Investissement

—

Investment

CHARLES-EMMANUEL CÔTÉ

Le Canada et le droit international de l'investissement en 2016

L'année 2016 fut très fertile pour le Canada en droit international de l'investissement. Son activité conventionnelle en la matière est toujours dominée par le *Partenariat transpacifique*[1] (*PTP*) et l'*Accord économique et commercial global* (*AECG*)[2] avec l'Union européenne (UE), dont la signature au cours de l'année a connu de nombreux rebondissements. Deux arbitrages impliquant des mesures énergétiques de l'Ontario se sont rendus à leur terme dans les affaires *Mesa Power Group c Canada*[3] et *Windstream Energy LLC c Canada*,[4] avec des résultats contraires. Mais c'est surtout la diversification du contentieux d'investissement intéressant le Canada qui est remarquable. D'abord, une première réclamation fondée sur un traité

Charles-Emmanuel Côté, LLB (Laval), DCL (McGill); vice-doyen et professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval; codirecteur du Centre de droit international et transnational; avocat, Québec.

[1] *Partenariat transpacifique* (4 février 2016) (Australie, Brunei Darussalam, Canada, Chili, États-Unis, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour et Viêt-Nam), en ligne: Affaires mondiales Canada <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> [*PTP*]. Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2015 aux pp 408–26.

[2] *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, en ligne: Commission européenne <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm> [*AECG*]. Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2014 aux pp 397–409.

[3] *Mesa Power Group c Canada*, Sentence, CNUDCI, Aff CPA n° 2012-07 (*ALÉNA*, 24 mars 2016) (Gabrielle Kaufmann-Kohler, prés, Charles N Brower et Toby Landau) [*Mesa Power*, Sentence]; *Mesa Power Group c Canada*, Opinion concurrente et dissidente du juge Charles N Brower, Aff CPA n° 2012-07 (*ALÉNA*, 25 mars 2016) [*Mesa Power*, Opinion dissidente].

[4] *Windstream Energy LLC c Canada*, Sentence, Aff CPA n° 2013-22 (*ALÉNA*, 27 septembre 2016) (Veijo Heiskanen, prés, R Doak Bishop et Bernardo Cremades) [*Windstream Energy*].

Vol. 54 [2016], doi:10.1017/cyl.2017.23
© The Canadian Yearbook of International Law / Annuaire canadien de droit international 2017
https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

autre que l'*Accord de libre-échange nord-américain* (*ALÉNA*)[5] a été présentée contre le Canada par un investisseur égyptien, dans l'affaire *Global Telecom Holding SAE c Canada*.[6] Ensuite, les affaires impliquant des investisseurs canadiens — spécialement des sociétés minières — continuent de s'accumuler à l'extérieur de l'Amérique du Nord et particulièrement au Venezuela. Ces affaires ont produit plusieurs sentences arbitrales, dont une singulière sur la succession du Kazakhstan à l'accord sur la promotion et la protection des investissements (APIE) que le Canada avait signé avec l'Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS) à la fin des années 1980. Enfin, une réclamation particulièrement sensible sur le plan politique a été lancée contre les États-Unis par TransCanada Corporation, après le refus du projet d'oléoduc transcontinental Keystone XL par l'administration Obama.

Ces affaires marquent une certaine mutation de l'arbitrage investisseur/État pour le Canada, où son rôle d'État d'origine d'investisseurs lésés s'affirme de plus en plus. Ce constat n'est pas sans importance dans le débat actuel sur l'*AECG* et l'adéquation de cette forme de règlement des différends entre pays développés.[7] Le rôle du Canada n'est pas unidimensionnel et il est important d'apprécier la dépolitisation que permet ce système, en laissant les investisseurs canadiens à l'étranger se débrouiller avec leurs États hôtes, plutôt que de demander la protection diplomatique du Canada.

Les rebondissements entourant la signature de l'*AECG*, les affaires énergétiques en Ontario et les affaires minières au Venezuela font l'objet de développements particuliers dans la chronique cette année, compte tenu de leur importance pour le Canada et le développement du droit international de l'investissement. Un tour d'horizon des principaux faits marquants de l'année est d'abord effectué, en ce qui a trait à la pratique conventionnelle canadienne et aux différends impliquant le Canada ou des investisseurs canadiens.

PRATIQUE CONVENTIONNELLE DU CANADA EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Le Canada a continué de tisser sa toile d'APIE en Afrique et en Asie en 2016, avec l'entrée en vigueur des accords signés avec le Cameroun,[8] Hong

[5] *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 [*ALÉNA*].

[6] *Global Telecom Holding SAE c Canada*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/16/16 (APIE Canada-Égypte, 6 juin 2016).

[7] Voir généralement Armand de Mestral, dir, *Second Thoughts: Investor State Arbitration between Developed Democracies*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2017.

[8] *Accord entre le Canada et la République du Cameroun concernant la promotion et la protection des investissements*, 3 mars 2014, RT Can 2016 n° 15.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

Kong,[9] le Sénégal,[10] le Mali,[11] ainsi que la signature d'un nouvel APIE avec la Mongolie.[12] Ces accords portaient à 34 le nombre total d'APIE entrés en vigueur à la fin de 2016, ce qui place toujours le Canada en queue de peloton du palmarès des pays industrialisés pour ce qui est des accords en vigueur, loin derrière l'Allemagne (131), la Suisse (113), la France (96) et le Royaume-Uni (95), mais près des États-Unis (40).[13] Les nouveaux APIE transposent fidèlement l'APIE-type du Canada: les phases pré et post-investissement sont couvertes, des exceptions générales prévues et les industries culturelles complètement exclues de leur portée. L'*APIE Canada–Hong Kong* s'écarte de l'approche canadienne habituelle et suit plutôt le modèle de l'*APIE Canada–Chine*, qui limite de manière significative la portée du droit d'admission et d'établissement des investisseurs étrangers, en ne soumettant pas la phase préinvestissement à la clause du traitement national.[14] L'*APIE Canada–Hong Kong* diffère néanmoins de l'*APIE Canada–Chine* en ce qui concerne la clause de liberté d'exploitation, qui prévoit des obligations additionnelles par rapport au droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), tandis que le régime dérogatoire préférentiel de la Chine en matière de transfert de change n'est pas repris avec sa région administrative spéciale.[15] De manière assez surprenante, l'articulation juridique entre l'*APIE Canada–Chine* et l'*APIE Canada–Hong Kong* n'est pas du tout abordée, bien qu'elle soulève des

[9] *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 [*APIE Canada–Hong Kong*].

[10] *Accord entre le Canada et la République du Sénégal concernant la promotion et la protection des investissements*, 27 novembre 2014, en ligne: Affaires mondiales Canada <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/senegal/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>.

[11] *Accord entre le Canada et le Mali concernant la promotion et la protection des investissements*, 28 novembre 2014, RT Can 2016 n° 5.

[12] *Accord entre le Canada et la Mongolie concernant la promotion et la protection des investissements*, 8 septembre 2016, en ligne: Affaires mondiales Canada <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/mongolia-mongolie/fipa-apie/text-texte/canada_mongolia-mongolie.aspx?lang=fra>.

[13] CNUCED, *International Investment Agreements Navigator*, en ligne: Investment Policy Hub <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu> (consulté le 19 mai 2017).

[14] *Accord entre le gouvernement Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection des investissements*, 9 septembre 2012, RT Can 2014 n° 26, art 6 [*APIE Canada–Chine*]; *APIE Canada–Hong Kong*, *supra* note 9, art 4. Voir généralement cette chronique dans l'*Annuaire* de 2012 aux pp 368–82.

[15] *APIE Canada–Chine*, *supra* note 14, art 9, 12 et Annexe B.12; *APIE Canada–Hong Kong*, *supra* note 9, art 9, 11. Au demeurant seul l'accord avec la Chine a une durée minimale de 15 ans (*APIE Canada–Chine*, *ibid*, art 35.1; *APIE Canada–Hong Kong*, *ibid*, art 38.4).

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

questions juridiques inusitées auxquelles le droit des traités a peu de réponses à offrir.[16] Comme l'accord antérieur avec la Chine s'appliquait vraisemblablement à Hong Kong et que la Chine serait partie à tous les traités conclus par sa région administrative spéciale, il semble que l'accord postérieur puisse avoir suspendu implicitement l'accord antérieur, les deux portant sur la même matière.[17]

Outre le *PTP* et l'*AECG*, le Canada a aussi signé un nouvel accord de libre-échange avec l'Ukraine en 2016, mais celui-ci ne comporte pas de chapitre sur l'investissement.[18] L'*APIE Canada–Ukraine* continue ainsi de s'appliquer entre les parties.[19] Les deux accords méga-régionaux comportent pour leur part un tel chapitre, dont le texte avait été rendu public avant leur signature. Ceux-ci ont connu une fortune différente. Dès son entrée en fonction, le nouveau président américain Donald Trump a confirmé l'abandon du *PTP* par les États-Unis.[20] Or, l'accord ne peut entrer en vigueur sans les États-Unis ou le Japon, puisqu'il exige la participation d'au moins six signataires originaux représentant 85 pour cent du produit intérieur brut (PIB) combiné des douze signataires originaux en 2013.[21] Malgré qu'il soit mort-né, le *PTP* présente un modèle de pratique contemporaine des États en matière d'investissement qui devrait avoir une certaine influence sur l'évolution du droit. Le chapitre sur l'investissement de l'*AECG* a connu une trajectoire toute autre en 2016, qui fait l'objet de développements plus élaborés ci-dessous.

DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS IMPLIQUANT LE CANADA

Fidèle à son habitude lorsque le tribunal arbitral est divisé, le Canada a demandé l'annulation des deux dernières sentences arbitrales ayant conclu

[16] Sur les problèmes de codification et de développement progressif du droit applicable aux traités conclus par les entités fédérées, voir généralement Charles-Emmanuel Côté, "L'État fédéral dans les travaux de la Commission du droit international des Nations Unies" dans Patrick Taillon, Eugénie Brouillet & Amélie Binette, dir, *Un regard québécois sur le droit constitutionnel: Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et Guy Tremblay*, Cowansville, QB, Yvon Blais, 2016, 275 aux pp 282–301.

[17] Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354, art 59; voir aussi cette chronique dans l'*Annuaire* de 2015 aux pp 398–99.

[18] *Accord de libre-échange entre le Canada et l'Ukraine*, 11 juillet 2016, en ligne: Affaires mondiales Canada <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ukraine/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>.

[19] *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.

[20] Peter Baker, "Trump Abandons Trans-Pacific Partnership, Obama's Signature Trade Deal," *New York Times* (23 janvier 2017), en ligne: <https://www.nytimes.com/2017/01/23/us/politics/tpp-trump-trade-nafta.html?_r=0>.

