

LOI SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS ET COMMENTAIRES

*Dominique D'Allaire**

L'article présente la loi canadienne de mise en œuvre de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention du CIRDI)*. Le CIRDI est un centre dédié à la résolution des différends relatifs aux investissements qui offre une structure institutionnelle pour la conciliation et l'arbitrage entre les états et les investisseurs étrangers. La loi de mise en œuvre dont il est question permet de reconnaître et d'exécuter les sentences arbitrales du CIRDI au Canada. Le texte couvre les dispositions de la loi qui traitent, outre de la reconnaissance et de l'exécution des sentences, de l'exclusion des propos tenus lors de séances de conciliation, des privilèges et immunités du CIRDI ainsi que ceux applicables aux personnes exerçant des fonctions en vertu de la *Convention* comme les arbitres et les témoins. La loi prévoit de plus un ensemble de règles pour la détermination de son application, c'est-à-dire par rapport aux sentences couvertes, l'application dans le temps, et les conflits avec d'autres lois.

The article introduces the Canadian ICSID Convention implementing legislation. ICSID is a centre dedicated to the resolution of investment disputes which offers an institutional setting for conciliation and arbitration between investors and states. The Canadian implementing legislation ensures that ICSID arbitral awards are recognised and enforced in Canada. The article covers the provisions of the Act dealing not only with recognition and enforcement of ICSID awards but also the exclusion of statements made during conciliation proceedings and privileges and immunities of the Centre as well as those applicable to individuals performing duties covered by the Convention such as arbitrators and witnesses. Moreover, the Act provides a set of rules to determine the awards covered the application *ratione temporis* of the Act and the effect of conflicting rules of law.

* Dominique D'Allaire est membre des Barreaux du Québec et de l'Ontario et travaille depuis plus de 10 ans pour le gouvernement du Canada. Le présent article a été rédigé dans le cadre d'un détachement pour fins de recherche et d'études entre 2007 et 2009. Les commentaires et opinions exprimés dans cet article ne doivent pas être attribués au gouvernement du Canada mais uniquement à l'auteur. Toute erreur ou omission est attribuable à l'auteur. Dominique D'Allaire est titulaire d'un B.A. de l'Université York à Toronto, d'un LL.B. de l'Université de Sherbrooke et d'une M.Fisc de cette même université.

Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) est une organisation internationale dédiée exclusivement au règlement des différends entre les investisseurs étrangers et l'État hôte. Cette organisation méconnue de la population en général et des juristes qui n'œuvrent pas dans le domaine de l'arbitrage international joue un rôle de première importance dans la protection des investissements internationaux. Le CIRDI a été institué par la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*¹. La signature de la *Convention du CIRDI* par le Canada en 2006 laisse présager une ratification prochaine. À cette fin, le gouvernement fédéral a adopté une loi de mise en œuvre de la *Convention du CIRDI* en 2008, la *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*².

Cette loi joue un rôle de premier plan dans l'ordre juridique régissant les investissements internationaux dans la mesure où un grand nombre d'investissements sont protégés par des clauses arbitrales référant aux mécanismes du CIRDI. En sus, il est clair que la protection juridique des investissements internationaux au moyen de traités élaborés à cette fin est de première importance pour les investisseurs étrangers. Ce qui confère une véritable protection aux investisseurs étrangers est non seulement la protection offerte par un traité mais aussi l'adjudication des différends par une entité impartiale et indépendante et l'exécution efficace de la sentence en résultant. À la suite de la résolution d'un différend par l'arbitrage, la *Convention du CIRDI* permet la reconnaissance et l'exécution de la sentence du CIRDI de manière rapide et efficace dans tous les États parties à celle-ci.

La ratification de la *Convention du CIRDI* par le Canada permettra aux investisseurs canadiens d'avoir accès aux mécanismes de résolution des différends du CIRDI; et la loi qui fait l'objet de la présente étude met en œuvre la *Convention du CIRDI* au Canada. Elle vise en pratique les investisseurs étrangers voulant faire reconnaître et exécuter une sentence du CIRDI au Canada et les investisseurs canadiens ou autres cherchant à exécuter une sentence contre les actifs d'un État étranger au Canada. Le CIRDI offre aussi des services de conciliation, mais cette méthode de règlement des différends n'est que très peu touchée par la Loi.

I. L'objet de l'étude

Le présent article a pour objet de présenter la *Loi de mise en œuvre* et de commenter l'application de chacune de ses dispositions. Il répondra aux questions des utilisateurs, tant les praticiens que les juges et le personnel des cours de justice, traitant d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence du CIRDI. En d'autres mots, les commentaires ne couvrent pas les procédures d'arbitrage et de conciliation régies par la *Convention du CIRDI* qui sont indépendantes de la *Loi de*

¹ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 161. [*Convention du CIRDI*].

² *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*, L.R.C. 2008, c. 8 (non en vigueur) [*Loi de mise en œuvre ou Loi*].

mise en oeuvre, mais seulement la législation portant sur la reconnaissance et l'exécution des sentences sous l'égide de la loi fédérale.

La *Loi de mise en œuvre* met en œuvre la *Convention du CIRDI* en droit canadien. La mise en œuvre est limitée dans la mesure où seules les dispositions qui ont été jugées requises en droit canadien ont été reprises ou adoptées par renvoi. Cette pratique relativement commune reflète le fait que certains éléments contenus dans les traités ne sont pas requis en droit national. Ainsi, la *Convention du CIRDI* apparaissant en annexe à la *Loi de mise en œuvre* n'est pas incorporée comme telle en droit canadien. Pour cette raison, le présent commentaire ne discute pas de la *Convention du CIRDI* dans son ensemble; il se limite aux questions relatives aux dispositions de la *Loi de mise en œuvre*: objet, portée, interprétation et interrelation entre cette dernière et la *Convention du CIRDI* d'une part et le droit canadien d'autre part.

D'autres ouvrages offrent de l'information sur le règlement d'arbitrage du CIRDI³. La présente étude vise exclusivement la *Loi de mise en œuvre*. Elle reprend les dispositions de celle-ci article par article et commente leur application. Cette présentation a été jugée la plus apte à répondre aux questions directement liées à la *Loi de mise en œuvre*. La présente étude traite par ailleurs des dispositions avant leur entrée en vigueur, c'est-à-dire sans le bénéfice d'avoir pu constater leur fonctionnement en pratique et en l'absence de décisions judiciaires portant sur l'une ou l'autre des dispositions. Bien que le projet de loi ait reçu la sanction royale, il entrera en vigueur à une date indéfinie par décret du gouvernement.

La *Loi de mise en œuvre* pourrait être utile dès son entrée en vigueur, dans la mesure où des investisseurs étrangers détenteurs d'une sentence du CIRDI pourront, s'ils le souhaitent, la faire exécuter au Canada (à l'encontre d'actifs d'états étrangers par exemple). Par ailleurs, nous notons que certains investisseurs canadiens bénéficient déjà d'ententes avec des États étrangers qui sont couvertes par une clause CIRDI, notamment par le truchement des Accords sur la protection des investissements étrangers (APIE) et l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*⁴, qui font déjà référence au CIRDI pour le règlement des différends portant sur les investissements. Bien que ces ententes soient pour le moment inefficaces, la ratification par le Canada de la *Convention du CIRDI* permettra aux investisseurs canadiens et aux investisseurs étrangers, en ce qui a trait à leurs investissements au Canada, d'avoir recours à l'arbitrage et à la conciliation offerts par le CIRDI.

³ Voir Lucy Reed, Jan Paulsson et Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2004 [Reed, Paulsson et Blackaby]; Alan Redfern et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet & Maxwell, 2004 [Redfern]. Pour de l'information sur la *Convention du CIRDI* elle-même, voir aussi Christoph H. Schreuer et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009 [Schreuer].

⁴ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n°2, 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

Le texte aborde la Loi article par article et commente les effets juridiques des dispositions au regard du droit canadien et des objectifs de la Convention. Les encadrés présentent les dispositions de la loi en anglais et en français ce qui permet au lecteur de percevoir certaines nuances entre les deux langues. Finalement, l'ordre de présentation des articles suit la Loi, à quelques exceptions près.

II. Définitions des termes « sentence » et « Convention »

Definitions	2. The following definitions apply in this Act.	2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.	Définitions
“award” « sentence »	“award” means an award rendered by the arbitral tribunal established under article 37 of the Convention and an interpretation, revision or annulment, if any, of the award under the Convention.	« Convention » La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, dont le texte figure à l'annexe.	« Convention » “Convention”
“Convention” « Convention »	“Convention” means the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, the text of which is set out in the schedule.	« sentence » Décision rendue par le Tribunal arbitral constitué en vertu de l'article 37 de la Convention; sont assimilées à la sentence l'interprétation, la révision ou l'annulation d'une telle décision sous le régime de la Convention. ⁵	« sentence » “award”

Les définitions viennent préciser et surtout limiter l'application de la *Loi de mise en œuvre*, qui porte sur le règlement des différends internationaux. Elle ne s'applique pas aux sentences arbitrales autres que les sentences du CIRDI. Pour mentionner l'évidence, elle ne vise donc pas les sentences relatives aux différends investisseur-État en général, mais bien seulement les sentences du CIRDI. Elle ne vise pas non plus les sentences rendues en vertu du *Règlement régissant le Mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*⁶.

A. Définition de sentence

Cet article met en œuvre l'article 53(2) de la *Convention du CIRDI* qui précise qu'une « “sentence” inclut toute décision concernant l'interprétation, la révision ou l'annulation de la sentence prise en vertu des articles 50, 51 ou 52 »⁷.

⁵ *Loi de mise en œuvre*, supra note 2, art. 2.

⁶ *Règlement régissant le Mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, en ligne : ICSID-CIRDI <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra/partA.htm>> [*Mécanisme supplémentaire du CIRDI*].

⁷ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 53(2).

Outre les situations couvertes par les articles 50, 51 et 52 de la *Convention du CIRDI*⁸, seules les sentences rendues par un tribunal établi conformément à l'article 37 de cette convention⁹ sont couvertes par la définition de sentence. Une sentence n'est pas limitée aux sentences sur le fond, mais peut aussi porter sur la compétence ou la recevabilité de la demande lorsque le tribunal détermine qu'il n'a pas compétence¹⁰.

Le tribunal doit remplir les exigences relatives aux sentences prévues à l'article 48 de la *Convention du CIRDI*, et chaque sentence est finale¹¹. Ainsi, une décision déclarant l'irrecevabilité d'une demande est une sentence, alors qu'une décision préliminaire reconnaissant la compétence du tribunal fera partie de la sentence, mais ne constitue pas en elle-même une sentence. Les exigences de l'article 48 de la *Convention du CIRDI* s'appliquent aussi à la portion de la sentence qui traite de la compétence, et le tribunal s'assurera que la décision préliminaire est rendue par écrit et est motivée de la même manière que si elle était incluse dans la sentence finale. À cet égard, dans le cas particulier où une partie souhaiterait qu'une cour de justice saisie d'une demande réfère les parties à l'arbitrage, la partie requérante pourrait soumettre la sentence déclarant l'irrecevabilité d'une demande pour fin d'établir que l'incompétence du tribunal du CIRDI est chose jugée.

Tel que discuté ci-après sous l'article 6 de la *Convention du CIRDI*, les sentences du CIRDI peuvent faire l'objet d'une demande d'interprétation, de révision ou d'annulation. Ces décisions sont aussi des sentences, ou, dépendamment de leur contenu et portée, font partie de la sentence. À titre d'exemple, une demande de clarification faite auprès du tribunal en vertu de l'article 50 de la *Convention du CIRDI* fera partie de la sentence.

Soulignons que les mesures préliminaires, notamment les mesures conservatoires, ne sont pas des sentences au sens de la *Convention du CIRDI*¹². Si elles devaient être ordonnées par un tribunal, les cours canadiennes n'auraient pas l'obligation de leur donner effet sous le régime de la *Loi de mise en œuvre* (voir discussion sous l'article 7 ci-après concernant l'exclusivité des recours sous la *Convention du CIRDI*).

Un mécanisme particulier existe pour les situations où la suspension de l'exécution de la sentence a été ordonnée (voir le commentaire relatif à l'article 8(3) de la *Loi sur la mise en œuvre*).

En pratique, pour déterminer s'il s'agit d'une sentence du CIRDI, les cours canadiennes demanderont la copie certifiée émise par le CIRDI (voir discussion sous l'article 8 ci-après).

⁸ *Ibid.*, art. 50-52 (Section 5. De l'interprétation, de la révision, et de l'annulation de la sentence).

⁹ *Ibid.*, art. 37.

¹⁰ Schreuer, *supra* note 3, c. « Article 47 » aux para. 22-23.

¹¹ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 48. Voir aussi Rudolph Dolzer et Christoph H. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p. 287 [Dolzer et Schreuer].

¹² Schreuer, *supra* note 3, c. « Article 47 » au para. 4.

Il existe deux types de sentences rendues par des arbitres agissant sous l'autorité du CIRDI : celles issues d'un tribunal établi en vertu de la *Convention du CIRDI* et celles issues d'un tribunal constitué en vertu du *Mécanisme supplémentaire du CIRDI*. Toutefois, seulement les premières sont couvertes par la *Convention du CIRDI* et font l'objet du traitement qui y est prévu. Les termes « un tribunal arbitral constitué en vertu de l'article 37 de la Convention » dans la définition confirment cette interprétation. Les sentences rendues en vertu du *Mécanisme supplémentaire du CIRDI* font l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution en vertu d'autres lois, telle la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*¹³, laquelle met en œuvre la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*¹⁴.

B. Définition de Convention

Le terme « Convention » est défini dans la *Loi de mise en œuvre*, bien que l'absence de définition n'aurait probablement pas causé d'ambiguïté étant donné l'objet de la *Loi*. Il est important de noter ici que le texte de la *Convention du CIRDI* qui se trouve en annexe de la *Loi de mise en œuvre* n'a pas été promulgué. Ainsi, les justiciables canadiens ne peuvent invoquer ses dispositions devant les cours de justice à moins que l'une ou l'autre des dispositions n'ait été adoptée par la *Loi*. Cette dernière ne met donc pas en œuvre le processus complet d'adjudication existant sous la *Convention du CIRDI*. Elle vise seulement la mise en œuvre des dispositions nécessaires pour transposer en droit canadien les obligations internationales découlant du traité.

En sus de certains éléments ancillaires, tels les privilèges et les immunités, la *Loi de mise en œuvre* reconnaît le résultat du processus d'adjudication de la *Convention du CIRDI* et met en place les mesures législatives nécessaires à la reconnaissance et l'exécution des sentences. Cette manière de mettre en œuvre les traités internationaux est conforme à la pratique canadienne en la matière, notamment en ce qui a trait aux sentences rendues en vertu de l'*ALÉNA*¹⁵, mais aussi conformément au droit constitutionnel canadien, qui distingue les obligations internationales du Canada relevant de la prérogative et l'incorporation en droit canadien de ces obligations dans la mesure où cela est requis¹⁶.

