

# THE ARBITRAL INNOVATIONS OF RECENT U.S. FREE TRADE AGREEMENTS: TWO STEPS FORWARD, ONE STEP BACK

## LES INNOVATIONS ARBITRALES DANS LES RÉCENTS ACCORDS AMÉRICAINS DE LIBRE-ÉCHANGE : DEUX PAS EN AVANT, UN PAS EN ARRIÈRE

Noah RUBINS\*

### I. INVESTMENT TREATIES AND ARBITRATION

The increasing importance of international investment in the quest for sustainable development at the turn of the twenty-first century<sup>1</sup> has been accompanied by the rapid development of a novel field of international law, which defines the obligations of host states towards foreign investors and creates procedures for arbitrating disputes arising out of those obligations. This new law is primarily codified in a vast network of bilateral and multilateral investment treaties, supported by an ever-evolving background of customary international law. Under modern investment treaties, foreigners hailing from a signatory state that have made a qualifying investment in the territory of another signatory state enjoy a range of protections, in particular from discrimination and expropriation without compensation, as well as fair and equitable treatment and full protection and security of investments. When the investor feels that his rights under the treaty have been violated, he is endowed with the right to bring a complaint for redress before an international arbitration tribunal, normally composed and administered under the auspices of a prominent arbitral institution, but occasionally created *ad hoc*.

### I. CONVENTIONS D'INVESTISSEMENT ET ARBITRAGE

L'importance croissante de l'investissement international dans la recherche d'un développement durable à l'entrée du vingt et unième siècle, s'accompagne du développement rapide d'un nouveau domaine de droit international définissant les obligations de l'État d'accueil envers les investisseurs étrangers et créant des procédures pour trancher, par l'arbitrage les différends engendrés par ces obligations. Ce droit nouveau est essentiellement codifié dans un vaste réseau de conventions bilatérales et multilatérales d'investissement, renforcé par un arrière-plan de droit international coutumier en pleine évolution. Aux termes des conventions d'investissement modernes, l'étranger ressortissant d'un État signataire, qui a fait un investissement couvert par la convention sur le territoire d'un autre État signataire, bénéficie d'une série de protections, notamment contre les discriminations et contre l'expropriation sans indemnisation, ainsi que d'un traitement juste et équitable et d'une protection et d'une sécurité entière pour les investissements. Lorsque l'investisseur estime, en vertu de la convention, que ses droits ont été violés, il a la possibilité d'intenter une action en réparation devant un tribunal arbitral international, généralement constitué et administré par une institution arbitrale importante, mais parfois créé *ad hoc*.

\* Noah Rubins is an attorney at Jones Day in Washington, D.C., and an adjunct professor at Georgetown Law Center. The opinions expressed in this article are solely those of the author, and do not necessarily reflect the views of Jones Day or its clients.

En contraste avec la situation classique, l'investisseur bénéficiaire de ces conventions d'investissement n'a pas besoin de s'adresser à son propre gouvernement afin d'obtenir le soutien de sa demande ; il peut avoir directement recours à l'arbitrage contre l'État d'accueil, ce qui permet d'éliminer les obstacles diplomatiques et politiques au règlement direct des litiges en droit international coutumier. D'autre part il n'est pas nécessaire qu'il ait directement signé une convention d'arbitrage avec l'État d'accueil. Le gouvernement d'accueil fournit plutôt un ordre permanent de recours à l'arbitrage dans un document conventionnel conclu avec l'État d'origine de l'investisseur. Lorsque surgit un litige, l'investisseur soumet une demande d'arbitrage au titre de la convention, en acceptant l'offre d'arbitrage et en la convertissant en un compromis arbitral valable et obligatoire.