[21] *PTP*, *supra* note 1, art 30.5.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

à sa responsabilité dans les affaires *Mobil Investments Canada c Canada*[22] et *Clayton/Bilcon c Canada*.[23] Dans le premier cas, la Cour supérieure de l'Ontario a rejeté la demande du Canada au motif qu'elle visait le fond de la sentence et non la compétence du tribunal arbitral; Ottawa s'est plié à la décision des tribunaux et a versé les 19 millions $ CAN dus aux investisseurs américains.[24] Dans le second cas, la requête introduite par le Canada à la Cour fédérale en 2016 était toujours pendante à la fin de l'année.[25]

Tel que mentionné en introduction, deux sentences ont été rendue en 2016 dans des arbitrages contre le Canada, mettant un terme aux affaire *Windstream Energy* et *Mesa Power*. Ces affaires sont analysées plus en détails ci-dessous. Six arbitrages étaient en cours à la fin de l'année, dans les affaires *Clayton/Bilcon*,[26] *Mercer International c Canada*,[27] *Ely Lilly and Company c Canada*,[28] *Lone Pine Resources c Canada*,[29] *Mobil Investments*

[22] *Mobil Investments Canada c Canada*, Décision sur la responsabilité et les principes du quantum, Aff CIRDI n° ARB(AF)/07/4 (*ALÉNA*, 22 mai 2012) (Hans Van Houtte, prés, Merit A Janow et Philip Sands); Opinion dissidente partielle du professeur Philip Sands, Aff CIRDI n° ARB(AF)/07/4 (*ALÉNA*, 22 mai 2012); Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/07/4 (*ALÉNA*, 20 février 2015) (Hans Van Houtte, prés, Merit A Janow et Philip Sands). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2012 aux pp 382–404.

[23] *Clayton/Bilcon c Canada*, Sentence sur la compétence et la responsabilité, Aff CPA n° 2009-04 (*ALÉNA*, 17 mars 2015) (Bruno Simma, prés, Donald McRae et Bryan Schwartz); Opinion dissidente du professeur Donald McRae, Aff CPA n° 2009-04 (*ALÉNA*, 17 mars 2015). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2015 aux pp 426–34.

[24] *Canada (AG) v Mobil et al*, 2016 ONSC 790; Affaires mondiales Canada, "Le point sur Mobil Investments Canada Inc et Murphy Oil Corp," Communiqué (4 avril 2016), en ligne: <http://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2016/04/le-point-sur-mobil-investments-canada-inc-et-murphy-oil-corp-.html>.

[25] *Canada (PG) c Clayton et al*, T-1000-15 (Notice of application, 16 juin 2015) (CF), en ligne: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4362.pdf>.

[26] L'arbitrage se poursuit afin d'établir le quantum des dommages dus par le Canada à l'investisseur.

[27] *Mercer International c Canada*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB(AF)/12/3 (*ALÉNA*, 30 avril 2012). Le tribunal arbitral est composé de VV Veeder, président, Francisco Orrego Vicuña, et Zachary Douglas.

[28] *Ely Lilly and Company c Canada*, "Notification d'arbitrage," Aff CIRDI n° UNCT/14/2 (*ALÉNA*, 12 septembre 2013). Le tribunal arbitral est composé d'Albert Jan van den Berg, président, Daniel Bethlehem et Gary B Born.

[29] *Lone Pine Resources c Canada*, "Notification d'arbitrage," Aff CIRDI n° UNCT/15/2 (*ALÉNA*, 6 septembre 2013). Le tribunal arbitral est composé de VV Veeder, président, David R Haigh et Brigitte Stern.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

Canada c Canada (II),[30] et *Resolute Forest Products c Canada*,[31] En plus de ces affaires, il faut signaler que les deux notifications d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage reçues en 2015 par le Canada de la part d'investisseurs américains ne se sont pas matérialisées par des réclamations formelles en 2016.[32]

Le Canada a fait face en 2016 à une première plainte fondée sur un APIE dans l'affaire *Global Telecom Holding*, qui met en scène une société de télécommunications égyptienne ayant acquis des parts dans l'entreprise canadienne de téléphonie mobile Wind Mobile. L'investisseur égyptien réclame 1,32 milliards $ CAN en dommage en raison des obstacles qu'aurait mis en place le Canada pour les nouveaux investisseurs dans ce secteur. Cette affaire impliquant un investisseur du Sud dans un secteur hautement réglementé dans un pays développé présente une configuration d'intérêts rare dans l'arbitrage investisseur/État.

différends impliquant des investisseurs canadiens à l'étranger

L'Amérique du Sud constitue l'une des principales destinations des investissements canadiens à l'étranger et demeure le théâtre de plusieurs différends, essentiellement dans le secteur minier. Trois sentences arbitrales ont été rendues en faveur d'investisseurs canadiens en 2016 sur la base de l'*APIE Canada–Venezuela*[33] et de l'*APIE Canada–Équateur*.[34] La république bolivarienne a été condamnée à verser respectivement 1,2 milliards $ US et près de 1 milliard $ US en dommage aux sociétés aurifères lésées dans

[30] *Mobil Investments Canada c Canada (II)*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/15/6 (*ALÉNA*, 18 février 2015). Le tribunal arbitral est composé de Christopher Greenwood, président, J William Rowley et Gavan Griffith. Cette réclamation porte sur les dommages postérieurs à la sentence rendue en 2012 dans l'affaire *Mobil Investments Canada (I)*.

[31] *Resolute Forest Products c Canada*, "Notification d'arbitrage," Aff CPA n° 2016-13 (*ALÉNA*, 30 décembre 2015). Le tribunal arbitral est composé de James Crawford, président, Ronald A Cass et Céline Lévesque.

[32] Voir *CEN Biotech c Canada*, "Notification d'intention" (*ALÉNA*, 30 août 2015), en ligne: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/cen-bio-01.pdf>; *Murphy Oil Corporation c Canada*, "Notification d'intention" (*ALÉNA*, 16 octobre 2014), en ligne: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/20141016MurphyOilNoticeofIntent.pdf>.

[33] *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Venezuela concernant la promotion et la protection des investissements*, 1er juillet 1996, RT Can 1998 n° 20 [*APIE Canada–Venezuela*].

[34] *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de l'Équateur concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*, 29 avril 1996, RT Can 1997 n° 25.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

les affaires *Crystallex International Corporation c Venezuela*[35] et *Rusoro Mining Limited c Venezuela*.[36] Ces affaires sont analysées plus en détails ci-dessous. L'Équateur s'est pour sa part vu obligé de verser 19,5 millions $ US en dommage à la société minière lésée dans l'affaire *Copper Mesa Mining Corporation c Équateur*.[37] Une nouvelle réclamation a été présentée fin 2016 contre la Colombie par une société minière canadienne sur la base de l'accord de libre-échange du Canada avec ce pays,[38] dans l'affaire *Eco Oro Minerals c Colombie*.[39] Cette affaire s'ajoute aux trois arbitrages miniers pendants entre des investisseurs canadiens et des pays d'Amérique du Sud, dans les affaires *Bear Creek Mining Corporation c Pérou*,[40] *Infinito Gold c Costa Rica*,[41] et *Zamora Gold c Équateur*.[42]

En comparaison, les investissements canadiens en Amérique du Nord connaissent moins de difficultés. Aucun arbitrage n'était pendant jusqu'à la fin 2015, mais quatre différends sont nés depuis avec le Mexique et les États-Unis. L'affaire *TransCanada Corporation c États-Unis*[43] est celle qui a le plus retenu l'attention, puisqu'elle vise la décision de l'administration du président américain sortant, Barack Obama, de refuser d'autoriser le mégaprojet de construction de l'oléoduc Keystone XL entre l'Ouest canadien et le golfe du Mexique. Le montant des dommages réclamés est conséquent, s'élevant à plus de $15 milliards US, ce qui pourrait assombrir

[35] *Crystallex International Corporation c Venezuela*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/11/2 (*APIE Canada–Venezuela*, 4 avril 2016) (Laurent Lévy, prés, John Y Gotonda et Laurence Boisson de Chazournes) [*Crystallex*].

[36] *Rusoro Mining Limited c Venezuela*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/12/5 (*APIE Canada–Venezuela*, 22 août 2016) (Juan Fernándes-Armesto, prés, Francisco Orrego Vicuña et Bruno Simma) [*Rusoro Mining*].

[37] *Copper Mesa Mining Corporation c Équateur*, Sentence, Aff CPA n° 2012-2 (*APIE Canada–Équateur*, 15 mars 2016) (VV Veeder, prés, Bernardo Cremades et Bruno Simma).

[38] *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*, 21 novembre 2008, RT Can 2011 n° 11.

[39] *Eco Oro Minerals c Colombie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/16/41 (*ALÉ Canada–Colombie*, 29 décembre 2016) [non publiée].

[40] *Bear Creek Mining Corporation c Pérou*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/14/21 (*ALÉ Canada–Pérou*, 18 août 2014). Le tribunal arbitral est composé de Karl-Heinz Böckstiegel, président, Michael C Pryles et Philip Sands.

[41] *Infinito Gold c Costa Rica*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/14/5 (*APIE Canada–Costa Rica*, 4 mars 2014). Le tribunal arbitral est composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler, présidente, Bernard Hanotiau et Brigitte Stern.

[42] Cet arbitrage aurait été engagé sur la base de l'APIE Canada-Équateur en 2011. CNUCED, *Investment Policy Hub*, en ligne: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/405>.

[43] *TransCanada Corporation c États-Unis*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/16/21 (*ALÉNA*, 15 juillet 2016).

