

(Traduction)

L'arbitrage investisseur-État, l'intervention judiciaire et la Convention du CIRDI au Canada

Par Martin Valasek et Azim Hussain, Ogilvy Renault s.r.l.*

La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la « Convention du CIRDI ») est un traité multilatéral dans le domaine de l'investissement international. La Convention met en place un système par lequel les investisseurs étrangers peuvent poursuivre un État d'accueil de l'investissement pour des fautes commises relativement à leurs investissements. La Convention limite la capacité des États d'accueil à invoquer l'immunité. Plus important, en vertu de son système procédural clos et particulier, la Convention exclut la possibilité de l'intervention des tribunaux nationaux dans le processus arbitral et prévoit l'exécution directe d'une sentence arbitrale finale en faveur de l'investisseur étranger, sans qu'il ne soit nécessaire pour l'investisseur de faire appel à des lois nationales sur la reconnaissance des sentences arbitrales et sans qu'il n'y ait la possibilité pour l'État d'accueil d'invoquer un quelconque motif pour annuler ou refuser de reconnaître la sentence devant un tribunal national.

Le Canada a signé la Convention du CIRDI le 15 décembre 2006. La Convention n'a pas encore été ratifiée. Le Canada n'est donc pas partie à cette Convention, et les ressortissants canadiens ne peuvent encore en bénéficier. Mais que peut offrir cette situation actuelle aux parties bénéficiant de la Convention qui choisissent un emplacement canadien comme le lieu de leur arbitrage? Peuvent-elles s'attendre à bénéficier du système clos de la Convention du CIRDI? La réponse est probablement non. Étant donné que toutes les provinces n'ont pas adopté une loi donnant effet à la Convention à l'intérieur de leurs frontières, les parties doivent savoir que le système clos prévu par la Convention du CIRDI n'existe pas encore au Canada et qu'il y a une possibilité que les tribunaux canadiens interviennent dans les procédures arbitrales ou que des motifs pour l'annulation d'une sentence arbitrale soient reçus par ces tribunaux. Les avantages du processus d'arbitrage du CIRDI n'auront probablement pas cours au Canada avant que toutes les provinces aient adopté une loi mettant en œuvre la Convention du CIRDI.

Le cadre législatif

La plupart des litiges en arbitrage sont régis par la législation provinciale¹. Toutefois, les arbitrages portant sur des litiges où le gouvernement fédéral ou les sociétés fédérales sont des parties, ou portant sur des questions en matière d'amirauté ou de droit maritime sont régis par une loi fédérale².

* Les points de vue exprimés appartiennent uniquement à leurs auteurs et, dans cette optique, ne représentent pas nécessairement l'opinion d'Ogilvy Renault.

1. Une telle législation provinciale est fondée sur la compétence provinciale constitutionnelle en matière d'administration de la justice dans la province (paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), et il serait raisonnable de prétendre que la législation est fondée aussi sur la compétence provinciale constitutionnelle en matière de la propriété et les droits civils (paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*).

² Voir la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. 1985, ch. 17, art. 5. La compétence constitutionnelle du gouvernement fédéral n'est pas limitée aux procédures impliquant le gouvernement fédéral, les sociétés

Le Canada est l'une des nombreuses juridictions ayant adopté la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* de 1985 (la « *Loi type* »). La *Loi type* n'est pas un traité, mais plutôt un plan directeur proposé par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international afin d'assurer un système juridique uniforme pour l'ensemble des juridictions pour les arbitrages commerciaux dans ces juridictions. La *Loi type* limite de manière importante le rôle des tribunaux au cours du processus arbitral. Toutes, ou la plupart des dispositions de la *Loi type*, ont été adoptées par le Parlement³ et les provinces⁴.