¹³ *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. 1985 (2^e suppl.), c. 16 [*Loi sur la Convention de New York*].

¹⁴ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 7 juin 1959) [*Convention de New York*].

¹⁵ *Council of Canadians c. Canada (Attorney General)* (2006), 217 O.A.C. 316 (Ontario C.A.) [*Council of Canadians*].

¹⁶ *Canada (Attorney General) c. Ontario (Attorney General)*, [1937] A.C. 326 (Prov. C.). Voir aussi Jutta Brunnée et al., *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7^e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2006 à la p. 206.

III. Application

A. Remarques préliminaires

Avant d'aborder les articles 4 et 12 de la Loi qui portent sur l'application dans le temps et de l'entrée en vigueur, deux éléments périphériques à l'application de la Loi, soit son titre et son interrelation avec d'autres lois, sont présentés.

An Act to implement the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention)	Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:	Loi de mise en œuvre de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention du CIRDI)	Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :	1. Titre abrégé : <i>Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements</i> . ¹⁷	Titre abrégé
Short title	1. This Act may be cited as the <i>Settlement of International Investment Disputes Act</i> .				

Le titre de la *Loi de mise en œuvre* pourra éventuellement servir au moment de l'interprétation de ses dispositions, dans la mesure où une ambiguïté quant à la portée de certains termes pourrait survenir. Un juge pourra ainsi utiliser l'objet de la législation en question dans la détermination de la portée d'une disposition ou du sens à lui donner¹⁸. La *Loi de mise en œuvre* sera interprétée eu égard à son objet, qui est de mettre en œuvre en droit canadien les obligations internationales du Canada découlant de la ratification de la *Convention du CIRDI* conformément aux usages constitutionnels pour la ratification d'ententes internationales.

Le titre de la *Loi de mise en œuvre* permettra aussi de dissiper tout doute quant à l'intention véritable du législateur en ce qui a trait à la mise en œuvre de la *Convention du CIRDI*. Ainsi, nous sommes d'avis, que tout argument voulant qu'il y ait absence d'intention claire de mettre en œuvre la *Convention du CIRDI* ne pourra être retenu¹⁹.

¹⁷ *Loi de mise en œuvre*, supra note 2, préambule et art. 1.

¹⁸ *La Reine c. Sommerville*, [1974] R.C.S. 387 à la p. 391; *Rizzo & Rizzo Shoes (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

¹⁹ La décision de la Cour suprême dans *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134 [*MacDonald*], indique qu'en l'absence d'indications claires d'une intention de mettre en œuvre une convention internationale, la Cour ne peut présumer une telle intention du législateur. Il semble par ailleurs que cette exigence se soit assouplie dans les récentes décisions de la Cour suprême et d'autres cours qui cherchent maintenant l'intention du législateur pour déterminer si un traité est incorporé en droit canadien. Voir *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*; *Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41; voir aussi *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401 au para. 7 (voir toutefois la référence à *MacDonald* au para. 57). Voir aussi *Pfizer Inc. c. Canada*, [1999] 4 F.C. 441; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 49.

Interpretation if inconsistency	3. Despite section 5 of the <i>United Nations Foreign Arbitral Awards Convention Act</i> , in the event of an inconsistency between that Act — or the <i>Commercial Arbitration Act</i> — and this Act or the Convention, this Act or the Convention, as the case may be, prevails to the extent of the inconsistency.	3. La présente loi et la Convention l'emportent sur les dispositions incompatibles de la <i>Loi sur l'arbitrage commercial</i> et de la <i>Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères</i> , et ce malgré l'article 5 de celle-ci. ²⁰	Incompatibilité
---------------------------------	--	---	-----------------

Cette formulation alambiquée vise à assurer que les dispositions de la *Loi sur l'arbitrage commercial*²¹ et la *Loi sur la Convention de New York*²² ne s'appliquent pas à la reconnaissance et à l'exécution des sentences du CIRDI.

La *Loi sur la Convention de New York* prévoit à son article 5 que « [I]es dispositions de la présente loi et la Convention l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi »²³. L'objectif de l'article 3 de la *Loi de mise en œuvre* est d'assurer la prévalence de celle-ci sur toutes autres dispositions contraires en matière d'arbitrage. Bien que la lecture conjointe des deux dispositions puisse porter à confusion, nous sommes d'avis que le seul résultat possible en harmonie avec les deux lois est que les sentences du CIRDI sont assujetties exclusivement à la *Loi de mise en œuvre*. Les autres sentences arbitrales étrangères sont quant à elles soumises à la *Loi sur la Convention de New York*.

En termes d'effet pratique, cette disposition fait en sorte que les motifs pour refuser l'exécution d'une sentence prévus à l'article V de la *Convention de New York*²⁴ qui sont incorporés à la *Loi sur la Convention de New York* ne s'appliquent pas aux sentences du CIRDI. Ces motifs autrement applicables sont : l'incapacité d'une partie, le vice de procédure, la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis, ou le tribunal a autrement excédé sa compétence. La *Convention du CIRDI* ne prévoit aucun recours de ce genre devant les tribunaux nationaux. Elle est plutôt un système autonome qui prévoit des mécanismes internes de révision, d'annulation et d'interprétation²⁵.

B. Application de la Loi de mise en œuvre dans le temps

Application	4. This Act applies to awards rendered, arbitration agreements entered into and conciliation proceedings commenced under the Convention before or after the coming into force of this Act.	4. La présente loi s'applique aux sentences rendues, aux accords d'arbitrage conclus et aux procédures de conciliation entamées sous le régime de la Convention avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi. ²⁶	Application
-------------	--	--	-------------

²⁰ *Loi de mise en œuvre*, supra note 2, art. 3.

²¹ *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C. 1985, (2e suppl.), c. 17.

²² *Loi sur la Convention de New York*, supra note 13.

²³ *Ibid.*, art. 5.

²⁴ *Convention de New York*, supra note 13, art. V.

²⁵ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 50-52 (Section 5. De l'interprétation, de la révision, et de l'annulation de la sentence).

Cette disposition ne doit pas être confondue avec l'entrée en vigueur de la *Loi de mise en œuvre*, qui est prévue à l'article 12 de celle-ci²⁷. Elle vise plutôt l'application de la *Loi de mise en œuvre* une fois qu'elle sera en vigueur.

L'application pratique la plus importante de la *Loi de mise en œuvre* touche la reconnaissance et l'exécution des sentences du CIRDI. La *Convention du CIRDI* ne prévoit pas de règles détaillées concernant l'application des obligations des États dans le temps suite à la ratification. Elle prévoit seulement qu'à l'égard de tout État déposant son instrument de ratification après l'entrée en vigueur de la *Convention du CIRDI* sur le plan international, elle entrera en vigueur 30 jours après la date dudit dépôt²⁸. L'article 69 de la *Convention du CIRDI* stipule que « tout État contractant doit prendre les mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires en vue de donner effet sur son territoire aux dispositions de la présente Convention »²⁹. Il ressort de la lecture de cet article que les États ratifiant la *Convention du CIRDI* doivent s'assurer que les obligations qui leur incombent en vertu de l'adhésion sont incorporées dans le droit national dans la mesure nécessaire et prennent effet 30 jours après la date du dépôt de l'instrument de ratification. Puisque la *Convention du CIRDI* ne fait pas de distinction entre les sentences rendues avant ou après son entrée en vigueur, un État ratifiant doit s'assurer de couvrir les sentences du CIRDI rendues avant l'entrée en vigueur de la *Convention*. Conformément à ces exigences, la *Loi de mise en œuvre* prévoit que toutes les sentences du CIRDI, même celles rendues avant son entrée en vigueur, sont couvertes. Un principe similaire est applicable aux accords d'arbitrage eux-mêmes.

L'État ratifiant la *Convention du CIRDI* doit aussi légiférer en matière de privilèges et d'immunités. Cette obligation couvre le Centre, les individus impliqués dans les procédures d'arbitrage ou de conciliation du CIRDI, les dépositions de témoins et les offres de règlement. Il nous apparaît difficile de déterminer si l'article 4 de la *Loi de mise en œuvre* s'applique aussi aux privilèges et aux immunités. Bien que les privilèges et immunités puissent être relatifs à des arbitrages, la *Loi de mise en œuvre* ne fait pas référence, à l'article 4, aux arbitrages comme tels (ou aux immunités des personnes agissant relativement à un arbitrage), mais plutôt aux accords d'arbitrage. Ainsi, ces privilèges ou immunités pourraient être relatifs à des accords d'arbitrage conclus soit avant soit après l'entrée en vigueur de la *Convention du CIRDI* pour le Canada. Cela semble une situation insatisfaisante dans la mesure où le Centre et ses employés bénéficient des immunités nonobstant l'existence d'arbitrages ou d'accords d'arbitrage. À notre avis, l'article 4 de la *Loi de mise en œuvre* n'est pas exhaustif, il ne couvre pas toutes les possibilités. Hors des situations envisagées, le principe de l'application immédiate de la loi est de mise³⁰. Ainsi, les immunités prévues à la *Loi* pourraient ne pas s'appliquer dans le cadre d'un recours en

²⁶ *Loi de mise en œuvre*, supra note 2, art. 4.

²⁷ *Ibid.*, art. 12.

²⁸ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 68(2).

²⁹ *Ibid.*, art. 69.

³⁰ *La Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801 aux para. 157, 162 [Dell].

diffamation entrepris avant l'entrée en vigueur de la *Convention du CIRDI* pour le Canada contre un arbitre pour des propos tenus dans l'exercice de ses fonctions. L'immunité de juridiction de l'arbitre serait applicable seulement à partir de l'entrée en vigueur de la *Loi de mise en œuvre*³¹.

C. L'entrée en vigueur

Coming into force	12. This Act comes into force on a day to be fixed by order of the Governor in Council.	12. La présente loi entre en vigueur à la date fixée par décret. ³²	Entrée en vigueur
-------------------	---	--	-------------------

L'article 12 de la *Loi de mise en œuvre* donne au gouvernement de la flexibilité quant à sa mise en vigueur, qui sera fixée par décret. Cette possibilité vise simplement à assurer que les mesures adoptées par la *Loi* entrent en vigueur au même moment que les obligations du Canada en vertu de la *Convention du CIRDI* suite à la ratification. Le décret sera publié dans la *Gazette officielle du Canada*.

D. Portée de la *Loi de mise en œuvre*

La *Loi de mise en œuvre* est silencieuse quant à sa portée, c'est-à-dire en ce qui concerne les situations qu'elle couvre. *A priori*, l'on pourrait comprendre que toutes les sentences du CIRDI qu'une partie veut faire exécuter au Canada seront couvertes par la *Loi de mise en œuvre*. Alors qu'il est vrai que cette loi n'exclut directement aucun type de sentences de son application, une telle approche ferait fi des principes constitutionnels canadiens. Le Parlement canadien ne peut légiférer que sur des matières tombant sous sa compétence en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*³³. Si un type de sentences du CIRDI – par exemple une sentence à l'encontre du gouvernement d'une province – devait ne pas tomber sous la compétence législative du Parlement du Canada, la *Loi de mise en œuvre* ne s'appliquerait pas.

Notons par ailleurs que l'approche proposée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC)³⁴ consiste en l'adoption de lois de mise en œuvre tant aux niveaux provincial et territorial qu'au niveau fédéral. L'approche proposée par la CHLC, dans la mesure où elle est suivie, devrait limiter les contestations constitutionnelles parce qu'en présence de lois identiques aux niveaux fédéral et provincial, les questions de partage des compétences législatives ne se posent pas.

Par ailleurs, mentionnons que les sentences du CIRDI rendues en vertu de traités bilatéraux sur la protection des investissements tomberont sous la compétence

³¹ Voir toutefois la position contraire prise par la Cour britannique, bien que dans ce cas il s'agisse de l'accréditation d'un diplomate, dans *Ghosh c. D'Rozario* (1962), [1963] 1 Q.B. 106 (C.A.).

³² *Loi de mise en œuvre*, supra note 2, art. 12.

³³ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n°5.

³⁴ La CHLC est un regroupement de juristes des gouvernements fédéral et provinciaux, des membres du Barreau privé et d'organismes de réforme du droit qui étudient des propositions d'harmonisation des lois.

fédérale³⁵. Les immunités des États étrangers au Canada et leur capacité d'agir en justice relèvent aussi de la compétence fédérale³⁶. À notre avis, il existe donc peu de situations pour lesquelles les provinces pourraient alléguer détenir une compétence législative³⁷.

IV. Privilèges et immunités du Centre

Capacity, privileges and immunities of the Centre	5. (1) The International Centre for Settlement of Investment Disputes established under the Convention has the capacity of a natural person and the privileges and immunities set out in articles 19, 20 and 23 and paragraph (1) of article 24 of the Convention.	5. (1) Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, institué en vertu de la Convention, possède la capacité d'une personne physique et bénéficie des privilèges et immunités prévus aux articles 19, 20 et 23 et à l'article 24, alinéa (1), de la Convention.	Capacité, privilèges et immunités du Centre
---	--	--	---

L'article 5(1) de la *Loi de mise en œuvre* établit les éléments requis par la *Convention du CIRDI* relativement au Centre, c'est-à-dire l'obligation de l'État ratifiant de conférer au CIRDI une personnalité juridique et des immunités de poursuites ainsi que l'inviolabilité de ses locaux et de ses documents. Dans l'ensemble, ces dispositions ne posent pas de difficultés pratiques.

Le *Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* explique les objectifs poursuivis par la création du Centre et les fonctions qui lui sont attribuées :

La Convention institue le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements en tant qu'institution internationale autonome (articles 18-24). L'objet du Centre est « d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements » (article 1(2)). Le Centre ne remplira pas lui-même les fonctions de conciliateur ou d'arbitre. Ces fonctions appartiendront aux Commissions de conciliation et aux Tribunaux arbitraux constitués conformément aux dispositions de la Convention.³⁸

Cette description est toujours d'actualité.

Dans cette partie, les privilèges accordés au Centre sont abordés : a) la personnalité juridique, l'immunité de juridiction et l'inviolabilité des archives. Ces privilèges ont surtout une application au Canada en relation avec b) les

³⁵ *Council of Canadians*, supra note 15.

³⁶ *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, c. S-18.

³⁷ « *Canada Introduces ICSID Convention Bill* », (2007) *Global Arbitration Review*; « *Canada Passes ICSID while Provinces Delay* », (2008) *Global Arbitration Review*.

³⁸ *Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* en-ligne : ICSID-CIRDI <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/partB.htm>> à la s. IV, para. 15 (soumis le 18 mars 1965 à l'examen des gouvernements membres de la Banque mondiale en vue de la signature et de la ratification du projet de Convention, para. 15).

communications officielles qui font l'objet de commentaires spécifiques. Finalement, c) les immunités fiscales du Centre sont brièvement couvertes.