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

l'humeur des États-Unis face à l'arbitrage investisseur/État. Toutefois, le changement de cap attendu de la nouvelle administration américaine à l'égard de ce projet devrait mettre un terme au différend. Les trois autres nouvelles affaires concernent des investissements réalisés dans divers secteurs au Mexique par des Canadiens ou des entreprises canadiennes. Une société en commandite a présenté une réclamation de 200 millions $ US en lien avec un projet immobilier dans l'affaire *Lion Mexico Consolidated c Mexique*.[44] Deux Canadiens ayant investi dans le secteur des télécommunications ont présenté une réclamation de 500 millions $ US contre le Mexique dans l'affaire *Nelson c Mexique*.[45] Enfin une société minière aurait notifié le Mexique de son intention de soumettre une plainte à l'arbitrage dans l'affaire *Primero Mining Corp c Mexique*.[46]

Le premier différend entre un investisseur canadien et un pays de la Caraïbe s'est soldé en 2016 en faveur de l'État d'accueil dans l'affaire *Allard c Barbade*.[47] Dans sa réclamation de 29 millions $ CAN, basée sur l'*APIE Canada–Barbade*,[48] Peter Allard alléguait que le gouvernement a porté atteinte au site écotouristique qu'il possède dans l'île. Les faits de cette affaire sont singuliers, puisque c'est le défaut d'avoir pris des mesures environnementales qui était le fondement de la réclamation de l'investisseur étranger, plutôt que l'incidence de telles mesures sur son investissement, comme c'est plus souvent le cas dans l'arbitrage investisseur/État. Après s'être trouvé compétent dans une première sentence rendue en 2014, les arbitres ont unanimement rejeté la réclamation au motif que la preuve du préjudice n'a pas été faite en l'absence de dégradation environnementale avérée dans le sanctuaire d'oiseau exploité par Allard.[49]

Ailleurs dans le monde, trois arbitrages étaient pendants en 2016 entre des sociétés minières canadiennes et des pays d'Europe centrale et orientale, éclairant d'une manière particulière les débats entourant l'*AECG* et l'adéquation de l'arbitrage investisseur/État entre pays développés. L'affaire

[44] *Lion Mexico Consolidated c Mexique*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB(AF)/15/2 (*ALÉNA*, 23 décembre 2015). Le tribunal arbitral est composé de Juan Fernández-Armesto, président, David JA Cairns et Ricardo Ramírez Hernández.

[45] *Nelson c Mexique*, "Notification d'arbitrage," CNUDCI (*ALÉNA*, 26 septembre 2016).

[46] Voir *Primero Mining Corp c Mexique*, Communiqué, "Primero Notifies Mexico of an Investment Dispute under NAFTA" (2 juin 2016), en ligne: <http://www.primeromining.com/English/investors/news/press-release-details/2016/Primero-Notifies-Mexico-of-an-Investment-Dispute-Under-NAFTA/default.aspx>.

[47] *Allard c Barbade*, Sentence, Aff CPA n° 2012-06 (*APIE Canada–Barbade*, 27 juin 2016) (Gavan Griffith, prés, Andrew Newcombe et W Michael Reisman).

[48] *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Barbade pour la promotion et la protection réciproques des investissements*, 29 mai 1996, RT Can 1997 n° 4.

[49] *Allard*, *supra* note 47 au para 139. Le tribunal arbitral n'a par ailleurs constaté aucune violation des règles de fond de l'APIE (*ibid* aux para 228, 252, 266).

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

EuroGas c Slovaquie[50] vise une réclamation de 655 millions $ US concernant une mine de talc et présentée conjointement par des investisseurs canadiens et américains. L'affaire *Gabriel Resources c Roumanie*[51] concerne aussi une réclamation conjointe d'un montant encore indéterminé de la part d'investisseurs canadiens et britanniques au sujet de mines d'or et d'argent. Très peu d'information a filtré de la troisième affaire, *Lumen Copper c Pologne*,[52] mais celle-ci mettrait en cause une réclamation de 100 millions $ US au sujet d'une mine de cuivre.

L'Asie centrale est en voie de devenir le second espace géographique où les sociétés minières canadiennes connaissent le plus de difficultés avec leurs investissements. Plusieurs différends sont nés dans la région, contre le Kazakhstan et le Kirghizstan, alors que le Canada n'a signé aucun APIE avec ces pays. Dans l'affaire *Stans Energy c Kirghizstan (I)*,[53] l'investisseurs canadien a pu se prévaloir de la convention sur l'investissement de la Communauté des États indépendants (CEI), qui a la grande particularité de permettre les réclamations de la part d'investisseurs provenant d'un État tiers.[54] La sentence arbitrale qui a condamné le Kirghizstan à verser 118 millions $ US en dommage à la minière canadienne a été annulée en 2015 par la Cour commerciale de Moscou, mais ce jugement a été porté en appel à la Cour suprême de la Fédération de Russie.[55] En 2016, la Cour supérieure de l'Ontario déboutait Stans Energy dans sa tentative

[50] *EuroGas c Slovaquie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/14/14 (*APIE Canada–Slovaquie et TBI États-Unis-Slovaquie*, 25 juin 2014). Le tribunal arbitral est composé de Pierre Mayer, président, Emmanuel Gaillard et Brigitte Stern.

[51] *Gabriel Resources c Roumanie*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/15/31 (*APIE Canada–Roumanie et TBI Royaume-Uni-Roumanie*, 21 juillet 2015). Le tribunal arbitral est composé de Teresa Cheng, présidente, Horacio A Grigera Naón et Zachary Douglas.

[52] Voir CNUCED, *Investment Policy Hub*, en ligne: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/769>. Le tribunal arbitral serait presidé par Gabrielle Kaufmann-Kohler et les autres arbitres seraient Yves Fortier et Rudolf Dolzer.

[53] *Stans Energy c Kirghizstan (I)*, Sentence, Aff Chambre de commerce et d'industrie de Moscou n° A-2013/29 (*Convention CEI*, 30 juin 2014) (MZ Pak, prés, NG Vilkova et LG Balayan).

[54] *Ibid* à la p 39. Pour une traduction non officielle de la convention en anglais, voir *Moscow Convention on the Protection of Investor Rights*, 28 mars 1997 (Arménie, Belarus, Kazakhstan, Kirghizstan, Moldavie et Tadjikistan), en ligne: <http://cisarbitration.com/wp-content/uploads/2017/02/Moscow-Convention-on-the-Protection-of-Investor-Rights_english.pdf>.

[55] Voir CNUCED, *Investment Policy Hub*, en ligne: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/506>. Une seconde réclamation a été présentée par la société minière canadienne, mais cette fois sur la base de la législation kirghize sur l'investissement. *Stans Energy c Kirghizstan (II)*, Aff CPA n° 2015-32. Le tribunal arbitral est composé de Karl-Heinz Böckstiegel, prés, Colin L Campbell et Stephen Jagusch.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

de faire exécuter la sentence arbitrale contre des actions d'une société canadienne possédées par une société d'État kirghize.[56]

Dans l'affaire *World Wide Minerals c Kazakhstan*,[57] la société minière canadienne s'est basée plutôt sur l'*APIE Canada–URSS*[58] pour présenter sa réclamation de 1,32 milliards $ US. Cette assise juridique peut étonner, compte tenu du fait que seule la Russie semble avoir succédé à cet APIE, selon les informations publiées par le Canada lui-même.[59] Au surplus, Ottawa a entrepris des négociations avec Astana en 2011 en vue de signer un APIE.[60] Aussi faut-il s'étonner que le gouvernement du Canada soit intervenu dans cet arbitrage afin de soutenir l'argument de la succession du Kazakhstan à l'*APIE Canada–URSS*. Contrairement à sa pratique habituelle et à son discours sur la transparence dans l'arbitrage investisseur/État, le Canada refuse de rendre public son mémoire de tierce partie. Les informations concernant cette affaire demeurent très fragmentaires, mais il semble que le tribunal arbitral ait endossé l'argument de la succession à l'APIE dans sa sentence sur la compétence.[61] La minière canadienne serait représentée par des internationalistes de premier plan, en la personne de MM. Stephen Schwebel et Malcolm Shaw. Pourtant, l'état du droit international sur la question semble équivoque et l'argument de la succession à l'APIE discutable, notamment au regard du principe de

[56] *Belokon et al v Kyrgyz Republic*, 2016 ONSC 4506.

[57] *World Wide Minerals c Kazakhstan*, "Notification d'arbitrage," (*APIE Canada–URSS*, 16 décembre 2013) (non publiée). Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2013 aux pp 401–03.

[58] *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.

[59] Le site web du ministère des Affaires mondiales du Canada répertorie l'APIE Canada-URSS sous le titre d'APIE Canada-Fédération de Russie. Affaires mondiales Canada, *Accords sur le commerce et l'investissement*, en ligne: <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra> (dernière modification: 4 mai 2017).

[60] Voir Affaires mondiales Canada, *Négociations de l'accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers Canada-Kazakhstan*, en ligne: <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/kazakhstan/fipa-apie/background-contexte.aspx?lang=fra>.

[61] *World Wide Minerals c Kazakhstan*, Décision sur la compétence, CNUDCI (*APIE Canada–URSS*, 19 octobre 2015) (William W Park, prés, Franklin Berman et John R Crook) (non publiée). Voir Jones Day, Communiqué, "World Wide Minerals Achieves Right to Arbitrate Its Expropriation and International Law Claims against Republic of Kazakhstan" (Janvier 2016), en ligne: <http://www.jonesday.com/world-wide-minerals-achieves-right-to-arbitrate-its-expropriation-and-international-law-claims-against-republic-of-kazakhstan/>; World Wide Minerals, *The Kazakhstan Story* (10 mars 2017), en ligne: <http://worldwideminerals.com/wp-content/uploads/2017/04/KazakhstanStory2017Mar10-1.pdf>.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

l'intransmissibilité des traités personnels.[62] Le refus du Canada de rendre publique son intervention et la confidentialité de la sentence arbitrale sont d'autant plus regrettables que l'affaire *World Wide Minerals* touche à des questions de droit international général d'un grand intérêt. L'importance systémique de cette décision est certaine comme l'illustre la nouvelle réclamation présentée en 2016 par une autre société minière canadienne sur la base de l'*APIE Canada–URSS*, dans l'affaire *Goldpool c Kazakhstan*[63]. Une assise juridique différente a toutefois été utilisée en 2016 par une autre société minière canadienne, dans l'affaire *Alhambra Resources c Kazakhstan*.[64] Cette fois, la réclamation de 100 millions $ US de l'investisseur canadien et de sa filiale néerlandaise est basée sur le traité bilatéral signé par les Pays-Bas avec le Kazakhstan. Sans surprise, ce dernier conteste la compétence du tribunal arbitral. Les déboires des sociétés minières canadiennes en Asie centrale sont appelés à mettre encore plus en lumière le statut du Canada comme État d'origine d'investisseurs lésés dans l'arbitrage investisseur/État au cours des prochaines années.

Rebondissements entourant la signature de l'*AECG*

L'opposition grandissante à l'*AECG* en Europe et spécialement à son chapitre sur l'investissement a mené Bruxelles à vouloir renégocier certains aspects de l'accord, malgré l'entente de principe intervenue entre les négociateurs en 2014. La phase technique de toilettage juridique du texte de l'accord, en vue de sa signature, aura permis aux parties d'en modifier les termes. Le gouvernement Trudeau s'est plié de bonne grâce aux demandes de l'UE afin de revoir le chapitre sur l'investissement de manière substantielle. En février 2016, les parties annonçaient qu'elles ont remplacé le mécanisme usuel d'arbitrage investisseur/État par un système de tribunal permanent.[65] Elles en ont aussi profité pour renforcer la protection du droit de réglementer

[62] Voir cette chronique dans l'*Annuaire* de 2013 à la p 402.