Les Conventions Bilatérales sur l'Investissement (CBI) peuvent varier, mais elles ont en commun leur structure générale et la majeure partie de leurs éléments de fond. La plupart de ces conventions – dont plus de 2 000 sont en vigueur à l'heure actuelle – sont fondées sur des modèles rédigés par l'OCDE et par des États spécifiques, exportateurs de capital, notamment les États-Unis. Pendant les quatre premières décennies de leur existence, depuis la signature de la première CBI entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959, les pays développés ont cherché à renforcer les garanties et à simplifier les conditions procédurales à l'arbitrage des litiges. La conclusion de la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États et la mise en place du Centre International pour la Résolution des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) qui en a résultée, ont joué un rôle important dans cette évolution. La Convention de Washington a établi un système a-national d'arbitrage sur les investissements, protégé des dangers d'une ingérence des tribunaux locaux, et permettant la dépolitisation progressive des différends relatifs aux investissements.

Cependant, à la fin du vingtième siècle, de nouvelles forces ont commencé à avoir de l'influence sur la négociation et la rédaction des clauses d'arbitrage dans les nouvelles conventions d'investissement. En particulier, l'Accord de Libre-Échange Nord-Américain (ALENA), entré en vigueur entre les États-Unis, le Canada, et le Mexique en 1994, a soumis des pays industrialisés à l'arbitrage en matière d'investissement pour la première fois. Alors que le Canada et les États-Unis souhaitaient que les dispositions investisseur/État de l'ALENA protègent leurs investisseurs contre le cadre réglementaire traditionnellement imprévisible du Mexique, les flux massifs de capitaux entre eux ont inévitablement rendu chacun « État défendeur » dans des affaires d'arbitrage ALENA. Le Canada et les États-Unis ont été choqués et surpris, tant au niveau officiel que non gouverne-

In contrast to the situation under the traditional system, investor beneficiaries of investment treaties of this sort need not appeal to their own governments for espousal of the claim; they can proceed directly to arbitration against the host state, thus eliminating the diplomatic and political barriers to direct dispute resolution that exist at customary international law. Furthermore, they need not have signed an arbitration agreement directly with the host government. Instead, the host government presents a standing offer to arbitrate in a treaty document signed with the investor's home state. When a dispute arises, the investor submits a request for arbitration under the treaty, accepting the offer to arbitrate and converting it into a valid and binding arbitral *compromis*<sup>2</sup>.

Bilateral Investment Treaties (BITs) vary somewhat, but share a general structure and most substantive elements. Most of these treaties, of which there are more than 2000 in force today, are based on models drafted by the OECD and particular capital-exporting countries, notably the United States. For the first four decades of their existence, from the signing of the very first BIT between Germany and Pakistan in 1959, developed countries sought to strengthen guarantees and simplify procedural requirements for arbitration of disputes. The signing of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Investors of Other States<sup>3</sup> and the resulting emergence of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) played an important role in this evolution. The Washington Convention established an a-national investment arbitration system, insulated from the vagaries of local court interference, allowing the further (but not complete) depoliticization of investment-related disputes.

At the end of the twentieth century, however, new forces began to shape the negotiation and drafting of arbitration provisions in new investment treaties. In particular, the North American Free Trade Agreement (NAFTA), which entered into force between the United States, Canada, and Mexico in 1994, subjected industrialized countries to investment arbitration for the first time. While Canada and the United States intended the investor-state provisions of NAFTA to protect their investors from a historically unpredictable Mexican regulatory environment, the massive flows of capital between them made it all but inevitable that each would eventually become respondents in NAFTA arbitration cases. Shock and surprise followed in both countries, both at the official and non-governmental levels, as Canada and

the United States found themselves bound to obey principles of international law they had developed to control the conduct of others<sup>4</sup>.

As a result of several high-profile investment arbitration cases (particularly under the NAFTA), and against the background of an increasing volume of arbitration at ICSID initiated pursuant to other investment treaties, pressure mounted in the United States and Canada to make significant adjustments to the way these cases would proceed under future treaties. In this context, the United States began negotiating a new set of free trade agreements, each based upon NAFTA and including similar investment chapters and investor-state dispute resolution provisions. The Free Trade Agreement of the Americas (FTAA) and Central American Free Trade Agreement (CAFTA) bogged down over a range of issues, largely due to their vast geographic scope, but two new bilateral treaties emerged from this process in 2003. The United States-Chile Free Trade Agreement (USCFTA) and the United States-Singapore Free Trade Agreement (USSFTA), which were signed in 2003<sup>5</sup>, preserved the overall architecture of NAFTA, but represented a departure from that Treaty and the U.S. model BIT in a number of significant ways. In at least three distinct areas, the USCFTA and USSFTA responded to the public outcry over NAFTA with important innovations in arbitration procedure and substantive law. While some of these new ideas were long overdue and will likely buttress the legitimacy of the fledgling investment arbitration system, others reflect short-sighted paranoia about effective international standards for the treatment of foreign investment.