A. Personnalité juridique, immunité de juridiction et inviolabilité des archives

L'inviolabilité des archives prévue à l'article 23(1) de la *Convention du CIRDI*³⁹ et la personnalité juridique conférée en vertu de l'article 5 de la *Loi de mise en œuvre* ont peu d'applications dans la mesure où le Centre n'a pas de bureaux au Canada. Le Centre pourrait devoir utiliser la personnalité juridique dans la mesure où il pourrait être intéressé par certaines actions en justice, notamment dans le cas où un tribunal prendrait des mesures contraires à la *Convention du CIRDI*, en relation aux documents du Centre ou même en relation à une sentence. Conférer à une organisation internationale la personnalité juridique et certains privilèges et immunités est commun en droit canadien⁴⁰.

L'article 20 de la *Convention du CIRDI* prévoit que : « [l]e Centre, ses biens et ses avoirs, ne peuvent faire l'objet d'aucune action judiciaire, sauf s'il renonce à cette immunité »⁴¹. Le législateur a utilisé une simple référence au texte de la *Convention du CIRDI*, ce qui fait en sorte que les privilèges ainsi accordés n'excèdent pas ceux conférés par la *Convention* et ne sont pas moindres qu'eux.

B. Communications officielles

L'article 23(2) de la *Convention du CIRDI* prévoit que « [c]haque État contractant accorde au Centre pour ses communications officielles un traitement aussi favorable qu'aux autres institutions internationales »⁴². En ce qui concerne les communications officielles, le standard généralement reconnu en droit international pour les organisations internationales est l'équivalent des « Facilités de communications » accordées à l'Organisation des Nations Unies. Les Sections 9 et 10 de la *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies* de 1946 prévoient que:

Section 9. L'Organisation des Nations Unies bénéficiera, sur le territoire de chaque Membre, pour ses communications officielles, d'un traitement au moins aussi favorable que le traitement accordé par lui à tout autre gouvernement, y compris sa mission diplomatique, en ce que concerne les priorités, tarifs et taxes sur le courrier, les câblogrammes, télégrammes, radio-télégrammes, téléphotos, communications téléphoniques et autres communications, ainsi que sur les tarifs de presse pour les informations à la presse et la radio. La correspondance officielle et les autres communications

³⁹ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 23(1).

⁴⁰ Voir par ex. la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, L.C. 1991, c. 41, art. 5 [*Loi sur les missions étrangères*]. Celle-ci réfère à la *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, 13 février 1946, 1 R.T.N.U 15, (entrée en vigueur : 17 septembre 1946), ann. III de la loi [*Convention sur les privilèges*].

⁴¹ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 20.

⁴² *Ibid.*, art. 23(2).

officielles de l'Organisation ne pourront être censurées.

Section 10. L'Organisation des Nations Unies aura le droit d'employer des codes ainsi que d'expédier et de recevoir sa correspondance par des courriers ou valises qui jouiront des mêmes privilèges et immunités que les courriers et valises diplomatiques.⁴³

L'application du traitement relatif aux communications officielles requiert deux commentaires. La première distinction porte sur la qualification de communications officielles. Les communications officielles entre le Centre et un État, qu'il soit partie à la *Convention du CIRDI* ou pas, portant sur des questions d'administration du Centre, de la contribution à payer à la Banque mondiale ou de la ratification de la *Convention*, ou concernant une question relevant du Conseil administratif seront évidemment couvertes par l'immunité. Il s'agit essentiellement de l'aspect des relations diplomatiques entre une organisation internationale et un État (ou une autre organisation) qui est couvert.

La deuxième distinction concerne les communications relatives à des arbitrages ou à des procédures de conciliation ; bien que par ailleurs elles puissent être considérées « officielles », elles ne sont pas visées par cette immunité. Étant donné la nature des mécanismes de résolution des différends envisagés par la *Convention du CIRDI*, les communications avec le Centre seront également transmises à l'autre partie⁴⁴.

C. Exonération fiscale

Enfin, l'article 24(1) de la *Convention du CIRDI* prévoit que « [l]e Centre, ses avoirs, ses biens et ses revenus ainsi que ses opérations autorisées par la présente Convention sont exonérés de tous impôts et droits de douane. Le Centre est également exempt de toute obligation relative au recouvrement ou au paiement d'impôts ou de droits de douane »⁴⁵. Nous constatons que cet article a peu d'applications pratiques dans la mesure où le Centre n'a pas de bureaux au Canada.

V. Privilèges et immunités de certaines personnes

Privileges and immunities — individuals	5. (2) A person referred to in article 21 or 22 or paragraph (3) of article 24 of the Convention has the privileges and immunities set out in that article or paragraph, as the case may be.	5. (2) Les personnes visées aux articles 21 ou 22 ou à l'article 24, alinéa (3), de la Convention bénéficient respectivement des privilèges et immunités qui y sont prévus. ⁴⁶	Privilèges et immunités de certaines personnes
---	--	---	--

⁴³ *Convention sur les privilèges*, supra note 40, art. III, sections 9, 10.

⁴⁴ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 28, 36.

⁴⁵ *Ibid.*, art. 24(1).

⁴⁶ *Loi de mise en œuvre*, supra note 2, art. 5(2).

Les articles 21 et 22 et l'alinéa 3 de l'article 24 de la *Convention du CIRDI*⁴⁷ accordent des privilèges et immunités à certaines personnes exerçant des fonctions liées au Centre ou à des procédures d'arbitrage ou de conciliation couvertes par cette convention.

Les personnes visées par l'article 21 de la *Convention du CIRDI* sont le Président du Conseil administratif, ses membres, les personnes agissant en qualité de conciliateur, d'arbitres ou de membres du comité *ad hoc* chargé de traiter la demande d'annulation d'une sentence prévue à l'article 52 de la *Convention du CIRDI*, et les fonctionnaires et employés du Secrétariat⁴⁸.

L'article 22 de la *Convention du CIRDI*, quant à lui, prévoit que les dispositions de l'article 21 s'appliquent aux personnes participant aux instances en qualité de parties, d'agents, de conseillers, d'avocats, de témoins ou d'experts.

Les privilèges et immunités conférés couvrent a) les restrictions concernant l'immigration ou les déplacements et b) les poursuites pour des actes commis par les personnes visées. Les privilèges et immunités ne sont accordés que pour c) les actes accomplis dans l'exercice des fonctions. Cet article de la *Loi de mise en œuvre* confère aussi d) des immunités fiscales aux personnes visées. Enfin, e) l'application dans le temps de ces privilèges et immunités est discutée ainsi que f) la corruption d'arbitres ou de témoins et la levée des immunités.

A. Immunités relatives aux restrictions à l'immigration et aux déplacements

Des immunités relatives aux restrictions à l'immigration ou aux déplacements des étrangers sur le territoire peuvent être en place dans certains pays. Ainsi, au Canada, certaines personnes agissant comme témoins pourraient ne pas être admissibles au pays. Par exemple, un étranger qui a été déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou qui a été déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale, fait l'objet d'une interdiction d'entrée sur le territoire national⁴⁹. Dans ces cas, les personnes visées pourraient demander le bénéfice des immunités relatives à l'immigration et aux déplacements.

À la lecture des articles 21 et 22 de la *Convention du CIRDI*, il ressort que les arbitres bénéficient d'immunités relatives aux restrictions d'immigration, aux facilités de change et de déplacements dans l'exercice de leurs fonctions peu importe

⁴⁷ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 21, 22, 24(3).

⁴⁸ Le texte de la *Convention du CIRDI* en français telle que reproduite en annexe de la *Loi de mise en œuvre* fait malheureusement référence à l'article 5 de ladite convention, alors qu'il s'agit de l'article 52 comme dans la version anglaise du texte (voir l'article 21 de la *Convention du CIRDI* en annexe de la *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 2). La référence vise le comité *ad hoc* chargé des demandes d'annulation. Le personnel du CIRDI nous a confirmé que le texte original ne comprend pas cette erreur. Ainsi, il semblerait que les membres du comité *ad hoc* chargé du traitement des demandes d'annulation sont bel et bien visés.

⁴⁹ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 36(2)(a), (b).

le pays partie à la *Convention du CIRDI* où ils se rendent, tandis que les avocats et les témoins bénéficient d'une telle immunité seulement dans le pays où se déroule la procédure.

Les arbitres, les conciliateurs, les avocats et les parties ne sont pas des personnes exerçant des fonctions pour lesquelles des privilèges et immunités diplomatiques sont habituellement conférés. Ainsi, il sera difficile pour un juge de déterminer quelles sont les immunités par rapport aux restrictions de déplacement ou d'immigration accordées « par les États contractants aux représentants, fonctionnaires et employés de rang comparable »⁵⁰. Les bénéficiaires n'ont pas de fonctionnaires de rang comparable aisément déterminables. Heureusement, cette question se pose seulement pour les immunités en matière d'immigration, d'enregistrement des étrangers, d'obligations militaires ou de prestations analogues et des facilités en matière de change et de déplacements⁵¹. Ces mêmes immunités ne sont pas accordées si les personnes sont ressortissantes de l'État où elles exercent leurs fonctions. Les immunités de poursuites, par contre, sont applicables même dans le pays du ressortissant.

B. Immunité de poursuites

Une des plus importantes immunités conférées en vertu de la *Loi de mise en œuvre* est l'immunité de juridiction. Il ne s'agit pas ici d'une immunité de l'application des lois mais plutôt de juridiction des tribunaux⁵². L'immunité peut faire l'objet d'une renonciation. En vertu de la *Convention du CIRDI*, non seulement le CIRDI mais aussi son personnel et des personnes agissant dans le cadre de certaines procédures sont couverts par l'immunité de juridiction. La *Convention du CIRDI* utilise le terme « immunité de poursuites », lequel vise autant les procédures civiles que criminelles ainsi que les recours administratifs⁵³.

C. Privilèges et immunités conférés pour l'exercice des fonctions

Les immunités de poursuites sont restreintes à l'exercice des fonctions de la personne en question c'est-à-dire que les individus concernés « ne peuvent faire l'objet de poursuites en raison d'actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions »⁵⁴. Ainsi, un acte criminel commis alors que la personne n'est plus dans l'exercice de ses fonctions, par exemple la conduite en état d'ébriété causant des lésions corporelles après avoir siégé comme arbitre au Canada et une fois les audiences terminées, ne sera pas couvert par l'immunité de juridiction⁵⁵.

⁵⁰ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 21(b).

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Dickinson c. Del Solar* (1929), [1930] 1 K.B. 376 (C.A.).

⁵³ Schreuer, *supra* note 3, c. « Article 21 » au para. 3.

⁵⁴ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 21(a).

⁵⁵ Une situation similaire a été jugée hors de l'exercice des fonctions d'un agent consulaire en Allemagne. Voir OLG Karlsruhe, NZV 2004, 539.

La notion de l'exercice des fonctions est difficile à cerner. Les tentatives de codification en droit international public (notamment par la Commission du droit international de l'ONU) n'ont pas été concluantes, et les situations visées restent floues. Les commentateurs ne sont pas non plus unanimes⁵⁶. Notons que la position traditionnelle en vertu du droit international public semble assez large en ce qui concerne les agents diplomatiques, mais le fait d'inclure des restrictions dites fonctionnelles dans les traités internationaux pour les représentants des organisations internationales est une pratique courante⁵⁷. Jan Klabbbers, commentant cette question, a conclu que « *[w]hat is functionally necessary is [...] in the beholder's eye, and members may have a different conception from the organization itself* »⁵⁸. Son commentaire illustre l'incertitude quant à l'interprétation à donner aux immunités, notamment pour ce qui est de la plus significative, l'immunité de poursuites. Dans l'ensemble, les commentateurs et les décisions des cours de justice de divers pays ont des approches différentes, en grande partie influencées par ce que certains appellent la théorie de l'immunité absolue versus la théorie de l'immunité restreinte des agents diplomatiques⁵⁹.

Les privilèges et immunités des agents diplomatiques qui proviennent du droit coutumier international servent de points de comparaison pour les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs employés⁶⁰. Les privilèges et immunités de l'ONU et de ses agents servent aussi de points de référence, sinon de normes⁶¹. Les exclusions à l'immunité des agents diplomatiques admises en vertu du droit international public visent les actions concernant les successions, les biens immeubles et « [toute] action concernant une activité professionnelle ou commerciale, quelle qu'elle soit, exercée par l'agent diplomatique dans l'État accréditaire en dehors de ses fonctions officielles »⁶². Les exclusions prévues pour les agents diplomatiques devraient aussi être applicables aux agents des organisations internationales car ceux-ci devront avoir reçu un traitement spécifique et exceptionnel pour avoir un statut supérieur à celui de l'agent diplomatique. De plus, les exceptions énumérées visent des situations qu'il convient de décrire comme sortant du cadre des fonctions.

Le fait qu'il s'agisse d'un acte criminel commis par un individu ne fait pas en sorte que l'acte lui-même n'est pas posé dans l'exercice des fonctions du chef d'État ou même du fonctionnaire en question⁶³. Ainsi, si l'on considère la situation de l'agent

⁵⁶ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p. 680 [Brownlie]. Voir aussi *European Molecular Biology Laboratory (EMBL) c. Federal Republic of Germany*, sentence du 29 juin 1990, 105 I.L.R. 1 à la p. 38 [EMBL c. Germany].

⁵⁷ *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1961, 500 R.T.N.U 96, art. 31 [Convention de Vienne]. Pour les agents diplomatiques, comparer *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 22.

⁵⁸ Jan Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 à la p. 167 [Klabbbers].

⁵⁹ Distinction reprise dans *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50.

⁶⁰ Brownlie, supra note 56 à la p. 680. Voir aussi *EMBL c. Germany*, supra note 56 à la p. 50.

⁶¹ Klabbbers, supra note 58, c. 8. Voir aussi *Convention sur les privilèges*, supra note 40.

⁶² *Convention de Vienne*, supra note 57, art. 31.

⁶³ *R. c. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet*, [2000] 1 AC 147 (H.L.), opinion de Lord Hope of Craighead [Pinochet]. Voir aussi *Jones c. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, [2006] UKHL 26,

diplomatique, les actes qu'il commet alors qu'il est en poste, par exemple le trafic d'armes ou de drogues, pourront être couverts par une immunité⁶⁴.