[63] Aucun document n'a été rendu public en lien avec cette affaire; le tribunal arbitral serait composé d'Albert Jan van den Berg, président, David AR Williams et Gabriel Bottini. Voir CNUCED, *Investment Policy Hub*, en ligne: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/736>.

[64] *Alhambra Resources c Kazakhstan*, "Requête d'arbitrage," Aff CIRDI n° ARB/16/12 (TBI Pays-Bas-Kazakhstan, 5 avril 2016) (non publiée). Le tribunal arbitral est composé de Hans Van Houtte, président, John Beechey et Jean Engelmayer Kalicki.

[65] Affaires mondiales Canada, communiqué, "Déclaration conjointe de la commissaire européenne au Commerce et de la ministre du Commerce international du Canada sur l'accord commercial entre le Canada et l'Union européenne" (29 février 2016), en ligne: <http://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2016/02/declaration-conjointe-de-la-commissaire-europeenne-au-commerce-et-de-la-ministre-du-commerce-international-du-canada-sur-l-accord-commercial-entre-le-canada-et-l-union-europeenne.html>.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

des gouvernements, qui est affirmé inconditionnellement.[66] La version anglaise de l'*AECG* était rendue publique au même moment, alors que les 22 autres versions officielles l'ont été en juillet 2016.

L'introduction d'un tribunal permanent d'investissement

Le système de tribunal permanent mis en place par l'*AECG* constitue une réponse originale aux problèmes systémiques de l'arbitrage investisseur/État en ce qui concerne le rôle des arbitres, la nature *ad hoc* de l'arbitrage, ainsi que les divergences dans la pratique arbitrale. Une telle évolution était appelée depuis déjà un certain temps dans la doctrine, alors que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC ou même la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale offraient déjà des modèles desquels les parties pouvaient s'inspirer. L'élément central du nouveau système de l'*AECG* consiste en l'institution d'un Tribunal composé de quinze membres nommés par le Comité mixte de l'*AECG* pour un mandat de cinq ans, renouvelable une seule fois.[67] Les membres du Tribunal doivent avoir une compétence avérée en droit international public et pas seulement en droit international de l'investissement. Les affaires doivent être instruites en division de trois membres nommés par le président du Tribunal, sans le concours des investisseurs. Les membres du Tribunal ne sont pas censés siéger à temps complet pour le moment, mais une rétribution mensuelle doit leur être versée afin de garantir leur disponibilité. Illustrant la juridictionnalisation du règlement des différends qui est opérée, les investisseurs lésés perdent l'essentiel de leur contrôle sur le processus.

Le système est complété par un Tribunal d'appel institué afin de confirmer, modifier ou infirmer la sentence rendue par le Tribunal de première instance.[68] Le Tribunal d'appel est compétent de plein droit non seulement pour les motifs habituels d'annulation des sentences arbitrales, mais aussi pour les erreurs de droit ou les erreurs manifestes de faits. L'accord se contente d'esquisser la procédure d'appel à grands traits, puisque le règlement de la plupart des questions administratives et organisationnelles est reporté à une décision à venir des parties. Cet expédient laisse une certaine impression d'improvisation. Une disposition astucieuse permet l'articulation de la phase d'appel avec celle de la demande d'annulation ou d'exécution de la sentence: il est interdit aux parties au litige de demander l'annulation d'une sentence rendue sur la base de l'*AECG* et la sentence n'est pas définitive tant que le délai d'appel n'est pas écoulé ou que le Tribunal d'appel

[66] *AECG*, *supra* note 2, art 8.9.

[67] *Ibid*, art 8.27. Le Comité mixte de l'AECG est composé de représentants de l'UE et du Canada (*ibid*, art 26.1).

[68] *Ibid*, art 8.28.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

n'a pas rendu sa sentence. Le système mis en place par l'*AECG* se veut transitoire puisque les parties s'engagent à soutenir la création d'un tribunal multilatéral des investissements qui aurait vocation de s'y substituer.[69]

Le système de tribunal permanent mis en place par l'*AECG* opère une véritable révolution copernicienne en droit international de l'investissement. Il est vrai que la Cour arabe d'investissement existe depuis un certain temps, mais il s'agit d'une juridiction subsidiaire dont l'exécution des jugements demeure problématique.[70] La nomination des membres du Tribunal par les gouvernements colle assurément à la véritable nature juridique des différends, qui sont des litiges de droit international public et non des litiges contractuels privés. L'institutionnalisation du Tribunal fait en sorte que ses membres n'ont plus d'incitatif structurel à affirmer leur compétence ou à allonger les procédures. La permanence du Tribunal doublée de la création d'une juridiction d'appel ne peuvent qu'accroître la cohérence des sentences basées sur l'*AECG*. Mais le système mis en place soulève aussi de nombreuses questions juridiques délicates, à commencer par celle de sa compatibilité avec le droit de l'arbitrage et notamment les recours en annulation des sentences et leur caractère exécutoire.[71] L'interdiction de demander l'examen, l'annulation ou la révision d'une sentence *AECG* est-elle suffisante pour empêcher les investisseurs de se prévaloir des éventuels recours qui leur sont offerts par d'autres instruments juridiques? Ces questions demeureront sans réponse pour le moment en raison du blocage de la signature du traité et de ses conséquences sur son entrée en vigueur.

LE BLOCAGE DE LA SIGNATURE DE L'AECG PAR LA WALLONIE ET SES CONSÉQUENCES

Les modifications substantielles apportées au chapitre sur l'investissement de l'*AECG* n'ont pas suffi à éteindre la controverse à son égard en Europe. La signature de l'accord lors d'un sommet entre le Canada et l'UE initialement prévu le 27 octobre 2016 a failli capoter en raison du blocage de la Wallonie, entité fédérée de la Belgique. Un obstacle important avait pourtant été levé par la Cour constitutionnelle allemande le 13 octobre 2016, alors que les juges de Karlsruhe ont refusé d'empêcher l'Allemagne

[69] *Ibid*, art 8.29.

[70] Voir John Gaffney, "The EU Proposal for an Investment Court System: What Lessons Can Be Learned from the Arab Investment Court?" (2016) Columbia FDI Perspective 181.

[71] Voir généralement Céline Lévesque, "The European Commission Proposal for an Investment Court System: Out with the Old, In with the New?" dans de Mestral, *supra* note 7 à la p 59; August Reinisch, "The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court," dans de Mestral, *ibid* à la p 333.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

de signer l'*AECG*, à condition qu'elle puisse s'en retirer si son arrêt sur le fond devait trouver l'accord incompatible avec la Constitution de la république fédérale.[72] La Wallonie et trois autres entités fédérées belges ont alors fait connaître leur refus d'autoriser la Belgique à signer l'*AECG*, à la surprise des autres parties. Ce blocage s'expliquait par la nature mixte de l'accord en droit de l'UE et en droit belge. Bien qu'une décision de la Cour de justice de l'UE fût attendue sur la question analogue du caractère mixte ou non de l'accord de libre-échange signé par l'UE avec Singapour,[73] les dirigeants européens ont pris la décision politique de considérer l'*AECG* comme un traité mixte. Cette qualification a fait en sorte que le consentement unanime des 28 États membres est devenu nécessaire afin d'autoriser le Conseil de l'UE à signer le traité et que tous en deviennent aussi parties.[74] Un seul État membre pouvait ainsi bloquer la signature de l'*AECG*. C'est ici que résidait le pouvoir de blocage de la Wallonie, puisque l'accord constitue aussi un traité mixte en droit belge, ce qui signifie que le fédéral ne peut le signer ou autoriser l'UE à le signer sans le consentement unanime de toutes les entités fédérées belges.[75] Une déclaration interprétative des parties à l'*AECG* adoptée en catastrophe peu de temps avant a fait l'objet d'une fuite; elle devait calmer les inquiétudes concernant l'impact de l'accord et particulièrement son chapitre sur l'investissement sur la capacité réglementaire des États.[76] Un accord intergouvernemental belge est finalement intervenu à la dernière heure, permettant à la signature d'avoir lieu avec quelques jours de retard. Cet accord, revêtant la forme d'une déclaration de la Belgique, a prévu que le chapitre sur l'investissement ne serait pas appliqué provisoirement, que la Belgique ferait un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE sur la compatibilité de l'*AECG* avec le droit de l'UE, et enfin que la Belgique ne serait pas en mesure de ratifier l'*AECG*

[72] Voir "Application for Preliminary Injunction in the 'CETA' Proceedings Unsuccessful" Bundesverfassungsgericht, Communiqué n° 71/2016 (13 octobre 2016), en ligne: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html>.

[73] Voir Commission européenne, *Décision de la Commission du 30 octobre 2014 relative à la demande d'avis de la Cour de Justice, en vertu de l'article 218, paragraphe 11, du TFUE sur la compétence de l'Union de signer et de conclure un Accord de libre-échange avec Singapour*, Doc C(2014)8218 final, en ligne: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2014/FR/3-2014-8218-FR-F1-1.PDF>.

[74] Voir Daniel-Erasmus Khan, "Article 207 TFEU" dans Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan & Markus Kotzur, dir, *European Union Treaties: A Commentary*, Munich, Beck, 2014, aux pp 575–76.

[75] Voir Yves Lejeune, "Le droit belge des relations internationales" (1994) 98 RGDIP 577 aux pp 601–03.

[76] Ama Lorenz, "La Commission ne parvient pas à rassurer sur le CETA," traduit par Marion Candau, *Euractiv* (10 octobre 2016), en ligne: <http://www.euractiv.fr/section/l-europe-dans-le-monde/news/leaked-ceta-declaration-given-short-shrift/>.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

si son chapitre sur l'investissement n'était pas modifié à la satisfaction de ses entités fédérées.[77] La signature de l'*AECG* a ainsi pu avoir lieu le 30 octobre 2016, à Bruxelles, accompagnée de la déclaration interprétative des parties sur la portée de l'accord.[78] En ce qui concerne l'investissement, cette déclaration affirme entre autres que l'*AECG* préserve le "droit des gouvernements de réglementer dans l'intérêt public" et que son chapitre sur l'investissement "marque un changement important et radical dans le domaine des règles en matière d'investissement et du règlement des différends."[79] Le statut juridique de cette déclaration et son incidence restent à voir, il pourrait s'agir d'un "instrument établi à l'occasion de la conclusion" de l'*AECG*, faisant partie du contexte dans lequel ses dispositions devront être interprétées.[80]

Le résultat immédiat de tous ces rebondissements avec la signature de l'*AECG* est que les dispositions centrales du chapitre sur l'investissement ne seront pas appliquées provisoirement par les parties, soit la clause du traitement juste et équitable (TJE), la clause d'expropriation ainsi que le mécanisme de règlement des différends.[81] Le recours pendant à la Cour constitutionnelle allemande ainsi que le renvoi préjudiciel attendu de la Belgique à la Cour de justice de l'UE font en sorte que plusieurs obstacles continuent de se dresser devant l'éventuelle entrée en vigueur du chapitre sur l'investissement de l'*AECG*, malgré les avancées juridiques remarquables qu'il comporte.