En ce qui concerne le rôle des tribunaux après le processus arbitral, notamment au stade de l'exécution des sentences arbitrales, la *Loi type* et la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (la « *Convention de New York* ») sont toutes deux des instruments applicables en droit international. La Convention de New York a été ratifiée par le Canada et mise en œuvre par le Parlement⁵, les provinces et les territoires⁶ pour leur juridiction respective. La Convention prévoit des motifs spécifiques pour lesquels un tribunal peut annuler ou refuser de reconnaître une sentence arbitrale étrangère. Ces motifs spécifiques sont également reflétés dans la *Loi type*. Les motifs invoqués par le débiteur de la sentence qui n'entrent pas dans cette liste doivent être rejetés.

fédérales et les litiges en matière d'amirauté ou de droit maritime, et le gouvernement pourrait probablement élargir les catégories prévues par la *Loi sur l'arbitrage commercial* pour couvrir d'autres domaines, mais il a pour une bonne part laissé la question de la procédure arbitrale aux provinces comme partie intégrante de la compétence constitutionnelle de ces dernières en matière d'administration de la justice dans les provinces et aussi, il serait raisonnable de prétendre, en vertu de la compétence constitutionnelle en matière de la propriété et les droits civils.

³ Sous la forme de l'annexe intitulée « Code d'arbitrage commercial » dans la *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. 1985, ch. 17.

⁴ **Québec** : *Code civil du Québec*, livre cinquième, titre deuxième, chapitre XVIII, et *Code de procédure civile*, livre VII, titre I; **Ontario** : *Loi sur l'Arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, c. I.9; **Manitoba** : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, C.P.L.M. c. C151; **Nouvelle-Écosse** : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.N.S. 1989, c. 234; **Terre-Neuve-et-Labrador** : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.N.L. 1990, c. I-15; **Alberta** : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.A. 2000, c. I-5; **Nouveau-Brunswick** : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.N.-B. 1986, c. I-12.2; **Saskatchewan** : *International Commercial Arbitration Act*, S.S. 1988-89, c. I-10.2; **Île-du-Prince-Édouard** : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. I-5; **Colombie-Britannique** : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233; **Territoire du Yukon** : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.Y. 2002, c. 123; **Territoires du Nord-Ouest** : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.T.N.-O. 1988, c. I-6; **Nunavut** : *Loi sur l'arbitrage commercial international*, L.R.T.N.-O. (Nu.) 1988, c. I-6.

⁵ *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. 1985, c. 16

⁶ **Québec** : *Code de procédure civile*, livre VII, titre II; **Ontario** : *supra* note 4; **Manitoba** : *supra* note 4; **Nouvelle-Écosse** : *supra* note 4; **Terre-Neuve-et-Labrador** : *supra* note 4; **Alberta** : *supra* note 4; **Nouveau-Brunswick** : *supra* note 4; **Saskatchewan** : *Loi de 1996 sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, L.S. 1996, c. E-9.12; **Île-du-Prince-Édouard** : *supra* note 4; **Colombie-Britannique** : *Foreign Arbitral Awards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 154; **Territoire du Yukon** : *Loi sur les sentences arbitrales étrangères*, L.R.Y. 2002, c. 93; **Territoires du Nord-Ouest** : *supra* note 4; **Nunavut** : *supra* note 4.

Le statut de la Convention du CIRDI au Canada

La Convention du CIRDI limite, encore plus que la Loi type et la Convention de New York, le rôle des tribunaux dans les arbitrages auxquels elle s'applique. Le Canada a signé la Convention du CIRDI le 15 décembre 2006. Le Canada ratifiera la Convention une fois que les provinces auront adopté les lois de mise en œuvre. Comme le Canada n'a pas encore ratifié la Convention du CIRDI, il n'est pas encore une partie à la Convention.

Le gouvernement fédéral a adopté une loi mettant en œuvre la Convention du CIRDI, mais elle n'est pas encore en vigueur⁷. Dans la mesure où la Convention du CIRDI porte sur des objets qui sont généralement de juridiction provinciale, par exemple la procédure arbitrale comme objet de l'administration de la justice dans la province, la législation provinciale est nécessaire pour que la Convention soit en vigueur. Ce n'est que lorsque toutes les provinces auront adopté des lois de mise en œuvre de la Convention, ou se soient engagées à le faire, que le Canada pourra ratifier la Convention. Le gouvernement fédéral ne peut pas outrepasser le partage constitutionnel des compétences par le biais de la signature d'accords internationaux⁸.

Les traités de droit privé conclus après la Convention du CIRDI incluent souvent ce qu'on appelle une « clause fédérale » permettant à un État fédéral comme le Canada de devenir partie à une convention sans que toutes ses provinces aient adopté l'instrument. Dans de telles situations, un État fédéral peut limiter l'application d'une convention aux provinces qui l'ont adoptée.