Généralement, les cours de justice ou les tribunaux tenteront de déterminer si les actes ont été commis dans la poursuite des intérêts personnels du bénéficiaire ou pour la promotion des intérêts de l'organisation⁶⁵. La décision de la Chambre des Lords de Grande-Bretagne concernant l'ex-dictateur Augusto Pinochet examine la question à savoir si celui-ci pouvait bénéficier d'immunités de juridiction pour les actes commis alors qu'il était chef d'État et, le cas échéant, si ces immunités étaient toujours applicables une fois les fonctions terminées. La décision confirme que les immunités existent dans la mesure où les actes posés le sont dans la poursuite des intérêts de l'État. Ces immunités demeurent applicables même lorsque les fonctions sont terminées, dans la mesure où les actes posés étaient relatifs à l'exercice des fonctions⁶⁶. Dans les cas des fonctionnaires, la question est généralement de déterminer s'ils agissaient en vertu d'instructions ou sous l'autorité de l'État⁶⁷.

Bien que la pratique ne soit pas uniforme, les catégories ou éléments d'interprétation suivants semblent émerger relativement aux fonctions des personnes ayant une immunité diplomatique : 1) les actes commis sous les apparences des fonctions mais pour un bénéfice personnel ne tombent pas sous l'exercice des fonctions⁶⁸; 2) les fonctions sont déterminées en tenant compte de l'entente établissant l'organisation internationale et définissant ses objectifs⁶⁹; et 3) les actes contraires au *jus cogens*, une prohibition en droit international applicable *erga omnes* (la torture par exemple), ne peuvent faire l'objet d'une immunité de poursuite⁷⁰.

Une étude plus approfondie de cette question dépasserait l'objet du présent article. La pratique internationale sur le sujet varie; il serait donc difficile de définir de manière plus définitive ses contours. Soulignons finalement que les décisions étrangères citées ci-dessus ne sont pas liantes pour les tribunaux canadiens et ne font qu'illustrer la pratique dans d'autres pays par rapport aux immunités en droit international.

D. Exonération fiscale

L'article 24(3) de la *Convention du CIRDI* prévoit qu'

[a]ucun impôt n'est prélevé sur les honoraires ou indemnités versés aux personnes agissant en qualité de conciliateurs, d'arbitres ou de membre du Comité prévu à l'article 52, alinéa 3), dans les instances qui font l'objet de la présente Convention, si cet impôt n'a d'autre base juridique que le lieu où se trouve le Centre, celui où se

opinion de Lord Bingham of Cornhill [*Jones*].

⁶⁴ *R. c. Palacios* [1984] 1 O.A.C. 356.

⁶⁵ *EMBL c. Germany*, *supra* note 56 à la p. 35.

⁶⁶ *Pinochet*, *supra* note 63.

⁶⁷ *Jones*, *supra* note 63.

⁶⁸ *Pinochet*, *supra* note 63. Voir aussi *EMBL c. Germany*, *supra* note 56.

⁶⁹ *EMBL c. Germany*, *ibid*.

⁷⁰ *Pinochet*, *supra* note 63. *Contra Jones*, *supra* note 63.

déroule l'instance ou celui où sont payés lesdits honoraires ou indemnités.⁷¹

Ce privilège fiscal est conforme à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui base les obligations fiscales sur la résidence⁷². Ainsi, cette disposition n'exonérera pas les honoraires versés aux arbitres résidant au Canada de l'impôt par ailleurs payable. Les honoraires ne seront pas imposables dans le pays de source, c'est-à-dire l'endroit où le litige est entendu.

E. Période couverte par les immunités

L'article 39 de la *Convention de Vienne* stipule que « toute personne ayant droit aux privilèges et immunités en bénéficie dès qu'elle pénètre sur le territoire de l'État accréditaire pour gagner son poste ». De plus, « lorsque les fonctions d'une personne bénéficiant des privilèges et immunités prennent fin, ces privilèges et immunités cessent normalement au moment où cette personne quitte le pays »⁷³. En vertu de la *Convention du CIRDI*, l'immunité de juridiction couvre les personnes visées peu importe où elles se trouvent. Il n'y a pas lieu de considérer une accréditation par l'État recevant. L'immunité est déterminée conformément aux fonctions elles-mêmes; il s'agit d'un critère relatif à la personne et à ses fonctions, et non d'un critère *rationae temporae* concernant l'arrivée et le départ du pays ou l'entrée en fonction (sauf dans le cas des témoins, avocats et parties tel que mentionné ci-haut).

F. Corruption d'arbitres ou de témoins et levée de l'immunité

Les immunités de juridiction posent la question de leur application dans les cas de corruption d'arbitres ou de témoins. Un arbitre ayant exploité sa position dans le but d'en tirer un avantage personnel, financier ou non, pourra possiblement faire l'objet d'une immunité de poursuites. Le recours ouvert à la partie victime est l'annulation de la sentence en vertu de l'article 52 de la *Convention du CIRDI*⁷⁴. La corruption y est un motif d'annulation spécifiquement prévu. Il s'agit d'un mécanisme interne au CIRDI, indépendant de tout processus judiciaire au Canada. Pour ce qui est des poursuites pénales, elles ne pourront être entreprises dans le cadre du CIRDI. À cet égard, le CIRDI pourrait décider de lever l'immunité de la personne en question (voir le point suivant sur la levée de l'immunité).

G. Exclusions et preuves

La *Convention du CIRDI* prévoit la possibilité pour le CIRDI de lever les

⁷¹ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 24(3).

⁷² *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, (5^e suppl.), c. 1, art. 3.

⁷³ *Convention de Vienne*, supra note 57, art. 39(1)-(2).

⁷⁴ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 52.

immunités de poursuites⁷⁵. Cela sera généralement considéré lorsque les personnes ont obtenu un avantage personnel de l'immunité en question⁷⁶. Un tel cas n'a pas encore été répertorié au CIRDI.

Non-taxation of foreign nationals	5. (3) A person referred to in paragraph (2) of article 24 of the Convention who is neither a Canadian citizen nor a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the <i>Immigration and Refugee Protection Act</i> has the privileges and immunities set out in that paragraph.	5. (3) Les personnes visées à l'article 24, alinéa (2), de la Convention qui ne sont pas des citoyens canadiens ou des résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> bénéficient des privilèges et immunités prévus à cet alinéa. ⁷⁷	Non-imposition des étrangers
-----------------------------------	---	--	------------------------------

L'article 24(2) de la *Convention du CIRDI* prévoit qu' « [a]ucun impôt n'est prélevé sur les indemnités payées par le Centre au Président ou aux membres du Conseil Administratif ou sur les traitements, émoluments ou autres indemnités payés par le Centre aux fonctionnaires ou employés du Secrétariat, sauf si les bénéficiaires sont ressortissants du pays où ils exercent leurs fonctions »⁷⁸. L'article 5(3) de la *Loi de mise en œuvre* donne effet à cette disposition. Il vient en outre définir ce qu'est un « ressortissant » pour les fins de la *Loi*. Ainsi, un ressortissant comprend les citoyens canadiens et les résidents permanents.

En pratique, cette disposition n'a pas vraiment d'effet puisque les employés du Centre exercent leurs fonctions ailleurs qu'au Canada, soit principalement à Washington, au siège de la Banque mondiale. Les arbitres et les conciliateurs, quant à eux, ne sont pas des fonctionnaires ou des employés du Centre (ce qui est confirmé par une mention spécifique et individuelle de ceux-ci aux articles 21 et 24(3) de la *Convention du CIRDI*⁷⁹).

Certificate of Minister of Foreign Affairs	5. (4) A certificate purporting to be issued by or under the authority of the Minister of Foreign Affairs and containing a statement of fact relevant to whether a person has privileges or immunities under this Act is to be received in evidence in any proceeding as proof of the fact stated in the certificate without proof of the signature or official character of the person appearing to have signed it.	5. (4) Dans toute instance où se pose la question de savoir si telle personne bénéficie des privilèges et immunités prévus par la présente loi, le certificat paraissant délivré par le ministre des Affaires étrangères ou sous son autorité et attestant les faits relatifs à cette question fait foi de son contenu sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature qui y est apposée ou la qualité officielle du signataire. ⁸⁰	Certificat du ministre des Affaires étrangères
--	--	---	--

Cette disposition est relative à la preuve devant les tribunaux des immunités

⁷⁵ *Ibid.*, art. 24.

⁷⁶ Antonio R. Parra, « The International Center for Settlement of Investment Disputes and Immunity of Arbitrators » dans Julian D. M. Lew, dir., *The Immunity of Arbitrators*, Londres, Lloyd's of London Press, 1990, 105 à la p. 109.

⁷⁷ *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 2, art. 5(3).

⁷⁸ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 24(2).

⁷⁹ *Ibid.*, art. 21, 24(3).

⁸⁰ *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 2, art. 5(4).

ou privilèges conférés en vertu de la *Loi de mise en œuvre*. Le processus en vertu duquel des privilèges et immunités sont habituellement accordés est une simple accréditation par le ministre des Affaires étrangères. Le document confirmant l'accréditation (la lettre de créance ou lettre similaire conférant le statut) peut ne pas être disponible ou être autrement irrecevable comme preuve devant les tribunaux. Cette disposition fait en sorte que sur présentation du certificat délivré par le ministre des Affaires étrangères, le contenu du certificat est réputé prouvé. Cette disposition est similaire à l'article 11 de la *Loi sur les missions étrangères*⁸¹.

Le *Règlement administratif et financier* du CIRDI prévoit que « [l]e Secrétaire général peut délivrer aux membres de Commissions, Tribunaux ou Comités, aux fonctionnaires et employés du Secrétariat, aux parties, agents, conseillers, avocats, témoins et experts comparaisant au cours de l'instance, des certificats indiquant que leur déplacement est en rapport avec une instance dans le cadre de la Convention »⁸². Le législateur n'a pas jugé nécessaire de conférer la même force probante aux certificats délivrés par le Secrétaire général qu'à ceux délivrés par le ministre. Cette décision est peut-être motivée par le fait qu'administrativement cette mesure n'aurait pas été efficace puisque le CIRDI est relativement peu connu du personnel des douanes et de l'immigration par exemple. En pratique par contre, il est probable que les individus couverts par les privilèges et immunités prévus par la *Convention du CIRDI* auront obtenu un certificat du CIRDI s'ils le jugent utile. Les étrangers craignant que le certificat du CIRDI soit inefficace auront intérêt à communiquer avec le ministère des Affaires étrangères pour l'obtention d'un certificat émis par le ministre pour éviter d'éventuelles complications.

VI. Application au gouvernement du Canada

Binding on Her Majesty	6. This Act is binding on Her Majesty in right of Canada.	6. La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada. ⁸³	Obligation de Sa Majesté
------------------------	---	--	--------------------------

Cette disposition modifie la règle de droit énoncée à l'article 17 de la *Loi d'interprétation* qui stipule que « sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives »⁸⁴. En l'occurrence, le législateur a choisi de mentionner expressément Sa Majesté du chef du Canada, confirmant ainsi que la *Loi de mise en œuvre* lie le gouvernement fédéral.

Toutefois, l'article 6 de la *Loi de mise en œuvre* ne mentionne pas et n'exclut pas non plus l'application de celle-ci à la couronne provinciale. La couronne provinciale pourrait être liée en vertu de l'une ou l'autre des exceptions existant en *common law*. Il est établi que la mention de Sa Majesté dans une loi fédérale lie le gouvernement fédéral et, dans certaines circonstances, les gouvernements provinciaux

⁸¹ *Loi sur les missions étrangères*, supra note 40, art. 11 (Certificat du ministre des Affaires étrangères).

⁸² *Règlement administratif et financier*, en ligne : ICSID-CIRDI <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf>, art. 31 [*Règlement administratif et financier*].

⁸³ *Loi de mise en œuvre*, supra note 2, art. 6.

⁸⁴ *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 17.

et territoriaux, notamment lors de l'application de l'exception fondée sur les avantages et les obligations ou en vertu du principe de l'implication nécessaire⁸⁵.

Tel que discuté ci-après sous l'article 8 de la *Loi de mise en œuvre*, la reconnaissance et l'exécution de sentences du CIRDI sont sujettes à certaines immunités en faveur des gouvernements. L'article 6 n'a pas pour effet de constituer une renonciation à ces immunités (voir la discussion sous l'article 8).

Les obligations du Canada découlant d'accords bilatéraux sur la protection des investissements (tel les APIE) et les accords de libre-échange couvrent aussi les actes des provinces. Le gouvernement souverain (le gouvernement du Canada) est responsable dans une certaine mesure pour les manquements des provinces⁸⁶.

Un investisseur étranger, lorsqu'il conclut un accord avec une province, devrait à la fois s'assurer que le gouvernement en question est désigné comme « collectivité publique » au sens de la *Convention du CIRDI*⁸⁷ et qu'une loi de mise en œuvre de cette convention est en place dans cette province ou territoire. Cette vérification antérieure permettra d'obtenir l'assurance que la sentence sera exécutable contre le gouvernement provincial. Il est à présumer que le gouvernement fédéral désignera comme collectivités publiques au sens de l'article 25 de la *Convention du CIRDI* seulement les provinces et territoires ayant exprimé le désir d'être liés et qui auront adopté une loi de mise en œuvre.

Dans la décision *LaGrand*, la Cour internationale de justice a déterminé que le gouverneur de l'Arizona avait l'obligation d'agir conformément aux obligations des États-Unis et qu'un manquement à ces obligations entraînerait la responsabilité des États-Unis⁸⁸. Dans la décision *Aguas del Aconquija*, il est mentionné qu'« [u]nder international law [...] it is well established that actions of a political subdivision of federal state, such as the Province of Tucumán in the federal state of the Argentine Republic, are attributable to the central government »⁸⁹.

Le non-respect d'un engagement par une province envers un investisseur étranger en violation du droit international entraîne généralement la responsabilité du

⁸⁵ *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015. Voir aussi *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61; *Province of Bombay c. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (Inde P.C.).

⁸⁶ *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés. AG 162, Doc. off. AG NU, 56^e sess., supp. n°10, Doc. NU A/56/83 (2001), art. 4 « Comportement des organes de l'État ». Voir aussi *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt, [2001] CIJ rec. 466 [*LaGrand*]; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. Argentine Republic* (2000), 40 I.L.M. 426 au para. 49 (International Center for the Settlement of Investment Disputes), (cette portion de la sentence n'ayant pas fait l'objet de révision lors de la procédure d'annulation) [*Aguas del Aconquija*].

⁸⁷ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 25.

⁸⁸ *LaGrand*, *supra* note 86.

⁸⁹ *Aguas del Aconquija*, *supra* note 86 au para. 49. Voir notamment *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. Argentine Republic*, Decision on Annulment (2002), 41 I.L.M. 1135 aux para. 14, 71-79 (International Center for the Settlement of Investment Disputes); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction (2005), (International Center for the Settlement of Investment Disputes), en ligne : International Institute for Sustainable Development <http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_vivendi_decision.pdf>.

Canada. La *Convention du CIRDI* ne contient pas de clause fédérale permettant au gouvernement du Canada de se libérer de ses responsabilités pour les actes posés par les provinces et portant sur leurs domaines de compétence.