Les affaires énergétiques ontariennes : *Mesa Power* et *Windstream Energy*

Au milieu des années 2000, le gouvernement de l'Ontario s'est fixé comme objectif de fermer la filière charbon de production d'électricité dans la

[77] Belgique, *Déclaration du Royaume de Belgique relative aux conditions de pleins pouvoirs par l'État fédéral et les Entités fédérées pour la signature du CETA* (27 octobre 2016), en ligne: RTBF <https://ds.static.rtbf.be/article/pdf/declaration-be-fr-nl-271016-9h00-clean-watermark-1477566706.pdf>.

[78] Premier ministre du Canada, communiqué, "Le Canada et l'Union européenne signent un accord commercial historique dans le cadre du Sommet Union européenne-Canada" (30 octobre 2016), en ligne: <http://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2016/10/30/canada-et-lunion-europeenne-signent-accord-commercial-historique-cadre-du>.

[79] Affaires mondiales Canada, *Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part* (30 octobre 2016) aux para 6(a) et 6(i), en ligne: <http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/jii-iic.aspx?lang=fra>.

[80] Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 17, art 31(2)b).

[81] *AECG*, *supra* note 2, art 30.7. Voir CE, *Décision (UE) 2017/38 du Conseil du 28 octobre 2016 relative à l'application provisoire de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, [2017] JO, L 11/1180.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

province et de la remplacer par des énergies vertes. Une série de mesures visant à encourager le développement des énergies renouvelables a été prise par le gouvernement. Un organisme public indépendant, l'Office de l'électricité de l'Ontario ou Ontario Power Authority (OPA), était créé en 2004 afin de veiller au développement de l'approvisionnement de la province en énergie verte. La pièce maîtresse de la politique du gouvernement a été introduite en 2009 avec le programme de tarif de rachat garanti d'électricité ou *feed-in tariff* (FIT) en faveur des producteurs privés dans les filières d'énergie renouvelable. Le programme FIT garantissait aux producteurs privés un tarif préférentiel à long terme pour l'achat par l'Ontario de l'électricité produite dans les filières solaires et éoliennes, à condition de s'approvisionner auprès de fournisseurs ontariens pour leur équipement de production. Pour bénéficier du tarif préférentiel, un contrat FIT devait être conclu entre le producteur et l'OPA. Le gouvernement visait ainsi à soutenir le développement d'une industrie verte locale tout en atteignant son objectif de sortir de la filière charbon.

Le programme FIT a fait l'objet d'une contestation victorieuse devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC.[82] Il a été trouvé incompatible avec les obligations du Canada sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce. L'obligation d'approvisionnement auprès des fournisseurs locaux d'équipement a été prise en défaut, au motif qu'elle constitue une mesure expressément prohibée par le droit de l'OMC.[83] Parallèlement à ce différend interétatique, deux investisseurs américains ont présenté des réclamations contre le Canada sur la base du chapitre sur l'investissement de l'*ALÉNA* dans les affaires *Mesa Power* et *Windstream Energy* concernant l'application du programme FIT à leur endroit. Bien que les faits diffèrent entre ces deux affaires, elles soulèvent néanmoins de nombreuses questions juridiques analogues : la responsabilité de l'État fédéral pour le fait de ses entités fédérées; l'attribution à l'État des agissements de ses émanations; la portée de l'exclusion des marchés publics dans les accords internationaux sur l'investissement; celle enfin de la clause du TJE dans l'*ALÉNA*. La trame factuelle différente de ces affaires ne suffit pas à expliquer les réponses contrastées auxquelles sont arrivés les arbitres. Le Canada s'est vu condamné pour la première fois à réparer le préjudice causé par une province dans une sentence rendue sur le fond dans l'affaire *Windstream Energy*, alors qu'il a eu gain de cause dans *Mesa Power*.

[82] OMC, *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable (Plainte du Japon), Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis (Plainte de l'Union européenne)*, OMC Doc WT/DS412, 426/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel, 2013).

[83] *Ibid* au para 5.85.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

LES FAITS LITIGIEUX ET LES RÉCLAMATIONS

La différence fondamentale entre les deux affaires est que dans *Windstream Energy*, l'investisseur américain avait obtenu un contrat FIT, tandis que dans *Mesa Power* c'est le refus d'un tel contrat qui est à la base de la réclamation. Mesa Power est une société américaine spécialisée dans la production d'énergie renouvelable qui possède des entreprises canadiennes dans ce secteur. Ses tentatives d'obtenir un contrat FIT de la part de l'OPA sont demeurées vaines. L'investisseur américain a pris ombrage du contrat d'État de 7 milliards $ CAN conclu par l'Ontario avec un consortium coréen concernant l'établissement d'une usine de fabrication d'équipements de production d'énergie renouvelable. En contrepartie, le consortium coréen a obtenu un accès prioritaire au réseau de transport d'électricité de la province. Ce contrat d'État expliquerait selon Mesa Power pourquoi l'Ontario a refusé de lui octroyer un contrat FIT. L'investisseur américain a réclamé la somme de 775 millions $ CA pour la violation des articles des clauses du traitement national (article 1102), de la nation la plus favorisée (NPF) (article 1103), du TJE (article 1105) et de liberté d'exploitation (article 1106) de l'*ALÉNA*.

Windstream Energy est une société américaine possédant aussi des entreprises canadiennes créées en vue de développer un projet d'éoliennes dans les hauts fonds du lac Ontario près de l'archipel des Mille-Îles. Bien qu'elle ait obtenu un contrat FIT, Windstream Energy n'a jamais pu démarrer son projet faute d'obtenir les autorisations nécessaires de la part des autorités compétentes de l'Ontario. L'annonce d'un moratoire sur tous les projets éoliens extracôtiers dans les Grands Lacs a porté un coup fatal aux ambitions de l'investisseur américain. Ce dernier a réclamé entre 357,5 et 486,6 millions $ CAN au Canada en réparation du préjudice que lui aurait causé la violation des clauses du traitement national, NPF, du TJE et sur l'expropriation (article 1110) de l'*ALÉNA*.

Les arbitrages ont été instruits par deux tribunaux distincts suivant le règlement d'arbitrage de la CNUDCI.[84] Le tribunal arbitral dans *Mesa Power* avait son siège à Miami et était présidé par la Suissesse Gabrielle Kaufman-Kohler, alors qu'il avait son siège à Toronto et était présidé par le Finlandais Veijo Heiskanen dans *Windstream Energy*. Il faut souligner que la présidente du tribunal arbitral dans *Mesa Power* a divulgué aux parties que l'un de ses coarbitres était l'avocat d'une partie dans une autre affaire où elle présidait le tribunal arbitral.[85] Les parties n'ont toutefois pas exigé qu'elle se récuse. Le tribunal a rendu sa sentence à la majorité

[84] CNUDCI, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013)*, New-York, Doc NU (2014), en ligne: <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-F.pdf>.

[85] *Mesa Power*, Sentence, *supra* note 4 au para 48.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

le 24 mars 2016 dans *Mesa Power*, rejetant entièrement la réclamation de l'investisseur américain. Les arbitres sont arrivés à la conclusion inverse dans *Windstream Energy* dans leur sentence unanime rendue le 27 septembre 2016, imposant au Canada de verser $25 millions CA en dommages à l'investisseur américain lésé.

Les arguments juridiques exclusifs à chaque affaire ont été rejetés assez expéditivement et les tribunaux arbitraux se sont concentrés sur les arguments communs aux deux. Dans *Mesa Power*, les arbitres se sont considérés incompétents à l'égard de l'allégation de violation de la clause de liberté d'exploitation par les exigences de contenu local, puisque celles-ci ont été imposées par le programme FIT avant que l'investissement soit réalisé ou que l'investisseur cherche à effectuer son investissement.[86] Pour ce qui est de l'allégation d'expropriation indirecte dans *Windstream Energy*, les arbitres l'ont rejetée du revers de la main, car l'investisseur demeure en possession de son investissement et son contrat FIT est toujours en vigueur et pourrait être renégocié, alors que la garantie bancaire de 6 millions $ CAN est remboursable en cas de résiliation du contrat.[87]

L'ATTRIBUTION DES AGISSEMENTS DE L'OPA AU CANADA

Les deux tribunaux arbitraux partagent la même interprétation de la règle d'attribution des agissements des sociétés d'État aux Parties dans l'*ALÉNA*, rompant avec la pratique arbitrale antérieure à cet égard. La règle coutumière codifiée par le projet d'article 5 de la Commission du droit international (CDI) dispose que les agissements de l'entité qui n'est pas un organe de l'État sont néanmoins attribuables à ce dernier si cette entité exerce une prérogative de puissance publique et agit en cette qualité.[88] L'article 1503(2) de l'*ALÉNA* avait été interprété comme prévoyant une *lex specialis* à cet égard, allégeant la responsabilité de l'État en lui imposant une obligation de moyen, soit celle d'appliquer des mesures afin que les sociétés d'État agissent de manière compatible avec le chapitre sur l'investissement de l'*ALÉNA*.[89] Dans *Mesa Power*, le tribunal arbitral a d'abord semblé se ranger derrière cette interprétation, jugeant que l'article 1503(2) crée

[86] *Ibid* aux para 332, 335.

[87] *Windstream Energy*, *supra* note 5 aux para 285, 290.

[88] Commission du droit international (CDI), "Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs" dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol 2, 2e partie, Doc NU A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (2007) 26, art 5.

[89] Voir *United Parcels Services of America c Canada*, Sentence sur le fond, CNUDCI (*ALÉNA*, 24 mai 2007) (Kenneth Keith, prés, Ronald A Cass et Yves Fortier) aux para 59–63; Charles-Emmanuel Côté, "An Experienced Developed Democracy: Canada and Investor-State Arbitration" dans de Mestral, *supra* note 7 aux pp 113–14 [Côté, "Canada and ISA"].

