(b); *AECG*, *supra* note 17, art 8.30.1.

[122] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 4; *Commentaire de la CNUDCI*, *supra* note 114, para 30.

[123] *Commentaire de la CNUDCI*, *supra* note 114 para 31.

[124] *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106 art 3(d); *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 3 (4). Voir aussi *ACÉUM*, *supra* note 3, art 14.D.6(5)(c) (interdiction de la double casquette simultanée sans gel postérieur, mais seulement pour les procédures de RDIE fondées sur l'*ACÉUM*).

[125] *Code CNUDCI pour juges*, *supra* note 1, art 4. Voir aussi AECG, *supra* note 17, art 8.30.1.

[126] *Lignes directrices de l'IBA*, *supra* note 104, standards généraux 4 et 7; *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106 art 4; *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 4; *Règles d'éthique de l'IBA*, *supra* note 105, règle 4.

[127] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 11; *Code CNUDCI pour juges*, *supra* note 1, art 9.

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

informations qui doivent impérativement être divulguées, concernant certaines relations ou intérêts que peut avoir l'arbitre ou le juge, ou encore les procédures de RDIE dans lesquelles il est impliqué. Un formulaire est prévu en annexe des codes de conduite afin de faciliter l'exécution de l'obligation de divulgation. Si le caractère confidentiel d'une information empêche le candidat ou l'arbitre de remplir son obligation de divulgation, il doit renoncer à sa nomination ou quitter la procédure de RDIE.[128]

Une série d'autres obligations complète les codes de conduite concernant des aspects éthiques connexes à l'indépendance et l'impartialité, comme dans les instruments de l'IBA et les codes de conduite du *PTPGP* et du Canada. Une obligation de diligence s'impose à l'arbitre et au juge, précisant qu'ils doivent consacrer le temps requis à la procédure de RDIE et que l'arbitre doit rendre sa décision dans les délais attendus.[129] L'arbitre et le juge doivent aussi agir avec intégrité et compétence pendant la procédure de RDIE, ce qui implique l'entretien et l'amélioration des connaissances nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, ainsi que l'interdiction formelle de déléguer leur pouvoir décisionnel.[130] Les communications *ex parte* sont aussi interdites entre l'arbitre ou le juge et l'une des parties en l'absence ou à l'insu de d'autre, à moins qu'elles ne soient explicitement permises par le règlement d'arbitrage ou le mécanisme permanent.[131] Les échanges entre une partie et un candidat sont toutefois permis en vue de sa nomination comme arbitre s'ils ne portent pas sur les questions de procédure ou de fond soulevées par le différend. Une obligation détaillée de confidentialité est prévue par les codes de conduite concernant les informations sur la procédure de RDIE, les projets de décision ainsi que les délibérations.[132] Il est interdit à l'arbitre et l'ancien arbitre de commenter une décision rendue, à moins que celle-ci ne soit publiée et que la procédure de RDIE ou d'annulation de la décision soient terminées ou que les délais pour demander l'annulation soient expirés. Le commentaire de la CNUDCI précise que cela signifie que l'ancien arbitre peut alors rédiger un article scientifique concernant cette décision.[133] En ce qui concerne le juge, il lui est interdit de commenter les décisions rendues par le mécanisme permanent, alors qu'un gel de trois ans s'impose à l'ancien juge après la fin de son mandat. Les règles d'éthique de l'IBA sont plus strictes et imposent à l'arbitre un devoir de confidentialité perpétuel concernant les délibérations et le contenu de la décision.[134] Les honoraires de l'arbitre et ses frais doivent être raisonnables et conformes au règlement d'arbitrage; il doit par ailleurs tenir un registre précis de son temps et des

[128] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 11(6).

[129] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 5; *Code CNUDCI pour juges*, *supra* note 1, art 5. Voir *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106 art 5(a); *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 5(1); *Règles d'éthique de l'IBA*, *supra* note 105, règle 7.

[130] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 6; *Code CNUDCI pour juges*, *supra* note 1, art 6. Les codes de conduite du PTPGP et du Canada prévoient seulement l'interdiction de déléguer ses pouvoirs décisionnels. Voir *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106 art 5(f); *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 5(6).

[131] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 7; *Code CNUDCI pour juges*, *supra* note 1, art 7. Voir *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106, art 5(h); *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 5(8); *Règles d'éthique de l'IBA*, *supra* note 105, règles 5.1 et 5.3.

[132] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 8; *Code CNUDCI pour juges*, *supra* note 1, art 8. Voir *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106, art 8; *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 8.

[133] *Commentaire de la CNUDCI*, *supra* note 114, para 60.

[134] *Règles d'éthique de l'IBA*, *supra* note 105, règle 9.

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

frais imputables à la procédure de RDIE.[135] Rien de tel n'est prévu pour le juge en raison de la nature institutionnalisée de ses fonctions, où le mécanisme permanent prend en charge son salaire. L'arbitre doit enfin s'assurer que son assistant respecte le code de conduite et s'entendre avec les parties sur son rôle et sa rémunération.[136] L'assistant assure habituellement des tâches de secrétariat et de recherche juridique.[137] À nouveau, rien de semblable n'est prévu pour le juge en raison de la nature institutionnalisée de ses fonctions.

