



HAL
open science

La nouvelle version de l'AECG, et l'arbitrage en matière d'investissement direct étranger

Leila Lankarani

► To cite this version:

Leila Lankarani. La nouvelle version de l'AECG, et l'arbitrage en matière d'investissement direct étranger. Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG). Esprit et dynamique d'un bilatéralisme nouveau., Ed. Y. Blais, pp.437-472, 2017, 978-2-89730-308-2. hal-03547767

HAL Id: hal-03547767

<https://hal.science/hal-03547767>

Submitted on 28 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La nouvelle version de l'AECG, et l'arbitrage en matière d'investissement direct étranger

Leila Lankarani

Professeure de droit public, Université de Bourgogne Franche -Comté.

Depuis la séquence de prolongation - renégociation¹ de l'AECG portant sur ses dispositions relatives, notamment, au mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement (MRD), la nouvelle version du 29 février 2016 traduirait pour certains un changement de cap radical, un hérétique dans le règlement des litiges en matière d'investissement étranger, si bien que la prise en considération de cette nouveauté serait indispensable à l'examen et la compréhension de la nature du mécanisme de règlement des différends en la matière tel que préconisé par l'AECG dans sa nouvelle version .

Il est vrai que dans la version antérieure de l'Accord, l'examen d'un thème tel que *l'AECG, et l'arbitrage en matière d'investissement direct étranger*, pouvait s'entreprendre aisément à travers le prisme habituel en la matière, à savoir, l'analyse des dispositions de l'AECG conclu en août 2014 entre l'UE et le Canada relatives à la définition de l'investissement direct étranger(IDE), à l'étendue des questions litigieuses y afférentes susceptibles de constituer une plainte par l'investisseur d'une Partie à l'encontre d'une mesure prise par l'autre Partie à l'AECG, et ce, dans le cadre de l'arbitrage d'investissement prévu par cet Accord . A cette époque, en effet², l'examen de ses articles X.17 à X. 43 confirmait au chercheur que c'est bel et bien l'arbitrage d'investissement qui est en perspective de son examen sous l'AECG. Ainsi, l'on y trouvait des dispositions relatives à "la présentation d'une plainte soumise à l'arbitrage", ou intitulées "la portée d'une plainte soumise à l'arbitrage", le "consentement à l'arbitrage", 'la

¹ Qualifiée de modification suite à " l'examen juridique" du texte (voir" Déclaration conjointe de la commissaire européenne au Commerce et de la ministre du Commerce international du Canada", http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-446_fr.htm).

² - où me fut proposée l'étude d'un tel thème en vue de sa présentation à l'école internationale de juin 2016 de l'Université de Montréal -

constitution du tribunal par les parties au litige, les qualités requises des "arbitres", la "place de l'arbitrage", etc. L'on pouvait également partager³ la conviction selon laquelle "[m]algré les contestations de plus en plus vives de l'arbitrage investisseur État dans le cadre de relations économiques entre des États dits développés, les parties à l'AECG ont choisi de conserver ce mode privé de règlement des différends"⁴, et ainsi, projeter la recherche vers l'étude de l'arbitrage d'investissement dans l'AECG, et non vers la recherche des singularités de mode de règlement des différends en matière d'IDE dans l'AECG, et que la nouvelle version justifierait désormais ou a priori.

Au premier regard, il suffit ainsi d'observer qu'au niveau de la nomenclature utilisée, les termes "arbitrage" et "arbitre" ont été bannis et totalement supprimés dans la nouvelle version retenue au Chapitre 8 de l'AECG, relatif au règlement des différends entre l'État d'accueil et l'investisseur.

De même, au niveau des définitions retenues dans l'Accord, si l'ancienne version disposait que le "*Tribunal s'entend d'un tribunal d'arbitrage constituée en vertu de...*", la nouvelle version dispose que "*Tribunal means a tribunal established under...*"

Au vu de la nouvelle version, les voix se sont élevées promptement parmi des commentateurs interrogeant sur la nature du mécanisme prévu : est-ce un mécanisme d'arbitrage ou, est-ce une Cour, ou autre chose qu'un mécanisme d'arbitrage entre les parties à un litige d'investissement ? Tels qu'ils ressortent, à titre d'exemple, de la série de publications au titre évocateur de "Cosmic or Cosmetic Reform : Commentaries on the real and imagined potential of the CETA's investment tribunal"⁵, les éléments de réponse y apportés semblent à leur tour complexes - pour ne pas dire déconcertants. Certains y considèrent en effet que le nouveau mécanisme de règlement de litige de l'AECG est une clarification de la qualification en faveur

³ Voir néanmoins infra, II-B.3

⁴ PRINCE (H.A) "Contribution de l'Accord économique et commercial entre le Canada et l'Union européenne (AECG) au débat sur la contestation de l'arbitrage investisseur État", *Lex electronica*, vol. 20, n°2, 2015, p. 1 <<http://www.lex-electronica.org/>>.

⁵ <https://www.cigionline.org/series/cosmic-or-cosmetic-reform-commentaries-real-and-imagined-potential-cetas-investment-tribunal>

de l'arbitrage dès lors que "*CETA text does not adopt ... terminology of "judges" and "court."*" ; curieux constat tout de même si l'on compare l'ancienne version de l'AECG où il était question d'arbitres, d'arbitrage, et de Tribunal arbitral, à la nouvelle version de celui-ci qui les bannit de son vocabulaire ! Mais il est vrai que le résultat d'une comparaison dépend du levier de comparaison, et effectivement, en cas de comparaison du nouveau texte de l'AECG au projet de l'Accord de libre échange TAFTA entre l'UE et les Etats Unis d'Amérique du 16 septembre 2015, où il était question de "Cour" et de "juges" dans la présentation du mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement, il est même permis d'en présumer que pour le TAFTA, "*the European Commission's use of these terms was partly a response to the European Parliament's call last July to replace traditional investor-state dispute settlement (ISDS) with a new system that was more court-like*"⁶. Si l'on suit l'optique de ces auteurs, l'on serait donc en vérité toujours en présence d'un arbitrage d'investissement dans l'AECG, malgré le "legal scrubbing"⁷ de ses dispositions sur ce point.

Or, d'autres auteurs, et non des moindres, tel Marc Lalonde, estime au même moment que le nouveau mécanisme de l'AECG "*represents a radical departure from basic premises of arbitration... , it is a poor solution based on a faulty premise*"⁸.

Aussi, le cadre de la présente étude consacre toute sa légitimité à la double question de savoir si le nouveau système de règlement des différends de l'AECG est un système de règlement *arbitral* des différends en matière d'IDE parmi d'autres, existant dans des milliers d'Accords de protection d'investissement (TBI) et doté ici de simples nuances (I) ,ou bien , si le doute est permis en faveur d'un objet juridique non identifié, un organe de règlement des

⁶ LEVESQUE(C) " CETA's New System for the Resolution of Investment Disputes: What a Difference a Few Months Make", <https://www.cigionline.org/series/cosmic-or-cosmetic-reform-commentaries-real-and-imagined-potential-of-cetas-investment>

⁷ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm

⁸ "The New Investment Tribunal under Chapter 8 of CETA", <https://www.cigionline.org/publications/new-investment-tribunal-under-chapter-8-ceta>

différents en matière d'IDE pas du tout comme les autres, et donc *pas du tout arbitral* comme l'était l'ancienne version de l'AECG (II).

I- Les données du mécanisme sans altération de la nature d'un arbitrage d'investissement

Certaines des données du mécanisme de l'AECG traduisent quelques spécificités mais sans pouvoir, pour autant, altérer la nature arbitrale que peut revêtir ce mécanisme.

Ainsi, d'une part, la plupart des règles de la nouvelle version de l'AECG sur le "Règlement des différends entre investisseurs et Etats" faisant l'objet de la section F(art. 8.18 et s.) du chapitre 8 n'est que la reprise améliorée, ou le toilettage des données de l'ancienne version dans l'arbitrage d'investissement sans conteste qu'elle instituait (B). D'autre part, bon nombre des règles de la nouvelle version n'est que la reprise pure et simple des données de l'ancienne version de l'AECG en matière d'arbitrage d'investissement (A).

Tant les reprises pures et simples, que les reprises comportant des améliorations sont à considérer comme des remèdes aux déséquilibres ressentis ou éprouvés jusque là dans l'arbitrage d'investissement en général, et en vue d'un arbitrage d'investissement optimal dans le cadre de l'AECG.

A- La reprise par l'AECG, version 2016, des questions incluses dans l'arbitrage d'investissement, version 2014

Sur la compétence et trois points de procédure, et en comparaison aux autres mécanismes d'arbitrage d'investissement existants dans de multiples traités en vigueur, l'apport spécifique de la version 2014 de l'AECG en matière d'arbitrage d'investissement a été considérable; sa reprise sur ces points dans la version nouvelle ne saurait écorcher l'idée de poursuite et continuité de la nature arbitrale du mécanisme de l'AECG.

1- Les règles de compétence et d'incompétence du Tribunal

a-La compétence *ratione personae* du Tribunal

Celle-ci vise la connaissance des plaintes déposées par les investisseurs, personne physiques ou morales relevant d'une Partie sur le territoire et à l'encontre d'une mesure d'une autre partie à l'AECG. Les définitions données au sein de l'Art. 8.3 en déterminent les contours.

Par *une autre partie à l'AECG*, il faut entendre, le Canada (au niveau fédéral et fédéré), l'UE et ses Etats membres⁹. Quant aux investisseurs, par *personne physique* visée, il s'agit, dans le cas du Canada, de son "citoyen" *ie* un national et aussi un résident permanent de cet Etat. Dans le cadre de l'UE, c'est le lien de nationalité à l'un des Etats de l'UE qui l'identifie, à l'exception de la Lettonie qui inclut aussi son résident permanent.

En cas de double nationalité et/ou citoyenneté (le cas échéant) de l'investisseur personne physique, c'est la règle de nationalité "dominante et effective" qui s'applique¹⁰.

S'agissant de l'investisseur, *personne morale*, est visée l'entreprise d'une Partie, à l'exclusion des succursales et bureaux¹¹.

Quant à la nature de l'entreprise, celle-ci peut être une entité dûment constituée ou autrement organisée sous le régime de la loi applicable, à but lucratif ou non, de propriété privée ou de propriété gouvernementale, notamment toute corporation, fiducie, société, coentreprise, entreprise individuelle ou association.