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

une *lex specialis*, mais il a appliqué la disposition comme une obligation de résultat exigeant que l'État fasse observer le chapitre sur l'investissement par la société d'État qui exerce des pouvoirs gouvernementaux, produisant en réalité les mêmes effets juridiques que la *lex generalis*.[90] Le virage est complet dans *Windstream Energy*, où le tribunal arbitral considère que l'article 1503(2) est une réflexion de la *lex generalis* en la matière![91]

Le Canada contestait l'attribution des agissements de l'OPA et d'autres organismes publics ontariens œuvrant dans le secteur énergétique, jugeant qu'il s'agit d'une question de compétence. Dans *Mesa Power*, le tribunal arbitral a refusé d'y voir une question de compétence, pour conclure que l'OPA et les autres organismes en l'espèce étaient des entreprises d'État au sens de l'article 1503(2).[92] Dans *Windstream Energy*, les arbitres ont préféré s'abstenir de qualifier l'OPA au titre des règles d'attribution, ayant constaté l'engagement de la responsabilité du Canada sur la base des agissements du gouvernement ontarien lui-même.[93]

l'exclusion des marchés publics

Les tribunaux arbitraux ont suivi une approche différente pour disposer de l'allégation de violation de la clause du traitement national et de la clause NPF. Le Canada a invoqué l'exclusion des marchés publics prévue par l'article 1108 comme moyen de défense. Dans *Mesa Power*, les arbitres ont choisi d'examiner d'abord cet argument pour ne pas se pencher inutilement sur le fond. En se référant à la décision de l'Organe de règlement des différends de l'OMC et en soulignant que la notion de marché public ne se limite pas aux produits destinés à l'usage du gouvernement dans l'article 1108 contrairement au droit de l'OMC, le tribunal arbitral a considéré que le programme FIT constitue un marché public octroyé par l'Ontario.[94] Un des arbitres s'est toutefois dissocié de cette interprétation large de la notion de marché public, jugeant que l'exclusion ne s'appliquait pas en l'espèce.[95] Mesa Power a tenté de se soustraire à l'exclusion des marchés publics en utilisant la clause NPF pour invoquer le traitement plus favorable offert par des APIE du Canada qui ne prévoient pas une telle exclusion. Comme le tribunal arbitral a jugé que la clause NPF de l'ALÉNA est inapplicable en l'espèce en raison de l'exclusion des marchés publics, il a conclu que l'investisseur américain ne peut pas l'utiliser

[90] *Mesa Power*, Sentence, *supra* note 4 aux para 362, 377.

[91] *Windstream Energy*, *supra* note 5 au para 233.

[92] *Mesa Power*, Sentence, *supra* note 4 au para 357.

[93] *Windstream Energy*, *supra* note 5 au para 380.

[94] *Mesa Power*, Sentence, *supra* note 4 aux para 411–414, 431–438, 465.

[95] *Mesa Power*, Opinion dissidente, *supra* note 4 au para 34.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

pour invoquer un traitement plus favorable dans un autre APIE.[96] Il n'a toutefois pas fermé la porte à une telle utilisation de la clause NPF de l'*ALÉNA*, utilisation qui est contestée par d'autres décisions et par la pratique conventionnelle récente du Canada.[97] Au final, le tribunal a jugé à la majorité que les articles 1102 et 1103 sont inapplicables en l'espèce en raison de l'exclusion des marchés publics.

L'approche du tribunal arbitral dans *Windstream Energy* est toute autre, puisqu'il a préféré se pencher d'abord sur le fond pour déterminer si l'entreprise canadienne et l'entreprise coréenne qui auraient été traitées de manière plus favorable que Windstream Energy sont dans des circonstances similaires à cette dernière. Les arbitres ont facilement constaté que TransCanada et Samsung n'étaient pas actives dans la filière éolienne extracôtière en Ontario, pour conclure qu'elles ne sont pas dans des circonstances similaires à Windstream Energy au sens des articles 1102 et 1103.[98] Le Canada n'avait donc pas à traiter ces entreprises de manières non discriminatoire et la question de l'exclusion des marchés publics est devenue sans objet.

le traitement (in)juste et (in)équitable par l'ontario

Les tribunaux arbitraux se sont à nouveau distingués par leur approche très différente pour interpréter la clause du TJE. Les arbitres dans *Mesa Power* se sont efforcés de déterminer rigoureusement le contenu de la norme minimale de traitement de la coutume internationale, alors que ceux dans *Windstream Energy* ont refusé de s'engager dans cette voie, adoptant une interprétation très large et imprévisible de la norme.

Tous les arbitres sont convenus que la clause du TJE de l'*ALÉNA* doit être interprétée en conformité avec les notes d'interprétation obligatoire adoptées par la Commission du libre-échange en 2001, soit de manière identique à la norme minimale de traitement de la personne et des biens étrangers de la coutume internationale.[99] Pour les arbitres dans *Mesa Power*, le point commun qui se dégage des deux courants dans la pratique arbitrale est que la norme minimale de traitement est une évolution du standard posé dans l'affaire *Neer (États-Unis) c Mexique*[100] vers davantage de protection pour les investisseurs étrangers.[101] À l'instar de plusieurs

[96] *Mesa Power*, Sentence, *supra* note 4 au para 402.

[97] Côté, "Canada and ISA," *supra* note 89 à la p 108.

[98] *Windstream Energy*, *supra* note 5 aux para 414–16.

[99] *Mesa Power*, Sentence, *supra* note 4 au para 483; *Mesa Power*, Opinion dissidente, *supra* note 4 au para 3; *Windstream Energy*, *supra* note 5 au para 348.

[100] *Neer (États-Unis) c Mexique* (1926), 4 RSA 60 (Commission générale des réclamations Mexique – États-Unis).

[101] *Mesa Power*, Sentence, *supra* note 4 au para 500.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

sentences arbitrales récentes, ils endossent la reformulation de la norme proposée par les arbitres dans l'affaire *Waste Management c Mexique (II)*,[102] proposant leur propre formule:

> *[T]he Tribunal considers that the following components can be said to form part of Article 1105: arbitrariness; "gross" unfairness; discrimination; "complete" lack of transparency and candor in an administrative process; lack of due process "leading to an outcome which offends judicial propriety"; and "manifest failure" of natural justice in judicial proceedings. Further, the Tribunal shares the view held by a majority of NAFTA tribunals that the failure to respect an investor's legitimate expectations in and of itself does not constitute a breach of Article 1105, but is an element to take into account when assessing whether other components of the standard are breached.*[103]

Le tribunal arbitral rappelle que le seuil de violation de la clause du TJE de l'*ALÉNA* est élevé.[104] Dans un passage qui rappelle l'idée de marge d'appréciation développée notamment par la Cour européenne des droits de l'homme, les arbitres affirment que le droit international exige une déférence de la part des tribunaux arbitraux sur la conduite de leurs affaires intérieures par les États.[105] Ils concluent en refusant l'utilisation de la clause NPF pour invoquer le TJE plus large garanti par certains APIE du Canada, pour la même raison que précédemment, soit son inapplicabilité aux faits de l'espèce en raison de l'exclusion des marchés publics.[106]

Pour les arbitres dans *Windstream Energy*, il est justifié de se baser sur des éléments de preuve indirecte, ou moyens auxiliaires, comme la pratique arbitrale et la doctrine afin de déterminer le contenu de la coutume, en l'absence de preuve de la pratique des États et de leur *opinio juris*.[107] Ils affirment que l'utilisation des notes d'interprétation ne peut avoir pour effet d'écarter complètement les termes "juste et équitable" dans l'article 1105 lorsqu'il s'agit d'interpréter le contenu de la norme minimale de

[102] *Waste Management c Mexique (II)*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/00/3 au para 98 (*ALÉNA*, 30 avril 2004) (James Crawford, prés, Benjamin Civiletti et Eduardo Magallón Gómez).

[103] *Mesa Power*, Sentence, *supra* note 4 aux para 501–02.

[104] *Ibid* au para 504.

[105] *Ibid* au para 505: "*[I]nternational law requires tribunals to give a good level of deference to the manner in which a state regulates its internal affairs.*" Voir Dominic McGoldrick, "Affording States a Margin of Appreciation: Comparing the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights" dans Carla M Buckley, Alice Donald & Philip Leach, dir, *Towards Convergence in International Human Rights Law: Approaches of Regional and International Systems*, Leyde, Brill Nijhoff, 2017, 325.

[106] *Mesa Power*, Sentence, *supra* note 4 au para 507.

[107] *Windstream Energy*, *supra* note 5 au para 351.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

traitement.[108] Les arbitres proposent une lecture très générale du contenu de la norme qui abolit à toute fin pratique l'utilité des notes et de la limite posée par la coutume internationale par opposition au TJE autonome. Ils considèrent au final qu'il est vain d'essayer de définir avec précision l'élément TJE de la norme minimale de traitement de la coutume internationale, puisque celui-ci apparaît seulement lors de son application aux faits d'un cas particulier.[109]

Les arbitres se sont divisés sur l'application du TJE aux faits dans *Mesa Power*. La majorité a jugé que l'opération du programme FIT par l'OPA était conforme au TJE, tout comme la conclusion du contrat d'État avec le consortium coréen et ses conséquences pour l'investisseur américain.[110] Il s'agit de mesures essentielles par la mise en œuvre de la politique du gouvernement. L'octroi de contrats FIT dans une autre région d'Ontario était aussi conforme au TJE, alors que le tribunal arbitral s'est jugé incompétent concernant les allégations de violation antérieures à l'investissement.[111] Au final, pour la majorité du tribunal, le refus d'octroyer un contrat FIT à Mesa Power était conforme au TJE, même si la confusion créée par l'Ontario avec la mise en place de deux programmes parallèles et désarticulée était discutable.[112] Pour l'arbitre dissident, le torpillage du programme FIT par un autre programme a constitué une violation du TJE.[113]

Dans *Windstream Energy*, les arbitres ont été unanimes pour juger que les agissements du gouvernement ontarien ont violé le TJE. Ils ont d'abord noté l'attitude de plus en plus ambigüe de l'Ontario à l'égard de la filière éolienne extracôtière et son manque de communication avec l'investisseur américain quant à ses préoccupations grandissantes avec cette filière.[114] L'élément déclencheur de cette volte-face a été la publication en 2010 d'une étude d'impact environnemental qui a mis en lumière la faible acceptabilité sociale de ces projets. L'annonce du moratoire sur cette filière n'a certes pas mis fin au projet de Windstream Energy, mais l'Ontario n'a pas mené les études scientifiques additionnelles qui auraient permis de clarifier la situation. Elle a aussi refusé à l'investisseur américain la possibilité d'utiliser son projet comme projet-pilote pour la recherche scientifique, ou encore sa conversion dans la filière solaire.[115] Le moratoire, l'omission de

[108] *Ibid* au para 357.

[109] *Ibid* aux para 358, 362.

[110] *Mesa Power*, Sentence, *supra* note 4 au para 541.

[111] *Ibid* aux para 509, 595, 605, 669.

[112] *Ibid* au para 682.

[113] *Mesa Power*, Opinion dissidente, *supra* note 4 aux para 4, 23.