Certaines questions éthiques connexes à l'indépendance et à l'impartialité ne sont pas traitées par les codes de conduite de la CNUDCI, alors qu'elles le sont par les instruments de l'IBA ou les codes de conduite du *PTPGP* et du Canada. Les règles d'éthiques de l'IBA prévoient par exemple qu'il est inapproprié pour une personne de contacter les parties à un différend pour solliciter sa nomination comme arbitre.[138] Les instruments de l'IBA prévoient aussi des dispositions encadrant la conduite de l'arbitre lorsque les parties cherchent un règlement amiable. Il n'est pas souhaitable qu'un arbitre discute d'un tel règlement avec une partie en l'absence de l'autre; l'arbitre qui participe à de telles discussions devrait par ailleurs obtenir une renonciation expresse de la part des parties que cela puisse constituer un motif de récusation.[139] Les codes de conduite du *PTPGP* et du Canada imposent aussi à l'ancien arbitre qu'il évite de se comporter d'une manière qui laisserait entendre qu'il avait un parti pris dans une procédure de RDIE ou qu'il a tiré un avantage de la décision qu'il a rendue.[140]

D. Opérationnalisation des codes de conduite et sanctions

Tout comme les instruments de l'IBA ou les codes de conduite du *PTPGP* et du Canada, les codes de conduite de la CNUDCI ne prévoient aucun régime de sanction particulier en cas de violation de leurs dispositions. Le *Code CNUDCI pour arbitres* se fonde d'abord explicitement sur l'autorégulation, en imposant à l'arbitre, à l'ancien arbitre et au candidat de respecter ses dispositions.[141] Il exige de plus que le candidat ou l'arbitre refuse sa nomination ou démissionne de ses fonctions s'il n'est pas en mesure de le faire.[142] Les règles d'éthique de l'IBA prévoient plus simplement que le candidat doit seulement accepter sa nomination s'il est disponible pour remplir son mandat.[143] Ensuite un renvoi est fait à l'instrument fondant le consentement et aux règles régissant l'arbitrage en ce qui concerne toute demande de récusation de

[135] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 9. Voir *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106, art 5(j); *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 5(10); *Règles d'éthique de l'IBA*, *supra* note 105, règle 9.

[136] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 10. Voir *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106, art 5(g); *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 5(7); *Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts*, *supra* note 105, standard général 5.

[137] *Commentaire de la CNUDCI*, *supra* note 114 au para 70.

[138] *Règles d'éthique de l'IBA*, *supra* note 105, règle 2.4.

[139] *Lignes directrices de l'IBA*, *supra* note 104, standard général 4(d); *Règles d'éthique de l'IBA*, *supra* note 105, règle 8.

[140] *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106, art 7; *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 7.

[141] *Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 12(1).

[142] *Ibid*, art 12(2).

[143] *Règles d'éthique de l'IBA*, *supra* note 105, règle 2.3.

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press

l'arbitre ou toute autre sanction liée à la violation du *Code CNUDCI pour juges*.[144] Ainsi ce dernier pourrait être pris en considération dans une éventuelle procédure de récusation, sans qu'il puisse l'imposer lui-même, puisque la procédure serait fondée sur le règlement d'arbitrage applicable.[145] Suivant l'invitation de l'Assemblée générale des Nations Unies, la prochaine étape attendue pour l'opérationnalisation du Code est que les traités et les lois sur l'investissement, ainsi que les règlements d'arbitrage, soient modifiés afin de rendre obligatoire son respect et sa prise en considération dans les procédures de récusation. Il est aussi possible qu'il soit incorporé dans un éventuel instrument multilatéral de réforme du RDIE, auquel cas d'autres moyens d'application ou de nouvelles sanctions pourraient être ajoutés.[146] Par exemple, une liste noire interdisant temporairement ou définitivement la nomination d'une personne ayant violé le Code pourrait être envisagée dans un instrument multilatéral. En ce qui concerne le *Code CNUDCI pour juges*, aucune disposition n'est prévue sur son opérationnalisation ou les sanctions et un renvoi général est fait à l'éventuel règlement sur un mécanisme permanent, qui pourrait par exemple l'incorporer dans son texte.[147]

Aucune disposition n'est prévue pour adapter le contenu des codes de conduite de la CNUDCI à l'évolution du RDIE. Compte tenu du fait que leur adoption n'a pas été aussi facile que prévue, il est permis de penser que leur éventuelle modification ne serait pas plus aisée. Les codes de conduite du *PTPGP* et du Canada prévoient une clause permettant à un État de demander leur examen et leur modification, ce qui est vraisemblablement plus facile avec un instrument régional ou bilatéral.[148] Les codes de conduite de la CNUDCI constituent néanmoins un élément de réforme positif qui contribue à l'harmonie plutôt qu'à la cacophonie éthique. Leur succès dépendra de l'adhésion des acteurs du RDIE.

[144]*Code CNUDCI pour arbitres*, *supra* note 1, art 12(3). Voir *Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106, art 5(f); *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 5(6); *Règles d'éthique de l'IBA*, *supra* note 105, note introductive.

[145]*Commentaire de la CNUDCI*, *supra* note 114, para 99.

[146]*Ibid* au para 100.

[147]*Code CNUDCI pour juges*, *supra* note 1, art 10.

[148]*Code de conduite du PTPGP*, *supra* note 106, art 10; *Code de conduite du Canada*, *supra* note 107, art 10.

Cite this article: Côté, Charles-Emmanuel. 2023. "Investissement." *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international*, 61: 361–382, doi:10.1017/cyl.2024.12

https://doi.org/10.1017/cyl.2024.12 Published online by Cambridge University Press