VII. Les recours

Remedies	7. An award is not subject to a remedy except as set out in the Convention.	7. La sentence n'est susceptible d'aucun recours, autre que ceux prévus par la Convention. ⁹⁰	Recours
----------	---	--	---------

Cet article met en œuvre l'article 53(1) de la *Convention du CIRDI* qui prévoit que « [l]a 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. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention »⁹¹.

Un certain nombre d'éléments sont couverts sous le présent article de la *Loi*. Premièrement, a) une brève description des recours prévus à la *Convention du CIRDI* est donnée. Deuxièmement, b) la notion de l'exclusivité de ces recours fait l'objet d'une analyse étant donnée son importance en vertu du système instauré par la *Convention du CIRDI*. Troisièmement, c) l'obligation de renvoyer les parties à l'arbitrage alors qu'une demande portant sur une matière couverte par la convention d'arbitrage est déposée auprès d'une cour canadienne est abordée ainsi que l'application possible de l'obligation d'épuiser les recours internes avant de poursuivre un arbitrage.

A. Les recours prévus par la *Convention du CIRDI*

La *Convention du CIRDI* prévoit un régime d'adjudication par le biais de l'arbitrage. Le système du CIRDI est conçu de manière à opérer complètement indépendamment des tribunaux nationaux⁹². Les articles 50 à 52 de la *Convention du CIRDI* prévoient les mécanismes internes de révision et de contrôle des décisions arbitrales. Ces mécanismes sont l'interprétation, la révision et l'annulation de la sentence. La demande de révision ou d'interprétation de la sentence sera soumise si possible au tribunal qui a statué. Si ce n'est pas possible, un nouveau tribunal sera constitué. La révision porte sur des éléments qui constituent des faits nouveaux et pour lesquels une partie demande que le tribunal révise le contenu de la sentence⁹³. La demande de révision doit être déposée dans les 90 jours de la découverte des faits nouveaux. Les faits nouveaux doivent affecter la sentence de manière décisive. La

⁹⁰ *Loi de mise en œuvre*, supra note 2, art. 7.

⁹¹ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 53(1).

⁹² Edward Baldwin, Mark Kantor et Michael Nolan, « Limits to Enforcement of ICSID Awards » (2006) 23(1) *Journal of International Arbitration* 1.

⁹³ Schreuer, supra note 3, c. « Article 51 ».

demande d'interprétation portera quant à elle sur une question qu'une partie (ou parfois les deux) aura en relation à la décision arbitrale. Un manque de clarté dans une sentence n'est pas suffisant, il doit en résulter un différend entre les parties par rapport à la question laissée en suspens⁹⁴. Il pourrait s'agir d'une question portant sur un oubli de la part du tribunal, ou encore d'une question portant sur un élément auquel la décision du tribunal n'offre pas de solution ou dont l'application de la solution est contestée par les parties.

Les motifs pour une demande d'annulation de la sentence sont prévus à la *Convention du CIRDI* et sont limités au vice dans la constitution du tribunal, l'excès de pouvoir manifeste du tribunal, la corruption d'un membre du tribunal, l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et le défaut de motiver la décision arbitrale⁹⁵. En pratique, un comité formé d'éminents juristes sera constitué par le président du tribunal en consultation avec le Centre. Le comité ainsi formé décidera de la demande d'annulation. Mis à part ces recours, les parties insatisfaites d'une décision ne peuvent faire appel.

B. L'exclusivité des recours prévus par la *Convention du CIRDI*

Bien que simple en apparence, l'article 7 de la *Convention de mise en œuvre* est extrêmement important parce qu'il empêche tout recours judiciaire contre la sentence. Pour ne citer que deux exemples démontrant son importance, une partie ne pourra pas demander à une cour d'ordonner l'annulation d'une sentence au motif qu'elle est contraire à l'ordre public ou que le tribunal a manifestement excédé sa compétence⁹⁶.

Par le passé, les tribunaux canadiens ont exercé leur pouvoir de révision des sentences arbitrales dans des cas d'investissements couverts par l'*ALÉNA*⁹⁷. Dans la décision *Metalclad* par exemple, la Cour suprême de la Colombie-Britannique était saisie d'une demande de révision de la sentence rendue contre le Mexique. *Metalclad*, une entreprise américaine, avait déposé une demande contre le gouvernement du Mexique pour le défaut par les autorités municipales d'émettre un permis pour l'exploitation d'un site de traitement et d'enfouissement de déchets dangereux et à l'encontre de la décision du Mexique de déclarer la zone où se trouvait le site d'enfouissement une zone écologique protégée. La demande, basée sur le chapitre 11 de l'*ALÉNA*, avait fait l'objet d'une décision favorable par le tribunal arbitral en août 2000. Le Mexique a contesté la validité de la sentence auprès de la Cour suprême de la Colombie-Britannique au motif que l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public et que le tribunal avait excédé sa compétence. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a invalidé en partie la sentence. Ce genre de révision n'est pas

⁹⁴ *Ibid.*, c. « Article 50 ».

⁹⁵ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 52(1).

⁹⁶ Dolzer et Schreuer, *supra* note 11, p. 288.

⁹⁷ *United Mexican States c. Metalclad Corp.*, [2001] BCSC 664 (C.S.C.B.) [*Metalclad*]; *United Mexican States c. Marvin Roy Feldman Karpa*, 2003 CanLII 34011 (C.S. Ontario); *United Mexican States c. Marvin Roy Feldman Karpa*, 2005 CanLII 249, [2005] 193 O.A.C. 216 (Ontario C.A.); *The Attorney General of Canada c. S.D. Meyers, Inc.*, [2004] F.C. 38 (C.F.).

possible pour les sentences du CIRDI.

La prohibition par rapport à l'exercice d'une révision judiciaire par les cours canadiennes s'applique aussi aux sentences rendues en vertu des traités internationaux auxquels le Canada n'est pas partie et sous lesquelles l'investisseur est étranger (autrement dit les sentences pour lesquelles aucune des parties n'est canadienne). À titre d'exemple, les tribunaux britanniques ont exercé leur pouvoir de révision relativement à des sentences rendues en vertu de traités complètement étrangers à la Grande-Bretagne sur la base que le siège de l'arbitrage était à Londres⁹⁸. Encore une fois, ce genre de révisions par les cours de justice, bien qu'elles puissent être justifiées et permises en vertu de dispositions législatives sur la reconnaissance de sentences arbitrales étrangères, n'est pas permis pour les sentences du CIRDI.

C. **L'obligation du renvoi à l'arbitrage et l'absence d'obligation d'épuiser les recours internes**

Le dessaisissement qu'une cour doit respecter est prévu à l'article 9 de la *Loi de mise en œuvre*⁹⁹. Il s'agit d'un effet différent mais complémentaire à la prohibition de révision par les cours. Le dessaisissement doit se faire alors qu'aucune sentence n'a encore été rendue mais aussi lorsqu'une sentence a été rendue.

L'épuisement des recours internes concernant un différend n'est pas prescrit par la *Loi de mise en œuvre*. L'article 26 de la *Convention du CIRDI* prévoit que « [l]e consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés »¹⁰⁰.

De manière générale, l'épuisement des recours internes sort du cadre de la *Loi* qui vise à mettre en œuvre en droit canadien les dispositions de la *Convention du CIRDI* requises pour la ratification, et principalement à cet égard les règles concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. La détermination de l'obligation d'épuiser les recours internes sera faite par le tribunal arbitral au moment de l'établissement de sa compétence. Une fois en possession d'une sentence du CIRDI, cette question aura donc été résolue.

L'article 7 de la *Loi de mise en œuvre* ne touche pas la question de l'obligation d'épuiser les recours internes avant de commencer un arbitrage au CIRDI, et cela est confirmé par le fait que la disposition traite d'une « sentence » et s'applique donc seulement une fois l'arbitrage terminé.

L'épuisement des recours internes sera couvert par l'entente d'arbitrage entre

⁹⁸ *The Republic of Ecuador c. Occidental Exploration and Production Company* (2005), [2005] EWHC 774 (Comm).

⁹⁹ *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 2, art. 9.

¹⁰⁰ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 26.

l'État et l'investisseur, et le droit international public¹⁰¹. Notons à cet égard que l'ALÉNA et les APIE ne prévoient pas l'épuisement des recours internes¹⁰².

À tout événement, si l'obligation d'épuiser les recours internes devait faire l'objet de contestations par les parties à un accord d'arbitrage, cette question sera résolue par le tribunal arbitral en vertu de sa compétence *rationae materiae*¹⁰³. Une telle question peut aussi être soumise au comité *ad hoc* institué en vertu de la *Convention* pour une demande d'annulation de la sentence.

VIII. Compétence des juridictions supérieures

Jurisdiction of superior court	8. (1) A superior court may recognize and enforce an award.	8. (1) Toute juridiction supérieure est compétente pour reconnaître et exécuter les sentences. ¹⁰⁴	Compétence des juridictions supérieures
--------------------------------	---	---	---

Cet article vise la reconnaissance et l'exécution au Canada des sentences du CIRDI. Le premier alinéa couvre les cours compétentes.

Relativement à l'alinéa 1 de l'article 8 de la *Loi de mise en œuvre*, nos commentaires porteront sur a) la définition de « juridictions supérieures » et leur attribution de compétence pour la reconnaissance et l'exécution des sentences du CIRDI, b) les règles de procédure applicables, c) les règles déclinatoires de compétence et d) l'effet de la notification par un État auprès du CIRDI des cours compétentes pour la reconnaissance et l'exécution des sentences.

A. Juridictions supérieures

L'article 8 de la *Loi de mise en œuvre* confère la juridiction aux cours supérieures (appelées juridictions supérieures dans la *Loi d'interprétation*). Le législateur utilise le terme « *may* » en anglais, mais dans ce cas précis, il est permissif au sens où le demandeur peut soumettre sa demande à l'une ou à l'autre des juridictions supérieures. La version française de l'article 8(1) est aussi conforme à cette interprétation.

L'article 35 de la *Loi d'interprétation* définit les termes « juridiction

¹⁰¹ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 253.

¹⁰² Voir par ex. ALÉNA, *supra* note 4, art. 1121. Voir aussi *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de Pologne sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, 6 avril 1990, R.T. Can. 1990 n°43 (entrée en vigueur : 22 novembre 1990) [*Accord Canada-Pologne*]; *Accord entre le Canada et la République du Pérou pour la promotion et la protection des investissements*, 14 novembre 2006, R.T. Can. 2007 n°10 (entrée en vigueur : 20 juin 2007).

¹⁰³ Doctrine de la compétence-compétence. Voir *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Rogers Sans-fil inc c. Muroff*, [2007] 2 R.C.S. 921 au para. 11. Voir aussi Louis Marquis, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire » (1990) 21 R.D.U.S. 303.

¹⁰⁴ *Loi de mise en œuvre, supra* note 2, art. 8(1).

supérieure » ou « cour supérieure ». Une demande de reconnaissance ou d'exécution en vertu de la *Loi de mise en œuvre* peut donc être présentée à l'une ou l'autre des cours supérieures des provinces¹⁰⁵. Des considérations pratiques pourront être retenues, tel le lieu de place d'affaire du défendeur ou le lieu où les actifs se trouvent. Toutefois, ces considérations sont seulement d'ordre pratique pour le demandeur et ne limitent en rien la faculté de choisir l'une ou l'autre de ces cours.

De toute évidence, le législateur fédéral n'a pas utilisé la possibilité conférée par la *Convention du CIRDI* d'assurer l'exécution des sentences du CIRDI par l'entremise de ses tribunaux fédéraux¹⁰⁶.

B. Application des règles de procédure des juridictions supérieures

La *Convention du CIRDI* et la *Loi de mise en œuvre* visent à prévoir la reconnaissance et l'exécution des sentences du CIRDI conformément aux prescriptions de la *Convention*. Cette dernière édicte, à son article 54(3), que « [l']exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'État sur le territoire duquel on cherche à y procéder »¹⁰⁷. Cette approche va de pair avec l'article 55 de la *Loi*, qui stipule que l'article 54 n'emporte pas de renonciation à l'immunité d'exécution.

Les rédacteurs de la *Convention du CIRDI* n'ont pas jugé nécessaire d'énoncer que les règles procédurales applicables à la reconnaissance d'une sentence en vigueur dans l'État sur le territoire duquel on cherche à reconnaître une sentence du CIRDI s'appliquent. Cela pose la question de savoir si leur intention était qu'elles s'appliquent ou non. On pourrait être d'avis que la reconnaissance est un processus ne posant pas de difficultés dans la mesure où elle s'effectue sur présentation d'une copie certifiée de la sentence. Il semble évident que l'objectif des rédacteurs de la *Convention* était d'éliminer l'intervention de l'État dans la procédure de reconnaissance et d'exécution¹⁰⁸. La reconnaissance de la sentence sur présentation d'une copie certifiée de celle-ci remplace l'*exequatur*¹⁰⁹.

L'application des règles de procédure des cours est de mise dans la limite où elles ne transforment pas le processus de reconnaissance et d'exécution en un contrôle judiciaire des obligations découlant d'une sentence du CIRDI¹¹⁰. La reconnaissance d'une sentence est une chose, mais son exécution forcée en est une autre. Il semble admis qu'en vertu de la *Convention du CIRDI* les États doivent payer les obligations

¹⁰⁵ *Loi d'interprétation*, *supra* note 84, art. 35.

¹⁰⁶ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 54(1).

¹⁰⁷ *Ibid.*, art. 54(3).

¹⁰⁸ *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine Republic* (2008), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award rendered on 20 August 2007 (Rule 54 of the ICSID Arbitration Rules) au para. 35, (International Center for Settlement of Investment Disputes), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/VivendiDecisiononStayofEnforcement2008.pdf>> [*Aguas del Aconquija Request for Stay of Enforcement*].

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.* au para. 36.

pécuniaires découlant d'une sentence finale. Le requérant n'a pas l'obligation de faire une demande de reconnaissance et d'exécution en vertu des lois nationales pour que le paiement des obligations découlant de la sentence soit dû¹¹¹. Dans les cas où les obligations découlant de la sentence sont respectées volontairement, les dispositions de la *Loi de mise en œuvre* ne seront évidemment pas applicables. L'exécution forcée sera soumise quant à elle non seulement aux règles de procédure applicables mais aussi aux règles couvrant l'exécution contre l'État et les États étrangers. L'exécution forcée contre les États souverains ainsi que leurs immunités sont traitées en plus de détails ci-après lorsqu'il sera question de l'article 8(2) de la *Loi de mise en œuvre*. Mentionnons seulement pour le moment que la *Loi de mise en œuvre* traite de la reconnaissance et de l'exécution comme un tout plutôt que de les aborder en deux temps. Néanmoins, dans les deux cas, les règles de procédure des cours supérieures seront applicables, à moins que la *Loi* ne spécifie autrement.