[114] *Windstream Energy*, *supra* note 5 aux para 366–67.

[115] *Ibid* au para 371, 373.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

poursuivre les études scientifiques ou de tenter de régler la situation juridique de Windstream Energy a constitué un traitement injuste et inéquitable aux yeux des arbitres, sans qu'ils ne se soient référés à un aspect spécifique de la norme de traitement.[116] Ces affaires confirment — s'il le fallait — le caractère hautement imprévisible de la clause du TJE tant à l'égard de son contenu que de son application aux faits.

LA RESPONSABILITÉ DU CANADA POUR LE FAIT DE SES PROVINCES

Jamais le Canada n'a remis en question sa responsabilité internationale pour le fait de l'Ontario dans *Mesa Power* et *Windstream Energy*, faisant de ces affaires de nouveaux précédents illustrant la règle coutumière du principe d'unité de l'État fédéral codifiée par la CDI.[117] L'affaire *Windstream Energy* est encore plus instructive puisqu'il s'agit de la première fois qu'un tribunal arbitral a constaté l'engagement de la responsabilité du Canada pour le fait d'une province. Dans la seule autre affaire où le Canada a dû verser une indemnisation pour le fait exclusif d'une province, *AbitibiBowater c Canada*,[118] un règlement amiable est intervenu et Ottawa a réglé la note sans le concours de la province fautive. Cette situation avait soulevé l'ire du premier ministre du Canada, qui a déclaré ne plus vouloir payer pour les agissements des provinces et souhaiter la mise en place d'un mécanisme pour assurer que ce ne soit plus le cas.[119]

Le tribunal arbitral a condamné le Canada à verser 25 millions $ CAN en dommage dans *Windstream Energy*, ce qui est loin des 486,6 millions réclamés.[120] Les arbitres ont refusé d'utiliser le principe de la pleine valeur de l'investissement pour établir le montant de l'indemnisation due en l'absence d'expropriation, lui préférant celui des transactions comparables.[121]

[116] *Ibid* aux para 376–80.

[117] *Windstream Energy*, *supra* note 5 au para 219; *Mesa Power*, Sentence, *supra* note 4 au para 339. Voir CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'État," *supra* note 88, art 4.

[118] *AbitibiBowater c Canada*, Sentence d'accord des Parties, Aff CIRDI n° UNCT/10/1 (*ALÉNA*, 15 décembre 2010) (Andreas Bucher, prés, Doak Bishop et Gavan Griffith).

[119] "Provinces Should Pay for NAFTA Losses: PM," *CBC News* (26 août 2010), en ligne: <http://www.cbc.ca/news/canada/newfoundland-labrador/provinces-should-pay-for-nafta-losses-pm-1.881721>; Bertrand Marotte & John Ibbitson, "Provinces on Hook for Future Trade Disputes: Harper," *Globe and Mail* (26 août 2010). Voir J Anthony VanDuzer & Mélanie Mallet, "Compliance with Canada's Trade and Investment Treaty Obligations: Addressing the Gap between Provincial Action and Federal Responsibility" (2016) 54:1 Alta L Rev 89; Céline Lévesque, "Les rôles et responsabilité des provinces canadiennes dans le cadre de procédures d'arbitrage entre investisseurs et États fondées sur des traités économiques" (2015) 28:1 RQDI 107.

[120] *Windstream Energy*, *supra* note 5 au para 485.

[121] *Ibid* aux para 475–76.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

Comme le projet était encore en phase de démarrage et que l'apport en capitaux était modeste, ils se sont basés sur la preuve d'experts concernant des projets similaires en Europe, puis ont déduit la valeur de la lettre de crédit remboursable de 6 millions $ CAN. Il restait à savoir si Ottawa allait payer la note ou si un accord de répartition des dommages entre Ottawa et Toronto allait intervenir, en l'absence d'un mécanisme intergouvernemental canadien en la matière. Les informations rendues publiques par le gouvernement fédéral indiquent que l'Ontario a transféré l'intégralité du montant dû à Ottawa, qui a ensuite indemnisé l'investisseur américain lésé.[122] Ce précédent intergouvernemental canadien risque de peser lourd si une mesure provinciale devait à nouveau engager la responsabilité du Canada dans un arbitrage investisseur/État.

Les affaires minières au Venezuela

Au début des années 2000, le défunt président Hugo Chávez lançait sa "révolution bolivarienne" et entreprenait un vaste programme de nationalisation qui allait toucher tous les pans de l'économie du Venezuela. Le secteur minier n'y a pas échappé et les immenses richesses en or du pays ont été spécialement visées, frappant de plein fouet les intérêts de plusieurs sociétés minières canadiennes. Six réclamations ont été soumises sur la base de l'*APIE Canada–Venezuela* entre 2004 et 2012, en faisant l'accord le plus invoqué par les investisseurs canadiens après l'*ALÉNA*. Ces affaires illustrent l'une des fonctions les plus importantes de l'arbitrage investisseur/État, soit la dépolitisation du règlement des différends relatifs à l'investissement étranger. Le bilan de ces arbitrages met en lumière l'autre facette du Canada dans le contentieux de l'investissement, moins visible, celle d'État d'origine d'investisseurs étrangers lésés.

les affaires nova scotia power incorporated (i) et (ii)

La première affaire visait non pas une mine d'or mais plutôt un contrat d'approvisionnement en charbon passé entre la société énergétique Nova Scotia Power Incorporated et la coentreprise vénézuélienne Guasare Coal International pour la période de 1999 à 2007. La coentreprise contrôlée par une société d'État vénézuélienne a résilié unilatéralement ce contrat en 2007, en application d'une directive gouvernementale à cet effet. Après avoir entrepris puis suspendu un arbitrage contractuel, l'investisseur canadien a lancé un premier arbitrage sur la base de l'*APIE Canada–Venezuela* en 2008 avec une réclamation de 180 millions $ US. Dans *Nova Scotia Power*

[122] Affaires mondiales Canada, *ALÉNA – Chapitre 11 – Investissement. Poursuites contre le gouvernement du Canada: Windstream Energy LLC c le Gouvernement du Canada*, en ligne: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/windstream.aspx?lang=fra>.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

Incorporated c Venezuela (I),[123] le tribunal arbitral a décliné compétence en raison du choix du règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour conduire la procédure, alors que l'accord exige le recours à la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*[124] (*Convention CIRDI*) ou au mécanisme supplémentaire du CIRDI[125] lorsque ceux-ci sont disponibles.[126] Le second arbitrage lancé par l'investisseur canadien a connu un sort analogue dans *Nova Scotia Power Incorporated c Venezuela (II)*,[127] même si le mécanisme supplémentaire du CIRDI avait été dûment utilisé. Le tribunal arbitral a jugé que le différend ne concernait pas un investissement mais plutôt une transaction commerciale, contribuant à la jurisprudence sur la notion d'investissement hors du cadre de la *Convention CIRDI*.

L'AFFAIRE *VANNESSA VENTURES*

La seconde affaire portait encore sur la résiliation unilatérale d'un contrat, conclu cette fois par la minière canadienne Vannessa Ventures avec une société d'État vénézuélienne, doublée de la saisie de ses installations sur le site aurifère Las Cristinas. L'investisseur réclamait 1 milliard $ US sur la base de l'*APIE Canada–Venezuela*, mais il a subi une cuisante défaite dans *Vannessa Ventures c Venezuela*.[128] Ses agissements répréhensibles lui auront été fatals, puisqu'il avait acquis les droits contractuels de la minière canadienne Placer Dome sur le site Las Cristinas en contravention avec le contrat d'État en question. Un arbitre dissident était même d'avis que la mauvaise foi de la minière canadienne aurait suffi pour que le tribunal arbitral refuse de se considérer compétent.[129] La réclamation a été rejetée sur le fond au motif que le Venezuela avait le droit de résilier le contrat et de saisir les actifs de la minière au regard du contrat d'État.[130]

[123] *Nova Scotia Power Incorporated c Venezuela (I)*, Sentence sur la compétence, Aff CPA n° 32825 (*APIE Canada–Venezuela*, 22 avril 2010) (Juan Fernández-Armesto, prés, John Beechey et Philippe Sands).

[124] *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 160, RT Can 2013 n° 24 [*Convention CIRDI*].

[125] CIRDI, *Règlement du mécanisme supplémentaire*, Doc n° CIRDI/11, Washington, DC, CIRDI, 2006.

[126] *APIE Canada–Venezuela*, *supra* note 33, art XII:4.

[127] *Nova Scotia Power Incorporated c Venezuela (II)*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/11/1 (*APIE Canada–Venezuela*, 30 avril 2014) (Hans Van Houtte, prés, David AR Williams et Raúl Emilio Vinuesa).

[128] *Vannessa Ventures c Venezuela*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/04/6 (*APIE Canada-Venezuela*, 16 janvier 2013) (Vaughan Lowe, prés, Charles N Brower et Brigitte Stern).

[129] *Ibid* aux para 113,168–69.

[130] *Ibid* aux para 112, 214, 222–32.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

Aucune expropriation ou violation du TJE ne pouvait avoir eu lieu dans ces circonstances, offrant une contribution originale à la discussion sur la responsabilisation des investisseurs étrangers.

L'AFFAIRE *GOLD RESERVE*

Les minières canadiennes ont connu un sort plus favorable dans les trois autres arbitrages entrepris sur la base de l'*APIE Canada–Venezuela* suite à la nationalisation de mines d'or, obtenant des dommages cumulés avoisinant les 3 milliards $ US. Dans l'affaire *Gold Reserve c Venezuela*,[131] la filiale canadienne de la minière américaine Gold Reserve a convaincu le tribunal arbitral que les agissements du Venezuela à l'égard de ses intérêts dans les sites aurifères de Las Brisas, Unicornio et El Pauji avaient violé la clause du TJE de manière particulièrement caractérisée, imposant à l'État d'accueil de verser 713 millions $ US en dommage.[132] Une interprétation large du TJE a été retenue, comprenant la protection des attentes légitimes de l'investisseur, en raison de la référence générale de la clause aux principes du droit international.[133] Par contre, le tribunal a refusé de voir une expropriation dans les faits de l'espèce. La particularité de cette affaire est que la société-mère du groupe ne bénéficiait pas de la protection directe d'un accord sur l'investissement, puisque les États-Unis n'en ont pas signé avec le Venezuela. Malgré l'inexistence de toute activité économique substantielle sur le territoire canadien, le tribunal arbitral a reconnu la qualité d'investisseur canadien à la filiale de Gold Reserve, en l'absence d'une clause qui aurait exigé un rattachement effectif au Canada dans l'APIE.[134] Si une telle clause avait existé, le tribunal aurait alors pris en considération l'appel public à l'épargne réalisé par la filiale sur les marchés financiers du Canada comme facteur de rattachement, sans compter les démarches diplomatiques d'Ottawa auprès des autorités vénézuéliennes dans cette affaire.[135] Seule une réorganisation corporative postérieure au différend aurait pu permettre au tribunal de refuser la qualité d'investisseur canadien à la filiale de Gold Reserve, en raison de l'abus de droit que cela aurait alors constitué, comme ce fut le cas récemment dans l'affaire *Philip Morris Asia c Australie*.[136]

[131] *Gold Reserve c Venezuela*, Sentence, Aff CIRDI ARB(AF)/09/1 (*APIE Canada–Venezuela*, 22 septembre 2014) (Piero Bernardini, prés, Pierre Marie Dupuy et David AR Williams) [*Gold Reserve*].