Les critères retenus pour déterminer la nationalité de l'entreprise investisseur et son appartenance à une Partie dans le cadre du MRD, sont le lieu de constitution, ou, d'organisation de l'entreprise, cumulé à celui du contrôle de l'entreprise détenue directement ou indirectement par une personne physique ou par une personne morale de cette Partie. Par ailleurs, pour mieux éviter le bénéfice du MRD de l'AECG et le risque de forum shopping par l'installation des sociétés dites "boîte postale" ou "coquille vide" - tel que l'ont permis des

⁹ Sur la procédure préalable précise relatives aux règles juridiques d'attribution d'une mesure, s'agissant de l'UE et ses Etats membres, permettant la désignation de la Partie à l'AECG dans sa qualité de défendeur, voir art. 8.21.

¹⁰ Une personne physique qui possède le statut de citoyen du Canada et qui a la nationalité de l'un des États membres de l'UE est réputée être exclusivement une personne physique de la Partie de sa nationalité dominante et effective. Une personne physique ayant la nationalité de l'un des États membres de l'UE ou le statut de citoyen du Canada, et qui possède à la fois le statut de résident permanent de l'autre Partie, est réputée être exclusivement une personne physique de la Partie de sa nationalité ou de sa citoyenneté, le cas échéant.

¹¹ "Investisseur s'entend d'une Partie, d'une personne physique ou d'une entreprise d'une Partie, autre qu'une succursale ou un bureau de représentation, qui cherche à effectuer, qui effectue ou qui a effectué un investissement sur le territoire de l'autre Partie".

traités¹² ayant entraîné les sentences CIRDI Tokios Tokelès c. Ukraine, ou Rompetrol-Roumanie¹³, par exemple -, seules sont visées les entreprises d'une Partie qui, outre les critères précités, exercent une activité importante sur le territoire de la Partie dont elles relèvent¹⁴. Le cumul de ces critères, oblige ainsi le Tribunal à déchirer le voile sociale de la personne morale et contrôler la réalité de l'établissement de celle-ci au regard de sa compétence *ratione personae*.

En outre, pour vérifier la nationalité de l'entreprise comme relevant d'une Partie, la condition de chaîne de contrôle ultime précitée n'étant pas synonyme de l'exigence d'un contrôle *exclusif* par l'investisseur visé, il peut le devenir et se transformer en une telle exigence. Il est possible en effet à une Partie à l'AECG, à travers l'art. 8.16 relatif au "refus des avantages" (denial of benefit), de refuser les "avantages énoncés" dans le chapitre 8 relatif à l'investissement à une entreprise investisseur de l'autre Partie, si celle-ci est contrôlée en

¹² Notamment les TBI des Pays Bas; voir FOURNIER MONTGIEUX (A) Nationalité des personnes morales et treaty shopping en droit international des investissements,(avril 2014), http://mdci.u-paris10.fr/node/14?destination=node%2F14#_ftnref8

¹³ Dans l'affaire *Tokios Tokelès c. Ukraine* jugée dans le cadre du CIRDI (décision sur la compétence du 29 avril 2004), la société, Tokios Tokelès, était constituée en Lituanie mais détenue et contrôlée par des ressortissants ukrainiens. Le critère de la constitution ayant été retenu, la société était donc considérée ressortissante lituanienne.; dans ce sens, voir aussi la sentence CIRDI dans l'affaire Rompetrol-Roumanie du 18 avril 2008 (ARB/06/3); voir cependant la sentence récente du CIRDI Venoklim -Venezuela du 3 avril 2015 (ARB/12/22) où, pour la première fois un Tribunal CIRDI va reprendre à son compte l'idée de l'opinion dissidente émise par Prosper Weil dans la sentence Tokios Tokelès précitée, en vue d'opter pour une définition objective de l'investisseur international éligible au sens de l'art. 25 de la Convention de Washington qui ne doit inclure que les litiges avec des investisseurs réellement étrangers, devant faire prévaloir le test de la réalité du caractère étranger ou non de l'investisseur personne morale sur le formalisme du critère d'incorporation prévu dans un TBI, notamment, quant à la compétence *ratione personae* d'un Tribunal arbitral CIRDI (§152-156); voir aussi "Développements récents sur la qualité d'investisseur protégé des personnes morales", *Cahiers de l'arbitrage*, 2015, n°4, p. 700 et s.

¹⁴ "Aux fins de la présente définition, une entreprise d'une Partie s'entend : a) d'une entreprise qui mène des activités commerciales importantes sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée ou organisée; b) d'une entreprise constituée ou organisée selon les lois de cette Partie et qui est directement ou indirectement détenue ou contrôlée par une personne physique de cette Partie ou par une entreprise visée à la section a)".

partie par des investisseurs d'Etats tiers à l'AECG¹⁵. L'on peut se demander si par "refus des avantages" est entendu, seulement les avantages substantiels ou également celui des dispositions du chapitre 8 relatif au règlement de litige en matière d'investissement. Sans en préjuger les conditions, la réponse semble être positive en son principe car, dès lors que c'est l'investisseur qui détient le droit à l'action devant le tribunal, ce droit est susceptible d'être transformé par un Etat Partie en un avantage - et plus un droit- lorsqu'il s'agira d'un investisseur contrôlé partiellement par des investisseurs d'Etats tiers à l'AECG.

Pour reprendre la sentence AMTO -Ukraine statuant sur la clause de déni des avantages du Traité sur la Charte de l'Energie, cette disposition "établit deux classes d'investisseurs d'une partie contractante...: *La première classe comprend les investisseurs qui ont un droit indéfectible à la protection de leur investissement en vertu du TCE. Cette classe englobe les ressortissants d'une autre partie contractante – personnes physiques ou morales à l'exception de ceux qui rentrent dans la seconde classe. La seconde classe comprend les investisseurs qui ont un droit invalidable à la protection de leur investissement en vertu du TCE, parce que l'État d'accueil est habilité à priver l'investisseur de ce droit. Cette seconde classe est composée de personnes morales qui répondent au critère de détermination de la nationalité fondé sur le lieu où la société a été constituée, mais qui sont détenues ou contrôlées par des ressortissants d'un État tiers d'une manière pouvant s'avérer inacceptable pour l'État d'accueil*"¹⁶.

Néanmoins, la clause de "déni des avantages" contient des ressorts bien complexes et controversés dans le champ de la compétence *ratione personae* des tribunaux dans l'arbitrage d'investissement, quant aux formalités matérielles et temporelles nécessaires ou non à son invocation par l'Etat d'accueil de l'investissement¹⁷.

¹⁵Aux termes de l'art. 8.16,§1.a, " Une Partie peut refuser d'accorder les avantages énoncés dans le présent chapitre à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de cette Partie et aux investissements effectués par cet investisseur si.. les investisseurs d'un État tiers ont la propriété ou le contrôle de l'entreprise".

¹⁶ Sentence rendue le 26 mars 2008 par la Chambre de commerce de Stockholm (n° 080/2005), § 61.

¹⁷ BEN HAMIDA (W) "La Clause Relative à l'Exclusion des Avantages (Denial of Benefits Clause) Dans la Jurisprudence Arbitrale Récente en Matière D'Investissement: Réflexions Sur Les Affaires Amto et Yukos" (<http://bdjur.tjdf.tjus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/15832/La%20clause%20relative%20C3%A0%20I>)

b- La compétence *ratione materiae* du Tribunal

La notion de compétence matérielle recouvre toutes les classes d'affaires dont un tribunal peut connaître. En d'autres termes, il s'agit de la compétence « s'appréciant en raison de l'objet du litige »¹⁸.

En l'occurrence, elle se limite à certaines *mesures* litigieuses, et concernant les seuls investissements directs qui soient, au surplus - pour faire droit aux sentences Phoenix et Duty Free¹⁹ - non frauduleux ou abusifs.

Par *mesure*, l'on entend une loi, un règlement, une règle, une procédure, une décision, une mesure administrative, une exigence, une pratique ou tout autre type de mesure prise par une Partie à l'AECG.

L'*investissement Direct* (ID) n'est pas défini dans l'AECG, mais le champ du chapitre 8 relatif à l'"investissement" vise bel et bien, à l'art. 8.1, les trois critères cumulatifs d'apport, d'acceptation de risque dans les bénéfices ou perte, et la durée définie, et qui sont ceux que les sciences économiques appellent les critères d'investissement direct, requis également par l'art. 12 de la Convention de Séoul instituant l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI). Réservé aux ID, les nouvelles formes d'investissement qui sont plutôt des placements relevant du secteur financier en sont ainsi exclues.

Cette définition conceptuelle par l'AECG, comme base de compétence matérielle de l'arbitre d'investissement est celle déjà adoptée par certaines sentences CIRDI (comme Fedax, Lesi

exclusion%20des%20avantages%20(denial%20of%20benefits%20clause)%20dans%20la%20jurisprudence%20arbitrale.pdf?sequence=1); POULAIN (B) "La clause de déni des avantages du Traité sur la Charte de l'Energie (TCE): une disposition vidée de tout intérêt par la jurisprudence arbitrale", *Cahiers de l'Arbitrage*, vol. V, 2010, p. 427 et s.; DE NANTEUIL (A) *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, p. 195 et s.

¹⁸ SALMON (J), Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, 2001, p. 218.

¹⁹ *Phoenix c/ République tchèque*, 15 avr. 2009, ARB/06/5 ; *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, 4 octobre 2006, Arb/00/7.

Dipenta, et mutatis mutandis *Salini c. Maroc*²⁰) au nom de l'interprétation de l'art. 25-1 de la Convention CIRDI selon son objet et son but.

Dans l' AECG, l'approche conceptuelle, est couplée au sein de l'art. 8.1 d'une approche énumérative bien que non exhaustive des formes d'investissements directs qui sont en rapport avec l'actif de l'entreprise, les biens matériels et immatériels, et des droits contractuels²¹.