Étant donné que la Convention du CIRDI ne contient pas de clause fédérale, le Canada doit mettre en œuvre la Convention dans chacune de ses provinces et dans ses territoires pour y devenir partie. Au moment d'écrire ces lignes, seuls quelques provinces et territoires avaient adopté des lois de mise en œuvre⁹. De plus, l'entrée en vigueur de ces lois de mise en œuvre dans chaque province qui les a adoptées, dépend de l'adoption de lois de mise en œuvre par l'ensemble des provinces et territoires et de la ratification de la Convention par le Canada. Le calendrier d'adoption de telles lois dans les autres territoires et provinces n'est pas certain.

Tant que la Convention n'a pas été ratifiée, la signature de la Convention du CIRDI par le Canada n'aura pas d'effet sur l'interprétation par un tribunal canadien de sa juridiction en vertu des lois d'arbitrage applicables pour intervenir dans les procédures arbitrales du CIRDI ou pour contester une sentence du CIRDI.

⁷ *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*, L.C. 2008, ch. 8.

⁸ La Cour suprême du Canada a réaffirmé ce principe dans l'arrêt *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, paragraphe 113. Voir également P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. (Scarborough : Thomson Carswell, 2007) aux pages 11-15, et G. van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2008) à la page 270.

⁹ **Colombie-Britannique** : *Settlement of International Disputes Act*, S.B.C. 2006, C. 16; **Terre-Neuve-et-Labrador** : *Settlement of International Disputes Act*, S.N.L. 2006, c. S-13.3; **Saskatchewan** : *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*, L.S. 2006, c. S-47.2; **Ontario** : *Loi de 1999 sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*, L.O. 1999, c. 12, annexe D; **Territoires du Nord-Ouest** : *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*, L.T.N.-O. 2009, c. 15. Voir également R. East (2007), « Canada Signs International Convention on the Arbitration of Investment Disputes », 7:1 *Canadian International Lawyer* aux pages 37-38.

La règle d'interprétation d'après laquelle les tribunaux canadiens doivent éviter d'interpréter le droit national d'une manière qui soit incompatible avec les obligations juridiques internationales du Canada¹⁰ ne s'appliquerait pas dans ce cas-ci. Lorsqu'un traité doit être conclu par une ratification formelle, comme c'est le cas ici¹¹, la signature d'un État n'est pas suffisante pour exprimer le consentement de l'État à être contraint¹².

Par conséquent, une interprétation de la législation applicable qui serait incompatible avec la Convention du CIRDI, par exemple permettre une intervention judiciaire dans un arbitrage CIRDI qui a lieu au Canada, ne serait pas incompatible avec les obligations internationales du Canada. La signature de la Convention du CIRDI par le gouvernement fédéral n'a aucune conséquence directe pour l'interprétation des lois d'arbitrage par les tribunaux canadiens.

L'intervention dans les procédures arbitrales et la contestation d'une sentence du CIRDI par les tribunaux canadiens

Les tribunaux canadiens décideraient probablement qu'ils ont le pouvoir d'intervenir dans les procédures arbitrales du CIRDI ou de contester une sentence d'un tribunal du CIRDI siégeant au Canada (dans les limites imposées par la loi d'arbitrage applicable). Ce n'est qu'à partir du moment où la législation fédérale ou provinciale de mise en œuvre de la Convention sera en vigueur qu'on pourra dire qu'il n'y a aucun risque de voir une intervention judiciaire dans un processus arbitral là où les parties se sont entendues sur l'application de la Convention du CIRDI et des règles d'arbitrage du CIRDI.

¹⁰ Règle qu'on appelle souvent la « présomption de conformité ». Voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, au paragraphe 53.

¹¹ Voir l'article 68 de la Convention du CIRDI et la *Note concernant la signature et la ratification, l'acceptation ou l'approbation de la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'Autres États*.

¹² I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7^e éd. (Oxford : Oxford University Press, 2008) à la page 610. Ceci est assujéti à l'exception de l'application provisoire mais la Convention du CIRDI ne contient pas un régime d'application provisoire.