[132] *Ibid* au para 615.

[133] *Ibid* aux para 567, 576.

[134] *Ibid* aux para 252, 255, 270.

[135] *Ibid* au para 255.

[136] *Philip Morris Asia c Australie*, Sentence sur la compétence et la recevabilité, Aff CPA n° 2012-12 aux para 585–588 (*TBI Australie–Hong Kong*, 17 décembre 2015) (Karl-Heinz Böckstiegel, prés, Gabrielle Kaufmann-Kohler et Donald McRae).

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

Un chassé-croisé de recours devant plusieurs tribunaux nationaux s'en est suivi, avec la présentation par le Venezuela d'une requête en annulation à la Cour d'appel de Paris en 2015, cependant que Gold Reserve a présenté des demandes de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale devant les tribunaux américains, français, britanniques et luxembourgeois.[137] L'enchevêtrement des recours s'est compliqué davantage avec le refus des tribunaux américains de surseoir à l'exécution de la sentence aux États-Unis en attendant la fin des procédures d'annulation entreprises en France.[138] Un règlement négocié a finalement pu dénouer l'impasse avec la signature en 2016 d'un mémorandum d'accord entre Gold Reserve et le Venezuela, prévoyant l'étalement du paiement des dommages-intérêts et la création d'une coentreprise afin d'exploiter les sites aurifères de Las Brisas et de Las Cristinas.[139] Cette conclusion plutôt rare dans l'arbitrage investisseur/État rappelle cependant le règlement négocié des différends interétatiques, même au stade de l'exécution des décisions, comme à l'OMC.

L'AFFAIRE *RUSORO MINING*

Une autre affaire a mis en scène une société-écran ne poursuivant vraisemblablement pas d'activité économique substantielle au Canada dans *Rusoro Mining c Venezuela*. Des ressortissants russes avaient créé et contrôlaient la société canadienne à capital ouvert Rusoro Mining, à laquelle ils ont cédé entre 2006 et 2008 les investissements miniers qu'ils détenaient au Venezuela par le truchement de la société panaméenne Grupo Agapov. La minière canadienne est ainsi devenue indirectement propriétaire de 24 sociétés vénézuéliennes qui possédaient des concessions minières dans l'État de Bolívar, particulièrement sur le site aurifère Las Cristinas. Le Venezuela n'a pas contesté la qualité d'investisseur canadien à Rusoro Mining, mais il a tenté sans succès de convaincre le tribunal arbitral de décliner compétence en raison des prétendues fausses représentations de la minière sur la nationalité russe de ses dirigeants et principaux actionnaires.[140] L'expropriation directe de la minière canadienne n'était pas

[137] Gold Reserve, *Brisas Arbitral Award*, en ligne: <http://www.goldreserveinc.com/international-arbitration-new>.

[138] *Gold Reserve v Venezuela*, Civil Action n° 14-2014 (JEB) (2015) (US District Court DC).

[139] Gold Reserve, Communiqué n° 16-04, "Gold Reserve Enters into Memorandum of Understanding with the Government of Venezuela to Settle Gold Reserve's Arbitration Award and Jointly Develop the Brisas and Las Cristinas Projects" (29 février 2016), en ligne: <http://www.goldreserveinc.com/gold-reserve-enters-into-memorandum-of-understanding-with-the-government-of-venezuela-to-settle-gold-reserves-arbitration-award-and-jointly-develop-the-brisas-and-las-cristinas-projects-nr-16-04>.

[140] *Rusoro Mining*, *supra* note 36 au para 356.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

contestée puisqu'un décret pris en 2011 a promulgué la nationalisation de toutes les mines d'or du Venezuela et que les autorités du pays ont pris le contrôle de toutes ses installations. Seul le montant de l'indemnisation due était véritablement litigieux et le tribunal l'a établi à 966,5 millions $ US, en référence à la valeur marchande des entreprises expropriées. Un montant additionnel de 1,3 millions $ US a été accordé par le tribunal au titre de l'imposition de restrictions illicites à l'exportation d'or par le Venezuela, portant les dommages à près de 968 millions $ US.[141]

L'AFFAIRE *CRYSTALLEX INTERNATIONAL CORPORATION*

La dernière affaire en date est *Crystallex International Corporation c Venezuela*, où la minière canadienne a obtenu l'indemnisation la plus élevée avec 1,2 milliards $ US en dommage.[142] La réclamation de Crystallex visait encore une fois les agissements du Venezuela à l'égard du site aurifère de Las Cristinas, où l'investisseur s'est vu refuser un permis d'exploitation et son contrat minier a été résolu unilatéralement par la société d'État vénézuélienne cocontractante. L'effectivité de la nationalité canadienne de l'investisseur n'était pas en cause dans cette affaire, où le tribunal arbitral a conclu dans sa sentence rendue en 2016 que le Venezuela avait violé la clause du TJE et qu'il avait exproprié indirectement Crystallex, sans indemnisation.[143] Une interprétation du TJE plus large que dans l'*ALÉNA* a de nouveau été retenue par les arbitres, comprenant notamment la protection des attentes légitimes de l'investisseur.[144] Le différend entre maintenant dans une nouvelle phase avec la présentation par la minière lésée d'une série de demandes de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale auprès des tribunaux américains et canadiens.[145]

UN BILAN : DÉPOLITISATION ET REPOLITISATION

Les affaires minières canadiennes au Venezuela illustrent l'utilité des APIE du Canada et de l'arbitrage investisseur/État, du moins avec des pays en développement. La dépolitisation du règlement des différends relatifs à l'investissement est réussie puisque le Canada n'a pas eu à exercer sa protection diplomatique à l'égard des réclamations des minières canadiennes dans ces affaires. Au surplus, les intérêts divergents de ces entreprises

[141] *Ibid* au para 904.

[142] *Ibid* au para 961.

[143] *Ibid* aux para 575, 614, 623, 708, 717.

[144] *Ibid* aux para 530–31, 543.

[145] Voir *Crystallex International Corporation v Venezuela*, 2016 ONSC 4693; *Crystallex International Corporation v Venezuela*, "Petition to Confirm Arbitral Award," Civil Action n° 16-661 (JEB) (2016) (US District Court DC).

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

auraient pu compliquer la tâche pour le Canada, puisque Vanessa Ventures, Gold Reserve, Rusoro Mining et Crystallex avaient des revendications conflictuelles dans le site aurifère de Las Cristinas. L'arbitrage investisseur/État a permis au Canada de ne pas avoir à choisir entre ses ressortissants dans de telles circonstances.

Ces affaires montrent aussi que le Canada est une terre d'élection pour les sociétés minières étrangères qui veulent utiliser une société-écran afin de profiter de la protection de ses accords sur l'investissement. L'existence d'un APIE n'est sans doute pas la seule considération pour la mise en place d'une telle structure corporative, mais il est permis de s'interroger jusqu'à quel point il ne s'agit pas d'un abus de l'arbitrage investisseur/État, en l'absence d'une clause de refus des avantages. Le Canada sera-t-il aussi enclin à intervenir au soutien d'une société-écran canadienne si l'État d'accueil responsable devait refuser d'exécuter une sentence arbitrale? La question n'est pas sans rappeler les faits de la célèbre affaire de la *Barcelona Traction*,[146] où le Canada seul a été jugé habilité à exercer la protection diplomatique au soutien d'une société canadienne détenue par des actionnaires belges et n'exerçant aucune activité économique au Canada. L'abstention du Canada dans cette affaire était précisément à l'origine de l'action infructueuse de la Belgique.

L'interprétation large de la clause du TJE de l'*APIE Canada–Venezuela* qui se dégage de la pratique arbitrale pourrait avoir des répercussions significatives pour le Canada. La clause protège notamment les attentes légitimes des investisseurs. Comme cet accord est postérieur à l'*ALÉNA*, des investisseurs américains pourraient être tentés d'utiliser la clause NPF afin d'invoquer le traitement plus favorable que le Canada offre aux investisseurs vénézuéliens par ce TJE accru. En effet, la clause NPF de l'*ALÉNA* n'exclut pas son application au traitement accordé en vertu de traités conclus avec des États tiers après son entrée en vigueur le 1er janvier 1994.[147]

Les affaires minières au Venezuela montrent enfin les limites de l'arbitrage investisseur/État, lorsque l'État responsable refuse d'exécuter volontairement la sentence arbitrale. La multiplication des recours devant les tribunaux de plusieurs États mine l'efficacité de l'arbitrage, sans compter la désarticulation entre les procédures d'annulation et d'exécution des sentences arbitrales. Seul l'arbitrage institué suivant la *Convention CIRDI* prévoit une séquence logique entre la demande d'annulation et l'exécution de la sentence arbitrale; il s'agit assurément d'un avantage non négligeable de l'arbitrage CIRDI. Le défaut d'exécution de la part de l'État responsable marque la limite de la dépolitisation du règlement des différends relatifs

[146] *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power co Ltd, (Belgique c Espagne)*, [1970] CIJ rec 3 aux para 77–84.

[147] *ALÉNA*, *supra* note 5, art 1108:6, Annexe IV, Liste du Canada, al 1.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press

à l'investissement: tant les APIE que la *Convention CIRDI* prévoient que l'État d'origine de l'investisseur lésé peut entrer en scène à ce stade.[148] Le règlement négocié de l'affaire *Gold Reserve* présente un cas de figure qui s'éloigne de l'arbitrage classique et se rapproche du règlement des différends interétatiques, où l'issue diplomatique demeure très fréquente même au stade de l'exécution d'une décision. Aucun différend n'a encore connu une telle "repolitisation" à ce stade par l'intervention de l'État d'origine de l'investisseur lésé, mais celle-ci demeure latente dans le système d'arbitrage investisseur/État.

[148] *Convention CIRDI*, *supra* note 124, art 27(1); *APIE Canada–Venezuela*, *supra* note 33, art XII:11.

https://doi.org/10.1017/cyl.2017.23 Published online by Cambridge University Press