L'art.8.18 limite, à son tour, l'objet du litige arbitral ou le fondement des griefs qui peuvent être soulevés par l'investisseur à l'encontre d'une mesure de l'Etat d'accueil. Ils sont limités, d'une part, à des mesures qui constitueraient la violation des obligations prévues par l'Accord relatives à la protection des investissements, causant une perte ou dommage, et d'autre part, à la violation de l'obligation de traitement non discriminatoire (traitement national (TN) et traitement de la nation la plus favorisée (TNPF) touchant à l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou autre aliénation de l'investissement. Mise à part l'exclusion implicite par ce biais des clauses de règlement de litige d'autres traités du champ opératoire du TNPF²², sont ainsi exclus de cette assiette *ratione materiae*, des litiges relatifs aux mesures concernant l'admission ou l'établissement des investissements qui seraient initiés par un investisseur potentiel à la recherche de l'investissement. Par ailleurs et surtout sont exclues les plaintes dont le fondement est la

²⁰ Voir respectivement, *Fedax c/ Venezuela (compétence)*, 11 juill. 1997, ARB/96/3; *LESI SpA c/ Algérie (compétence)*, 12 juill. 2006, ARB/05/3; *Salini Costruttori et Italstrade c/ Maroc (compétence)*, 23 juill. 2001, ARB/00/4

²¹ Ainsi, les investissements peuvent notamment prendre les formes suivantes :a) entreprise;b) actions et autres formes de participation au capital social d'une entreprise; c) obligations, obligations non garanties et autres titres de créance d'une entreprise;d) prêt à une entreprise; e) tout autre type d'actifs dans une entreprise; est également inclus l'actif lié à une concession conférée par une loi interne ou un contrat, y compris la recherche, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles; à un contrat clé en main ou à un contrat de construction, de production ou de partage des revenus; à d'autres contrats similaires. Les droits de propriété intellectuelle, les autres biens mobiliers, tangibles ou intangibles, ou biens immobiliers et droits connexes, les créances ou les droits à l'exécution d'obligations contractuelles à l'exclusion des créances issues de contrats commerciaux, ainsi que celles issues d'une décision de justice, judiciaire ou arbitrale.

²² Pour l'exclusion explicite, voir infra

violation d'une obligation contractuelle, d'autant plus que l'AECG ne contient pas de clause umbrella - en raison notamment de la réticence du Canada à celle-ci dans ses traités en la matière²³ -, et qu'il est indiqué qu'un "tribunal constitué en vertu de la présente section ne peut trancher les plaintes qui débordent le champ d'application du présent article". C'est la distinction controversée dans la jurisprudence arbitrale entre "Treaty claims" et "contract claims"²⁴ que l'AECG a pour objectif d'évacuer des préoccupations touchant à la compétence du Tribunal. Celui-ci pourrait connaître de tout fait au regard du droit international commis ou omis par l'Etat, en rapport ou sans rapport avec un contrat, dès lors qu'il serait constitutif d'une violation des obligations de traitement, et de protection telles que circonscrites ci-dessus.

Tenant compte notamment des expériences du Canada à travers l'ALENA dans l'affaire Eli Lilly quant à la question de validité du brevet d'un médicament, que de l'expérience en cours de la France²⁵, sont également exclues des litiges d'expropriation les questions relatives à l'établissement de l'existence et de la validité du droit de propriété intellectuelle lequel, ainsi exclu de l'arbitrabilité²⁶, relève du droit interne ou de la compétence réservée de la Partie concernée, tout au moins pour l'heure et dans les trois ans suivant l'entrée en vigueur de l'AECG²⁷.

²³ Voir "Canada Overview of investment treaty programme", *Global Arbitration Review*, 2016 (<http://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/2000096/canada>); sur la persistance du Canada lors de la négociation de l'AECG sur ce point, voir, REINISCH (A), STIFLER (L) "European Investment Policy and ISDS", <http://eltelawjournal.hu/european-investment-policy-isds/>

²⁴ Voir notamment, FADLALLAH (I) "La distinction *Treaty Claims-Contract Claims*", in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Dir. LEBEN(Ch), Paris, Pedone, 2015, p. 759.

²⁵ Voir BINCTIN(N) "Le renouveau du contentieux international de la propriété intellectuelle", *Journal du droit international*, n°2, 2016, spéc. p. 390 et s.

²⁶ Sur l'aspect du contentieux international de l'investissement en rapport avec le droit de propriété intellectuelle, *ibid.* p. 388 et s.

²⁷ Aux termes de la Déclaration concernant l'article 8.12§ 6 portant sur l'expropriation et le droit de propriété intellectuelle, en tenant compte du fait que les tribunaux chargés du règlement des différends entre investisseurs et États doivent appliquer les obligations énoncées au paragraphe 8.18.1, et qu'ils ne servent pas de mécanisme

Les mesures litigieuses relatives à *la restructuration des dettes souveraines* (publiques) pour violation du TN ou de TNPF sont incluses, en revanche, dans la compétence matérielle du Tribunal ²⁸. S'agissant des litiges ayant pour objet les dettes souveraines, leur inclusion à l'art. 8.18 est entourée de quelques limites, compte tenu des controverses sur la compétence des tribunaux CIRDI dans les affaires telles de la sentence *Abaclat c. Argentine*, et la question des *mass actions* des créanciers n'ayant pas accepté la restructuration des dettes argentines ²⁹.

Les plaintes sur leur fondement semblent ne concerner que les créanciers qui jouent le jeu de la restructuration, dès lors qu'elles sont en rapport avec le traitement national, et le traitement de la nation la plus favorisée, et sont ainsi soumises, d'une part, au respect d'un délai de 270 jours de consultation préalable à l'engagement d'une action, et d'autre part, elles cessent ou sont suspendues si la "renégociation" telle que définie à l'Annexe 8. B est intervenue depuis.

c- Rejet accéléré pour incompétence des recours futiles ou non fondés

L'AECG s'est doté d'un système de procédure accélérée pour le rejet des recours non fondés ou futiles (art. 8.32 et 8.33). Ces dispositions sont novatrices, vont plus loin en termes de champ d'application et de fonctionnement que dans n'importe quel système comparable en vigueur actuellement, notamment celui de la Convention CIRDI depuis l'introduction, par la

d'appel pour les décisions des tribunaux nationaux, les Parties " se rappellent que les tribunaux nationaux de chaque Partie sont responsables de la détermination de l'existence et de la validité des droits de propriété intellectuelle. Les Parties reconnaissent également que chaque Partie est libre de déterminer la méthode d'application appropriée des dispositions du présent accord concernant la propriété intellectuelle dans le cadre de ses propres système et pratiques juridiques...".

²⁸ Art. 8.18.4, et Annexe 8-B.

²⁹ Voir la décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011 (ARB/07/5) non sans rapport avec l'inclusion des dettes souveraines dans les investissements protégés dans le TBI Argentine Italie ; FOURET (J) "Dette souveraine des Etats et arbitrage CIRDI, un mariage arrangé?", in *La crise des dettes souveraines et le droit : approches croisées Canada-Europe*, Dir. DUFOUR(G), PAVOT(D), Lexis Nexis, 2014, p. 335; voir néanmoins la tendance arbitrale récente exprimée dans la sentence *Postova Banka & Istrokapital c. Grèce* du 9 avril 2015, (ARB/13/8) selon laquelle les dettes souveraines grecques ne peuvent se qualifier d'investissement au sens de l'art. 25 de la Convention CIRDI (§351 et s.)

réforme de son Règlement, de la procédure des recours manifestement mal fondés (art. 41§5)³⁰.

Ce premier volet concernant les questions de compétence et d'incompétence, est couplé de dispositions assurant la prise en compte des parties prenantes dans l'instance.

2- La prise en compte des parties prenantes par l'instance.

Une transparence quasi judiciaire caractérise le déroulement de l'instance et la possibilité d'*amicus curiae*.

L'AECG est le premier traité qui adopte le *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités* et entré en vigueur le 1er avril 2014 (Art 8.36.4). Est incorporée, car améliorée³¹, l'application dudit Règlement. Avant la constitution du Tribunal, le Canada ou l'Union européenne, selon le cas, met sans tarder à la disposition du public les documents pertinents³² expurgés des renseignements confidentiels ou protégés. D'autre part, les audiences sont ouvertes au public en principe³³.

Il est vrai que par ces deux derniers traits, l'on rapproche l'instance d'une instance judiciaire, mais sans pour autant remettre en cause la nature arbitrale classique du Tribunal. En effet, les Accords auxquels le Canada est partie présentent des dispositions en matière de transparence de la procédure arbitrale d'une étendue comparable.

³⁰ DERAINS (Y) "Les techniques anti abus" in *Le CIRDI, 45 ans après, Bilan d'un système* Dir. HORCHANI (F), Paris, Pedone, 2011, p. 243.

³¹ Art. 8.36.1: "Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique à la divulgation au public de renseignements relatifs aux différends en vertu de la présente section, sous réserve des modifications prévues dans le présent chapitre".

³² -y compris ainsi les documents préliminaires que n'inclut pas le Règlement -

³³ Le tribunal décide, de concert avec les parties au différend, des dispositions logistiques à prendre pour faciliter l'accès à ces audiences par le public. Si le tribunal décide qu'il y a lieu de protéger des renseignements confidentiels ou protégés, il prend les dispositions nécessaires pour tenir à huis clos la Partie de l'audience qui ne doit pas être rendue publique.

Par ailleurs , en vertu de l'art. 8.38 et au profit de la Partie non partie aux litiges, est instauré un amicus curiae renforcé, ou un quasi droit-intérêt d'intervention, compte tenu notamment des enjeux de l'interprétation jurisprudentielle de l'AECG³⁴, et en vue d'une plus large légitimité ou adhésion à celle-ci.

3- L'évitement de recours parallèles

a- L'interdiction pour l'investisseur plaignant d'intenter des procédures parallèles sous peine de déclinatoire de compétence du Tribunal.

L'investisseur est tenu par des exigences procédurales notamment dans la présentation et le dépôt de sa plainte (8.22). Il doit fournir une attestation d'absence de recours devant une autre instance ". Celle-ci vise "un tribunal ou une cour relevant du droit national ou international". Ou bien, si de tels recours - comme devant le CIRDI sur la base d'un TBI- sont déjà intentés, il doit faire la déclaration de renonciation à leur poursuite. C'est la règle *una via electa*.

Lorsqu'il s'agit d'une plainte pour dommages-intérêts subis par une entreprise locale possédée ou contrôlé par l'investisseur, une attestation distincte de celle-ci est ainsi également exigée.

La renonciation de l'investisseur à d'autres voies de recours n'est pas définitive. Elle cesse en cas de rejet de sa plainte par le Tribunal, comme manifestement dénuées de fondement, ou dénuée de fondement juridique, ou du rejet pour non-respect des autres exigences dans la présentation de sa plainte.

b- Litispépendances internationales à la charge du Tribunal (art. 8.24)

Quand des plaintes sont déposées en vertu de l'AECG, mais aussi d'un autre accord international et que la situation risque un chevauchement des indemnisations, ou une incidence importante sur le règlement de la plainte de l'investisseur AECG, le Tribunal AECG doit, dès que possible après avoir entendu les parties au différend, suspendre l'instance ou

³⁴ Partie à l'Accord non-partie au différend s'entend du Canada, si l'Union européenne ou un de ses États membres est la Partie visée par la plainte, ou de l'Union européenne, si le Canada est la Partie visée par la plainte.

alors veiller à ce que l'instance engagée en vertu d'un autre accord international soit prise en considération dans sa décision, son ordonnance ou sa sentence.