C. Règles déclinatoires de compétence

On envisage mal qu'il y ait des difficultés d'interprétation quant à la compétence *rationae materiae* des cours supérieures en vertu de la *Loi de mise en œuvre*. Il semble par ailleurs que l'incompétence *rationae loci* puisse être soulevée.

Les règles déclinatoires des juridictions supérieures relatives au lieu de l'introduction de la demande, le cas échéant, s'appliqueront. En Ontario, toute demande peut être soumise à n'importe quel greffe de la Cour supérieure à moins d'indications contraires dans une loi ou dans les règles de procédure. Le défendeur pourra demander le transfert à une autre localité, notamment si sa place d'affaire se trouve dans un autre district judiciaire. La pratique en Colombie-Britannique est similaire. Au Québec, l'article 949.1 du *Code de Procédure civile*¹¹² (*CPC*) prévoit que la demande de reconnaissance et d'exécution est présentée au tribunal qui, au Québec, aurait été compétent pour statuer sur l'objet du différend confié aux arbitres. L'article réfère donc implicitement aux règles de l'article 68 du *CPC*, qui énoncent des facteurs de rattachement tels le domicile ou le lieu où se trouvent les biens du défendeur. En Cour fédérale, la reconnaissance d'une sentence étrangère se fait par le biais du « Formulaire 327 »¹¹³, qui prévoit une requête *ex parte*. Le défendeur peut demander à la Cour fédérale, cour ambulante, que la demande contre lui soit entendue dans un lieu autre que celui indiqué par le demandeur s'il entend contester la demande de reconnaissance.

¹¹¹ *Convention du CIRDI, supra* note 1, art. 53. Voir aussi *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine Republic* (2008), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award (Rule 54 of the ICSID Arbitration Rule) au para. 55, en ligne : ICSID <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC830_En&caselD=C3> [*Enron Request for Stay of Enforcement*].

¹¹² *Code de Procédure civile*, L.R.Q. c. C-25, art. 949.1 [*CPC*].

¹¹³ Cour fédérale du Canada, « Formulaire 327 – Avis de demande d'enregistrement d'un jugement étranger », en ligne : CF <http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/portal/page/portal/fc_cf_fr/Forms>.

D. Notification auprès du CIRDI

L'article 54(2) *in fine* de la *Convention du CIRDI* prévoit que « [c]haque État contractant fait savoir au Secrétaire Général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels »¹¹⁴. La désignation dont il s'agit ici est une simple notification faite par le gouvernement du Canada auprès du CIRDI au moment de la ratification. Il sera intéressant de voir comment le Canada procédera à cette notification. Le détenteur d'une sentence du CIRDI devra savoir par exemple qu'une demande de reconnaissance et d'exécution auprès de la Cour supérieure de l'Ontario n'est pas efficace pour une exécution contre des actifs en Nouvelle-Écosse. À tout événement, le contenu de la notification en vertu de l'article 54(2) de la *Convention du CIRDI* n'aura pas d'effet en droit canadien.

IX. Reconnaissance et exécution des sentences

Recognition and enforcement of awards	8. (2) The court shall on application recognize and enforce an award as if it were a final judgment of that court.	8. (2) Saisie d'une demande à cet effet, elle reconnaît et exécute toute sentence comme s'il s'agissait de son propre jugement définitif. ¹¹⁵	Reconnaissance et exécution des sentences
---------------------------------------	--	--	---

Cette disposition laconique est l'une des plus importantes de la *Loi de mise en œuvre*. Elle fait en sorte que la juridiction supérieure, une fois saisie d'une demande à cet effet, reconnaît et exécute la sentence arbitrale du CIRDI. La version anglaise utilise le « *shall* », qui indique également une obligation imposée à la juridiction supérieure. L'absence de discrétion de la cour dans le processus est conforme à l'esprit de la *Convention du CIRDI*, qui vise à soustraire de la juridiction des cours nationales le processus d'adjudication de différends entre un État et les ressortissants d'un autre État.

À l'article 54(1) de la *Convention du CIRDI*, il est prévu que « [c]haque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État »¹¹⁶. Le législateur reprend ces exigences en prescrivant que la sentence doit être reconnue comme s'il s'agissait de son propre jugement définitif. Ce choix semble faire en sorte que les obligations autres que pécuniaires sont aussi reconnues et exécutées, ce qui va au-delà des exigences de la *Convention du CIRDI*.

Dans cette partie, les aspects suivants de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence du CIRDI sont abordés, soit : a) le processus de la reconnaissance d'une sentence, b) les questions de la conversion des monnaies étrangères et de

¹¹⁴ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 54(2).

¹¹⁵ *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 2, art. 8(2).

¹¹⁶ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 54(1).

l'application des intérêts relatifs à une sentence, c) l'exécution d'une sentence et les immunités souveraines des États et finalement d) les situations où il y a suspension de l'exécution.

A. Le processus de la reconnaissance d'une sentence du CIRDI

Pour ce qui est de la reconnaissance, l'article 8(2) de la *Loi de mise en œuvre* indique qu'elle se fait comme s'il s'agissait d'un jugement définitif de la cour en question. Cette disposition prévoit le traitement en ce qui concerne la reconnaissance : il s'agit d'une sentence qui doit recevoir le même traitement qu'un jugement, c'est-à-dire que, sur présentation d'une copie certifiée, elle est reconnue, et que suite à sa reconnaissance, elle a valeur de jugement. Un jugement a plusieurs attributs et particulièrement celui de la chose jugée.

Des sentences arbitrales authentiques sont émises par le secrétaire général du CIRDI, qui peut aussi en certifier copie¹¹⁷. Bien que la *Loi de mise en œuvre* ne le précise pas, une copie certifiée de la sentence devrait vraisemblablement être soumise au tribunal compétent. L'article 54(2) de la *Convention du CIRDI* stipule d'ailleurs que « [p]our obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un État contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le Secrétaire Général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit État contractant aura désigné à cet effet »¹¹⁸. Cet article n'est pas repris comme tel dans la *Loi de mise en œuvre*.

Toute demande auprès de la Cour fédérale est en principe soumise aux *Règles des Cours fédérales*¹¹⁹ (voir le commentaire sur l'article 8(1) ci-dessus à ce sujet). Étant donné l'absence de spécifications dans la *Loi de mise en œuvre* sur la procédure à suivre, les dispositions des règles des cours supérieures relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements et des sentences étrangers seront applicables. Les *Règles* exigent qu'une copie authentique ou certifiée de la sentence soit présentée au tribunal pour la reconnaissance et l'exécution¹²⁰. Toutefois, un manquement à cette exigence n'emporte pas la nullité, dans la mesure où il n'y a pas d'indices que la copie non certifiée n'est pas conforme à l'original¹²¹.

Des exigences similaires existent en vertu du droit provincial. Au Québec, l'original de la sentence authentifié par un représentant officiel du gouvernement du Canada, du Québec ou un officier public œuvrant là où la sentence a été rendue doit être soumis au tribunal¹²². En Ontario, la reconnaissance et l'exécution des sentences se fait sur requête. Aucune prescription ne précise la question de la soumission d'une copie certifiée de la sentence¹²³. En Colombie-Britannique, des copies authentiques de

¹¹⁷ *Ibid.*, art. 11, 49.

¹¹⁸ *Ibid.*, art. 54(2).

¹¹⁹ *Règles des Cours fédérales*, Canada D.O.R.S./98-106 [Règles].

¹²⁰ *Ibid.*, art. 329.

¹²¹ *Trans-pacific Shipping Co. c. Atlantic & Orient Trust Co.*, [2005] 273 F.T.R. 129.

¹²² *CPC*, *supra* note 112, art. 949.1.

¹²³ *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, L.O. 1991, c. 17, art 50.

l'original de la sentence et de la convention d'arbitrage ou, à défaut, des copies certifiées de celles-ci doivent habituellement être soumises¹²⁴. Ces prescriptions sont vraisemblablement applicables pour les demandes soumises à la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

B. Conversion des monnaies et intérêts

Un des éléments dont il faut tenir compte lors de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence est la conversion des monnaies lorsque la sentence est rendue dans une monnaie autre que le dollar canadien. L'article 331 des *Règles* prévoit que « [s]auf ordonnance contraire de la Cour, le montant à payer aux termes d'un jugement étranger est converti en monnaie canadienne selon le taux de change applicable, d'après une banque à charte canadienne, le jour où ce jugement a été rendu »¹²⁵. La définition de jugement étranger à l'article 26 des *Règles* comprend une sentence arbitrale au sens du *Code d'arbitrage commercial* figurant à l'annexe de la *Loi sur l'arbitrage commercial*¹²⁶.

L'article 332 paragraphe (1) des *Règles* prévoit en sus que « [l]es intérêts courus au jour de l'enregistrement du jugement étranger sont ajoutés au montant à payer aux termes de celui-ci »¹²⁷. Si un taux d'intérêt a été prévu dans l'entente avec l'investisseur concernant la liquidation des dommages, ce taux s'appliquera conformément à l'entente. Habituellement, la sentence disposera de la question des intérêts conformément aux dispositions de l'entente sur l'investissement, et le tribunal fera les déterminations nécessaires s'il y a lieu (tel la date de début de computation des intérêts par exemple). Dans le cas de sentences rendues conformément à un traité bilatéral sur la protection des investissements, les intérêts seront calculés conformément au traité. À titre d'exemple, l'*Accord Canada-Pologne* prévoit que les intérêts sont calculés au taux convenu entre l'investisseur et l'État concerné dans les cas d'expropriation, mais qu'en aucun cas ce taux ne sera inférieur au London Inter Bank Offered Rate (Taux LIBOR)¹²⁸.

À défaut d'entente applicable, dans le cas d'une expropriation, les intérêts sont généralement payables depuis la date de l'expropriation jusqu'au moment du paiement de la sentence¹²⁹. L'article 332 des *Règles* permet à la Cour de donner effet aux intérêts prévus à la sentence même lorsqu'ils sont différents de ceux autrement accordés au Canada en vertu des *Règles*.

Le paragraphe 2 de l'article 332 des *Règles* prévoit par ailleurs que « [s]auf ordonnance contraire de la Cour, le montant à payer aux termes du jugement étranger enregistré par suite d'une demande visée à la règle 327 [demande pour

¹²⁴ *International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233, article 35.

¹²⁵ *Règles*, *supra* note 119, art. 331.

¹²⁶ *Loi sur l'arbitrage commercial*, *supra* note 21, annexe « Code d'arbitrage commercial ».

¹²⁷ *Règles*, *supra* note 119, art. 332(1).

¹²⁸ *Accord Canada-Pologne*, *supra* note 102, art. VI.

¹²⁹ Andrew Newcombe et Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Alphen aan den Rijn (Pays-Bas), Kluwer Law International, 2009 à la p. 396.

l'enregistrement, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger] porte intérêt à compter du jour de l'enregistrement du jugement étranger, au taux prescrit par l'article 3 de la *Loi sur l'intérêt* »¹³⁰. Ainsi, une fois la sentence reconnue par la Cour fédérale conformément à la *Loi de mise en œuvre*, le taux d'intérêt normalement applicable au Canada sera imposé à partir de ce moment, à moins d'ordonnance contraire du tribunal. La partie faisant une demande de reconnaissance et d'exécution aura avantage à demander au tribunal d'ordonner des intérêts conformément à la sentence arbitrale lorsque le taux utilisé dans la sentence est plus élevé que celui en vigueur au Canada. Lorsque la demande est faite auprès des cours supérieures des provinces, les règles de ces cours devront être consultées.

De plus, nous notons que des règles spéciales concernant les intérêts sont prévues dans la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*¹³¹ pour les sentences contre le gouvernement fédéral.

C. Exécution et immunités souveraines des États

En ce qui concerne l'exécution (c'est-à-dire toute mesure amenant l'exécution de la sentence, y compris l'exécution forcée par un shérif), elle se fera de la même manière que lorsque la cour (et ses officiers) exécute un de ses propres jugements. Dans ce cas, comme dans le cas de la reconnaissance, les règles de procédure de la cour en question seront applicables, à moins de dispositions contraires dans la *Loi de mise en œuvre*.

Une question pratique que le détenteur d'une sentence devra résoudre sera de déterminer s'il est utile d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de la sentence au Canada (c.-à.-d. est-ce que l'investisseur ou l'État étranger possède des actifs au Canada). De plus, lorsque la sentence sera exécutée contre un gouvernement, la question sera de déterminer si une immunité quelconque est applicable.

Des immunités affectant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales existent en faveur des gouvernements étrangers, du gouvernement du Canada et de ceux des provinces. La source et le type des immunités sont toutefois différents selon les cas. L'immunité souveraine des États étrangers provient du droit international public, tandis que l'immunité des gouvernements provient de la *common law*. Deux types d'immunités sont reconnus et font l'objet d'un traitement différent sous la *Convention du CIRDI* : l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution.

En se soumettant à la juridiction d'un tribunal établi en vertu de la *Convention du CIRDI*, que ce soit par entente spécifique avec un investisseur ou par le truchement d'un accord sur la protection des investissements, l'État renonce à l'immunité de juridiction. Que cette renonciation soit explicite ou implicite n'est pas important en soi; le tribunal établi en vertu du CIRDI considérera la question de

¹³⁰ *Règles, supra* note 119, art. 332(2).

¹³¹ *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, c. C-50, art. 31, 31.1 (Intérêt) [*Loi sur la responsabilité civile*].

savoir s'il y a un consentement véritable à être partie à la convention d'arbitrage¹³². Ce consentement constitue la renonciation à l'immunité de juridiction. Il ne faut pas confondre ici le consentement de la part d'un État à soumettre un différend ou une catégorie de différends à l'arbitrage du CIRDI et la ratification de la *Convention du CIRDI*, la ratification n'emportant pas consentement à l'arbitrage.

L'article 54 de la *Convention du CIRDI* énonce une règle simplifiée pour la procédure à suivre lors de la reconnaissance des sentences du CIRDI¹³³. Les États parties doivent reconnaître la sentence comme s'il s'agissait d'une sentence de leurs propres cours nationales. Cette procédure est différente des procédures habituelles de reconnaissance de sentences arbitrales parce qu'elle prémunit la sentence du CIRDI de la révision par les cours de justice nationales¹³⁴. Cette règle simplifiée va de pair avec l'article 7 de la *Loi de mise en œuvre* qui interdit tout recours autre que ceux prévus par la *Convention du CIRDI*, ce qui exclut tout recours en appel ou révision auprès des cours canadiennes¹³⁵.

Tandis que la renonciation à l'immunité de juridiction est généralement admise en présence d'un consentement à l'arbitrage de la part de l'État, il en est autrement de l'immunité d'exécution. Déterminer l'existence d'une immunité d'exécution s'avère important non seulement pour les sentences contre le gouvernement du Canada, mais aussi pour les sentences contre les gouvernements étrangers.