## II. ACCELERATED EVOLUTION: THE INNOVATIONS OF USCFTA AND USSFTA

### A. Openness and Transparency

#### 1. *The Controversy and NAFTA Jurisprudence*

##### a. *Background*

One of the sharpest criticisms of investment arbitration from the non-governmental (and particularly environmental) sector was that these new arbitral tribunals were deciding issues vital to the public interest, but remained secret, deliberating behind closed doors, shut off from the eyes of the host state's populace. One prominent journalist railed

mental, de se voir tenus d'obéir aux principes de droit international qu'ils avaient développés afin de contrôler le comportement des autres.

A la suite de la médiatisation de plusieurs affaires d'arbitrage en matière d'investissement (particulièrement sous ALENA), et dans le contexte d'un volume croissant d'arbitrages au CIRDI initiés au titre d'autres conventions d'investissement, la pression s'est fait sentir aux États-Unis et au Canada en vue d'apporter des ajustements significatifs à la manière dont ces affaires seraient traitées au titre de conventions futures. Dans ce contexte, les États-Unis ont commencé à négocier une nouvelle série d'accords de libre-échange, chacun basé sur ALENA, dont des chapitres sur l'investissement et des dispositions sur le règlement des différends investisseur/État similaires. L'Accord de Libre-Échange des Amériques (ALEA) et l'Accord de Libre-Échange de l'Amérique Centrale (ALEAC) ont été très lourds à gérer en raison de nombreux problèmes, essentiellement liés à leur portée géographique trop large. Cependant, deux nouvelles conventions bilatérales ont résultées de ce processus en 2003. L'Accord de Libre-Échange Chili-États-Unis (ALECEU) et l'Accord de Libre-Échange Singapour-États-Unis (ALESEU), signés en 2003, ont conservé l'architecture globale de l'ALENA, mais présentent des différences avec cette Convention et le modèle américain CBI à plusieurs égards. Dans au moins trois domaines distincts, les ALECEU et ALESEU ont réagi aux critiques adressées à l'ALENA, par le biais d'innovations importantes en termes de procédure arbitrale et de règles de fond. Si certaines de ces nouvelles idées ont été les bienvenues et joueront probablement en faveur de la légitimité de ce système d'arbitrage des investissements, d'autres reflètent une paranoïa déraisonnable au regard des standards internationaux du traitement efficace des investissements étrangers.

## II. ÉVOLUTION ACCÉLÉRÉE : LES INNOVATIONS DES ACCORDS AVEC LE CHILI (ALECEU) ET SINGAPOUR (ALESEU)

### A. Transparence

#### 1. *La Controverse et la Jurisprudence ALENA*

##### a. *Historique*

L'une des critiques les plus vives émise par le secteur non-gouvernemental (et particulièrement par le secteur environnemental), à l'égard de l'arbitrage des investissements, concernait le caractère secret des questions vitales à l'intérêt public tranchées par ces nouveaux tribunaux arbitraux dont les délibérations s'effectuaient à huis clos, loin du regard du public de l'État d'accueil. Un journaliste connu a ouvertement

critiqué l'ALENA lors d'une émission nationale télévisée, en disant : « *Ce qui me dérange le plus, c'est que ces avocats comprenaient que les textes nationaux seraient exposés à des contentieux sous ce régime et qu'ils ont simplement ignoré la question de l'intérêt du public américain.* »

A l'origine, l'arbitrage des investissements a été conduit de manière très confidentielle, car il empruntait la plupart des règles de procédure de l'arbitrage commercial international où le secret est un avantage reconnu, même s'il n'est pas absolu.