La disposition tente ainsi de remédier aux recours parallèles, tant et assez fréquent en matière d'arbitrage d'investissement³⁵ comme ceux qui ont pu ou pourraient être engagés par les investisseurs devant des juridictions telles que la Cour européenne des droits de l'homme pour violation du droit de propriété par expropriation indirecte³⁶. La disposition ne permettra plus ainsi de prononcé de sentence tel que celui de la sentence AMTO précitée³⁷.

4- Les pouvoirs liés du Tribunal en matière de condamnation

La réparation accordée à l'investisseur ne peut être obligatoire dans sa modalité pour le Tribunal que concernant une indemnisation monétaire du préjudice (8. 39.1), et dont les règles

³⁵ Voir ZARRA (G) *Parallel proceedings in investment arbitration*, Ed. Giappichelli, 2016, <http://www.giappichelli.it/stralci/9210577.pdf>; WEHLAND (H) "The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes", *ICSID Review* 2016, n° 3, p. 576; GAILLARD (E) "Le concours des procédures arbitrales dans le droit des investissements", in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 225.

³⁶ Voir, le recours des investisseurs de Yukos ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour européenne *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, no. 14902/04, 20 September 2011, par rapport à l'arbitrage Yukos dans le cadre de la Cour permanente d'Arbitrage (2009 compétence, et 2014, fond). L'art. 35 de la CEDH n'étant pas opératoire dès lors que "the assessment of similarity of the cases would usually involve the comparison of the parties in the respective proceedings, the relevant legal provisions relied on by them, the scope of their claims and the types of the redress sought. (voir les §§ 521-525); CROISANT (G), Are a Bilateral Investment Treaty Arbitration and a Proceeding Before the European Court of Human Rights Compatible?, *Kluwer Arbitration Blog*, 27 janvier 2015; de même, du recours de la filiale d'AMTO c. Ukraine, par rapport au recours à l'arbitrage d'AMTO c. Ukraine (sentence d du 28 mars 2005 de la Chambre de commerce de Stockholm), ou de celui de la filiale de Saluka (Nomura-Europe) contre la République Tchèque en 2001, par rapport à l'arbitrage (CNUDCI) dans l'affaire Saluka. République Tchèque du 17 mars 2006.

³⁷ - selon laquelle "This is a case of an international tribunal and a supra-national court having concurrent jurisdiction over a dispute arising out of similar facts. With regard to the parties, EYUM-10 is not a party to the present arbitration and AMTO is not a party to the ECHR proceedings. With respect to the causes of action, the present arbitration is based on alleged breaches of the ECT, while proceedings before the ECHR are based on Article 6(1) of the European Convention and its Protocol No. 1, Article 1. These circumstances are sufficient to disqualify the Respondent's lis pendens objection".

sont aussi plus ou moins déterminées en cas d'expropriation ou nationalisation à titre d'indemnisation préalable (art. 8.12). Les dommages intérêts punitifs sont par ailleurs exclus (8.39.4). Si la question de dommages intérêts moraux³⁸ reste ouverte, en revanche la *restitutio in integrum* est exclue comme mode de réparation imposable (8.39.1.b) au défendeur, éloignant ainsi le spectre de la sentence Texaco Calasisatic c. Lybie, rendue suite aux nationalisations pétrolières litigieuses de ce pays.

Pour les frais et dépens, la règle du perdant payeur est la règle de principe adoptée par l'art. 8.39.5. Cette disposition revêt toute son importance, en l'absence de règles claires ou d'office en la matière dans aucun des traités en vigueur en matière d'investissement, ni dans les Règlements d'arbitrage. Il est

arrivé souvent que, même en cas de succès de sa défense, un gouvernement doive néanmoins supporter l'ensemble de ses coûts de la procédure d'arbitrage d'investissement.

Si les reprises ainsi examinées de l'ancienne version laissent naturellement intactes la nature arbitrale du mécanisme sur ces points, le sondage des améliorations apportées par le toilettage de février 2016 à certaines questions incluses dans l'ancienne version de l'AECG, permet aussi de constater qu'elles n'altèrent pas davantage le contexte classique d'arbitrage d'investissement.

B- Les améliorations ou toilettage par l'AECG, version 2016, des questions incluses dans l'arbitrage d'investissement, version 2014.

Ces améliorations ne présentent pas d'indices de judiciarisation de l'instance, ou de défiguration de l'instance arbitrale, mais participent à remédier aux données controversées de l'arbitrage d'investissement classique dont le toilettage traduit une entreprise de canalisation de certains de ses écueils.

³⁸ Voir la sentence CIRDI du 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC c. Yemen* (ARB/05/17), ou la sentence *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, du CIRDI du 28 mars 2011 (ARB/06/18).

Il en est ainsi des dispositions visant à remédier à son coût³⁹ hautement dissuasif pour les petites et moyennes entreprises (PME), et pour lequel la nouvelle version prévoit la possibilité de financement d'une plainte par une tierce partie (art. 8.26), ainsi que la vidéo conférence pour les consultations à l'amiable, en lieu et place de déplacement à Ottawa ou à Bruxelles. Reste à souligner que les consultations sont une phase obligatoire préalable au dépôt de plainte (art. 8.19) que l'investisseur doit déclencher et qui ne constitue pas une simple séquence de consultation, mais également décisive quant aux fondements de la plainte dans la phase contentieuse où aucun autre grief ou fondement juridique ou montant de dommages intérêts que ceux présentés lors de celle-là ne pourra être présenté dans la présentation de la plainte.

D'autres apports sont encore plus considérables, quant à la canalisation du droit applicable par le Tribunal (1), et les assurances quant à la probité du Tribunal (2).

1- Les cadrages apportés au droit applicable au litige d'investissement pour le Tribunal, et au pouvoir de son interprétation.

a- La qualité normative du droit applicable par le Tribunal au litige

Aux termes de l'art. 8.31 §1, le Tribunal "rend sa décision conformément au présent accord, tel qu'il est interprété en conformité à la Convention de Vienne sur le droit des traités, et à d'autres règles et principes de droit international applicables entre les Parties".

Les innovations de l'AECG sur le plan du droit applicable ne résidant moralité publiu

³⁹ Selon une étude de l'OCDE, une procédure d'arbitrage d'investissement coûte en moyenne 8 millions de dollars à chaque partie. Il n'est pas surprenant qu'un procès transfrontalier portant sur un litige commercial nécessite un apport financier important. Cependant, pour la plupart des PME des frais juridiques de cet ordre sont inabordables (OCDE, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community. OECD Working Papers on International Investment*, décembre 2012, p. 19 (cité par SCHEU (J)"L'Allemagne, le traité transatlantique et la remise en question de l'arbitrage international d'investissement", <http://www.droit-allemand.org/revue/p4/#note-25>).

pas dans cette formule, qui est une reprise, mais dans la qualité légistique des règles de l'AECG auxquelles cette formule de droit applicable renvoie désormais.

Ainsi, le TNPF, le traitement juste et équitable (TJE), la définition de l'expropriation indirecte ne sont plus en effet consignés comme des standards aux contours flous et indéterminés, entre les mains d'arbitres débordant d'imagination diverse et appréciation contradictoire quant à leur contenu. Tant dans le texte de l'AECG que par une Annexe (8-A), ils sont devenues l'objet de véritable règles à contenu grandement prédéterminé. Par ailleurs, cette qualité légistique, qui se remarquait déjà dans le nouveau modèle de TBI type du Canada et la tendance conventionnelle récente d'endiguement des standards et de prise en considération des intérêts publics⁴⁰, résulte des leçons tirées là aussi, du bilan de certaines sentences arbitrales rendues notamment sous l'égide du CIRDI ou autre, peu sensibles quant au respect du droit de réglementer des Etats d'accueil dans l'intérêt public, et trop sensibles, et a priori hyper protectrice, quant aux intérêts économiques de l'investisseur. S'agissant d'un souci de rééquilibrage⁴¹, il se traduit par des éclairages apportés au contenu et à la portée desdits standards conventionnels relatifs au traitement et à la protection des investissements et des investisseurs.

Ainsi, le TNPF n'est plus à l'affût du *locus standi*. En vue d'éviter la jurisprudence inaugurée par la sentence Maffezzini c. Espagne⁴², il est mentionné que le TNPF ne saurait être exploité pour l'importation des clauses de règlement des différends (art. 8.7.4), l'un des facteurs du phénomène du Treaty forum shopping frauduleux que l'art. 8.7 éliminait déjà par ailleurs implicitement⁴³.

⁴⁰ Voir UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform, IIA Issues Note*, n°1, mars 2016, spéc. p. 9.

⁴¹ Voir JUILLARD (P) "Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil?", Table ronde, in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, (Dir.) LEBEN (Ch.), LGDJ, Anthemis, 2006, Paris, p. 190.

⁴² Sentence CIRDI du 25 janvier 2000 (ARB/97/7)

⁴³ Voir supra

Le TJE (art. 8.10) est pris dans sa conception du règne de la loi. Il reçoit ses éléments de clarifications - révisables d'ailleurs périodiquement par les Comités représentatifs de l'AECG. Défini dans ses paramètres précis et clairement déterminés, le TJE ne laisse pas au Tribunal de marge d'appréciation non souhaitée par les auteurs du Traité. Le constat de violation de l'obligation de traitement juste et équitable est contenu à des cas de figure exhaustifs, à savoir, le déni de justice dans le cadre de procédures pénales, civiles ou administratives; la violation fondamentale de la légalité, y compris de l'obligation de transparence, dans des procédures judiciaires et administratives; les situations d'arbitraire manifeste; la discrimination ciblée sur la base de motifs manifestement injustifiés, tels que le sexe, la race ou les convictions religieuses; le traitement abusif des investisseurs, notamment la coercition, la contrainte et le harcèlement. Quant au critère d'attente légitime de l'investisseur, il n'est pas opératoire en l'absence de toute représentation particulière effectuée par l'Etat d'accueil auprès de celui-ci, ce qui exclut les mesures législatives générales⁴⁴, ne confondant pas en outre le concept avec la simple attente notamment de profit de l'investisseur qui ne saurait dissuader de l'exercice du pouvoir de réglementer des Parties à l'AECG⁴⁵.

La protection des investissements étrangers et le droit de réglementer de l'Etat sont en effet réconciliés désormais au même niveau. La nouvelle version de l'AECG affirme clairement dans le dispositif du traité (art. 8.9.1), et non plus uniquement dans son Préambule, le droit pour les Parties à l'AECG, de réglementer et de réaliser les objectifs légitimes de leur politique publique, tels ceux visant la santé publique, la sécurité, l'environnement, la moralité publique, la protection des consommateurs et la protection sociale, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle.