L'article 54(3) de la *Convention du CIRDI* prévoit que « [l']exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'État sur le territoire duquel on cherche à y procéder »¹³⁶. De même, l'article 55 de la *Convention du CIRDI* édicte qu'« aucune des dispositions de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un État contractant concernant l'immunité d'exécution dudit État ou d'un État étranger »¹³⁷.

Par rapport au gouvernement du Canada, l'article 6 de la *Loi de mise en œuvre* prévoit que Sa Majesté du chef du Canada est liée, mais ne comporte pas de renonciation à l'immunité d'exécution. La procédure d'exécution sera semblable à toute procédure d'exécution contre la couronne. En droit canadien, les biens de la couronne sont généralement insaisissables¹³⁸.

La doctrine de l'immunité des États étrangers, basée sur le droit international, est incorporée en droit interne. Au Canada, elle est reconnue en *common law* et maintenant en vertu de la *Loi sur l'immunité des États*¹³⁹. En vertu de cette doctrine, un État souverain ne peut être contraint à être partie à une procédure judiciaire contre

¹³² *Société Ouest africaine des bétons industriels c. Senegal* (1988), 2 ICSID Rep. 164 au para. 4.09 et s.

¹³³ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 54.

¹³⁴ Reed, Paulsson et Blackaby, *supra* note 3, p. 96.

¹³⁵ *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 2, art. 7.

¹³⁶ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 54(3).

¹³⁷ *Ibid.*, art. 55.

¹³⁸ René Dussault et Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, Sainte-Foy (Québec), Presses de l'Université Laval, 1984 à la p. 20. Voir aussi *Loi sur la responsabilité civile*, *supra* note 131, art. 29 (Absence d'exécution forcée contre l'État).

sa volonté et ne peut faire l'objet de mesures d'exécution. Des exceptions à cette doctrine se trouvent dans la *Loi sur les immunités des États*, en particulier l'exception relative aux activités commerciales de l'État¹⁴⁰.

Les commentateurs de la *Convention du CIRDI* indiquent que cette volonté de conserver l'immunité des États contre l'exécution dans le cadre du système du CIRDI faisait partie du compromis lors des négociations sur la *Convention*¹⁴¹. Le consentement à une procédure d'arbitrage, selon les auteurs, n'emporte pas nécessairement la renonciation à l'immunité d'exécution¹⁴².

Outre l'intention visée par les rédacteurs de la *Convention du CIRDI*, la *Loi de mise en œuvre* donne des indices à l'effet que l'immunité d'exécution, si elle existe par ailleurs, n'est pas affectée. Ainsi : 1) lorsque le législateur a voulu exclure l'application d'autres règles de droit autrement applicables, il l'a fait explicitement¹⁴³ – l'absence de mention appuie l'interprétation selon laquelle les immunités d'exécution contre l'État ou contre l'État étranger demeurent; 2) bien qu'il n'ait pas repris la disposition de l'article 54(3) ou de l'article 55 de la *Convention du CIRDI*¹⁴⁴, le législateur a introduit le concept de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence « comme s'il s'agissait de son propre jugement définitif »¹⁴⁵, exprimant ainsi l'intention que l'exécution de la sentence se fasse de la même manière que toute exécution en vertu d'un jugement canadien contre un gouvernement du Canada ou étranger, selon le cas. Par ailleurs, 3) une forte présomption en faveur de l'immunité des États existe en droit canadien, qui à elle seule aurait requis l'expression claire par le législateur de son intention de la modifier pour que l'immunité ne soit pas maintenue¹⁴⁶.

Quelques commentaires s'imposent sur ces trois points. Premièrement, certains ont tenté de donner un sens particulier au choix, dans la version anglaise de cette convention, des termes « *recognition and enforcement* » d'une part et « *execution* » d'autre part, aux articles 54 et 55 de la *Convention du CIRDI*. Il nous apparaît que cette distinction est peu significative, dans la mesure où la version française de la *Convention du CIRDI* ne la reprend pas (c'est-à-dire que les mots « *enforcement* » et « *execution* » sont tous deux traduits par « exécution »¹⁴⁷. De plus,

¹³⁹ *Loi sur l'immunité des États*, *supra* note 36. Voir aussi *The Parlement Belge*, [1880] 5 P.D. 197 (A.C.); *Trendtex Trading Corporation c. Central Bank of Nigeria*, [1977] 2 W.L.R. 356 (C.A.); *Re Code canadien du travail*, *supra* note 59.

¹⁴⁰ *Loi sur l'immunité des États*, *ibid.*, art. 5 (Activité commerciale).

¹⁴¹ Aron Broches, « Awards rendered pursuant to the ICSID Convention : Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution » (1987) 2 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 287 aux pp. 307, 330.

¹⁴² Matthew Saunders et Claudia Salomon, « Enforcement of Arbitral Awards Against States and States Entities » (2007) 23(3) Arbitration International 467, à la p. 469; Dolzer et Schreuer, *supra* note 11, à la p. 289.

¹⁴³ Voir *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 2, art. 3, 6.

¹⁴⁴ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 54(3) et 55.

¹⁴⁵ *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 2, art. 8(2).

¹⁴⁶ *Loi sur l'immunité des États*, *supra* note 36, art. 3, 4. Voir aussi *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne* [1971] R.C.S. 997.

¹⁴⁷ Reed, Paulsson et Blackaby, *supra* note 3 à la p. 96. Les auteurs arrivent à la même conclusion, mais sans faire référence à la version française.

la *Loi de mise en œuvre* ne reprend pas ces articles de la *Convention du CIRDI* textuellement.

Deuxièmement, un État peut renoncer en entier ou en partie à son immunité contre l'exécution¹⁴⁸. Cette renonciation doit par ailleurs être « claire et non équivoque »¹⁴⁹. Nonobstant cette possibilité, en pratique, les États renoncent rarement aux bénéfices de l'immunité d'exécution puisque cela nuirait au fonctionnement des affaires du gouvernement et le rendrait même impossible dans certaines situations.

Troisièmement, l'immunité de l'État face à l'exécution est procédurale et n'affecte en rien le droit de la partie au paiement de la sentence. Le non-respect des obligations résultant d'une sentence du CIRDI constitue un manquement aux obligations d'un État en vertu de la *Convention du CIRDI*, manquement pour lequel un redressement est disponible en droit international public. Un tel remède peut être demandé seulement par l'État dont l'investisseur est ressortissant¹⁵⁰. En pratique, le respect des obligations des États prévues à la *Convention du CIRDI*, en particulier le paiement des montants dus en vertu de sentences, est la norme. Cela est peut-être dû au fait que le CIRDI est une institution de la Banque mondiale, laquelle joue le rôle de banquier des États, sans compter l'effet négatif que pourrait avoir le non-paiement d'une sentence pour les investissements étrangers dans le pays en question.

D. Suspension d'exécution

Stay of enforcement	8. (3) If the enforcement of an award is stayed under the Convention, the court shall on application stay the enforcement of the award.	8. (3) Lorsque l'exécution de la sentence est suspendue sous le régime de la Convention, la juridiction saisie, sur présentation d'une demande à cet effet, suspend l'exécution de la sentence. ¹⁵¹	Suspension d'exécution
---------------------	--	---	------------------------

Cette disposition reprend les mécanismes de la *Convention du CIRDI*. Ainsi, un tribunal traitant d'une question relative à l'interprétation de la sentence, s'il estime que les circonstances l'exigent, peut ordonner la suspension de l'exécution de la sentence¹⁵². Il en est de même pour un comité *ad hoc* traitant d'une demande d'annulation d'une sentence¹⁵³ et pour le tribunal traitant d'une demande de révision d'une sentence¹⁵⁴. La *Loi de mise en œuvre* prévoit dans ces circonstances que lorsque l'exécution de la sentence est suspendue sous le régime de la *Convention du CIRDI*, la cour nationale saisie, sur présentation d'une demande à cet effet, suspend l'exécution de la sentence.

¹⁴⁸ Voir la clause modèle no. 15 du CIRDI prévoyant la renonciation par l'État hôte à « toute immunité souveraine afin de faire échec à l'exécution d'une sentence », en ligne : ICSID-CIRDI <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-fra/15.htm>>.

¹⁴⁹ *United States c. Friedland*, [1999] 46 O.R. (3d) 321 aux para. 13-15 (Ontario C.A.).

¹⁵⁰ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 64. Voir aussi Schreuer, *supra* note 3, c. « Article 55 » au para. 7; *Enron Request for Stay of Enforcement*, *supra* note 111 au para. 65.

¹⁵¹ *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 2, art. 8(3).

¹⁵² *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 50(2).

¹⁵³ *Ibid.*, art. 52(5).

¹⁵⁴ *Ibid.*, art. 51(4).

Plusieurs décisions de comités *ad hoc* traitant d'une demande d'annulation de sentence du CIRDI ont discuté en détail de la suspension d'une sentence et de la question à savoir si elle est automatique lorsqu'une demande d'annulation est faite¹⁵⁵. En règle générale, il n'y a pas de suspension automatique. Ces décisions discutent aussi la nécessité de donner un cautionnement couvrant les risques de non-paiement. Le cautionnement est généralement refusé, à moins que le débiteur ait fait preuve d'une intention d'éviter ses obligations résultant de la sentence. Les éléments retenus par ces comités n'ont pas d'impact sur l'application de l'article 8 de la *Loi de mise en œuvre*. Il s'agit ici d'un mécanisme donnant effet à la suspension en vertu de la *Convention du CIRDI*, et il n'y a pas lieu pour la cour de justice canadienne d'examiner la valeur des éléments ayant amené l'octroi de la suspension par l'entité visée aux articles 50, 51 ou 52 de la convention.¹⁵⁶

La suspension sera accordée à la demande d'une partie en vertu du régime de la *Loi de mise en œuvre*. Toutefois, la demande sera accordée de plein droit par le juge sur preuve satisfaisante de la suspension sous le régime de la *Convention du CIRDI*.

X. Exclusivité de l'arbitrage

Arbitration — exclusion of other remedies	9. Unless the parties to an arbitration agreement entered into under the Convention agree otherwise, a court or administrative tribunal (a) may not order interim measures for the preservation of a party's rights or interests before the institution of or during arbitration proceedings; and (b) may not determine a matter that is covered by the agreement.	9. Sauf convention contraire des parties à un accord d'arbitrage conclu sous le régime de la Convention, aucun tribunal judiciaire ou administratif ne peut : a) ordonner la prise de mesures provisoires conservatoires, avant ou pendant une instance; b) trancher toute question visée par l'accord. ¹⁵⁷	Exclusivité de l'arbitrage
---	--	--	----------------------------------

Cet article vise à protéger l'intégrité et l'indépendance du processus instauré par le CIRDI. Il couvre a) les mesures provisoires et b) l'exclusivité de l'arbitrage. c) les restrictions d'utilisation des procès-verbaux sont couvertes par l'article 10.

¹⁵⁵ *Enron Request for Stay of Enforcement*, supra note 111; *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine Republic* (2009), Decision on the Claimant's Second Request to Lift Provisional Stay of Enforcement of the Award (Rule 54 of the ICSID Arbitration Rule), (International Center for Settlement of Investment Disputes), en ligne : Investment Treaty Arbitration <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Decision-ENG-ElectronicCopy.pdf>>; *Aguas del Aconquija Request for Stay of Enforcement*, supra note 108; *CMS Gas Transmission Company c. Argentine Republic* (2006), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award (Rule 54 of the ICSID Arbitration Rule), en ligne : ICSID <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC505_En&caselId=C4>. Voir aussi Martina Polasek, « Introductory Note to Three Decisions on the Stay of Enforcement of an ICSID Award » (2006) 20(2) ICSID Review 581 à la p. 581.

¹⁵⁶ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 50-52 (Section 5. De l'interprétation, de la révision, et de l'annulation de la sentence).

¹⁵⁷ *Loi de mise en œuvre*, supra note 2, art. 9.

A. Les mesures provisoires

L'article 9(a) de la *Loi de mise en œuvre* prévient l'adoption de mesures provisoires conservatoires par les cours canadiennes. Il s'agit ici des mesures intérimaires souvent ordonnées par voie d'injonctions. Un tribunal du CIRDI a le pouvoir de recommander l'adoption de telles mesures lorsque le tribunal est d'avis qu'elles sont propres à sauvegarder les droits des parties¹⁵⁸. Ce pouvoir de recommandation n'exclut pas forcément la juridiction des cours nationales. L'article 39(6) du *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage* du CIRDI prévoit par contre que « dans la mesure où les parties en ont convenu dans l'accord contenant leur consentement, [...] les parties demandent à toute autorité judiciaire ou autre d'ordonner des mesures conservatoires »¹⁵⁹. Il semble que le commencement d'une procédure arbitrale du CIRDI sans une réserve du droit de demander des mesures provisoires auprès des cours nationales emporte renonciation à ce droit¹⁶⁰.

En vertu de la *Convention du CIRDI* tout comme sous la *Loi de mise en œuvre*, une cour nationale n'est pas tenue de reconnaître les mesures provisoires adoptées par un tribunal établi en vertu de la *Convention du CIRDI*; il s'agit ici d'une recommandation¹⁶¹. Un tribunal du CIRDI n'a pas le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires liantes et exécutoires¹⁶² à moins que les parties n'en conviennent autrement.

En somme, dans le contexte du CIRDI, lorsque le demandeur fait face à une partie (soit l'État, soit l'investisseur) qui dilapide des actifs, aucune mesure conservatoire exécutoire ne peut être adoptée. Sans entrer dans le débat concernant la capacité d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires exécutoires, la proposition qui semble être maintenant acceptée est que « la compétence du tribunal concernant l'ordonnance de mesures provisoires est, comme l'entente d'arbitrage elle-même, fonction du consentement des parties » [notre traduction]¹⁶³.

Cette conclusion est reflétée dans l'article 9 de la *Loi de mise en œuvre* dans la mesure où les cours canadiennes devraient ordonner la prise de mesures provisoires si une entente des parties le prévoit¹⁶⁴. Les parties ont donc intérêt à prévoir dans leur entente arbitrale des stipulations relatives aux mesures conservatoires s'il est concevable lors de la négociation de l'entente que de telles mesures puissent être utiles.

¹⁵⁸ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 47.

¹⁵⁹ *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage*, en ligne : ICSID-CIRDI <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf>, art. 39(6).

¹⁶⁰ Emmanuel Gaillard et John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 1999 au para. 1309.

¹⁶¹ Schreuer, *supra* note 3, c. « Article 47 » au para. 26.

¹⁶² *Ibid.*, c. « Article 47 » au para. 16.

¹⁶³ L. Yves Fortier, « Interim Measures: An Arbitrator's Provisional Views », Fordham Law School Conference on International Arbitration and Mediation, Fordham University, 16 Juin 2008 [non publiée]. Transcription disponible en ligne : ICCA <http://www.arbitrationicca.org/media/0/12232952989920/1115_001.pdf>.