Néanmoins, à la fin des années 1990, l'arbitrage des investissements était devenu beaucoup plus ouvert que l'ADR commercial (mode alternatif de règlement des conflits), les arbitres tenant compte de l'expérience de l'arbitrage entre États pour reconnaître au public le droit de se renseigner sur une procédure dont l'issue le concerne directement. Le Secrétariat du CIRDI a mis en place un site Internet qui suit le déroulement des affaires d'arbitrage des investissements, et fournit des informations telles que l'identité des parties, l'objet du différend, les noms des arbitres, et les calendriers d'audiences. Dans plusieurs cas, des sentences provisoires et définitives ont été publiées sur le site du CIRDI ou dans la revue juridique de l'organisme, l'ICSID Review. Plus impressionnant encore, des conclusions et des décisions dans des affaires ALENA ont été rendues publiques, essentiellement grâce aux lois strictes de divulgation, canadiennes et américaines, et au site Internet « *naftaclaims.com* » créé et administré par le professeur Canadien Todd J. Weiler.

Malgré ces progrès, des critiques légitimes ont persisté sur la conduite secrète de la plupart des affaires d'arbitrage des investissements<sup>viii</sup>. Aucune convention d'investissement ou règle d'arbitrage applicable ne prévoit la possibilité de participation d'un tiers, en soumettant par exemple des conclusions en qualité d'*amicus curiae*. En l'absence de dispositions explicites et contraires, l'accès aux audiences arbitrales pour les tiers et la publicité des écritures devaient dépendre du consentement de chacune des parties au litige, dont au moins une aurait souvent une raison de s'opposer à une publicité étendue. Ces deux questions de transparence ont été longuement débattues dans le cadre de certaines affaires d'arbitrage ALENA, créant un courant jurisprudentiel assez puissant en faveur de la transparence dans les procédures d'arbitrage.

#### b. La jurisprudence ALENA

La question des conclusions amicus a été abordée directement par le tribunal ALENA, pour la première fois, dans l'affaire *Methanex Corp. c. États-Unis*. Le litige *Methanex* concernait les mesures prises par

against NAFTA in a nationwide television broadcast, fuming “*What offends me most is that these lawyers understood that public laws were gonna come under attack in this system, and they just walked right past the question of where's the American public in this?*”<sup>6</sup>

Initially, investment arbitration was in fact conducted with a great deal of confidentiality, as it drew most elements of procedure from international commercial arbitration, where secrecy is a recognized, if far from absolute, benefit<sup>7</sup>.

By the end of the 1990s, however, investment arbitration had become far more open than commercial ADR, as arbitrators drew from the experience of state-to-state tribunals in recognizing the public's right to know about a process whose outcome concerns them directly. The ICSID Secretariat established a website that tracks the progress of investment arbitration cases, providing such information as the identity of the parties, the subject matter of the dispute, the names of the arbitrators, and briefing and hearing schedules. In many instances, interim and final awards came to be published on the ICSID site or in the organization's law journal, the ICSID Review. Perhaps even more striking was the availability of pleadings and decisions in NAFTA cases, thanks in large part to strong Canadian and American disclosure laws and the “*naftaclaims.com*” website set up and maintained by Canadian professor Todd J. Weiler.

Despite these advances, legitimate complaints persisted that most investment arbitration cases are conducted in secret<sup>8</sup>. None of the investment treaties or applicable arbitration rules provided any opportunity for participation by interested third parties, such as through the submission of *amicus curiae* briefs. Absent express provisions to the contrary, opening arbitration hearings and publicizing written submissions to outsiders similarly would depend upon the consent of both parties to the dispute, at least one of which frequently would have reason to oppose broad publicity<sup>9</sup>. These two transparency issues were debated extensively in the context of particular NAFTA arbitration cases, establishing a relatively strong jurisprudence in favor of openness in the arbitral procedure.

#### b. NAFTA Jurisprudence

The question of amicus submissions was first confronted directly by the NAFTA Tribunal in *Methanex Corp. v. United States*<sup>10</sup>. The *Methanex* dispute involved actions taken by









