⁴⁴ Sur les diverses conceptions arbitrales de l'attente légitime, voir CAZALA (J.), « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *RIDE*, février 2009, n°1, pp. 5-3 ; DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, pp. 332-336.

⁴⁵ "Le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation" de protection des investissements (art. 8.9.2).

L'Annexe 8-A⁴⁶ précise concernant ces "police powers"⁴⁷ que *sauf de rares cas* " désormais, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte". Cette disposition à contenu non exhaustif, inspirée par les nouveaux traités de protection des investissements conclus par le Canada et les Etats Unis d'Amérique⁴⁸, à laquelle l'Union européenne a pleinement adhéré, mais qui ne figure pas dans les TBI des Etats de l'Union européenne, déleste le Tribunal à l'avance des tentatives de plaintes et de saisine, telles celles de la Société Philip Morris contre l'Australie (CPA) et l'Uruguay (CIRDI)⁴⁹.

La « protection et sécurité intégrales » s'entend des obligations de la Partie en ce qui concerne la sécurité physique des investisseurs et des investissements visés, excluant ainsi la sécurité juridique consacrée par quelques sentences arbitrales en la matière⁵⁰.

Il est aussi explicitement stipulé que les gouvernements peuvent modifier leurs lois, y compris d'une manière qui affecte les anticipations des investisseurs en termes de bénéfices, et que l'application du droit relatif aux aides d'État ne constitue pas une violation des normes de

⁴⁶ Reprise de l'ancienne version, Annexe X-11, elle même équivalente à l'annexe des Accords de protection des investissements conclus par le Canada et les Etats Unis d'Amérique, voir TITI (C) "Le "droit de réglementer" et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement", *Journal du droit international*, 2015, n°1, p. 39 et s.

⁴⁷ L'exercice de police powers de l'Etat ne donne pas lieu à un droit d'indemnisation. Concept d'origine américaine, « ...un Etat n'est pas responsable de la perte de propriété ou de toute autre préjudice économique résultant d'une imposition générale légitime, d'une réglementation, d'une confiscation, un délit ou tout type d'action communément accepté comme entrant dans le cadre du pouvoir de police des Etats, à condition qu'il ne soit pas de nature discriminatoire" (« Restatement of the Law Third, the Foreign Relations law of the United States », American Law Institute, volume 1, 1987, section 712, commentaire g.); voir aussi, DE NANTEUIL (A) *Droit international des investissements*, p. 350 et s.

⁴⁸ TITI (C), *op. cit.* p. 63.

⁴⁹ Sentences du 16 mai 2016 (CPA), et du 8 juillet 2016 (CIRDI).

⁵⁰ Par exemple, sentence du 28 septembre 2007, *Sempra Energy International c. Argentine*, CIRDI, (ARB/02/16), §327; *Biwater Gauff c. Tanzanie*, sentence du 24 juillet 2008, (ARB/05/22) § 729.

protection des investissements, et notamment de l'expropriation indirecte - contrairement à la solution de certaines sentences arbitrales dans les litiges ayant pour objet les mesures étatiques de mise en œuvre du droit de l'UE relatif au retrait des aides publiques, et ayant conclu à la frustration des attentes légitimes de l'investisseur⁵¹.

b- Pouvoir et portée rationalisés de l'interprétation et d'application du droit applicable.

Quant au droit international applicable, à l'image de l'Accord ALENA, une interprétation authentique par les Parties à l'AECG' (à travers le Comité des échanges commerciaux, et le Comité des services et d'investissement), est susceptible de neutraliser les controverses ou difficultés d'interprétation du droit applicable qui pourront néanmoins survenir lors du règlement de litige (art. 8.31.3).

Quant à la place du droit interne d'une partie à l'AECG, la nouvelle version de la clause du droit applicable par le Tribunal y a apporté une touche particulière (art. 8 § 31.2) concernant quelques aspects dont l'utilité se mesure essentiellement au regard du droit de l'Union européenne pour le Tribunal.

Ainsi, concernant la suppression de l'autonomie du Tribunal dans l'appréciation de la validité ou de l'interprétation du droit interne de la Partie défenderesse, il est précisé que non seulement le Tribunal ne peut se prononcer sur la question de la légalité interne d'une mesure au regard de ce droit, mais le Tribunal doit se référer aussi à l'interprétation telle que prévue par ce droit interne lorsqu'il se prononce sur la violation ou non de l'AECG par la mesure en cause. Il est précisé en second lieu "qu'en déterminant la consistance d'une mesure au regard du présent traité, le tribunal peut considérer, le cas échéant, le droit interne d'une partie comme un fait".

Au regard du droit étatique, ces précisions apparaissent en soi et *a priori* superflues. Si l'on tient compte du principe du droit international pour mesurer la conformité d'une mesure au droit étatique auquel renvoie une règle de droit international⁵², la disposition ne vient que le

⁵¹ Sentence CIRDI du 11 décembre 2013 (ARB/05/20), et décision du Comité ad hoc du 26 février 2016.

⁵² "La Cour rappelle qu'il appartient à chaque Etat, au premier chef, d'interpréter son droit interne. La Cour n'a pas, en principe, le pouvoir de substituer sa propre interprétation à celle des autorités nationales, notamment lorsque cette interprétation émane des plus hautes juridictions internes (voir, pour ce dernier cas, *Emprunts serbes, arrêt no 14, 1929, C.P.J.I. série A no 20*, p. 46, et *Emprunts brésiliens, arrêt no 15, 1929, C.P.J.I. série A*

réaffirmer. Celle-ci s'explique dès lors et surtout par le souci particulier à l'égard du droit de l'UE, du rôle exclusif de la CJUE dans l'interprétation et l'appréciation de sa validité, d'une part, et compte tenu, d'autre part, de la jurisprudence des tribunaux arbitraux d'investissement quant au statut de ce droit vacillant, d'une sentence à l'autre, entre celui de fait car intégré au droit interne de l'Etat membre, et de droit international autre que le TBI applicable et ne s'imposant pas au tribunal arbitral⁵³. C'est pourquoi la seconde précision précitée, vient trancher le statut du droit de l'Union européenne lorsque celle-ci ou l'un de ses Etats membres seront défendeur au litige face à un investisseur canadien; en effet, une telle précision n'aurait pas été nécessaire au regard du statut factuel du droit interne *classique*, règle trop bien connue d'une part, et, "le cas échéant" où il en serait autrement pour le Tribunal, viserait un litige entre l'investisseur d'un Etat membre l'opposant à un autre Etat membre de l'Union européenne, ou à celle-ci, d'autre part.

2- Les assurances autonomes et sérieuses à la crédibilité du Tribunal

Contrairement au milieu des magistrats, le milieu d'arbitrage et d'arbitre, qui n'est pas une profession, est interconnecté. Dans la mesure où, d'une affaire à l'autre, les rôles sont dans la pratique interchangeables entre arbitres, conseils, experts, témoins, la situation est susceptible de créer des conflits d'intérêt. L'ancienne version de l'AECG tentait plus ou moins d'y remédier à travers l'article relatif à la constitution du Tribunal arbitral.

La nouvelle version de l'AECG, plus qu'un toilettage, institue une véritable garantie, insérée dans le cadre d'une disposition autonome au sein de l'art. 8.30, intitulée "Règles d'éthique". En sus de la référence au Code de International Bar association, ainsi qu'au principe d'indépendance des membres du Tribunal par rapport aux Parties au différend, et à tout Etat

no 21, p. 124). Exceptionnellement, si un Etat propose de son droit interne une interprétation manifestement erronée, notamment afin d'en tirer avantage dans une affaire pendante, il appartient à la Cour de retenir l'interprétation qui lui paraît correcte" (CIJ, Affaire Ahmadou Sadio Diallo, RDC c. Guinée, 30 novembre 2010, § 70).

⁵³ Voir les sentences arbitrales sur la base des TBI intra européens telles que la sentence CIRDI Electrabel c. Hongrie du 30 novembre 2012, selon laquelle le droit de l'UE relève dans son intégralité (droit primaire et droit dérivé) de l'ordre juridique international (ARB/07/19), ou la sentence CIRDI Frères Micula c. Roumanie du 11 décembre 2013, selon laquelle le droit de l'UE est du droit interne ("factual matrix") et ne peut s'opposer au droit prévu dans le TBI (ARB/14/29), ou la sentence Eureko c. Slovaquie du 26 octobre 2010 sur la compétence selon laquelle le tribunal arbitral siégeant en Allemagne " can consider and apply EU law, if required, both as a matter of international law and as a matter of German law" (§283, arb. CNUDCI, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>), et pour laquelle la cour suprême allemande saisie pour annulation de la sentence, a, le 3 mars 2016, déclenché le renvoi préjudiciel à la CJUE.

ou Organisation, cette disposition interdit aux membres du Tribunal dès leur nomination le cumul non seulement dans tout litige en matière d'investissement, qu'il soit pendant ou nouveau dans le cadre de l'AECG, mais aussi dans le cadre de tout autre Traité. Le toilettage en l'occurrence est sans doute un indice fort de mettre un terme au "marché arbitral"⁵⁴ que dénoncent les détracteurs de l'arbitrage.

Pour d'autres, et par d'autres aspects également de la nouvelle version, l'arbitre de l'ancienne version prend toutefois la posture de magistrat/juge, éloignant le mécanisme du qualificatif arbitral.

II- Les interrogations, et les *a priori* sur la nature arbitrale du mécanisme, et les réponses.

Dans l'appréciation des éléments qui conduisent dans la nouvelle version du mécanisme de règlement des litiges à des scepticismes sur la conservation du mode arbitral, il est possible de faire la distinction entre les doutes *prima facie* (A), et les interrogations légitimes (B).

A- Les a priori pour la disqualification du mécanisme de sa nature arbitrale.

Des doutes sont jetés sur la nature consensuelle du mécanisme (1), aggravés par le mode de rétribution financière des membres du Tribunal (2), et par la réduction et l'effacement du rôle d'appui du CIRDI (3).

1- Le "Tribunal" ne serait pas un choix des parties au litige.

a-La création et la composition du Tribunal par le Comité mixte est- ce un critère disqualifiant?

Le Tribunal, nouvelle version, est décrit à l'art. 8. 27. C'est le Comité mixte de l'AECG qui, dès l'entrée en vigueur du Traité⁵⁵, nomme 15 membres pour 5 ans renouvelables une fois, et

⁵⁴ Voir, S. PUIG, « Social Capital in the Arbitration Market », *European Journal of International Law*, 2014, pp. 394 et s.