¹⁶⁴ *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 2, art. 9.

En définitive, ce débat a peut-être peu d'importance, car le tribunal arbitral pourra « punir » la partie qui ne respecte pas les mesures provisoires au moment de la sentence finale. Cela a pour effet de rendre d'une certaine manière obligatoires les mesures provisoires du tribunal. Ainsi, certains concluent déjà à la nature liante des mesures provisoires adoptées par un tribunal établi en vertu de la *Convention du CIRDI*¹⁶⁵.

B. L'obligation du renvoi à l'arbitrage

L'article 9(b) de la *Loi de mise en œuvre* donne effet aux articles 25 et 26 de la *Convention du CIRDI*¹⁶⁶ et confirme la nature autonome et exclusive de l'arbitrage, comme mode de règlement des différends exclusif des recours devant d'autres tribunaux arbitraux ou cours de justice nationales. Cette disposition prévoit l'exclusivité de l'arbitrage sur la base du contrat qui lie les parties. L'alinéa b) de l'article 9 vise des situations différentes de celles de l'article 7 de la *Loi*, qui traite des recours contre une sentence et exclut tout recours judiciaire. Dans le cas de l'article 9, en présence d'une convention d'arbitrage, la cour de justice canadienne doit renvoyer les parties à l'arbitrage; elle ne peut trancher toute question visée par la *Convention*.

La *Loi de mise en œuvre* n'indique pas explicitement l'obligation du renvoi à l'arbitrage. L'alinéa b) de l'article 9 prévoit seulement que « [s]auf convention contraire des parties à un accord d'arbitrage conclu sous le régime de la Convention, aucun tribunal judiciaire ou administratif ne peut trancher toute question visée par l'accord »¹⁶⁷. Cette formulation est différente des dispositions habituellement trouvées dans les lois portant sur l'arbitrage. Par exemple, le *CPC* prévoit que faisant face à « une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, [le tribunal] renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention »¹⁶⁸. En Ontario, l'article 8 de la *Loi sur l'Arbitrage commercial international* prévoit que « [d]ans le cas où, en vertu de l'article 8 du Code, un tribunal renvoie les parties à l'arbitrage, il est sursis aux procédures devant ce tribunal qui sont liées aux questions se rapportant à l'arbitrage »¹⁶⁹. L'article 8 de l'*International Commercial Arbitration Act* de la Colombie-Britannique prévoit que :

(1) *If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may, before or after entering an appearance and before delivery of any pleadings or taking any other step in the proceedings, apply to that court to stay the proceedings.*(2) *In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of*

¹⁶⁵ Fortier, *supra* note 163. Voir aussi Redfern, *supra* note 3 à la p. 333.

¹⁶⁶ *Convention du CIRDI*, *supra* note 1, art. 25, 26.

¹⁶⁷ *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 2, art. 9(b).

¹⁶⁸ *CPC*, *supra* note 112, art. 940.1.

¹⁶⁹ *Loi sur l'Arbitrage commercial international*, L.R.O. 1990, c. 1.9, art. 8.

being performed.(3) *Even if an application has been brought under subsection (1) and even if the issue is pending before the court, an arbitration may be commenced or continued and an arbitral award made.*¹⁷⁰

En vertu de ces dispositions, certaines cours choisissent de suspendre la procédure tandis que d'autres rejettent la demande lorsqu'une entente d'arbitrage existe. Mais en définitive, les cours refusent d'entendre le litige s'il existe un accord d'arbitrage. L'alinéa b) de l'article 9 de la *Loi de mise en œuvre*, bien que rédigé différemment, vise le même objectif, et les cours refuseront d'entendre le différend en présence d'une clause d'arbitrage du CIRDI.

Les dispositions précitées et surtout l'exclusivité de l'arbitrage par rapport au processus judiciaire sont bien reconnues au Canada. Les cours tant provinciales que fédérales se désistent de toute demande d'une partie qui vise une question couverte par une entente d'arbitrage¹⁷¹.

Dans certains cas, l'identification des parties à une entente arbitrale n'est pas aisée. Dans les cas où l'arbitrage sous l'égide du CIRDI est basé sur une entente particulière, les parties seront généralement identifiables parce que leurs noms apparaîtront sur l'entente (souvent une entente portant sur une activité et un investissement spécifiques). Dans les cas basés sur des traités sur la protection des investissements, les parties peuvent être plus difficiles à identifier. Même si l'État est responsable des actions des gouvernements locaux, ces derniers ne sont pas nécessairement parties à l'entente. Dans les cas où les gouvernements locaux introduisent une demande en justice auprès d'une cour canadienne alors même qu'il y a un arbitrage en cours en vertu d'un traité sur les investissements, la demande de sursis par l'investisseur ne sera vraisemblablement pas accordée¹⁷².

Il est important de noter que les exclusions traditionnelles portant sur une entente entachée d'un vice n'existent pas sous le régime de la *Loi de mise en œuvre*. À titre de comparaison, l'article II(3) de la *Convention de New York* prévoit que « [l]e tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée »¹⁷³. En vertu

¹⁷⁰ *International Commercial Arbitration Act*, *supra* note 124, art. 8.

¹⁷¹ *Stone c. Polon*, 2006 CanLII 24712, [2006] 36 C.P.C. (6th) 64 (Ontario C.A.); *Cecrop Co. c. Kinetic Sciences Inc.*, 2001 BCSC 532, [2001] 16 B.L.R. (3d) 15; *Campney & Murphy A Partnership c. Bernard & Partners A Partnership*, 2002 FCT 1136, [2002] 22 C.P.R. (4th) 526; *Lamb c. AlanRidge Homes Ltd.*, 2009 ABQB 170, [2009] A.W.L.D. 1674; *Canada (Minister of Transport) c. Marineserve.MG Inc.*, 2002 NSSC 147, [2002] 204 N.S.R. (2d) 385; *Self c. Abridean Inc.*, 2001 NSSC 191, [2001] 199 N.S.R. (2d) 220; *No. 363 Dynamic Endeavours Inc. c. 34718 B.C. Ltd.*, [1993] 81 B.C.L.R. (2d) 359; *Prince George (City of) c. A.L. Sims & Sons Ltd.*, 1995 CanLII 2487, [1995] 9 W.W.R. 503 (C.B. C.A.); *Agrium Inc. c. Babcock*, 2005 ABCA 82 (CanLII), [2005] 363 A.R. 103; *Brown c. Murphy*, 2002 CanLII 41652, [2002] 59 O.R. (3d) 404 (Ontario C.A.); *Dell*, *supra* note 30 (Décision portant sur le droit québécois).

¹⁷² *The Mayor and Commonalty & Citizens of the City of London c. Ashok Sancheti* (2008), [2008] EWCA Civ 1283. Cette décision renverse celle de *Roussel-Uclaf c. GD Searle & Co. Ltd.* (1978), [1978] 1 Lloyd's Rep 225 (Ch).

¹⁷³ *Convention de New York*, *supra* note 13, art. II(3).

de l'article 9 de la *Loi de mise en œuvre*, la Cour de justice devra néanmoins se demander si elle est appelée à trancher une question visée par un accord et pourra déterminer l'existence et la portée d'un accord. Sur présentation de preuves suffisantes de l'existence de l'accord, la Cour se désistera.

C. Procès-verbaux de conciliation

<p>Conciliation — without prejudice</p>	<p>10. Unless the parties to conciliation proceedings under the Convention agree otherwise, a party may not use the following in any other proceedings, including proceedings before a court, administrative tribunal or arbitrator: (a) a view expressed or a statement, admission or offer of settlement made by the other party in the conciliation proceedings; or (b) the report or recommendations made by the conciliation commission established under article 29 of the Convention.</p>	<p>10. Sauf convention contraire des parties à une procédure de conciliation engagée sous le régime de la Convention, aucune d'entre elles ne peut, dans le cadre d'une autre procédure — notamment une instance portée devant un tribunal judiciaire ou administratif ou un arbitre —, avoir recours : a) aux opinions, déclarations ou offres de règlement émanant de l'autre partie dans le cadre de la procédure de conciliation; b) au procès-verbal ou aux recommandations de la Commission de conciliation constituée en vertu de l'article 29 de la Convention.¹⁷⁴</p>	<p>Conciliation — utilisation interdite</p>
---	---	--	---

Cette disposition protège les déclarations, offres de règlement ou recommandations de conciliation faites « sans préjudice » dans le cadre de procédures de conciliation. Cette règle est communément admise au Canada¹⁷⁵. La question ne se pose pas dans le cadre de la *Loi de mise en œuvre* par rapport aux offres de règlement où une entente arbitrale existe puisque dans de tels cas, une cour de justice doit se désister¹⁷⁶. Ainsi, il n'y a pas lieu de prévoir une disposition interdisant l'usage des déclarations ou offres de règlement faites en relation à un différend couvert par une entente d'arbitrage dans l'éventualité où une procédure serait commencée devant les tribunaux nationaux sur un même différend.

XI. Listes d'arbitres et de conciliateurs

<p>Designation of panels</p>	<p>11. The Governor in Council may, in accordance with articles 12 to 16 of the Convention, designate persons to the panel of conciliators and the panel of arbitrators.</p>	<p>11. Le gouverneur en conseil peut, conformément aux articles 12 à 16 de la Convention, désigner des personnes pour figurer sur la liste de conciliateurs et la liste d'arbitres.¹⁷⁷</p>	<p>Désignations</p>
----------------------------------	---	--	---------------------

¹⁷⁴ *Loi de mise en œuvre*, supra note 2, art. 10.

¹⁷⁵ *Règles*, supra note 119, art. 338; Janet Walker, *The Civil Litigation Process: Cases and Materials*, 6^e éd., Toronto, Edmond Montgomery, 2005 aux pp. 608 et s.

¹⁷⁶ *Loi sur l'arbitrage commercial*, supra note 21, art. 8.

La *Convention du CIRDI* établit son propre régime pour la désignation des membres figurant sur la liste des conciliateurs et la liste des arbitres du Centre. Ces listes sont indicatives, et les parties à des procédures de conciliation ou d'arbitrage sont libres de choisir une personne figurant sur la liste ou non. Les membres du comité *ad hoc* traitant des demandes d'annulation d'une sentence sont par contre choisis sur la liste des arbitres¹⁷⁸.

L'article 21(2) du *Règlement administratif et financier* du CIRDI prévoit que

[l]e Secrétaire Général tient les Listes des Conciliateurs et des Arbitres et en transmet copie de temps à autre à tous les États contractants, et sur demande, à tout État ou à toute personne; ces listes doivent indiquer pour chaque Conciliateur et Arbitre : (a) son adresse; (b) sa nationalité; (c) la date à laquelle la désignation en cours prend fin; (d) l'autorité qui l'a désigné; (e) ses qualifications.¹⁷⁹

L'État a pleine discrétion quant aux personnes qu'il entend désigner sur les listes. Les exigences quant aux compétences sont laissées à l'appréciation des États. L'article 14(1) de la *Convention du CIRDI* prévoit néanmoins que « [l]es personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante »¹⁸⁰. Les désignations d'individus sur l'une ou l'autre des listes ne peuvent être contestées sous le régime de la *Convention du CIRDI*¹⁸¹. Il n'y a donc aucune plainte rapportée concernant les désignations existantes.

La *Convention du CIRDI* ne prévoit pas de mécanisme formel de nomination pour les listes. Une communication officielle du ministre des Affaires étrangères ou du ministère aurait suffi aux fins de la *Convention*. L'article 11 de la *Loi de mise en œuvre* fait en sorte que le Conseil de ministres du Canada est responsable de la désignation des membres sur les listes.

En vertu du droit canadien, le Conseil de ministres a une complète discrétion dans la détermination des personnes devant être désignées pour apparaître sur les listes et n'a pas l'obligation d'entendre les soumissions des individus intéressés (si l'on considère les principes développés par la Cour suprême du Canada dans *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat et autre*¹⁸²).

Les désignations sont faites pour une période de six ans renouvelable¹⁸³.

¹⁷⁷ *Loi de mise en œuvre*, supra note 2, art. 11.

¹⁷⁸ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 52(3).

¹⁷⁹ *Règlement administratif et financier*, supra note 82, art. 21.2.

¹⁸⁰ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 14(1).

¹⁸¹ Schreuer, supra note 3, c. « Article 14 » au para. 16.

¹⁸² *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735.

¹⁸³ *Convention du CIRDI*, supra note 1, art. 15(1).

Cette revue des articles de la *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements* fait ressortir la nature auxiliaire de celle-ci par rapport à la *Convention du CIRDI* et aux accords d'arbitrage entre les États et les ressortissants d'autres États. Cette loi donne effet en droit canadien aux différentes dispositions de la *Convention du CIRDI* qui sont nécessaires au bon déroulement des procédures arbitrales et conciliatoires (principalement par l'exclusion de propos tenus lors de séances de conciliation), ainsi qu'aux privilèges et immunités du Centre et des personnes exerçant des fonctions en vertu de la *Convention du CIRDI* (arbitres, témoins, etc.). Elle donne aussi effet aux sentences en prévoyant un mécanisme pour leur reconnaissance et exécution, et en indiquant que la *Loi de mise en œuvre* s'applique à la couronne fédérale. Finalement, bien que silencieuse à bien des égards, elle donne un ensemble d'éléments pour la détermination de son application (sentences couvertes, application dans le temps de certaines règles et règles régissant les conflits avec d'autres lois).

Il n'est pas rare de constater que certains créanciers, en vertu d'une sentence contre un État étranger, tentent d'obtenir la saisie de certains biens appartenant à l'État dans de multiples juridictions. La *Loi de mise en œuvre* couvre aussi cette éventualité et permet, conformément à la *Convention du CIRDI*, au détenteur d'une sentence du CIRDI, de la faire exécuter au Canada contre les actifs du débiteur au pays. Bien que cette loi ne restreigne pas l'application des immunités des États étrangers qui sont reconnues dans la *Loi sur l'immunité des États*¹⁸⁴, elle met en œuvre le mécanisme simple de la *Convention du CIRDI* pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Par ailleurs, la reconnaissance des sentences du CIRDI ne sera pas refusée pour des motifs généralement reconnus comme les prohibitions d'ordre public; il s'agit ici d'un gain important pour la protection des investissements internationaux.

Étant donné l'observance par le Canada de ses obligations pécuniaires résultant de sentences défavorables, il est peu probable que la *Loi de mise en œuvre* soit régulièrement appliquée contre le gouvernement du Canada. Cette dernière permet en revanche au Canada de ratifier la *Convention du CIRDI*, car elle met en œuvre les obligations du Canada découlant de la Convention. Il s'agit incontestablement de son but le plus important, car cela permettra aux investisseurs canadiens d'avoir recours au règlement des différends offert par le Centre.

¹⁸⁴ *Loi sur l'immunité des États*, supra note 36.