⁵⁵ En attendant, les exigences de l'entrée en vigueur de l'AECG en tant qu'accord mixte de l'Union européenne (<http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2016/07/comm-ceta-accord-mixte/index.html>), le champ d'application provisoire possible de l'Accord n'engloberait pas a priori son MRD, dès lors qu'aux termes de l'article 8.27.2, la constitution du Tribunal AECG par le Comité mixte est conditionnée et ne se fera que "dès l'entrée en vigueur" de l'Accord.

à raison d'un tiers de la nationalité des Etats de l'UE, d'un 1/3 du Canada et d'1/3 de la nationalité d'Etats tiers (8.27.2). Le Tribunal se divise en 5 formation d'instance ou de division, composée de 3 membres. Le Président de chaque division est le membre de tierce nationalité, et est choisi par tirage au sort en cette qualité pour deux ans. Lorsque le Tribunal est saisi d'une plainte, dans les 90 jours à partir de la présentation de la plainte par l'investisseur, les deux autres membres de la division sont nommés par le Président dans le lot des 5 arbitres ressortissants du Canada, et des 5 autres relevant de l'UE.

Faute d'être un critère décisif, cette absence du choix des membres par les parties au litige ne saurait éloigner le Tribunal d'une instance d'arbitrage.

D'une part, le choix dans la composition du Tribunal par les parties au litige n'a pas complètement disparu, notamment pour le cas des PME, ou en cas de faibles enjeux financiers du litige. L'investisseur peut en effet demander un Tribunal à "membre unique", et le défendeur bienveillant peut l'accepter (8.27.9).

D'autre part, s'agissant de la composition par un tiers, il peut en aller ainsi des institutions permanentes d'arbitrage, et pourtant leur nature arbitrale n'est pas contestée, même si les arbitres eux-mêmes sont désignés non par les parties, mais par les organes d'une telle institution. Dans le cas présent, il est ainsi possible de considérer qu' à travers le Comité mixte , l'UE et le Canada ont joué le rôle de ces autorités administratives et le fait qu'ils se retrouvent défendeurs devant ceux qu'ils ont indirectement choisis (à l'avance de par leur présence au Comité) est une donnée possible dans l'arbitrage CIRDI également, compte tenu de la liste d'arbitres du CIRDI.

S'agissant de l'investisseur plaignant qui n'aurait pas son mot à dire sur la composition ,ceci arrive dans l'arbitrage institutionnel, dont la mission es définie comme celle " d'organiser des arbitrages en application d'un règlement qu'elle a édicté et que les parties adoptent en convenant que leur litige sera réglé sous ses auspices »⁵⁶ , aucun critère supplémentaire n'est

⁵⁶ FOUCHARD (Ph.) "Typologies des institutions d'arbitrage", *Rev. arb.* 1990. 281.

exigé quant à un choix indispensable par les parties au litige qui soit prévu dans un règlement d'arbitrage auquel elles se soumettraient par consentement mutuel⁵⁷.

b- Le consentement des parties au *locus standi* du Tribunal, point décisif de l'arbitrage, serait-il présent?

La notion d'arbitrage est définie comme "l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été conférée par celles-ci"⁵⁸. Dans la théorie de l'arbitrage, c'est ce consentement qui fonde le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, et sans accord des deux parties aux litiges pour lui confier sa mission juridictionnelle, il n'y a point d'arbitrage.

Toute la question pour certains réside ainsi sur le point de savoir où se trouve pour ce Tribunal ce consentement mutuel des parties. La réponse est cependant des plus classiques dans l'arbitrage d'investissement devant le CIRDI, notamment, depuis les affaires AAPL et AMT⁵⁹, et des traités ouvrant la voie à l'arbitrage "without Privity"⁶⁰. Rien n'impose que le consentement ainsi exigé des deux à conférer cette mission soit exprimé dans un *instrumentum* unique, et donc au même moment ; en l'occurrence, l'offre préalable et écrite d'arbitrage faite par l'Etat dès la conclusion d'un Traité de protection des investisseurs, ici l'AECG, exprime son consentement préalable. Le consentement écrit de l'investisseur au principe, au système et fonctionnement envisagés par l'AECG pour régler le litige s'exprime, quant à lui, par et dès la présentation et soumission de sa plainte. Cela vaut acceptation, et l'article 8.25 le confirme, disposant que l'exigence du consentement écrit des deux parties est satisfaite selon le cas, soit, par référence aux termes de l'art. 25 de la Convention CIRDI, ou du chapitre II du Règlement du mécanisme supplémentaires du CIRDI, soit aux termes de

⁵⁷ Voir *infra* II.B.3.

⁵⁸ JARROSSON (Ch.) *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, p. 372.

⁵⁹ *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, *ICSID reports*, vol. 4, pp.246 ss, no. 2; *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Zaire*, *ICSID Reports*, vol. 5, pp. 11ss, nos. 5.19s

⁶⁰ PAULSSON (J) "Arbitration Without Privity", *ICSID Review*, vol. 10, 1995, p. 232; sous un autre angle, DERAIS (Y) "L'impact des accords de protection des investisseurs sur l'arbitrage", *Gazette du Palais* 2001, n°123, p. 10 et réf.

l'art. II de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales non nationales - qui n'exige pas davantage.

Tout autre est de savoir si, en saisissant le Tribunal AECG, l'investisseur est devant un fait accompli, ou bien, s'il exerce un véritable choix pour déférer son litige au Tribunal. En droit, il est difficile d'y voir un arbitrage forcé⁶¹, en lieu et d'un choix de l'investisseur, sinon autant de dispositions précitées sur l'interdiction des recours parallèles et sur la litispendance auraient été sans objet.

c- La procédure à suivre par le Tribunal est-elle le choix des parties?

En effet, dans l'arbitrage, il y a souvent un choix, par les parties au litige, de la procédure que doit suivre l'arbitre. Ce choix de procédure et le consentement à celle-ci sont bien présents ici. Le choix est même laissé, comme dans la plupart des TBI, à l'initiative de l'investisseur lors de la soumission de sa plainte, lorsqu'il s'agit de choisir entre la procédure de la Convention et du Règlement CIRDI, ou du Règlement CNUDCI (8.23.1 et 8.23.7), ou de "toutes autres règles dont les parties à un différend conviennent". Dans ce cas, si l'investisseur désire une telle procédure ad hoc à déterminer avec la Partie défenderesse, le consentement de celui-ci qui doit répondre dans un délai de 20 jour, est nécessaire naturellement (art. 8.23.3).

2- L'allégeance financière des membres du Tribunal

Les membres sont permanents et disponibles, et reçoivent à cet effet une rétribution fixe mensuelle déterminée par le Comité des échanges de l'AECG (aux alentours de 2000 dollars). De cette permanence et rétribution mensuelle, l'on ne saurait déduire toutefois que l'on est en présence de véritables juges, et non d'arbitres. Ce serait une présentation inexacte, puisqu'il ne s'agit que d'un fixe pour disponibilité. En vue de statuer sur chaque litige, leur émolument est calculé par référence au Règlement administratif et financier du CIRDI - en tous les cas pour l'instant, et tant que le Comité n'aura pas décidé autrement. D'autre part, la permanence

⁶¹ - autrement susceptible de remise en cause de la nature arbitrale du règlement de litige en vue de son exécution ; telles les difficultés rencontrées au départ du Tribunal arbitral du sport (voir, DECHERT, *The EU Succeeds in establishing court in its Trade Treaties with Canada and Vietnam*, https://www.dechert.com/files/Uploads/Documents/The_EU_succeeds_in_establishing_a_permanent_investment_court_in_its_trade_treaties_with_Canada_and_Vietnam_-_Dechert_-_03242016.pdf

est sans préjudice du caractère arbitral d'un organe ; pour ne citer que la Convention de New York, l'on « entend par « sentences arbitrales » non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrages permanents auxquels les parties se sont soumises », ce qui exclut les arbitrages forcés (art. 1. al. 2).

3- La réduction du rôle du Secrétariat du CIRDI en première instance, voire son effacement

Dans la nouvelle version, le rôle de soutien logistique et administratif du *Secrétariat* du CIRDI est maintenu expressément en première instance (art. 8.27.16). Il en est de même du rôle de son *Secrétaire général* en cas de difficulté de constitution de la division du Tribunal par le Comité AECG (art. 8.27.17)⁶². En revanche, son rôle a disparu en matière de récusation des membres du Tribunal. La décision sur la récusation qui est souvent confiée dans l'arbitrage aux autres membres du tribunal chargé de statuer sur l'affaire concernée⁶³, était confiée dans la première version de l'AECG au Secrétaire général du CIRDI, mais est désormais conféré au président de la CIJ (8.30.2). S'agissant de ces rôles d'assistance, les solutions prévues ne prouvent rien de transcendantal car, bien avant la création du CIRDI et des TBI, les clauses compromissoires ad hoc des State Contracts avaient conféré, par exemple, le rôle de suppléer à la défaillance dans la constitution du tribunal arbitral au président de la CIJ⁶⁴, voire avant elle, à celui de la CPJI⁶⁵.

Enfin, aucun rôle de support et d'assistance du CIRDI n'est prévu en instance d'appel, laquelle suscite de véritables interrogations légitimes sur le mécanisme, si l'on fait abstraction de la

⁶² Au-delà de 90 jours de la date de dépôt de la plainte, si le Comité CETA n'a pas nommé la division, chacune des parties au litige peut saisir le Secrétaire général du CIRDI selon la même règle que devait suivre le Comité des échanges.

⁶³ Voir p. exemple l'art. 58 de la Convention de Washington instituant le CIRDI.

⁶⁴ Ainsi, la sentence *Texaco Calasiatic c. Lybie* de 1977 précitée fut rendue par l'arbitre unique nommé par cette autorité.

⁶⁵ Voir le contrat de concession pétrolière BP conclu avec le gouvernement iranien (LANKARANI (L) *Les contrat d'Etat à l'épreuve du droit international*, ed. Bruylant, 2001, p. 300 et s.

qualification forcément arbitrale de la "sentence", compte tenu du régime auquel elle est soumise.

B- Les interrogations légitimes, malgré les caractéristiques arbitrales de la "sentence" in fine.

Les préconisations de la nouvelle version quant à l'instance d'appel, d'une part, (2) et à la force exécutoire de la "sentence" définitive soumise ou assimilée tantôt au régime des jugements et tantôt à celui des sentences arbitrales étrangères, d'autre part (1), suscitent de véritables interrogations notamment quant au classement du mécanisme dans les typologies préexistantes d'arbitrage que le sondage permet néanmoins de surmonter (3).

1- L'instance d'appel : quoi et quand ?

Le "Tribunal d'appel", qui n'était qu'une clause de rendez-vous dans l'ancienne version, se manifeste ainsi plus tôt que prévu au sein de l'art. 8.28, bien que pas tout à fait.

L'ensemble de l'organisation du Tribunal d'appel, quant à la composition, nomination, le nombre, la rémunération etc. ne figure pas dans l'Accord et devant être adoptée "rapidement" par le Comité mixte (art. 8.28.7). Alors que son "fonctionnement effectif" n'est pas arrêté par le Comité, il lui incombe aussi d'améliorer ce fonctionnement. Ainsi, le Tribunal d'appel est devenu une *semi clause de rendez-vous* quant à son organisation. Néanmoins, dans la mesure où, la division connaissant d'un appel dans un litige est composée de 3 membres tirés au sort parmi les membres du Tribunal d'appel, l'instance d'appel est sans doute un tribunal ad-hoc. Les règles de saisine sont bien présentes (art. 8.28.9), et le caractère suspensif de l'appel dans l'exécution de la décision du Tribunal de première instance y est souligné (art. 8.28.9. c). Celle-ci n'est pas une décision finale tant que le délai d'appel de 90 jours n'est pas écoulé, ou l'appel rejeté. Le délai pour la décision d'appel est de 90 jours également.

Quant aux pouvoirs du Tribunal d'appel, est nettement précisée l'étendue large de son pouvoir d'appel qui inclut un pouvoir de réformation, à savoir de confirmation, de modification, et d'infirmité (art. 8.28.2). En effet, en sus des cas d'ouvertures prévus à l'art. 52 de la Convention CIRDI, l'appel est possible pour erreur dans l'application et l'interprétation du droit applicable, et erreur manifeste d'appréciation des faits, pour autant, est-il précisé, qu'elles ne soient résorbables par les cas d'ouverture de recours en annulation CIRDI.

Les pouvoirs du Tribunal d'appel ne sont donc pas assimilables à ceux des Comités ad hoc CIRDI qui sont les seuls organes d'appel réduits à l'appel en annulation, et qui existent de nos jours en deuxième instance en matière d'arbitrage d'investissements étrangers. L'étendue de l'appel dans le mécanisme de l'AECG incluant ainsi l'appel réformation, n'est en soi point disqualifiant de la nature arbitrale de la décision du Tribunal en première instance. En effet, une sentence pour être qualifiée d'arbitrale n'a pas à être forcément définitive. Le caractère définitif de la sentence arbitrale a constitué l'un des principaux intérêts de l'arbitrage international – en raison du gain de temps et d'argent qui en découlerait, mais n'a jamais constitué un critère de qualification de l'arbitrage. Les discussions sur l'instauration ou non d'un appel réformation en matière d'arbitrage d'investissement remontent au début des années 90, et se sont poursuivies tant dans les travaux communs de l'OCDE et du CIRDI que dans la négociation des Accords de libre échange ou en matière de protection des investissements⁶⁶. Ainsi, à l'avantage du caractère définitif habituel – que d'aucun appelle "la philosophie traditionnelle de l'arbitrage d'investissement"⁶⁷ – est désormais opposé le risque de devoir s'accommoder de sentences erronées ou d'incohérences entre des sentences rendues sur des questions ou faits identiques ou très semblables, risque auquel les Comités ad hoc CIRDI, saisis des ouvertures d'appel existantes dans la Convention de Washington, ne permettent souvent⁶⁸ pas de remédier, ni par eux-mêmes ni par un tribunal CIRDI. L'instauration d'un appel réformation est donc sans préjudice du caractère arbitral de la décision rendue en première instance⁶⁹, et, "les suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales"⁷⁰ ne sauraient exclure l'instauration d'une instance

⁶⁶ Sur toutes ces séquences, voir notamment OCDE, "Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États : Vue d'ensemble", *Document de travail sur l'investissement international*, Numéro 2006/1, p. 3 et s.

⁶⁷ *Ibid.* p. 9

⁶⁸ Voir néanmoins, infra II, B.3.

⁶⁹ Ainsi qu'il a pu être souligné, "Appeal is a retrial of the merits of a dispute typically by a higher court or tribunal. Generally speaking *K. Hobér* International arbitration, res judicata and lis pendens, *RCADI* vol. 366, there is no room for appeals in international arbitration, unless the parties have so agreed in the arbitration agreement" (Hober(K) "International arbitration, res judicata and lis pendens", *RCADI* vol. 366, p.200).

⁷⁰ FOUCHARD (Ph), *Rev arb.*, 1998, p. 653.

internationale d'appel garante de la cohérence et de l'exactitude juridiques des prononcés arbitraux.

Quant au Tribunal d'appel lui-même, malgré les questions susdites non encore réglées, incombant au Comité mixte de l'AECG, la composition de sa division pour chaque affaire par tirage au sort et échappant aux parties au litige n'est pas une étrangeté dans un système d'arbitrage d'investissement. La composition des comités ad hoc CIRDI incombe au président du Centre et échappe aux parties au litige qui ne participent pas non plus à la nomination des membres.

2- La force exécutoire de la "sentence" soumise à quel régime ?

Le terme "sentence" conservé à juste titre dans l'AECG, aux termes de l'art. 8.41.1, celle-ci est obligatoire pour les parties au litige qui doivent l'exécuter sans délai

Pour les Parties à l'AECG, le régime conventionnel autonome de la sentence AECG constitué par l'incorporation d'instruments tels que la Convention de Washington, et son Règlement CIRDI, le mécanisme supplémentaire, le Règlement CNUDCI, et la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, constituent des obligations à respecter en vertu du *pacta sunt servanda* - tout comme le régime conventionnel autonome constitué, pour ses Parties, par la Convention de Washington instituant le CIRDI.

Concernant l'exécution, le régime de la sentence AECG est tantôt assimilé à celui des jugements nationaux, et tantôt à celui des sentences arbitrales étrangères. C'est dire que la sentence AECG est à visage multiple pour ce qui touche à sa reconnaissance et son exécution forcée (a), et n'est pas forcément à l'abri d'un refus d'exécution forcée si elle est confrontée à l'immunité d'exécution (b), mais dont l'enjeu n'est déterminant, en fin de compte, que s'agissant des Etats tiers à l'AECG.

a- Qualification ou statut différents de la sentence en vue de reconnaissance pour son exécution forcée.

En effet, il est dit que "l'exécution d'une sentence sera régie par les lois relatives à l'exécution des sentences ou des jugements en vigueur là où l'exécution est demandée" (art. 8.41.4). Ce régime à double visage de la sentence AECG, dans la nouvelle version, est construit en

fonction de la procédure arbitrale dont est issue la sentence, et du lieu de sa reconnaissance et exécution, quand bien même le lieu du siège du Tribunal amputé de ses précisions antérieures.

a.1-Sentence AECG, en posture de sentence CIRDI et à valeur de jugement national pour son exécution dans l'espace de l'AECG.

Pour la qualification, en vertu de l'art. 8.41.6, si la plainte est déposée en vertu du Règlement CIRDI, la sentence définitive AECG "est considérée comme une sentence au sens du chapitre IV, section 6, de la Convention CIRDI". Le renvoi à la section 6 a une portée large conférant aussi à la sentence AECG, par voie d'incorporation, le régime solide d'exécution d'une sentence CIRDI, laquelle a valeur de jugement national définitif sur le territoire des Etats parties à cette Convention⁷¹.

Mais d'un autre point de vue, c'est un recul par rapport à l'ancienne version qui semblait aboutir à ce résultat privilégié pour toutes les sentences AECG en disposant que " L'exécution d'une sentence est régie par les lois relatives à l'exécution des jugements en vigueur au lieu où l'exécution est demandée"⁷². La nouvelle version, en n'accordant le statut de jugement national qu'aux sentences AECG rendues en vertu de la procédure de Règlement CIRDI, traduit implicitement un double traitement des sentences AECG sur le territoire couvert par l'AECG, dès lors qu'il est par ailleurs précisé que la sentence est une sentence réputée se rapporter "à des *plaintes découlant d'une transaction ou d'un rapport commercial aux fins de l'art. 1 de la Convention de New York*" (art. 8.41.5). La référence à son article 1, garantit l'applicabilité *ratione materiae* de cette convention au nom de son §3, et neutralise au regard des litiges AECG l'applicabilité des réserves *ratione materiae* qui seraient émises par les Etats parties à la Convention de New York. En revanche, il n'existe aucune disposition y neutralisant le refus d'exécution possible de ces catégories de sentence AECG pour contrariété à l'ordre public du for tel qu'admis par l'art. V§2 de la Convention de New York.

a.2- Les sentences AECG au statut de sentence arbitrale étrangère pour la reconnaissance et l'exécution dans les Etats tiers à l'AECG.

⁷¹ Art. 54 de la Section 6 relatif à la reconnaissance et l'exécution.

⁷² Art. X.39.4 de l'ancienne version.

La référence à la Convention de New York vise aussi à prévoir le statut et le sort de la sentence sur le territoire des Etats tiers à l'AECG en vue de sa reconnaissance et son exécution forcée. En effet, au regard des Etats tiers à l'AECG, une sentence AECG, quelle que soit sa loi de procédure, n'est qualifiable ni de jugement national, ni de sentence CIRDI. Elle est une sentence arbitrale étrangère au sens de l'art. 1 de la Convention de New York pour ceux qui en sont signataires et qui n'ont pas émis de réserve *ratione materiae*; elle est donc susceptible de refus d'exécution de deux chefs possibles : la contrariété à l'ordre public, ou l'inarbitrabilité du litige (art. V§2), des moyens d'ordre public à soulever en principe d'office par le for saisi. Mais il n'y a rien d'alarmant dès lors que le sort des sentences CIRDI dépend des mêmes conditions sur le territoire des Etats non parties à la Convention de Washington.

a.3- La question de la garantie d'applicabilité ratione personae ou ratione loci de la Convention de New York : quel siège?

Le siège juridique de la sentence finale dans la nouvelle version est *a priori* indéterminable. Or, en terme d'assurance ou de garantie de l'applicabilité *ratione loci* de la Convention de New York quant à l'exécution forcée de la sentence⁷³, l'ancienne version contenait une disposition relative au "lieu de l'arbitrage", en le limitant aux seuls territoires des Etats parties à la Convention de New York⁷⁴. Sous réserve de l'effet de l'art. 16 §1 et 4 du Règlement CNUDCI, et de l'art. 19 du Règlement CIRDI mécanisme supplémentaire, auxquels règlements la procédure du Tribunal peut être soumise, la mention expresse a disparu de la nouvelle version à cet égard. La suppression de la mention explicite s'explique sans doute par l'entrée dans l'arène du Tribunal d'appel dont le fonctionnement et l'organisation sont en attente⁷⁵.

⁷³ Voir l'art. 1§3 de la Convention et sa réserve possible de réciprocité.

⁷⁴ "Article X.28 : Lieu de l'arbitrage. Les parties au différend peuvent convenir du lieu de l'arbitrage conformément aux règles d'arbitrage applicables, dans la mesure où ce lieu est situé sur le territoire d'une partie à la Convention de New York. Si les parties au différend ne réussissent pas à convenir d'un lieu d'arbitrage, le tribunal détermine le lieu d'arbitrage conformément aux règlements d'arbitrage applicables, dans la mesure où ce lieu est situé sur le territoire de l'une ou l'autre des Parties ou d'un État tiers qui est Partie à la Convention de New York".

⁷⁵ Voir supra II.B-1.

b- La question de l'invocation de l'immunité d'exécution contre l'exécution forcée de la sentence.

En principe, l'invocation de cette immunité, n'étant interdite ni par la Convention CIRDI (art. 55) ni par l'AECG à laquelle renvoie son art. 8.41.6. , est susceptible d'être utilisée par la Partie à l'AECG défendeur devant le for relevant d'une autre Partie. Une telle situation de mise en danger de la sentence AECG frôle l'hypothèse d'école du fait qu'elle est sanctionnable par l'AECG. L'invocation de l'immunité dans cette hypothèse signifierait pour la Partie (l'Etat ou l'Union européenne) ayant succombé, le non-respect de la force obligatoire de la sentence AECG, et le refus de l'exécuter en violation du principe de l'exécution de bonne foi des traités ; une telle situation devrait déclencher l'application de l'art. 8.42⁷⁶, et l'élévation du litige au niveau des Parties à l'Accord, voire la mise en oeuvre du mécanisme de règlement de conflit à ce niveau de l'AECG. La seconde hypothèse concernerait le choix de saisine par l'investisseur du for relevant d'un Etat autre que l'Etat débiteur en vue de l'exécution forcée de la sentence AECG ; le risque que prendrait celui-ci, et en connaissance de cause face aux aléas des règles d'immunités juridictionnelles internationales des Etats, ne serait pas spécifique à la sentence issue de AECG ; celui-ci n'étant pas le seul traité en la matière conclu sans préjudice des règles touchant à ces immunités.

3- Du nouveau ou de l'ancien ? remarques générales sur le mécanisme AECG nouvelle version. La conception de ce mécanisme essentiellement arbitral conçu dans les rapports entre le Canada, l'Union européenne et ses Etats membres, ne saurait s'expliquer par l'idée d'une adaptation de l'arbitrage d'investissement classique aux relations Nord-Nord, à idéologie ou niveau de développement similaire et fondées sur la confiance mutuelle qui réside entre les parties concernées par l'Accord.

⁷⁶ 1. Aucune des Parties ne peut porter plainte à l'échelle internationale, relativement à un litige engagé en vertu de l'article 8.23 (Présentation d'une plainte à l'arbitrage), à moins que l'autre Partie n'ait pas respecté la sentence rendue dans le litige.

2. Les Parties peuvent tout de même recourir au mécanisme de règlement des différends prévu au chapitre sur le règlement des différends à l'égard de toute mesure d'application générale, même s'il est allégué que cette mesure a violé l'accord en ce qui concerne un investissement particulier à l'égard duquel un litige a été engagé en vertu de l'article 8.23 (Présentation d'une plainte à l'arbitrage). Ce paragraphe ne porte pas atteinte à l'article 8.38 (Partie à l'Accord non partie au différend).

D'une part et en tant que tel, ce mécanisme a été mis en route la première fois dans une relation Nord-Sud, à savoir dans l'Accord entre l'Union européenne et le Vietnam⁷⁷ conclu en décembre 2015 et publié en février 2016⁷⁸.

D'autre part, parce que la matrice contemporaine qui se rapproche davantage de ce mécanisme dans ses traits développés dans la seconde partie de la présente étude, est le Tribunal des différends irano américains, et dont, par ailleurs, le caractère arbitral n'est plus à discuter⁷⁹.

Enfin, en cherchant plus loin, la matrice historique des deux, voire celle du système CIRDI, se trouve dans les Tribunaux arbitraux mixtes d'après la première guerre mondiale, dont l'une des caractéristiques résidait dans la pratique de la présentation directe des plaintes par les personnes privées devant un tribunal arbitral dont la composition souvent tripartite pouvait échapper ou non⁸⁰ à celles-ci selon les termes prévus par les parties au traité. Bien que de nature arbitrale⁸¹ car, "with judicial powers, which is the essential character of any mixed arbitral tribunal created by treaty"⁸², l'on constatait là aussi que "[t]he mixed arbitral tribunal was intended to be a real court, proceeded like a court, gave its decisions like a court, for the purpose of their being brought to execution and had its decisions brought to execution by the governments involved by so ordering"⁸³. Aussi, tant les pointages doctrinaux du caractère hérétique du système de l'AECG par rapport à l'arbitrage d'investissement connu jusqu'alors, que sa description par Cecilia Malmström, selon laquelle l'« AECG tient compte de notre nouvelle approche en matière d'investissements et de règlement des différends... en faisant

⁷⁷ Art.12 et suivants.

⁷⁸ <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>

⁷⁹ FOUCHARD (Ph.) "La nature juridique de l'arbitrage du Tribunal des différends irano-américains", in *Le Tribunal des différends irano-américains, Cahiers du CEDIN*, n° 1, 1985, p. 27; RAHMATULLAH (Kh) *The Iran-United States Claims Tribunal. Controversies, Cases and Contribution*, Nijhoff, 1990, spéc. p. 89 et s.

⁸⁰ *Ibid.* p.89.

⁸¹ - le différenciant des Commissions mixtes de réclamation qui le précédaient-

⁸² BURCHARD (A) "The Mixed Claims Commission and German Property in the United States of America", *AJIL*, 1927, p. 475-477

⁸³ RAHMATULLAH (Kh) *The Iran-United States Claims Tribunal. Controversies, Cases and Contribution*, Nijhoff, 1990, p. 88.

fonctionner le système *comme* une juridiction internationale"⁸⁴, deviennent, dès lors, bien relatifs et contingents.

En somme, le nouveau mécanisme serait une nouvelle dénomination pour une vieille chose concernant sa première instance, et ne suscite guère d'interrogation quant à la qualification de son instance d'appel qui n'aurait pas été déjà soulevée dans le cadre d'arbitrage d'investissement CIRDI. En effet, la doctrine a du mal à qualifier la nature juridique des comités ad hoc CIRDI, et trancher entre nature arbitrale ou nature judiciaire ; ainsi l'on peut lire sous la même plume dans des développements relatifs au statut des " arbitres neutres", l'exemple des Comité ad hoc CIRDI, qualifiés par ailleurs quant à leur fonction par rapport aux tribunaux CIRDI qui "relèvent bien de l'arbitrage ", comme "des formations de jugements d'un organe judiciaire international"⁸⁵.

Toute querelle sur la nature hors norme du Tribunal d'Appel de l'AECG ne serait, là aussi, qu'une vieille controverse implicite ou subconsciente, quand bien même présentée sous un jour nouveau, ici, le Tribunal d'Appel. Le fait que l'instance d'annulation du CIRDI ne soit pas une instance d'appel, formule souvent rappelée par les comités ad-hoc CIRDI, est sans préjudice des interrogations sur sa nature arbitrale ou non, d'une part, pas plus que l'absence du pouvoir de réformation du Comité ad-hoc, d'autre part, ne saurait se justifier par le fait que le Tribunal CIRDI serait un organe arbitral, et qu'*a contrario* le Tribunal AECG ne le serait pas.

Pour reprendre les formules de Philippe Fouchard, "[a]près avoir beaucoup hésité" et n'étant pas "le seul dans ce cas", l'on peut soutenir que le Tribunal AECG "est bien un tribunal arbitral"⁸⁶ et que son mécanisme d'appel n'est pas plus ou moins arbitral ou judiciaire qu'un comité ad-hoc CIRDI.

Concernant la compatibilité au regard des obligations découlant de la Convention de Washington instituant le CIRDI, des dispositions du Chapitre 8 de l'AECG sur la base des

⁸⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_fr.htm

⁸⁵ SANTULLI (C) *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, respectivement n° 118, p. 70 et n° 132, p. 76.

⁸⁶ *Op. cit. Cahiers du CEDIN, n° 1, 1985, p. 28.*

exigences de l'article 41.1 b. de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les griefs d'incompatibilité avec l'objet et le but, ou une disposition impérative, de la Convention CIRDI au regard notamment de l'article 53 de cette Convention⁸⁷, ne semblent pas devoir être réunis. La modification à travers l'ajout de deux cas d'ouverture supplémentaires, apportée au mécanisme d'appel annulation du CIRDI ne sauraient constituer une modification incompatible, dès lors que c'est davantage la restriction - modification qui établirait plutôt une telle incompatibilité et non l'inverse. Indépendamment de toute spéculation, deux séries d'observations empiriques semblent constituer des éléments de réponses plus certains. En effet, les dispositions de l'AECG, notamment quant à la fonction confiée au Secrétariat du CIRDI pour le Tribunal AECG, lesquelles ne peuvent résulter que suite au contact et d'acceptation préalable de ce Secrétariat, concourent à y voir une forte présomption d'absence d'incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but de la Convention CIRDI prise dans son ensemble. De même, à travers une interprétation extensive de son art. 52.1 b, et/ou e, le contentieux d'annulation du CIRDI n'est pas à l'abri d'un contrôle des erreurs de droit de la sentence par les comités ad hoc, pour ne citer que celles dans les affaires Klöckner et Amco⁸⁸ dont l'intensité de contrôle semble se renouveler dans d'autres décisions plus récentes⁸⁹.

Quoi qu'il en soit, et en attendant la réalisation éventuelle de la nouvelle clause de rendez-vous prévue pour un futur tribunal judiciaire international multilatéral et une cour d'appel de même gabarit (art. 8.29), la quiddité du mécanisme de règlement des différends de l'AECG s'explique, pour l'heure, par la loi de Lavoisier selon laquelle "*rien ne se perd rien ne se crée, tout se transforme*", une reprise, et pour cause, de la philosophie archaïque où "*rien ne naît ni ne périt, mais des choses déjà existantes se combinent, puis se séparent de nouveau*"⁹⁰.

⁸⁷ "La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention..." (Art. 53).

⁸⁸ RAMBAUD (P), "L'annulation des sentences *Klöckner et Amco*", *AFDI* 1986, p. 259.

⁸⁹ Voir REMY (B), CIRDI, Chronique des sentences arbitrales, *Journal du droit international* 2016, n°1, p. 236 et s.

⁹⁰ Anaxagore.